RIVISTA QUADRIMESTRALE

DI

DIRITTO DELL'AMBIENTE

ANNO 2012 / NUMERO 1 - 2

G. Giappichelli editore

INDICE

ARTICOLI

AURETTA BENEDETTI, *Profili di rilevanza giuridica delle certificazioni volontarie ambientali* Pag. 5

MONICA COCCONI, *Promozione europea delle energie rinnovabili e semplificazione* Pag. 26

MAURO RENNA, *I principi in materia di tutela dell'ambiente* Pag. 62

ALESSANDRA PIOGGIA, *La gestione diretta del servizio idrico integrato attraverso società* in house *o azienda speciale: prospettive del dopo-referendum* Pag. 86

FRANCESCA DI LASCIO, *Le ispezioni sull'inquinamento acustico* Pag. 102

NOTE A SENTENZA

ANNAMARIA GIGLI, *Energia e paesaggio: nulle le autorizzazioni uniche regionali rilasciate nonostante il dissenso dell'autorità paesaggistica in conferenza di servizi* (nota a Consiglio di Stato, Sez. IV, 23 maggio 2012, n. 3039) Pag. 135

ENRICA BLASI, *Le recenti aperture alla concorrenza del sistema di gestione degli imballaggi* (nota a T.A.R Lazio, Roma, Sez. II *bis*, 2 febbraio 2012 n. 1136) Pag. 170

OSSERVATORIO

LUCA PARDI - NICOLA COSENTINO, *It's something unpredictable but who shall set it right? Change in law in RES support schemes and investment protection instruments under EU law and the ECT* Pag. 210

KAROLINA SZUMA, *Tutela giuridica delle acque in Polonia nell'aspetto quantitativo e qualitativo* Pag. 235

STEFANO CIVITARESE MATTEUCCI, *Recensione del volume "Aree Protette", a cura di G. Cocco, L. Degrassi, A. Marzanati, Milano 2011* Pag. 261

INDEX

ARTICLES

AURETTA BENEDETTI, *Legal relevance profiles of voluntary environmental certifications* Pag. 5

MONICA COCCONI, *European promotion of renewable energies and administrative simplification* Pag. 26

MAURO RENNA, *The principals of environmental protection* Pag. 62

ALESSANDRA PIOGGIA, *The direct managment of an integrated water service by societies "in house" or specialized agencies: post-referendum prospectives* Pag. 86

FRANCESCA DI LASCIO, *The inspections of noise pollution* Pag. 102

NOTE A SENTENZA

ANNAMARIA GIGLI, *Energy and landscape: the authorizations granted by Regioni without the landscape's authority agreement in "conferenza di servizi" must be considered void* (note to Consiglio di Stato, Sez. IV, 23 maggio 2012, n. 3039) Pag. 135

ENRICA BLASI, *The recent opening to competition of the management system for packaging* (note to T.A.R Lazio, Roma, Sez. II bis, 2 febbraio 2012 n. 1136) Pag. 170

OSSERVATORIO

LUCA PARDI - NICOLA COSENTINO, *It's something unpredictable but who shall set it right? Change in law in RES support schemes and investment protection instruments under EU law and the ECT* Pag. 210

KAROLINA SZUMA, *The quantitative and qualitative aspects of the legal safeguard of water in Poland* Pag. 235

STEFANO CIVITARESE MATTEUCCI, *Review of the book "Aree Protette" (protected areas), edited by G. Cocco, L. Degrassi, A. Marzanati, Milan 2011* Pag. 261

ARTICOLI

AURETTA BENEDETTI*

Profili di rilevanza giuridica delle certificazioni volontarie ambientali

SOMMARIO: *1. Premessa: i termini della questione. - 2. Le certificazioni volontarie (quali istituzioni della "*global civil society*") e l'ordinamento giuridico. - 2.1. Certificazioni private e potere pubblico. - 3. La sfera della regolamentazione delle certificazioni ambientali nell'ordinamento giuridico europeo. - 3.1. La certificazione europea EMAS III e la certificazione di mercato ISO 14001: le peculiarità riconducibili alla diversa valenza dell'interesse ambientale. - 3.2. Regolamentazione comunitaria e "correzione" dei sistemi di mercato: la giuridicizzazione della funzione di accreditamento dei certificatori. - 4. L'ordinamento italiano e la rilevanza giuridica delle certificazioni ambientali come strumenti di politica ambientale. - 4.1. Le certificazioni e i requisiti di qualificazione delle imprese. - 4.2. Le certificazioni in funzione di semplificazione dei procedimenti ambientali. - 5. Osservazioni finali: la rilevanza giuridica delle certificazioni ambientali volontarie, tra dinamiche di mercato e garanzia dell'interesse ambientale*.

1. *Premessa: i termini della questione*

Il termine "certificazione ambientale" viene utilizzato in modo estensivo per abbracciare una serie di strumenti di natura diversa, volti al perseguimento di obiettivi di tutela ambientale[1]. Tipicamente esso indica quegli strumenti volontari che si contrappongono agli strumenti *command and control*, di carattere autoritativo[2]; si tratta di forme di attestazione volte a creare affidamenti nei mercati circa la conformità di determinati prodotti, di processi produttivi o dei sistemi organizzativi dei produttori, a specifiche norme di tutela dell'ambiente, generalmente non cogenti.

La "volontarietà" di adesione ai sistemi certificativi è un attributo determinante, che tuttavia non è sufficiente per individuare la natura del fenomeno stesso. Numerosi sistemi di etichettatura, ad esempio, sono pubblici e ad adesione volontaria: così è per il sistema europeo di etichettatura dei prodotti Ecolabel, che

* Professore associato di Diritto Amministrativo, Università di Milano-Bicocca.

[1] G. ROSSI, *Diritto dell'ambiente*, Torino, 2011, 195 ss.

[2] La più chiara illustrazione di questi concetti è in M. CAFAGNO, *Principi e strumenti di diritto dell'ambiente*, Torino, 2007. Su questi temi si v. altresì M. CLARICH, *La tutela dell'ambiente attraverso il mercato*, in *Dir. pubbl.*, 2007, 219 ss.; A. LOLLI, *Modelli di amministrazione sussidiaria: strumenti economico-volontari per la tutela dell'interesse pubblico*, Bologna, 2008.

offre alle imprese la possibilità di "qualificare" i propri prodotti in rapporto alla loro conformità rispetto a parametri tecnici di specifica "qualità ambientale"[3].

L'attenzione di questo contributo riguarda invece, in modo specifico, quelle certificazioni che sono private in quanto riconducibili a rapporti di autonomia privata, sia pure nel contesto di più o meno penetranti discipline pubblicistiche. La natura privata del fenomeno è irriducibile alla sola presenza di un certificatore privato in luogo di uno pubblico: come è emblematicamente rappresentato dalle ISO, la certificazione è solo una delle manifestazioni di sistemi privati (in questo caso di mercato) che trovano il loro elemento qualificatorio nella produzione "privata" di normative tecniche e nella necessità della sua diffusione nei mercati.

Una volta chiarita, dunque, la natura di tali fenomeni, l'obiettivo del contributo è quello di indagare come (e in quale misura) sono stati giuridicizzati dall'ordinamento comunitario e da quello interno, al fine di trarre alcune osservazioni conclusive proprio sulle caratteristiche di interdipendenza che, nell'attuale sistema globalizzato, connota in maniera determinate il rapporto tra gli ordinamenti giuridici a sistemi extra-giuridici, al fine della realizzazione di finalità di interesse generale, qual è, nel caso specifico, la tutela dell'ambiente.

2. *Le certificazioni volontarie (quali istituzioni della "global civil society") e l'ordinamento giuridico*

Per comprendere le caratteristiche delle certificazioni volontarie ambientali nella loro struttura di certificazioni di mercato, occorre riferirsi alla specifica evoluzione degli ultimi decenni che ha visto una letterale esplosione di simili strumenti nei mercati mondiali[4]. Il fenomeno è antecedente alla comparsa delle certificazioni ambientali; nei mercati finanziari (si v. la revisione di bilancio o il *rating*) e nei mercati della qualità vede i suoi sviluppi più significativi con l'apertura, rispettivamente, all'azionariato e al consumo di massa. Per quanto la categoria delle "certificazioni di mercato" non riceva una specifica definizione, essa si connota per la ricorrenza di uno stesso schema nel rapporto tra interessi, per cui un certificatore, terzo rispetto al "venditore" e alla moltitudine degli

[3] Il sistema relativo al marchio ecologico Ecolabel è stato introdotto con regolamento n. 880/92 del Consiglio del 23 marzo 1992, modificato con regolamento n. 1980/2000 del Parlamento europeo e del Consiglio del 17 luglio 2000, ed è attualmente disciplinato con regolamento n. 66/2010 del Parlamento europeo del Consiglio del 25 novembre 2009. Si tratta di un sistema interamente pubblico (dalla definizione dei requisiti dei prodotti all'apposizione e gestione dell'eco-etichetta) e volontario (per cui l'adesione allo stesso non è ancorata al potere coercitivo dell'ordinamento ma esclusivamente dall'incentivo che deriva alle imprese dalle prospettive di aumento delle proprie quote di mercato, rispetto a consumatori sempre più sensibili alle questioni della salvaguardia ambientale).

[4] Su questi temi sia consentito rinviare, più ampiamente a A. BENEDETTI, *Certezza pubblica e "certezze private". Poteri pubblici e certificazioni di mercato*, Milano, 2010.

"acquirenti", attesta la conformità del prodotto certificato, ovvero del sistema produttivo impiegato, ovvero del sistema organizzativo del produttore, rispetto ad una serie di principi tecnici o norme standard. Da qui la denominazione aziendalistica di "certificazioni di parte terza", termine che in modo neutrale prescinde dalle questioni legate alla natura del certificatore, ma che semplicemente si limita a registrare la struttura "trilatera" del rapporto.

Le ragioni del loro successo e della loro rapida diffusione nei mercati sono comprensibili solo alla luce dei meccanismi di *governance* di mercati che superano i confini degli ordinamenti territoriali. In assenza di un supremo regolatore in grado di porre vincoli e "governare" i rapporti tra gli attori nei mercati, conoscono rapida affermazione strumenti che consentono agli operatori di conoscersi e di migliorare le proprie *performance*, nonché di "farsi conoscere" ai propri acquirenti e migliorare le proprie quote di mercato in un contesto competitivo. La normazione tecnica, prodotta da organismi non governativi sovranazionali e espressivi delle stesse categorie interessate, assume un ruolo centrale, proprio perché, nell'uso ripetuto e diffuso, costituisce fattore di sviluppo del mercato, di miglioramento dell'efficienza produttiva nonché alfabeto comune tra operatori appartenenti a ordinamenti diversi. Le certificazioni nascono in questo contesto, quali strumenti diffusi che consentono un adeguamento alla normativa tecnica da parte degli operatori, nonché una comunicazione "credibile" di simile adeguamento alla platea di soggetti ai quali l'attività di mercato si rivolge.

Nell'ambito di simili sistemi di *governance* si distingue dunque un'*attività normativa* (tecnica), un'*attività certificativa* e, al fine di rendere più credibile quest'ultima, un'*attività di accreditamento* dei certificatori, che si sviluppano mediante gli stessi meccanismi: le *norme tecniche* sono prodotte da organismi di normazione (come l'ISO), che associano i rappresentanti di categoria, ma che non hanno altra legittimazione se non quella che deriva dalla loro "credibilità", cioè dalla loro "reputazione" nel mercato e che sono legati tra loro da organizzazioni di tipo reticolare[5]; le *certificazioni* sono prodotte tramite organismi che operano essi stessi in concorrenza tra loro nel mercato; l'*accreditamento* dei certificatori avviene tramite organismi che sono anch'essi rappresentativi delle categorie interessate e che costituiscono una struttura reticolare a livello ultra-nazionale.

In assenza dell'intervento pubblico, tali sistemi affidano la loro credibilità, e quindi la propria sopravvivenza, al funzionamento dei meccanismi reputazionali nel mercato, che tuttavia spesso falliscono proprio per le fortissime asimmetrie

[5] L'ISO rappresenta, senza dubbio, l'organizzazione dalla struttura reticolare più imponente a livello mondiale: collegata ad oltre 157 enti di normazione nazionale, collabora con varie altre organizzazioni sovranazionali come il WTO o il Codex (e simili) per lo sviluppo delle normazioni e degli standard tecnici nei diversi settori. In ambito europeo, le norme tecniche ISO sono recepite dall'ente europeo EN e dagli enti di normazione nazionali (in Italia l'UNI: da qui l'identificazioni delle norme tecniche stesse con riferimento a tutti e tre gli enti di normazione, come nel caso delle certificazioni della serie "UNI EN ISO 14001").

informative che impediscono, in particolare, ai consumatori di distinguere le "buone" dalle "cattive" certificazioni.

La rapida disamina di questo contesto consente di cogliere le connotazioni proprie delle certificazioni ambientali strutturate secondo i meccanismi di mercato descritti: a questa sfera appartengono le ben note certificazioni ISO 14001 (mediante le quali si attesta l'attivazione di un "sistema di gestione ambientale" - SGA, teso a migliorare le *performance* rispetto ad una serie di obiettivi prefissati dallo stesso soggetto) o le certificazioni di prodotto della serie ISO 14020, nonché le certificazioni di valutazione del ciclo di vita del prodotto ISO 14040 (per le quali ugualmente viene attestata la conformità dello specifico oggetto alla normativa tecnica considerata).

È chiaro che ciò che viene in gioco, con riferimento a tali strumenti, non è tanto e non solo il profilo della natura privata del certificatore, quanto piuttosto il contesto ben più complesso di relazioni che sono alla base del collegamento tra attività di normazione e di certificazione, nonché tra attività di certificazione e di accreditamento, secondo la logica del mercato che postula libertà di scelta[6]. Sull'esercizio di simile libertà si misurano i meccanismi premiali e sanzionatori, nonché la specifica legittimazione che connota tali sistemi e che è basata essenzialmente sulla reputazione nel mercato[7].

È quindi consequenziale prospettare come i più proficui risultati in termini di valutazione della rilevanza giuridica delle certificazioni di mercato (alle quali appartengono in modo specifico le maggiori figure di certificazioni ambientali volontarie) discendano dall'inquadramento del tema in termini "sistemici": non limitandosi così ad una disamina degli ambiti rispetto ai quali l'ordinamento giuridico riconduce delle conseguenze giuridiche alla presenza della certificazione;

[6] A. ROMANO TASSONE, *Amministrazione pubblica e produzione di "certezza": problemi attuali e spunti ricostruttivi*, in *I sistemi di certificazione tra qualità e certezza*, a cura di F. Fracchia e M. Occhiena, Egea, Milano, 2006, 23 ss.

[7] Nella dimensione del consumatore la particolare "qualità ambientale" di un prodotto o di un processo produttivo, o addirittura di un sistema organizzativo aziendale, riveste i connotati dell'interesse ad una "qualità sociale" che passa attraverso il corretto funzionamento dei meccanismi di controllo in cui il sistema della qualità è strutturato. Sotto questo profilo andrebbero certamente incrementati i meccanismi partecipativi che consentono alle istanze rappresentative dei consumatori di esser parte della formazione delle norme tecniche in materia ambientale; nonché andrebbero attivati i meccanismi di collegamento diretto tra gli enti di accreditamento, deputati a vigilare sull'operato dei certificatori, e i consumatori stessi, in modo da realizzare un più compiuto circuito informativo funzionale alla efficacia dei controlli e adeguare l'attività di vigilanza alle esigenze di coloro che ne dovrebbero essere i principali beneficiari, a partire dal tema centrale dell'effettività dello strumento certificativo.

ma estendendo lo spettro di indagine ai rapporti che investono lo stesso "sistema" di certificazione, nel suo incontro con l'ordinamento giuridico[8].

2.1. *Certificazioni private e potere pubblico*

Le certificazioni ambientali vengono in rilievo, in virtù delle norme giuridiche che espressamente le richiamano, come strumenti di perseguimento di finalità pubbliche, di cura degli interessi generali, e in questa missione si intrecciano in vario modo con l'esercizio di poteri pubblici, che, loro volta, si "aprono" ai meccanismi di mercato nel perseguimento dell'interesse ambientale.

Le leggi del diritto interno che si riferiscono al sistema di ecogestione EMAS o alla certificazione ISO 14001, al fine di semplificare procedimenti ambientali (v. par. 4.2.), assumono i due diversi tipi di certificazione volontaria, la prima vigilata dal potere pubblico, l'altra di "puro" mercato, come mezzi equivalenti per snellire oneri burocratici in capo ad operatori "virtuosi" sotto il profilo delle politiche ambientali.

Al di là del tema, che pure è rilevantissimo, dell'effettiva equivalenza tra i due sistemi sotto il profilo della tutela dell'interesse ambientale, è interessante notare come la "tecnica" di collegamento tra potere pubblico e sistemi certificativi sia riconducibile, in questi casi, ad una sorta di rinvio, per cui il sistema certificativo privatistico, nella specificità delle proprie dinamiche, si "sostituisce", o comunque si inserisce in una dinamica procedimentale.

La corretta impostazione dell'analisi richiede, perciò, la consapevolezza che i sistemi di certificazione privati sono variamente interrelati ma non interamente riassorbibili nelle dinamiche del potere pubblico. Ciò significa cogliere la specificità di simili strumenti che, seppure riconducibili a fenomeni di produzione di normativa (tecnica) aventi una pretesa di generalità e astrattezza, e a connessi fenomeni di attestazione verso una generalità di destinatari, non sono definibili secondo la formula dell'"esercizio privato di pubbliche funzioni"[9]. Si tratta appunto, come si è detto, di fenomeni che si proiettano nella *global civil society*, e in questa dimensione sono espressione di una propria socialità, fondati su una

[8] Sull'adozione di un metodo giuridico fondato sull'insiemistica e sul rapporto tra "sistemi" si v. il fondamentale contributo di G. ROSSI, sin dal volume *Introduzione al diritto amministrativo*, Torino, 1999, 60 ss.

[9] Sulla nozione, che secondo varie accezioni, indica una serie di fattispecie in cui soggetti privati svolgono attività rientranti nella sfera pubblica, si v. G. ZANOBINI, *L'esercizio privato delle pubbliche funzioni e l'organizzazione degli enti pubblici*, in *Scritti vari di diritto pubblico*, Milano, 1955, 96 ss.; M.S. GIANNINI, *Esercizio privato di pubbliche attività*, in *Enc. dir.*, Milano, 1966, 686; A. AZZENA, *Esercizio privato di pubbliche funzioni e di pubblici servizi*, in *Dig. disc. pubbl.*, Torino, 1991, 167.

propria legittimazione, caratterizzati da proprie dinamiche, come in altra sede si è cercato di dimostrare[10].

Questa acquisizione fondamentale consente di disarticolare i fenomeni e di leggere la specificità del rapporto che di volta in volta si presenta tra tali sistemi e ordinamenti giuridici, senza operare sterili sovrapposizioni dettate dalla necessità di rileggere tutto secondo categorie pubblicistiche obsolete.

Nella pluralità di simili rapporti è dato, perciò, ravvisare diverse funzioni dell'ordinamento giuridico, che garantisce il corretto funzionamento dei sistemi certificativi disciplinandone talune funzioni (come si vedrà, quella relativa all'accreditamento dei certificatori), o piuttosto che "si apre" agli strumenti certificativi utilizzandoli per finalità ulteriori rispetto a quelle loro proprie.

Le certificazioni volontarie ambientali, nella loro pluralità, costituiscono una esemplificazione significativa di questa articolazione di rapporti, come di seguito è dato evidenziare, nella distinta considerazione delle certificazioni ambientali nell'ordinamento europeo o piuttosto in quello interno.

3. *La sfera della regolamentazione delle certificazioni ambientali nell'ordinamento giuridico europeo*

L'ordinamento giuridico comunitario ha fatto dello sviluppo di pratiche di certificazione e adeguamento volontario ad elevati *standards* di tutela ambientale uno dei pilastri della propria politica ambientale[11].

Ancora nell'ultima comunicazione della Commissione recante la *Tabella di marcia verso un'Europa efficiente nell'impiego delle risorse* (COM(2011) 571 del 20 settembre 2011), la promozione del consumo e di una produzione "sostenibili" viene ricondotta alla necessità di diffondere pratiche idonee a rendere note e confrontabili "le prestazioni ambientali dei prodotti, dei servizi e delle aziende sulla base di una valutazione globale del loro impatto ambientale nel corso del loro ciclo di vita ("impronta ecologica")", nonché al miglioramento dell'informazione ai consumatori in merito all'impronta ecologica dei prodotti migliorando i sistemi di etichettatura ecologica.

La necessità di sviluppare "buone pratiche", sotto il profilo della salvaguardia dell'ambiente, ha spinto l'Unione europea a sviluppare sistemi

[10] Il riferimento è allo studio *Certezza pubblica e certezze private. Poteri pubblici e certificazioni di mercato,* citato.

[11] In particolare si consideri il Sesto programma d'azione per l'ambiente (di cui alla decisione n. 1600/2002/CE del Parlamento europeo e del Consiglio, del 22 luglio 2002), nel quale l'attenzione agli strumenti volontari è sviluppata in modo espresso. Tali obiettivi e metodologie sono state successivamente richiamate nella Comunicazione della Commissione recante un piano d'azione per le tecnologie ambientali nell'Unione europea (COM(2004) 38, del 28 gennaio 2004).

pubblicistici di etichettatura ecologica (come l'Ecolabel) e di eco-gestione (come EMAS) sin dai primi anni Novanta, a volte anticipando lo stesso sviluppo di certificazioni private internazionali in materia (come l'ISO 14001).

Al tempo stesso, l'Unione ha rivolto grande attenzione allo sviluppo della normazione tecnica internazionale in materia di ambiente e alle sue forme di attestazione, tanto da adeguare quegli stessi sistemi di eco-etichettatura europei alle pratiche o alle norme di riferimento dei sistemi certificativi privati[12]. Il raffronto tra il sistema europeo di eco-gestione EMAS III e la certificazione internazionale ISO 14001 (sviluppato nel par. 3.1.) dimostra chiaramente questo assunto.

Ma la consapevolezza della necessità di porre le condizioni perché i sistemi certificativi privati funzionino correttamente, in coerenza con le loro caratteristiche di mercato, ha spinto l'Unione anche a sviluppare normative dirette a vigilare i mercati e a disciplinare alcune funzioni al proprio interno, al fine di correggerne i fallimenti. È quanto è accaduto con la disciplina europea dell'accreditamento (di cui al successivo par. 3.2.), che esclude dal mercato la relativa funzione, sottoponendola sotto il controllo pubblico, al fine espresso di rendere le valutazioni di conformità operate da certificatori privati, in concorrenza nel mercato, più credibili e quindi affidabili (nel settore ambientale così come in qualsiasi altro ambito operino).

Si può quindi affermare che l'ordinamento europeo non si limita a valorizzare le certificazioni ambientali volontarie, ma adegua le certificazioni europee ai modelli di mercato e, al contempo, disciplina i mercati stessi delle certificazioni al fine di correggerne i fallimenti e rendere i sistemi certificativi di mercato (anche ambientali) più credibili.

3.1. *La certificazione europea EMAS III e la certificazione di mercato ISO 14001: le peculiarità riconducibili alla diversa valenza dell'interesse ambientale*

[12] Ciò vale anche per un sistema pubblicistico come quello definito dalla nuova disciplina del marchio di qualità ecologica dell'Unione europea (Ecolabel UE), con il regolamento n. 66/2009 del Parlamento europeo e del Consiglio del 25 novembre 2009. La normativa in esame è di interesse poiché costituisce un chiaro esempio di un sistema di etichettatura pubblicistico, che si articola richiamando metodologie proprie dei sistemi certificativi privati. Così la produzione e revisione dei criteri di riferimento dei prodotti (di specifica "qualità ecologica") fa capo alla Commissione su consultazione del CUEME, organismo in cui deve essere garantita la partecipazione di tutte le parti interessate; nella definizione di tali criteri sono presi in considerazione i criteri stabiliti per altri marchi ambientali ufficialmente riconosciuti a livello internazionale (come l'EN ISO 14024); gli organismi nazionali competenti, responsabili dell'assegnazione del marchio e della vigilanza successiva, devono essere composti in modo da garantirne l'indipendenza e l'imparzialità (art. 4.2) e devono provvedere affinché "il processo di verifica sia effettuato in modo coerente, neutro e affidabile da un terzo indipendente rispetto all'operatore sottoposto a verifica" (art. 4.4).

Il richiamo che viene operato da numerose norme giuridiche alle certificazioni EMAS o ISO 14001 (par. 4) sembra porre, con qualche eccezione, i due strumenti su un piano di piena equivalenza, complice, da ultimo, il comune ancoraggio alla norma tecnica ISO 14001 per la strutturazione del Sistema di Gestione Ambientale delle organizzazioni che intendono certificarsi per entrambe i percorsi.

A ben guardare, tuttavia, il sistema europeo di eco-gestione, creato dai regolamenti europei sin dal 1993[13] e "rivisitato", da ultimo, con il regolamento CE n. 1221/2009 del Parlamento europeo e del Consiglio del 25 novembre 2009 (EMAS III), presenta delle peculiarità non irrilevanti. Il senso delle modifiche regolamentari è quello di favorire la diffusione di questo strumento, rivolto alle "organizzazioni" che, in genere, desiderano realizzare un sistema di gestione ambientale in grado di migliorare le proprie performance ambientali, nel quadro di un'azione vigilata e oggetto di comunicazione al pubblico, alle autorità, in genere ai soggetti interessati all'attività delle organizzazioni stesse.

Il sistema di mercato "puro" (l'ISO 14001, appunto) è strutturato avendo, invece, come riferimento primario l'interesse dell'organizzazione che si certifica e che intende, mediante tale certificazione, ampliare o consolidare la propria clientela. L'obiettivo della tutela dell'ambiente rimane sullo sfondo e appare, si potrebbe dire, come la risultante occasionale che deriva dalla specifica attenzione che determina l'aumentata sensibilità del "pubblico" per i temi ambientali, e dalla conseguente maggiore attenzione che a simile nuova sensibilità è riservata da parte di chi è interessato a orientare le scelte del pubblico.

Ciò è desumibile dalla strutturazione del sistema di certificazione, non solo per il fatto che non presenta alcun modello di "qualità ambientale", essendo semplicemente un sistema organizzativo preordinato a consentire la realizzazione degli obiettivi di *performance* ambientale scelti dall'organizzazione nell'ambito della propria "politica ambientale": la norma tecnica non impone di tener conto di tutti i possibili aspetti ambientali ma lascia la scelta all'organizzazione (che concentrerà la propria attenzione su quelli che riterrà di poter raggiungere nel modo migliore e più economico); la norma prescrive quale presupposto per l'ottenimento della certificazione l'adempimento degli obblighi di legge, ma l'attività di attestazione del certificatore si concentra solo sul sistema di gestione ambientale (né può dirsi che sussista alcun autentico obbligo del certificatore a segnalare eventuali disfunzioni o violazioni delle norme cogenti laddove ciò emerga in fase di verifica periodica). In generale la determinazione della propria politica ambientale e l'individuazione degli impegni da raggiungere di miglioramento dei propri impatti ambientali non sono assistiti da una specifica pubblicità: è

[13] Il sistema è stato istituito con il regolamento CEE n. 1836/93 del Consiglio, del 29 giugno 1993, con l'intento di migliorare le prestazioni ambientali complessive delle organizzazioni. Per consentirne una più agevole diffusione il sistema è stato ridisciplinato con il regolamento CE n. 761/2001 del Parlamento europeo e del Consiglio del 19 marzo 2001.

sufficiente che siano "disponibili" al pubblico. Per il resto l'ambiguità di queste certificazioni è che, essendo genericamente rivolte a organizzazioni appartenenti a ordinamenti recanti legislazioni ambientali molto diverse tra loro, sono ugualmente riferibili a sistemi di gestione le cui performance non sono omogenee, se non addirittura molto diverse tra loro (nel senso che una certificazione attestante una *performance* migliorativa per un'organizzazione soggetta a pochi vincoli legali non è paragonabile all'utilizzo dello stesso strumento in ambienti in cui, invece, la legislazione ambientale è molto più sofisticata).

La comprensione di questi aspetti può quindi consentire di cogliere più adeguatamente le differenze presenti nella strutturazione del sistema europeo EMAS, alla luce delle ultime modifiche migliorative introdotte con il regolamento del 2009 (EMAS III, appunto).

In primo luogo nel sistema EMAS III le organizzazioni hanno minore discrezionalità nella definizione della propria politica ambientale, segno evidente che nell'ambito di uno strumento che mantiene comunque i caratteri dell'adesione volontaria, la tutela dell'ambiente acquista un ruolo di maggior rilievo, come è desumibile da una serie di caratterizzazioni del sistema.

Per le organizzazioni è obbligatorio, infatti, procedere con un'analisi ambientale iniziale finalizzata a valutare la complessità degli aspetti di impatto ambientale e la normativa loro applicabile (art. 4, reg. n. 1221/2009). Lo stesso profilo del rispetto degli obblighi normativi è molto più pregnante e oggetto specifico dei compiti dei verificatori ambientali EMAS (art. 18, lett. *b*).

Nella strutturazione del sistema di gestione ambientale le organizzazioni sono tenute ad adottare il modello definito dalla norma ISO 14001 (che considera lo sviluppo delle azioni secondo la metodologia del miglioramento continuo), ma in questa attività devono tener conto, ove disponibile, della "migliore pratica di gestione ambientale" per il settore interessato (art. 4, lett. *b*). Il riferimento va all'opera di codifica della Commissione che è chiamata a formulare, previa consultazione degli Stati membri e delle parti interessate, "documenti di riferimento settoriali" in grado di illustrare "la migliore pratica di gestione ambientale", "gli indicatori di prestazione per settori specifici" ed eventualmente "esempi di eccellenza e sistemi di classificazione che consentano di determinare i livelli delle prestazioni ambientali" (art. 46).

Altro aspetto fondamentale di diversità tra EMAS e la certificazione ISO 14001 è l'aspetto della comunicazione al pubblico: nel "sistema EMAS" acquista una rilevanza centrale la "dichiarazione ambientale", documento ufficiale che attesta la azioni poste in essere dall'organizzazione per ridurre i propri impatti ambientali, le correzioni alle stesse, i risultati raggiunti, gli aggiornamenti, il tutto previa validazione di un "verificatore ambientale" che, in veste di certificatore indipendente, garantisce circa la veridicità di quanto dichiarato.

In ultimo, il sistema EMAS si sviluppa in un ambiente pubblicistico che dovrebbe garantire l'affidabilità e la credibilità dei meccanismi. Così l'attuazione

del sistema EMAS è affidata in ogni Stato membro ad uno o più "organismi competenti" (potendo essere anche regionali o locali), la cui composizione deve essere tale da garantire "indipendenza e imparzialità" (art. 11, c. 3): essi presiedono alle procedure di registrazione delle organizzazioni certificate, in collegamento con la Commissione, e sono soggetti ad una periodica valutazione "inter pares" su input del "Forum degli organismi competenti" istituito dal Regolamento del 2009 e formato dai differenti organismi dei vari Stati membri.

I verificatori ambientali sono accreditati o abilitati dagli organismi pubblici (che non dovrebbero coincidere con quelli incaricati della registrazione delle organizzazioni), in un sistema che continuamente assume la comunicazione al pubblico come motore centrale del sistema.

Il raffronto tra i due sistemi, perciò, evidenzia come l'intervento della norma giuridica, anche in presenza di uno stesso comune riferimento alla medesima serie di norme tecniche (quelle ISO 14001 con riguardo alla strutturazione del sistema di gestione delle organizzazioni), e senza alterare la volontarietà del meccanismo di adesione e diffusione dello strumento certificativo, si volge a correggere i fallimenti del sistema privato e a realizzare una maggiore centralità per l'interesse ambientale.

3.2. *Regolamentazione comunitaria e "correzione" dei sistemi di mercato: la giuridicizzazione della funzione di accreditamento dei certificatori*

La particolare attitudine dell'ordinamento comunitario a realizzare un'apertura ai sistemi privati, preoccupandosi al contempo di garantirne il corretto funzionamento, è testimoniata anche dalla giuridicizzazione della funzione di accreditamento degli organismi certificatori, o, più in generale, dei soggetti chiamati a formulare giudizi di conformità.

Con Regolamento CE n. 765/2008 del Parlamento europeo e del Consiglio del 9 luglio 2008, nell'intento di accrescere la fiducia, a livello comunitario, nei certificati di conformità mediante la garanzia dell'accreditamento dei certificatori e dei laboratori di prova privati, disciplina suddetta funzione sottraendola al mercato e ponendola sotto la diretta vigilanza dei poteri pubblici.

La normativa è di particolare interesse perché supplisce al fallimento del mercato delle certificazioni di qualità (e quindi anche ambientali), per effetto della strutturazione delle funzioni di controllo secondo meccanismi di mercato, per cui la certificazione è affidata a organismi certificatori in concorrenza tra loro, così come pure l'accreditamento e il controllo dei certificatori è affidato a enti di accreditamento in concorrenza tra loro. In questo modo l'architettura dei sistemi di mercato evidenzia tutta la sua fragilità perché costringe a spostare ad un livello sempre ulteriore la legittimazione dei controllori (nel senso che se la garanzia di affidabilità di certificatori che sono operatori privati nei mercati delle certificazioni

è affidata a ulteriori organismi privati che operano nei mercati dell'accreditamento, il problema diventa quello di come garantire l'affidabilità degli organismi di accreditamento, e così via, per ogni eventuale livello ulteriore).

Il regolamento europeo risolve dunque simili problematiche stabilendo che per ogni Stato membro la funzione di accreditamento degli organismi che valutano la conformità sia unica e affidata ad un solo soggetto (non importa se pubblico o privato), escludendo così che la medesima funzione possa essere organizzata secondo un meccanismo di mercato o avere una finalità lucrativa.

Ciò salvaguarda il valore dell'accreditamento come "attestazione dotata di autorità", secondo la letterale definizione del regolamento stesso (nono considerando); a tal fine l'organismo di accreditamento dovrebbe essere organizzato in modo da garantire "l'obiettività e l'imparzialità" delle sue attività; addirittura il regolamento incarica gli Stati membri di assicurarsi "che gli organismi nazionali di accreditamento siano considerati, nello svolgimento dei loro compiti, esercitare l'autorità pubblica, indipendentemente dal loro status giuridico" (quindicesimo considerando), garantendone altresì l'autosufficienza finanziaria (diciassettesimo considerando).

La funzione di accreditamento, nata come attività di servizio privata nei sistemi della qualità, non solo viene "giuridicizzata", nel senso che viene sottratta al mercato e disciplinata dalla legge, ma altresì, in un certo senso, pubblicizzata, in quanto ne viene esclusa la natura lucrativa, in un quadro di garanzie pubblicistiche[14].

4. *L'ordinamento italiano e la rilevanza giuridica delle certificazioni ambientali come strumenti di politica ambientale*

Nell'ordinamento italiano le certificazioni ambientali hanno acquisito una specifica rilevanza come strumenti che concorrono, accanto agli strumenti tradizionali, ad accrescere una più diffusa sensibilità ambientale da parte di operatori privati o pubblici. Lo strumento certificativo viene in evidenza, perciò, quale mezzo di diffusione di informazioni qualificate idonee ad orientare le scelte di consumatori e utenti.

La legislazione italiana dell'ultimo decennio ha sviluppato anche una specifica attenzione per le certificazioni ambientali di eco-sistema nel quadro del rapporto tra operatori e amministrazioni pubbliche.

[14] Curiosamente proprio in Italia si è scelto di non affidare l'accreditamento dei verificatori ambientali nel sistema EMAS all'organismo unico di accreditamento (ai sensi del regolamento n. 765/2008) ACCREDIA, ma di mantenere un meccanismo parallelo, pur sempre pubblico (nel caso specifico organismo per l'accreditamento rimane lo stesso organismo deputato a vigilare sul sistema Emas, il Comitato per l'Ecolabel e per l'Ecoaudit – Sezione Emas Italia, su istruttoria dell'ISPRA, che effettua anche le attività di sorveglianza periodica sui verificatori).

Il primo ambito che viene in considerazione, sotto questo profilo, è quello della disciplina in materia di appalti pubblici, che per vari aspetti, sia pure ancora cautamente, riconduce rilevanza giuridica al possesso di certificazioni ambientali (di seguito, par. 4.1). In questi casi le certificazioni diventano elemento rilevante nella qualificazione delle imprese ai fini della partecipazione alle gare, anche in ragione della specifica considerazione che l'amministrazione aggiudicatrice può riservare alla gestione di aspetti ambientali nel momento dell'esecuzione dell'appalto.

Il secondo ambito riguarda il tema della semplificazione dei procedimenti ambientali: la maggiore fiducia che l'ordinamento riserva agli operatori dotati di certificazione ambientale si traduce nella definizione di percorsi privilegiati ai fini dell'ottenimento o del rinnovo di titoli autorizzatori (sia pure in un quadro frammentato). In misura prevalente si tratta di misure legislative che intendono creare incentivi alla diffusione degli strumenti volontari, ma non mancano "aperture ordinamentali" alla considerazione delle certificazioni stesse come sistemi di controllo sull'adeguamento a norme tecniche, rilevanti anche in sostituzione ai controlli pubblici tradizionalmente strutturati (3.2.).

4.1. *Le certificazioni e i requisiti di qualificazione delle imprese*

La cauta apertura del codice dei contratti pubblici (d. lgs. n. 163 del 2006) verso una rilevanza della dimensione ambientale in sede di aggiudicazione e di esecuzione degli appalti pubblici, riflette la preoccupazione comunitaria di impedire che gli strumenti certificativi volontari siano assunti come barriere di accesso alle gare e, quindi, in modo contrario ai fondamentali principi di concorrenza effettiva e di non discriminazione dei concorrenti.

La questione si pone sotto il duplice profilo della considerazione delle certificazioni ambientali come mezzi di prova sia ai fini dell'attestazione delle specifiche tecniche dei beni o servizi oggetto della gara, sia con riferimento alla capacità tecnica delle imprese.

Con riferimento alla definizione delle specifiche tecniche, l'ordinamento comunitario pone una serie di paletti ben definiti, circoscrivendo le *eco-labels* utilizzabili solo a quelle concernenti le caratteristiche di un prodotto o servizio[15]. Ciò significa che non sono utilizzabili le certificazioni che si riferiscono a sistemi di gestione ambientale, mentre possono essere utilizzate quelle certificazioni che si

[15] La giurisprudenza comunitaria ha chiarito che la legittimità dell'introduzione di criteri ambientali tra quelli idonei a selezionare l'offerta di beni o servizi (secondo il criterio dell'offerta economicamente più vantaggiosa) è subordinata al fatto che i criteri siano già espressi nei documenti di gara e non attribuiscano all'amministrazione un'incondizionata libertà di scelta (così Corte Giust. 17 settembre 2002, causa C-513/99 *Concordia Bus*); i criteri stessi debbono essere strettamente connessi all'oggetto dell'appalto (Corte Giust. 4 dicembre 2003, causa C-448/01 *EVN Wiestrom*).

basano su requisiti scientifici, adottati secondo un approccio partecipativo e aperto alle parti interessate. In ogni caso le amministrazioni debbono ammettere misure equivalenti alle certificazioni nell'attestazione di simili requisiti[16].

Un principio analogo riguarda la possibilità di inserire nel bando di gara il riferimento alle certificazioni ambientali quali requisiti di qualificazione tecnica delle imprese: il bando deve comunque garantire la possibilità che i requisiti siano provati attraverso mezzi equivalenti, in modo da non impedire l'apertura della gara alla massima partecipazione dei concorrenti, come stigmatizzato dall'art. 50 della direttiva 2004/18 in tema di appalti comunitari nei settori ordinari.

Alla luce di queste direttive fondamentali possono perciò essere lette le disposizioni del codice dei contratti pubblici (d. lgs. n. 163 del 2006) in tema di certificazioni ambientali, e in particolare l'art. 44, in tema di norme di gestione ambientale. La norma indica, infatti, alle stazioni appaltanti la certificazione EMAS quale preferenziale laddove le stazioni appaltanti chiedano "l'indicazione delle misure di gestione ambientale che l'operatore economico potrà applicare durante l'esecuzione del contratto"; ma alternativamente la norma si riferisce a "norme di gestione ambientale basate sulle pertinenti norme europee e internazionali certificate da organismi conformi alla legislazione comunitaria o alle norme europee o internazionali relative alla certificazione", ammettendo altresì prove relative a misure equivalenti.

L'interesse della norma in esame, al di là di una certa oscurità nella formulazione, risiede nel fatto che in essa è dato ravvisare le caratteristiche del rinvio ai sistemi di certificazione, che non sono ricondotti alla sola figura pubblicistica EMAS, ma in generale ai sistemi certificativi identificabili secondo l'indicazione delle norme tecniche di riferimento e la qualificazione dei certificatori.

Finora la giurisprudenza amministrativa ha mostrato un orientamento restrittivo, specie con riferimento alla configurabilità delle certificazioni ambientali quali requisiti di ammissione alle gare (con conseguente esclusione degli operatori che ne sono privi), nel presupposto che la norma del codice consente il ricorso a

[16] È quanto affermato dalla Commissione europea a partire dalla Comunicazione interpretativa del 4 luglio 2001, n. 274, *Il diritto comunitario degli appalti pubblici e le possibilità di integrare considerazioni di carattere ambientale negli appalti pubblici*. Da ultimo i contenuti della direttiva sono stati sviluppati nel manuale operativo per gli operatori europei *Buying green! A handbook on green public procurement*, Bruxelles, 2011 (disponibile anche in versione elettronica sul sito dell'Unione europea).

simili strumenti "unicamente nei casi appropriati"[17], e che la richiesta deve essere coerente all'oggetto dell'appalto[18].

Ciò non toglie che il richiamo operato dalle norme in materia di appalti alle certificazioni ambientali, mediante il richiamo ai relativi sistemi di valutazione della conformità (siano essi interamente di mercato come per l'ISO 14001, o pubblicistici, come l'EMAS III), offre alle amministrazioni una "presunzione" di conformità e evita i controlli che, alternativamente, le amministrazioni sono costrette ad effettuare laddove siano presentate dai candidati "prove equivalenti" dell'adozione delle misure ambientali richieste ai fini dell'esecuzione dell'appalto.

4.2. *Le certificazioni in funzione di semplificazione dei procedimenti ambientali*

Un complesso mosaico di norme interne (nazionali e regionali) definiscono, infine, una serie di semplificazioni degli oneri procedimentali per gli operatori e le imprese che sono in possesso di certificazioni ambientali, e in modo espresso delle certificazioni EMAS o ISO 14001. Tali semplificazioni si traducono essenzialmente nella possibilità di ottenere il rinnovo di autorizzazioni ambientali o di iscrizioni ad Albi mediante il ricorso all'autocertificazione[19]; nella possibilità di vedere prolungata la durata delle autorizzazioni ai fini del rinnovo[20]; nel favore accordato alle imprese con un sistema di gestione certificato ai fini dell'attribuzione di nuove concessioni[21]; nella riduzione dell'importo delle garanzie

---

[17] Si v. Cons. Stato, Sez. V, 2 agosto 2010, n. 5069, che limita la possibilità delle stazioni appaltanti di richiedere certificazioni ambientali ai fini dell'esecuzione del contratto, sottolineando come l'art. 44 subordini tale possibilità all'inciso "unicamente nei casi appropriati", con ciò intendendo che la richiesta debba essere coerente con il principio di proporzionalità (quindi nell'ipotesi di appalti complessi ad alto impatto ambientale) e con quello di *favor partecipationis*.

[18] Così Tar Lombardia, Sez. I, 27 dicembre 2010, n. 7710, secondo la quale è illegittimo un bando di gara che richieda, a pena di esclusione, la certificazione ISO 14001 tra i requisiti delle imprese chiamate a partecipare ad una gara per l'aggiudicazione di un servizio di vigilanza di esterna di immobili, essendo la clausola in esame irragionevolmente restrittiva del novero dei concorrenti ammessi alla gara (con pregiudizio dello stesso interesse della stazione appaltante), in quanto non specificatamente connessa all'attività richiesta.

[19] Così l'art. 18 della legge 23 marzo 2001, n. 93; oggi, con riferimento alla gestione dei rifiuti, semplificazioni di questo tipo sono previste all'art. 209 del codice dell'ambiente (d. lgs. n. 152/2006.

[20] Così l'art. 9 del d. lgs.vo 18 febbraio 2005, n. 59, che fissa la periodicità del rinnovo delle autorizzazioni integrate ambientali in 8 anni per gli impianti registrati EMAS e 6 anni per gli impianti certificati ISO 14001, derogando al limite di 5 anni previsti per gli impianti privi di alcuna certificazione.

[21] Così al'art. 23 del d. lgs. 11 maggio 1999, n. 152 sulla tutela delle acque; o l'art. 6 del d. lgs. 17 agosto 1999, n. 334 (Seveso II).

finanziarie che devono essere prestate a favore dello Stato da parte di imprese certificate rispetto a quelle non certificate[22]; nella riduzione degli accertamenti pubblici in presenza di imprese certificate o piuttosto nella utilizzazione della documentazione relativa al sistema di gestione ambientale certificato ai fini istruttori[23].

Gran parte di queste misure sono state giustamente interpretate dalla dottrina come incentivi alla diffusione di strumenti volontari[24], anche perché inquadrate come semplificazioni decisorie che si inseriscono nella fase di rinnovo di provvedimenti autorizzatori o comunque con riferimento ad attività rispetto alle quali la cura dell'interesse ambientale non appare compromessa dalla maggiore fiducia accordata al buon funzionamento dei meccanismi privati di certificazione.

Un approccio parzialmente diverso sembra, tuttavia, caratterizzare la norma di cui all'art. 30 del d.l. n. 112/2008, convertito con modifiche dalla legge n. 133/2008, secondo la quale i controlli amministrativi o le "ulteriori attività amministrative di verifica" in seno a procedimenti autorizzatori ambientali (ovvero di rinnovo delle autorizzazioni), possono essere sostituite dai controlli periodici svolti dai certificatori per le imprese certificate. Il richiamo fatto dalla legge stessa al principio di sussidiarietà orizzontale sembra confermare la lettura più radicale di questa norma come autentica apertura dell'ordinamento all'autodeterminazione dei privati, laddove sussistano sistemi strutturati di controllo e verifica in ordine alla conformità a norme tecniche di specifica "qualità ambientale"[25].

---

[22] Così le imprese registrate EMAS devono presentare a favore dello Stato una garanzia finanziaria ridotta al 30% degli importi fissati per la generalità delle imprese per le attività di bonifica dei beni contenenti amianto (ai sensi del dm 5 febbraio 2004) o in genere per attività di bonifica dei siti (ai sensi del dm 5 luglio 2005). Lo stesso codice dell'ambiente prevede la riduzione del 50 % degli importi previsti delle garanzie finanziarie ai fini dell'iscrizione all'Albo nazionale gestione ambientale, per le imprese registrate EMAS e del 40% per le imprese certificate ISO 14001.

[23] Così, rispettivamente, la delibera di Giunta 16 giugno 1999, n. 960 (Lazio?) in base alla quale gli accertamenti sulla regolarità dei controlli in tema di dispositivi di prevenzione dell'inquinamento non si effettuano nel caso di aziende registrate EMAS o certificate ISO 14001 (art. 7); ovvero la delibera di Giunta 14 aprile 2004, n. 673 che, in tema di criteri per la redazione della documentazione di previsione di impatto acustico richiama espressamente la documentazione del sistema di gestione certificato, ove esistente.

[24] M. RENNA, *Le semplificazioni amministrative (nel d. lgs. n. 152 del 2006)*, in *Studi sul codice dell'ambiente*, a cura di M.P. CHITI e R. URSI, Torino, 2009, nonché in *Riv. giur. ambiente*, 2009, n. 5, 649 ss.; e dello stesso Autore, *Semplificazione e ambiente*, in *La semplificazione nelle leggi e nell'amministrazione: una nuova stagione*, a cura di G. Sciullo, Bologna, 2008, 125 ss.

[25] La dottrina aveva, del resto, già teorizzato come l'incidenza della sussidiarietà orizzontale anche in materia ambientale dovesse leggersi nella chiave di una piena responsabilizzazione dei privati in ordine allo svolgimento di funzioni ambientali. Così S. AMOROSINO, *Ambiente e privatizzazione delle funzioni amministrative*, in *Ambiente e diritto*, a cura di S. Grassi, M. Cecchetti, A. Andronio, II, Firenze, 1999, 350-351.

Le perplessità che solleva la norma, ove si concentri l'attenzione alle certificazioni relative al sistema di gestione ambientale (ISO 14001 ed EMAS), riguardano soprattutto la presunta sovrapponibilità delle verifiche periodiche svolte dai certificatori privati e i controlli pubblici finalizzati al rinnovo dei titoli autorizzatori pubblici che le stesse andrebbero a sostituire: il dubbio non riguarda tanto la natura dei soggetti quanto la diversità dei parametri e la finalizzazione dei controlli, diretti in un caso ad accertare la permanenza della conformità del sistema di gestione ambientale alla normazione tecnica, e nel secondo caso ad accertare la permanenza del rispetto di norme di legge cogenti, centrate sulla tutela dell'interesse ambientale[26]. Come si è visto, i sistemi di certificazione volontaria non sono tutti centrati sulla prevalenza dell'interesse ambientale: al contrario, sistemi di certificazione internazionale come l'ISO 14001 sono nati avendo come riferimento primario l'interesse delle organizzazioni a migliorare il proprio mercato sviluppando una propria politica ambientale, e confinando, perciò, la tutela dell'ambiente a strumento e risultato occasionale di una decisione di *marketing* aziendale.

La norma si presenta, perciò, come eccentrica rispetto a quell'esigenza di "prudenti" semplificazioni in materia ambientale che naturalmente deriva anche dalla lettura della legge n. 241/1990 sul procedimento amministrativo, che in presenza dell'interesse ambientale definisce ampie deroghe all'azionabilità dei generali meccanismi semplificatori nell'esercizio del potere pubblico[27]. Anche se l'art. 30 rimane inattuato per la mancata emanazione del regolamento attuativo, altre norme di legge sembrano porsi nella medesima prospettiva, come l'art. 49, c. 4-*quater*, del d.l. n. 78/2010, convertito dalla legge n. 122/2010, che, con riferimento specifico alle piccole e medie imprese, espressamente prevede che con regolamento di delegificazione sia prevista la "soppressione delle autorizzazioni e dei controlli per le imprese in possesso di certificazioni ISO o equivalente, per le attività oggetto di tale certificazione" (lett. *e*). Nella medesima logica dell'art. 30 si pone anche l'art. 11 della legge 11 novembre 2011, n. 180 (c.d. "Statuto delle imprese"), che, nell'ottica di ridurre gli oneri amministrativi per le imprese, stabilisce che "le certificazioni relative a prodotti, processi e impianti rilasciate alle imprese dagli enti di normalizzazione a ciò autorizzati e da società professionali o professionisti abilitati sono sostitutive della verifica da parte della pubblica amministrazione e delle autorità competenti, fatti salvi i profili penali". Al di là

[26] Le perplessità del meccanismo semplificatorio introdotto dall'art. 30 non sono state fugate dalla sentenza della Corte costituzionale n. 322/2009, che ha lambito la questione senza entrarvi (anche a causa della specificità delle questioni sollevate con riferimento all'articolo in questione, centrate sul tema del rapporto tra competenze statali e regionali prima ancora che sulla legittimità del meccanismo semplificatorio. Si v. la ricostruzione di grande interesse svolta da G. TARLI BARBIERI, *La sentenza 322/2009 della Corte costituzionale: cosa rimane dell'autonomia regionale?*, in *Le Regioni*, 2010.

[27] Così M. RENNA, *Le semplificazioni amministrative (nel d. lgs. n. 152 del 2006)*, cit.

delle imprecisioni del testo, che sollevano notevoli dubbi interpretavi (come il presupporre che siano direttamente gli enti di normalizzazione a rilasciare le certificazioni), il meccanismo semplificatorio appare ulteriormente scarnificato, essendo scomparso il riferimento ai controlli svolti dai certificatori: la norma lascia così intendere che, semplicemente, la presenza della certificazione (non identificata nei suoi requisiti se non in modo generico) sia sufficiente a far venire meno le verifiche dell'amministrazione. Un modo per liberalizzare ancorato a presupposti discutibili.

5. *Osservazioni finali: la rilevanza giuridica delle certificazioni ambientali volontarie, tra dinamiche di mercato e garanzia dell'interesse ambientale*

L'analisi svolta consente, quindi, di evidenziare un diverso atteggiarsi della rilevanza giuridica delle certificazioni ambientali, con differenti conseguenze per l'interprete, secondo due "modelli" fondamentali.

Il primo è quello al quale sono riconducibili le certificazioni internazionali della serie ISO: si tratta di strumenti di mercato, nati con l'intento di soddisfare primariamente l'interesse delle organizzazioni certificate, attraverso lo sviluppo di buone pratiche ambientali e la maggiore trasparenza dei processi produttivi o organizzativi, nella logica di una migliore competitività nel mercato. L'interesse ambientale viene in considerazione in quanto e nella misura in cui è coerente con l'interesse al miglioramento qualitativo (sotto il profilo ambientale) dei prodotti, dei processi produttivi e dei sistemi gestionali delle organizzazioni che si certificano.

La rilevanza giuridica che l'ordinamento giuridico (sia esso europeo o interno) attribuisce a queste certificazioni presuppone il riconoscimento dell'autonomia propria dei relativi sistemi certificativi: l'ordinamento, infatti, utilizza meccanismi di "rinvio" che, tramite il richiamo alla certificazione internazionale (ad esempio ISO 14001), conferiscono rilevanza giuridica all'*esito* di un processo di verifica, se non proprio alla stessa *attività di verifica* circa la conformità normativa che è operata dai certificatori privati (all'interno dello specifico sistema definibile in base alla norma tecnica di riferimento e al tipo di accreditamento dei certificatori). In questi casi l'ordinamento giuridico non regolamenta il sistema, salvo che per quegli aspetti che ne consentono un migliore funzionamento (è il caso della disciplina dell'accreditamento dei certificatori ambientali ai sensi del regolamento europeo).

È questo l'ambito in cui la considerazione della primazia dell'interesse delle organizzazioni certificate rispetto all'interesse ambientale dovrebbe avere un ruolo centrale, specie laddove l'ordinamento non si limiti, come si è visto, a richiamare le certificazioni internazionali al solo scopo di incentivarne la diffusione, ma concretamente le utilizzi per valutare le capacità e i requisiti soggettivi (nel caso di

aspiranti alla partecipazione alle gare pubbliche o alla distribuzione di benefici pubblici di altro tipo, come incentivi economici) o addirittura per semplificare i procedimenti sostituendo ai controlli pubblici le verifiche svolte dai certificatori privati.

La rilevanza giuridica delle certificazioni ambientali assume una diversa connotazione (entra così in gioco il secondo "modello") laddove il meccanismo di verifica della conformità a norme tecniche (pur private), anche se articolato secondo un sistema concorrenziale, sia direttamente disciplinato della legge, avendo come riferimento primario la tutela dell'interesse ambientale.

L'esame svolto con riferimento alle fondamentali differenze che caratterizzano l'EMAS III rispetto all'ISO 14001, pur nelle connessioni, ha evidenziato proprio questo dato fondamentale: i temperamenti all'autonomia delle organizzazioni che intendono ottenere la certificazione, la tipologia dei vincoli posti, la diversa rilevanza del rispetto delle norme cogenti, sono tutti elementi che segnalano il differente "orientamento" del sistema certificativo, il diverso ordine di priorità adottato, pur nel contesto di uno strumento volontario che viene pur sempre definito nell'ottica dell'incentivo a comportamenti virtuosi (quindi nella valorizzazione dell'interesse delle organizzazioni).

Con riferimento a questa seconda serie di strumenti acquistano dunque una maggiore coerenza i "rinvii ordinamentali" aventi la funzione di snellire i controlli pubblici o di fondare la fiducia del committente pubblico: non si tratta, infatti, semplicemente di affidarsi all' "autoresponsabilità" dei privati, ma di avere consapevolezza piena della caratterizzazione degli strumenti che si configurano in ambito privato con finalità di mercato, e di fare in modo che l'acquisizione di rilevanza giuridica degli stessi, nell'ordinamento, sia coerente con quelle finalità, evitando di ricondurre agli stessi delle proprietà che non appartengono loro.

Sotto un diverso profilo, il moltiplicarsi delle norme di legge volte a incentivare e a "sostenere" le certificazioni volontarie ambientali vede i suoi presupposti anche nell'intrinseca debolezza di questi strumenti, che non trovano nel mercato un incentivo sufficiente alla diffusione e che appaiono non immediatamente percepibili, da parte degli stessi consumatori o clienti finali, nel loro collegamento con la salvaguardia dell'ambiente (già in sé fragile, specie per le certificazioni dei sistemi di gestione ambientali non regolamentati).

Come, però, dimostra anche l'esperienza in altri settori contigui (certificazioni di qualità), l'eccesso di rinvio legislativo può rendere strumenti volontari sostanzialmente obbligatori (si v. la necessarietà del possesso della certificazione ISO 9001 da parte delle imprese che intendono qualificarsi nel settore dei lavori pubblici) producendo, così, effetti distorsivi: in tal modo, infatti, diventano superflui i meccanismi premiali e sanzionatori di mercato che sono alla base della funzionalità di simili strumenti, con il rischio che gli stessi risultino svuotati della loro stessa effettività. Uno scenario, questo, quasi paradossale, che evidenzia, però, tutta la problematicità dell'operazione volta a giuridicizzare le

certificazioni volontarie di mercato, preordinandole a finalità che originariamente non appartengono loro.

ABSTRACT

AURETTA BENEDETTI, *Profili di rilevanza giuridica delle certificazioni volontarie ambientali*

Il saggio offre una riflessione articolata in tema di rilevanza giuridica delle certificazioni volontarie ambientali. Si tratta, come è noto, di strumenti nati nel mercato e utilizzati con sempre maggiore frequenza dal legislatore sia comunitario che interno al fine di conseguire finalità di interesse generale, come la qualificazione delle imprese partecipanti a gare pubbliche, o semplificazioni procedimentali. In particolare la legislazione europea, nell'ambito della politica ambientale europea, incoraggia la diffusione di simili strumenti, siano essi certificazioni di mercato (come le ISO 14001) o sistemi di ecogestione regolati dal pubblico (come EMAS). Ciò si riflette nella legislazione interna e dà origine ad una serie di problematiche del tutto peculiari legate alla peculiare natura di simili strumenti, non riconducibili ai pubblici poteri.

AURETTA BENEDETTI, *Legal relevance profiles of voluntary environmental certifications*

This article aims at giving a reflection concerning the environmental certifications and their significance in the legal system. In this respect, reference is made both to "public" certifications (EMAS) and to market certifications, which make up for the lack of a joint regulator in addition to representing the interests involved and developing control instruments that are fit to develop the relationship between firms as well as between companies and consumers (ISO 14001). The EU legal system encourages the spreading of market certifications and, at the same time, proposes models for the regulation of market instruments. The EU's environmental policy is significant as it bases one of its pillars precisely on the spreading of voluntary instruments of adjustment to high standards of environment protection. Instruments such as ISO 14001 or EMAS are favoured in European legislation; this is also reflected in member states' legislation (the Italian legislation in particular), contributing to the spread of instruments of production of private credit that are not to be ascribed to national public powers.

MONICA COCCONI*

Promozione europea delle energie rinnovabili e semplificazione**

SOMMARIO: 1. Promozione europea della produzione di fonti rinnovabili di energia e semplificazione. – 2. Gli ostacoli alla semplificazione: i ritardi della strategia energetica nazionale e della definizione nazionale di Linee guida uniformi. – 3. La frammentazione verticale delle competenze normative e amministrative. – 4. La tutela ambientale da limite a fattore propulsivo della semplificazione amministrativa.

1. *Promozione europea della produzione di fonti rinnovabili di energia e semplificazione.*

La promozione europea di fonti rinnovabili di energia[1], dipinte da taluno come un «mito»[2] per la loro incapacità di offrire una soluzione soddisfacente alle crisi energetiche, considerate da altri, viceversa, come una sorta di panacea per superare i limiti, politici ed economici, dell'utilizzo degli idrocarburi, è stato oggetto di uno degli interventi normativi europei più rilevanti in materia di energia,

* Monica Cocconi, Professore associato di diritto amministrativo presso il Dipartimento di Ingegneria industriale dell'Università di Parma.

** Il presente scritto rappresenta lo sviluppo di una Comunicazione tenuta a Livorno l'8 settembre 2012 su *I profili giuridici e problematiche istituzionali dell'approvvigionamento di energia da fonti rinnovabili.* Ringrazio il prof. Giovanni Franceschini, Direttore del Dipartimento di Ingegneria dell'informazione della Facoltà di Ingegneria di Parma per la preziosa disponibilità ad offrirmi spiegazioni e materiale tecnico in preparazione di questo scritto. La lettura delle fonti fornitemi mi ha convinto della capacità tecnica delle fonti energetiche integrative di costituire, entro alcuni limiti, un'alternativa alle fonti convenzionali e mi ha indotto a confidare in un effettivo adempimento, da parte del nostro Paese, degli obblighi europei ed internazionali assunti in merito. Ringrazio inoltre i colleghi del Dipartimento di Ingegneria industriale, grazie ai quali ho potuto beneficiare del necessario approccio interdisciplinare nell'affrontare, sotto il profilo scientifico, il complesso tema dell'energia. Sono riconoscente, infine, ai prof. Francesco De Leonardis e Giuseppe Manfredi per le osservazioni fornitemi ad una prima lettura di questo scritto delle cui mancanze resto l'unica responsabile.

[1] Si parla di fonti rinnovabili a proposito delle fonti di energia che non si esauriscono nel loro utilizzo quali sono l'energia eolica, la solare, la geotermica, il moto ondoso, l'energia maremotrice, quella idraulica, le biomasse, i gas di discarica o residuati ed il biogas. Per tale definizione di fonti rinnovabili, si v. la direttiva 2003/54/CE.

[2] Si v., per una visione realistica e disincantata dei limiti, tecnici ed economici, allo sviluppo delle fonti rinnovabili, A. CLÒ, *Il mito delle risorse energetiche rinnovabili*, in *Le scienze*, gennaio 1989, pp. 17-25.

di recente recepito dal legislatore nazionale[3]. Tale intervento trae la propria legittimazione dall'art. 194 TFUE che, al duplice fine di garantire il funzionamento del mercato interno e migliorare l'ambiente, conferisce all'Unione il potere di deliberare con procedura legislativa ordinaria per «promuovere il risparmio energetico, l'efficienza energetica e *lo sviluppo di energie nuove e rinnovabili*».

Tale disciplina da corpo ad un organico quadro comune, a livello europeo, per la promozione dell'energia da fonti rinnovabili: definisce gli obiettivi nazionali obbligatori di produzione, regola i progetti comuni fra gli Stati e i trasferimenti statistici fra di essi, impone una semplificazione dei regimi di autorizzazione all'installazione degli impianti e dell'accesso alla rete elettrica e definisce i regimi di sostegno da parte degli Stati.

L'analisi che segue sarà dedicata, principalmente, a verificare l'idoneità delle misure di semplificazione amministrativa introdotte o confermate dalla disciplina europea a raggiungere gli obiettivi da essa individuati; non saranno affrontate, viceversa, le novità, pur significative, apportate dal D.lgs. n. 28/2011, di recezione della disciplina europea, circa i regimi di sostegno degli impianti ad energia rinnovabile[4].

Giova sottolineare, in premessa, che il rilievo del tema delle fonti ad energia rinnovabile investe sia la tutela dell'ambiente sia la questione, di natura non solo economica ma anche politica, della sicurezza energetica degli Stati europei[5].

---

[3] Si v. la Direttiva 2009/28/CE del Parlamento e del Consiglio del 23 aprile 2009 sulla promozione dell'uso dell'energia da fonti rinnovabili, recante modifica e successiva abrogazione delle direttive 2001/77/CE e 2003/30/CE. Tale Direttiva avrebbe dovuto essere recepita entro il 5 dicembre 2010 mentre la sua attuazione effettiva è avvenuta, almeno formalmente, soltanto il 29 marzo 2011 con il D.lgs. n. 28. Peraltro tale decreto contiene diverse norme di rinvio a successivi provvedimenti secondari o atti regolamentari che posticipano ulteriormente la compiuta recezione della disciplina europea contro il chiaro dettato dell'art. 28 della direttiva che ne imponeva un'attuazione complessiva entro il termine stabilito.

[4] Il D.lgs. n. 28/2011 stabilisce, infatti, che solo gli impianti fotovoltaici che entreranno in esercizio entro il 31 maggio 2011 beneficeranno delle tariffe del Conto energia III (D.M. 6 agosto 2010) mentre agli altri saranno applicabili le nuove tariffe approvate attraverso il IV Conto energia. Il decreto approvato prevede l'istituzione di un registro presso il GSE in cui ogni singolo progetto o impianto fotovoltaico deve iscriversi durante una finestra aperta il 20 maggio 2011 e chiusa il 30 giugno 2011. Per gli impianti che entrino in servizio dopo il 31 agosto 2011 il GSE stabilisce che l'accesso alle tariffe incentivanti avvenga in base ad una graduatoria e fino al raggiungimento massimo di un plafond annuo stabilito nel Conto Energia IV per il 2011 (300 ML di euro) e per il 2012 (280 ML di euro). Tale novità ha introdotto notevoli incertezze sull'applicazione dei regimi di sostegno e sul ritorno dei relativi investimenti su cui si v. *Position Paper Assoconsult,* Gruppo di Lavoro Energy, ottobre 2011. Di recente il Ministero dello sviluppo economico ha redatto due decreti ministeriali sulle fonti rinnovabili che si propongono la finalità di superare gli obiettivi europei, almeno in relazione alle fonti elettriche, ma con una riduzione sensibile dei livelli di incentivi concessi sia per un loro allineamento alla media dell'Unione Europea sia per i costi decrescenti degli impianti.

[5] Inquadra il tema delle fonti rinnovabili nel contesto della crescita della domanda di energia anche da parte dei Paesi che stanno sviluppando una forte crescita economica, B. CARAVITA DI TORITTO, *Fonti*

Un maggior ricorso all'energia prodotta da fonti rinnovabili è ritenuto infatti necessario dalle autorità europee, per un versante, per ridurre le emissioni di gas ad effetto serra nell'atmosfera, contrastare il cambiamento climatico e, di conseguenza, migliorare la qualità dell'ambiente collettivo; il loro utilizzo favorirebbe, in tal modo, il rispetto europeo del Protocollo internazionale di Kyoto, sottoscritto il 7 dicembre 1997 nell'ambito di una Convenzione quadro delle Nazioni Unite del 1992[6]. Una maggior diversificazione delle fonti di energia promuoverebbe inoltre, per altro verso, la sicurezza degli approvvigionamenti energetici degli Stati in quanto ridurrebbe la loro dipendenza dalle importazioni estere nella fornitura di combustibili fossili che rappresentano, attualmente, la fonte principale di produzione dell'elettricità[7].

La produzione di energie rinnovabili concorre pertanto in misura significativa, nel quadro europeo, al conseguimento dell'obiettivo, di dimensione europea ed internazionale, dello sviluppo sostenibile nel più recente significato a questo riconosciuto[8].

Attraverso il ricorso a fonti rinnovabili, infatti, la tutela ambientale perde quella connotazione oppositiva rispetto allo sviluppo economico che la caratterizzava nella fase iniziale della sua affermazione e la rendeva, anche in sede europea, un limite alla crescita economica[9]. Viene meno dunque, con il ricorso a

---

energetiche rinnovabili ed efficienza economica, in E. BRUTI LIBERATI, *Il nuovo diritto dell'energia tra regolazione e concorrenza*, Torino, 2007, p. 226.

[6] L'Italia ha sottoscritto il Protocollo di Kyoto con la l. 1 giugno 2002, n. 120 e si è impegnata ad obiettivi di riduzione del 6,5% dell'emissione in atmosfera dei gas responsabili dell'effetto serra entro il quinquennio 2008-2012.

[7] I limiti all'attuale modello di sviluppo economico non sono più individuati nel timore per l'esaurimento delle risorse - come prefigurato da D. H. MEADOWS, D.L. MEADOWS, J. RANDERS, W. W. BEHRENS III, *I limiti dello sviluppo*, Milano, 1972, ma nell'aumento dei loro costi e nella loro disponibilità effettiva per la collocazione geografica delle materie prime e il rischio di un loro utilizzo come arma di pressione politica, si v., sul tema, A. CLÒ, *Il rebus energetico*, Bologna, 2008.

[8] Sul fatto che la formula dello sviluppo sostenibile, tradizionalmente intesa, presupponga una priorità assegnata all'interesse alla crescita economica, rispetto al quale il valore dell'ambiente viene generalmente concepito come limite si v. G. Rossi, A. Macchiati, *La sfida dell'energia pulita,* Rapporto Astrid, Bologna, 2009, 185. Il principio di sviluppo sostenibile, unitamente a quello di integrazione, è esplicitato, attualmente, dall'art. 11 del TFUE, nonché nella Convenzione europea sul paesaggio, firmata a Firenze il 20 ottobre 2000 dagli Stati membri del Consiglio d'Europa, entrata in vigore nel 2004 e ratificata in Italia con la l. 1 settembre 2006, n. 14. Di recente, su tale principio si v. F. FRACCHIA, *Il principio dello sviluppo sostenibile*, in A.A. V.V., *Studi sui principi del diritto amministrativo*, M. RENNA E F. SAITTA (a cura di), Milano, 2011, e *Sviluppo sostenibile e diritti delle generazioni future*, in *Riv. quadr. dir. amb.* (www.rqda.eu), n. 0/2010.

[9] Circa il fatto che la natura oppositiva dell'ìnteresse ambientale rispetto a quello attinente alle attività produttive sia connessa ai modi storicamente datati di queste, si v. G. ROSSI, *La «materializzazione» dell'interesse all'ambiente*, in ID. (a cura di), *Diritto dell'ambiente*, Torino, 2008, p. 21.

queste fonti, l'antagonismo iniziale fra produzione dell'energia e tutela dell'ambiente, dovuta all'originaria visione settoriale dei rispettivi interessi oggetto di cura e alla valenza principalmente economica inizialmente attribuita alla prima: in tal caso, infatti, la produzione di energia non soddisfa unicamente interessi economici ma attinenti, altresì, al miglioramento della salute collettiva. Il ricorso a fonti di energia non convenzionale persegue infatti, nella prospettiva europea, attraverso la riduzione delle emissioni di CO2 e il contrasto ai cambiamenti climatici, un interesse non conflittuale ma anzi convergente con quello della tutela ambientale nel fine di migliorare la qualità di vita[10].

Al consolidarsi di una politica energetica sostenibile la disciplina europea collega anzi, peraltro, la possibilità di favorire lo stesso sviluppo economico ed una più elevata occupazione attraverso l'innovazione tecnologica che necessariamente discende dalla diffusione delle fonti rinnovabili, rafforzando l'idea che la valenza ambientale delle fonti energetiche integrative accresca, anziché ostacolare, la crescita economica[11].

Peraltro un passaggio significativo dai combustibili fossili tradizionali alle fonti rinnovabili richiede un lungo orizzonte temporale e questo proietta inevitabilmente i benefici del loro utilizzo sulla qualità della vita non tanto sulle generazioni presenti ma, soprattutto, su quelle future. Le caratteristiche qualitative e i vincoli attualmente esistenti allo sviluppo delle fonti rinnovabili di energia difficilmente potranno renderle in effetti, nel breve periodo, un'alternativa reale e decisiva all'utilizzo delle fonti fossili, il che rende gli effetti positivi del loro incremento fruibili soprattutto dalle future generazioni. In tale prospettiva, quindi, le politiche comunitarie dirette a favorirne l'incentivazione sono coerenti con quella concezione di politica ambientale improntata all'equità intergenerazionale

---

[10] Si v. ancora G. ROSSI, cit.

[11] Si v. la Direttiva 2009/28/CE al terzo considerando: «Sono state riconosciute le possibilità di conseguire la crescita economica grazie all'innovazione e ad una politica energetica sostenibile e competitiva. La produzione di energia da fonti rinnovabili dipende spesso dalle piccole e medie imprese locali e regionali. Sono rilevanti le possibilità di crescita e di occupazione negli Stati membri e nelle loro regioni riconducibili agli investimenti nella produzione di energia da fonti rinnovabili a livello regionale e locale».

che caratterizza le nuove concezioni scientifiche sullo sviluppo sostenibile ed è stata esplicitata nel cd. Codice dell'ambiente[12].

Al fine di favorire il conseguimento di queste finalità, l'Unione europea, già dalla direttiva 2001/77/CE - ed è su questo punto che si svilupperanno le tesi contenute nel presente scritto - ha sempre ribadito che fosse necessario, anzitutto, migliorare la qualità della legislazione degli Stati e semplificare i procedimenti autorizzatori per l'installazione degli impianti. Al rispetto di tali condizioni era collegato, in sede europea, il raggiungimento, entro il 2010, della quota del 20 % di fonti rinnovabili nel quantitativo di energia complessivamente prodotta dal nostro Paese che la direttiva del 2009 riconferma per il 2020[13].

L'individuazione, a livello europeo, di uno stretto nesso fra qualità della regolazione, semplificazioni normative e procedurali e promozione delle fonti rinnovabili è risalente nel tempo. Già la direttiva del 2001 infatti, aveva imposto agli Stati, al fine di favorire il ricorso alle fonti energetiche non convenzionali, di riformare le proprie discipline nazionali in modo da «ridurre gli ostacoli normativi e di altro tipo all'aumento della produzione di elettricità a fonti energetiche rinnovabili», «razionalizzare e accelerare le procedure all'opportuno livello amministrativo» e «garantire che le norme siano oggettive, trasparenti e non discriminatorie e tengano pienamente conto delle particolarità delle varie tecnologie per le fonti energetiche rinnovabili» (art. 6).

La nuova disciplina europea del 2009 ribadisce nuovamente, al fine di conseguire gli stessi obiettivi, l'esistenza di un legame molto stretto fra le finalità di tutela ambientale insite nello sviluppo delle fonti rinnovabili, la qualità della regolazione degli Stati nazionali in materia ma, soprattutto, la semplificazione dei procedimenti amministrativi diretti all'installazione degli impianti di produzione[14]. Si richiede, ad esempio, all'art. 13, comma 1, lettera *c*) che «le procedure

[12] È questa la prospettiva in cui inquadra lo sviluppo sostenibile, R. BIFULCO, *Diritto e generazioni future. Problemi giuridici della responsabilità intergenerazionale*, Milano, 2008; in un'ottica analoga si v. F. FRACCHIA, *Lo sviluppo sostenibile. La voce flebile dell'altro tra protezione dell'ambiente e tutela della specie umana*, Napoli, 2010. L'art. 3 *quater* del c.d. Codice dell'ambiente, introdotto dal d.lgs. 16 gennaio 2008, n. 4 prevede che «ogni attività umana giuridicamente rilevante ai sensi del presente codice deve conformarsi al principio dello sviluppo sostenibile, al fine di *garantire che il soddisfacimento dei bisogni delle generazioni attuali non possa compromettere la qualità della vita e le possibilità delle generazioni future*».

[13] L'obiettivo del 20% della quota complessiva di energia da fonti rinnovabili e quello del 10% per le energie da fonti rinnovabili nei trasporti erano già stati individuati dalla Comunicazione della Commissione del 10 gennaio 2007 dal titolo «*Tabella di marcia per le energie rinnovabili - Le energie rinnovabili nel 21 ° secolo:costruire un futuro più sostenibile*». Per il nostro Paese, in realtà, la percentuale assegnata è del 17 % di fonti da energia rinnovabili nella quantità complessiva di energia prodotta (di cui il 26 % nel settore elettrico).

[14] Si v. il 42° considerando della Direttiva 2009/28/CE del Parlamento europeo e del Consiglio del 23 aprile 2009 del 23 aprile 2009 sulla promozione dell'uso dell'energia da fonti rinnovabili, recante modifica e successiva abrogazione delle direttive 2001/77/CE e 2003/30/CE.

amministrative siano semplificate e accelerate al livello amministrativo adeguato», che le relative discipline siano «oggettive, trasparenti, proporzionate», (lett. *d*), «siano previste procedure di autorizzazione semplificate e meno gravose, anche attraverso la semplice notifica….per i progetti di piccole dimensioni» (lett. *f)*. Analoghe previsioni di semplificazione ed accelerazione sono richieste per le procedure di autorizzazione all'accesso alla rete elettrica dall'art. 16.

In sostanza, le autorità comunitarie concepiscono la qualità della regolazione nazionale e l'introduzione di istituti di semplificazione amministrativa, da parte degli Stati nazionali, come una condizione essenziale per promuovere la diffusione delle fonti rinnovabili e rafforzare la tutela del valore ambientale discendente dal loro sviluppo. La connessione così stabilita dalla disciplina europea fra semplificazione e ambiente appare peraltro, come sarà evidenziato in seguito, piuttosto inconsueta in quanto generalmente l'ambiente costituisce un limite, anziché un fattore propulsivo della semplificazione amministrativa.

L'introduzione di semplificazioni amministrative procedurali, inoltre, non viene promossa dal legislatore europeo unicamente per ridurre le complessità funzionali e organizzative tipiche della materia ambientale ma tende a risultati ulteriori; la loro previsione, infatti, viene specificamente richiesta al fine di favorire interventi degli operatori economici - in tal caso, l'installazione di impianti di produzione di fonti rinnovabili - in grado di migliorare la qualità dell'ambiente.

Non è casuale che la disciplina europea sulla promozione dell'uso dell'energia da fonti rinnovabili li contempli unitamente ai regimi di sostegno finalizzati a favorirne la produzione (art. 11) e dopo aver esplicitato gli obiettivi europei da conseguire attraverso la promozione di queste fonti. L'introduzione di semplificazioni di natura decisoria, infatti, assume la stessa finalità - tipica dei regimi di incentivo - di favorire il compimento di attività virtuose a beneficio dell'ambiente.

Il legislatore europeo richiede altresì, che la disciplina nazionale sull'ambiente promuova la diffusione di tali fonti di energia anche nel bilanciamento inevitabile con altri valori rilevanti del territorio, come quello del paesaggio, tenuto conto dei benefici da queste arrecati alla riduzione delle emissioni di Co2 e, quindi, alla qualità ambientale.

Il ricorso a semplificazioni procedurali con una finalità incentivante, peraltro, è piuttosto diffuso nel diritto dell'ambiente laddove l'iniziativa diretta alla sua tutela si esplica soprattutto attraverso meccanismi di incentivazione di azioni volontarie dei soggetti più che sul ricorso all'azione autoritativa (*command and control*)[15]. Si pensi, a titolo meramente esemplificativo, alle semplificazioni decisorie contemplate dall'art. 209 del D.lgs. 3 aprile 2006, n. 152; tali semplificazioni attengono al rinnovo del rilascio delle autorizzazioni all'esercizio

[15] Su tali strumenti si v., di recente, AA. VV., *Gli strumenti economici e consensuali del diritto dell'ambiente*, F. MASTRAGOSTINO (a cura di), Napoli, 2011.

degli impianti di gestione dei rifiuti e all'iscrizione all'Albo nazionale gestori dei rifiuti a favore degli imprenditori in possesso di certificazione Emas (ai sensi del Reg. (CE) n. 761/2001) o Ecolabel (di cui al reg. 17 luglio 2000, n. 1980) che possono essere sostituite da un'autocertificazione. Tali semplificazioni risultano premianti per gli operatori economici che, sulla base di tali certificazioni, si attestano su *standard* di inquinamento inferiori a quelli permessi dalla disciplina normativa[16].

Merita di essere rilevato, inoltre, che la qualità della regolazione nazionale su tali fonti di energia e la semplificazione amministrativa si caratterizzano, nella disciplina europea, non solo quali interesse pubblici autonomi e meritevoli di tutela in quanto tali[17] ma, soprattutto, quale volano necessario per il raggiungimento degli obiettivi sostanziali indicati dalle autorità europee sulla diversificazione delle fonti energetiche e, di conseguenza, sulla tutela dell'ambiente.

L'esistenza di una relazione significativa anche fra qualità della normativa e crescita economica e il fatto che questa qualità sia una condizione essenziale del funzionamento del mercato, peraltro, è stata ribadita, in molteplici documenti, da organizzazioni internazionali specializzate, come l'OCSE[18].

Nella stessa prospettiva - a parere di chi scrive - anche nel nostro ordinamento nazionale i principi di qualità della regolazione e di semplificazione amministrativa non assumono il significato di finalità a sé stanti; tali principi, viceversa, costituiscono presupposti essenziali di misure in grado di accrescere l'efficacia dell'azione amministrativa nella sua reale capacità di soddisfare i valori ed i diritti dei cittadini a cui tende il suo svolgimento[19].

---

[16] Si pensi, altresì, alla sostituzione del provvedimento autorizzatorio con una «comunicazione di inizio attività» concessa a favore degli imprenditori che effettuano l'autosmaltimento o operazioni di recupero dei rifiuti per le attività contemplate dagli artt. 214, 215 e 216 del D. Lgs. n. 152/2006, che tende a incentivare lo smaltimento dei rifiuti nel luogo di produzione o il loro recupero. Un'analisi accurata, in chiave problematica, di queste e altre semplificazioni procedimentali introdotte nel diritto dell'ambiente al fine di incentivare attività ritenute virtuose a tutela dell'ambiente è compiuta da M. RENNA, *Le semplificazioni amministrative (nel decreto legislativo n. 152 del 2006)*, in *Riv. giur. Amb*., 2009, 05, p. 649 che ne valuta di volta in volta la ragionevolezza e l'accettabilità in considerazione del sacrificio di altri interessi rilevanti.

[17] Sulla connotazione dell'interesse alla qualità delle regole quale «entità materiale essenziale per rendere effettivi i diritti e le libertà costituzionalmente garantiti» si v. Cons. Stato, sez. consultiva atti normativi, parere 2024/2007.

[18] Si v. il documento OCSE, 2005 *Policy Recommendations for regulatory quality*, SG (2005) 3.

[19] Per una collocazione della semplificazione in questa prospettiva si v. F. MERUSI, *La semplificazione:problema legislativo o amministrativo*, in *Riv. Nuove Autonomie*, n. 3-4, 2008, p. 335. Sul tema della semplificazione amministrativa la letteratura scientifica è ormai vastissima si v. S. CASSESE, *La semplificazione amministrativa e l'orologio di Taylor*, in *Riv. trim. dir. pubbl*. 1998, p. 703; E. CASETTA, *La difficoltà di «semplificare»*, in *Dir. amm*., 1998, p. 334; L. TORCHIA, *Tendenze recenti della semplificazione amministrativa*, ivi, p. 385 ss.; G. VESPERINI, *La semplificazione dei*

Questa prospettiva si coglie meglio se viene messa in luce la dimensione costituzionale della semplificazione attraverso la sua connessione con il principio costituzionale di buon andamento dell'azione amministrativa di cui all'art. 98 Cost. Tale principio, attraverso il maggior equilibrio possibile fra efficienza ed efficacia dell'attività amministrativa a cui è diretta la sua applicazione, consente, in effetti, una migliore realizzazione degli interessi pubblici affidati alla cura dell'amministrazione[20].

È bene anticipare tuttavia, rinviando al seguito per un'analisi più compiuta di questo profilo, che la semplificazione amministrativa non può implicare il sacrificio della legalità dell'azione amministrativa o un'omessa considerazione degli interessi costituzionali coinvolti in un determinato procedimento attraverso un'attenzione rivolta unicamente ai suoi risultati sostanziali.

La stessa correlazione della semplificazione con l'efficacia dell'azione amministrativa, ovvero con la sua capacità di curare in modo soddisfacente gli interessi pubblici coinvolti la rende, infatti, attraverso il rispetto del principio costituzionale del buon andamento, uno dei parametri della legittimità dell'azione amministrativa. Questa stessa legittimità non si esaurisce, com'è noto, nella conformità alla legge ma include anche la ragionevolezza dell'agire amministrativo ed esige, quindi, un'adeguata considerazione degli interessi costituzionali coinvolti in un determinato procedimento[21].

In questo scritto si cercheranno dunque di comprendere le ragioni per cui le semplificazioni procedurali introdotte dal nostro legislatore nel procedimento autorizzatorio diretto all'installazione degli impianti ad energia rinnovabile per rispettare gli obblighi imposti dalla disciplina europea non abbiano permesso al nostro Paese, in realtà, un loro tempestivo adempimento.

Si metterà anzitutto in evidenza che i ritardi nel loro raggiungimento non sono dovuti, in effetti, ai limiti di tali semplificazioni ma, piuttosto, a difetti e carenze della disciplina normativa presente «a monte» della fase procedimentale. Tali carenze sono ravvisate in questo scritto, principalmente, nei ritardi della Strategia energetica nazionale e della definizione di Linee guida nazionali per una corretta integrazione degli impianti nel paesaggio (§ 2) ed, infine, nella complessità

---

procedimenti amministrativi, in *Riv Trim. Dir. Pubbl*., 1998, p. 655; R. FERRARA, *Le «complicazioni» della semplificazione amministrativa:verso un'amministrazione senza qualità?*, in *Dir. Proc. Amm.*, 1999, p. 323 ss. Più di recente, S. AMOROSINO, *Semplificazione amministrativa e competitività del «sistema Italia»*, Milano, 2006.

[20] Sulla valorizzazione, a livello costituzionale, della relazione fra semplificazione amministrativa e buon andamento si v. anche R. CHIEPPA, *La (possibile) rilevanza costituzionale della semplificazione dell'azione amministrativa*, in *Gior. dir. amm.*, 2009, p. 265.

[21] Per una prospettiva per la quale non vi sarebbe contrasto ma anzi una stretta interrelazione fra semplificazione e legittimità dell'azione amministrativa, si v. V. CERULLI, F. LUCIANI, *La semplificazione dell'azione amministrativa*, in *Dir. Amm*., 2000, 3-4, p. 617.

insita nel riparto istituzionale della potestà normativa fra Stato e regioni in materia di energia (§ 3).

Ci si chiederà inoltre, soprattutto, se la semplificazione amministrativa inerente al procedimento diretto ad autorizzare l'installazione degli impianti, organizzato in una conferenza di servizi diretta al rilascio di unico provvedimento autorizzatorio, sia idonea a conseguire gli obiettivi individuati dalla disciplina europea senza produrre, nel contempo, un sacrificio irragionevole dell'istruttoria procedimentale. L'analisi sarà condotta, nello specifico, sulla compatibilità del significato di assenso che il legislatore accorda, in seno alla conferenza, all'inerzia delle amministrazioni portatrici di interessi cd. sensibili (di tutela della salute, di pubblica incolumità, alla tutela paesaggistico - territoriale e alla tutela ambientale) al fine di assicurare comunque, in ottemperanza agli obblighi europei, la celere conclusione del procedimento, con la necessità di assicurare comunque un'adeguata valutazione agli interessi costituzionali da questo coinvolti, come quello del paesaggio. Ci si chiederà, in particolare, se gli obiettivi europei al cui conseguimento tende l'installazione degli impianti possano giustificare ed in quale misura una compressione dell'istruttoria procedimentale soprattutto riguardo alla considerazione di questi interessi (§ 4).

2. *Gli ostacoli alla semplificazione: i ritardi della strategia energetica nazionale e della definizione nazionale di Linee guida uniformi.*

Le difficoltà del nostro Paese nella realizzazione dell'obiettivo nazionale del 17% di fonti rinnovabili assegnatoci dalla disciplina europea[22], nonostante l'elevata percentuale di incentivi destinati a tal fine, devono ricondursi, in effetti, anzitutto, al ritardo nella predisposizione di una strategia energetica nazionale e nell'emanazione di Linee guida nazionali per favorire una corretta integrazione degli impianti delle fonti rinnovabili nel paesaggio. Sono state principalmente queste carenze, infatti, a ostacolare il funzionamento di semplificazioni procedurali introdotte nel nostro ordinamento nazionale su impulso della disciplina europea per promuovere la produzione di tali fonti come l'autorizzazione unica per l'installazione degli impianti, contemplata dall'art. 12 del d.lgs. 29 dicembre 2003, n. 387.

Non si è ancora provveduto a definire, ad esempio, quella Strategia energetica nazionale, affidata, dall'art. 7 della l. 6 agosto 2008, n. 133, ad una delibera del Consiglio dei Ministri, su proposta del Ministero dello sviluppo economico, che avrebbe dovuto delineare la curva di offerta complessiva di energia del sistema sia come potenzialità di risorse naturali presenti sul territorio nazionale

[22] L'obiettivo nazionale del 17% del consumo interno lordo di energia prodotta da fonti rinnovabili era contenuto già nell'art. 8-*bis* del d.l. 30 dicembre 2008, n. 208, convertito nella l. 27 febbraio 2009, n. 13.

sia come disponibilità ad accogliere investimenti in impianti ed infrastrutture[23]. L'identificazione stretta fra quella Strategia nazionale e la produzione di una percentuale di energia nucleare ne ha decretato nei fatti l'arresto dopo gli esiti del referendum sul nucleare tenutosi il 12 e 13 giugno 2011[24].

Inoltre, sebbene già dal 1991, con le l. n. 9 e 10 del 9 gennaio, fossero previsti obblighi e tempi stringenti perché le Regioni adottassero propri piani energetici ambientali, un loro adempimento parziale, in realtà, è avvenuto solo in tempi molto recenti.

Non sono state colmate, pertanto, l'asimmetria informativa e l'incertezza che caratterizzano le scelte di localizzazione degli investimenti sul territorio da parte degli operatori, in assenza di una programmazione nazionale che ne delineasse le priorità. Tali adempimenti, peraltro, divengono oggi ben più stringenti per il fatto stesso che il legislatore europeo, all'art. 4 della direttiva 2009/28/CE, impone a ciascuno Stato l'adozione di un piano di azione nazionale per le energie rinnovabili che definisca gli obiettivi complessivi di produzione di tali fonti nel settore dei trasporti, dell'elettricità, del riscaldamento e del raffreddamento. A tale adempimento il Ministero dello sviluppo economico ha ottemperato con il piano nazionale dell'11 giugno 2010 sulla base di un modello proposto dalla Commissione cui è stato notificato.

È mancata per molto tempo, inoltre, l'individuazione di Linee guida e criteri tecnici uniformi, a livello nazionale, per il procedimento di autorizzazione all'installazione degli impianti, contemplato dall'art. 12 del D.lgs. 29 dicembre 2003, n. 387[25], in adempimento degli obblighi comunitari contemplati dalla

[23] Gli obiettivi di tale Strategia erano individuati nei seguenti: a) la diversificazione delle fonti di energia; b) il miglioramento della competitività energetica nazionale e lo sviluppo delle infrastrutture nella prospettiva del mercato unico europeo; c) la promozione delle fonti rinnovabili di energia e dell'efficienza energetica; d) la realizzazione nel territorio nazionale di impianti di produzione di energia nucleare; e) l'incremento degli investimenti in ricerca e sviluppo nel settore energetico; f) la sostenibilità ambientale nella produzione e negli usi dell'energia, anche ai fini della riduzione delle emissioni di gas ad effetto serra; g) la garanzia di adeguati livelli di protezione sanitaria della popolazione e dei lavoratori. È noto come la definizione di tale Strategia energetica nazionale prevedesse, almeno sulla base delle dichiarazioni del Ministro Scajola, una percentuale del 25% di energia nucleare e quindi debba essere rimodulata sulla base dell'esito referendario.

[24] Sugli esiti del referendum di giugno e le discipline normative preservate dall'abrogazione si v. B. CARAVITA DI TORITTO, *Questioni inerenti gli effetti del referendum tenutosi il 12 e 13 giugno 2011 per l'abrogazione delle norme in materia di nuove centrali per la produzione di energia elettrica nucleare*, in *Rass. giur. dell'en. elettrica*, 2011, p. 13; G. DE VERGOTTINI, *Il nucleare dopo il referendum del giugno 2011*, ivi, p. 55.

[25] Come modificato dall'art. 2 della l. 24 dicembre 2007, n. 244.

direttiva 2001/77 CE[26]. Tale disposizione, al fine di semplificare tale procedimento, lo assoggetta al rilascio di un provvedimento di autorizzazione unica, emanato dalla Regione ed elaborato in sede di Conferenza di servizi a cui possono partecipare tutte le amministrazioni interessate[27]. Il provvedimento finale sostituisce tutti gli ulteriori provvedimenti autorizzatori previsti dalle normative di settore, è soggetto al rispetto della disciplina in materia di tutela dell'ambiente, del paesaggio e del patrimonio storico-artistico e deve essere rilasciato nel termine perentorio di novanta giorni[28]. La stessa autorizzazione costituisce, altresì, titolo a costruire e ad utilizzare l'impianto nonché dichiarazione di pubblica utilità, indifferibilità e urgenza delle stesse opere evidenziando, in tal modo, una cedevolezza dell'interesse urbanistico rispetto all'interesse ambientale che l'impianto è diretto a soddisfare.

Tale semplificazione procedimentale tuttavia, non ha conseguito in realtà, almeno entro il 2010, l'esito atteso di ottenere, attraverso lo snellimento e l'accelerazione del procedimento di autorizzazione per l'installazione degli impianti, una produzione di fonti di energia rinnovabile nella percentuale del 17 % richiesta al nostro Paese in sede europea. L'assenza di tale risultato non è da ricondursi, in effetti, tanto a difetti della semplificazione procedimentale di natura decisoria introdotta dal nostro legislatore per adempiere agli obblighi europei ma piuttosto alle carenze e ai ritardi presenti, per così dire, «a monte» del procedimento autorizzatorio.

Oltre all'assenza di una programmazione nazionale dell'energia ha rilevato, infatti, il ritardo con cui si sono emanate le Linee Guida nazionali per regolare il corretto inserimento degli impianti sul territorio per effetto del complesso intreccio di interessi costituzionali e di competenze normative dello Stato e delle regioni investiti dalla loro localizzazione.

Occorre precisare, in effetti, che per assicurare tale inserimento, l'art. 12, comma 10, del D.lgs. n. 387 del 2003 affidava alla Conferenza unificata, su proposta del Ministro delle attività produttive, di concerto con il Ministro dell'ambiente e della tutela del territorio e del Ministro per i beni e le attività

[26] Su questo procedimento si v. AA. VV., *Il procedimento autorizzativo per la realizzazione di impianti alimentati da fonti energetiche rinnovabili:complessità e spunti di riflessione, alla luce delle recenti linee guida nazionali*, in *Riv. giur. edilizia*, 2011, 2-3, p. 73.

[27] Per l'esatta individuazione delle «amministrazioni interessate» alla conferenza di servizi, soccorre la disposizione di cui all'art. 14 della l. n. 241 del 1990 che limita la partecipazione alla conferenza decisoria ai soli enti cui spetta esprimere «intese, concerti, nulla osta o assensi comunque denominati» sull'oggetto del procedimento (si v. T.A.R. Sicilia, Palermo, Sez. II, 9 febbraio 2010, p. 1775, in *Riv. giur. edilizia*, 2011, 2-3, p. 73).

[28] Il termine del procedimento a novanta giorni va computato al netto dei tempi previsti per l'effettuazione dell'eventuale valutazione di impatto ambientale di cui all'art. 26 del d.lgs. 3 aprile 2006, n. 152.

culturali, il compito di definire Linea guida nazionali che contemplassero requisiti soggettivi e criteri tecnici uniformi per i provvedimenti di autorizzazione all'installazione degli impianti.

La funzione regionale diretta a regolare, attraverso l'autorizzazione alla localizzazione degli impianti, la distribuzione locale dell'energia era ritenuta investire in effetti, oltre alla tutela dell'iniziativa economica e all'interesse nazionale all'approvvigionamento energetico, la garanzia di altri valori costituzionali primari come quello della tutela della qualità dell'ambiente inteso come ecosistema rispetto all'emissione di gas ad effetto serra e quello della protezione del paesaggio inteso, principalmente, nella sua dimensione cd. «identitaria»[29]. Di qui l'affidamento della definizione delle Linee guida alla Conferenza Stato-Regioni preceduta, tuttavia, da una complessa attività di concertazione con le amministrazioni statali titolari delle funzioni deputate alla tutela di tali interessi costituzionali come tale destinata, inevitabilmente, a ritardarne e a renderne farraginosa l'effettiva adozione, intervenuta solo di recente [30].

La persistente assenza di tali Linee guida, infatti, è stata utilizzata per molto tempo dalle Regioni, attraverso la funzione amministrativa di loro spettanza relativa al rilascio dell'autorizzazione, come un'occasione per privilegiare gli interessi di più spiccata valenza territoriale investiti dall'impatto locale dell'insediamento degli impianti rispetto ai benefici attesi dall'utilizzo delle fonti rinnovabili sulla riduzione delle emissioni di gas nocivi. L'incompletezza del quadro regolatorio nazionale, infatti, ha attribuito per molto tempo unicamente alla disciplina regionale sui procedimenti autorizzatori l'improprio ruolo di risolvere i conflitti fra i differenti interessi presenti nella materia ovvero, soprattutto, quelli legati all'impatto degli impianti sul territorio e quelli di tutela ambientale cui tende la diffusione delle fonti rinnovabili.

Ne è risultata accentuata, in alcune regioni, una visione settoriale e, quindi, inevitabilmente conflittuale del rapporto fra questi interessi; tale contrapposizione si è tradotta talora, ad esempio riguardo all'installazione degli impianti eolici, nell'assolutizzazione dell'interesse paesaggistico rispetto a quello ambientale anziché in un loro reciproco bilanciamento, come richiesto, peraltro, dalla

[29] In tale prospettiva ben si comprende anche il riconoscimento in tale attività, da parte della Corte, di un'espressione della competenza statale in materia di tutela dell'ambiente di cui all'art. 117, comma 3, lett. *s)*; il suo intreccio con la competenza concorrente in materia di «produzione, trasporto e distribuzione dell'energia» di cui all'art. 117, comma 3, della Cost. - che si esplica nella decisione di localizzazione degli impianti sul territorio - spiega infatti, per i giudici costituzionali, il ricorso alla Conferenza unificata ma non l'affidamento unicamente alle regioni del potere di definire criteri o requisiti per la loro ubicazione:l'esigenza di assicurare una loro adeguata integrazione nel paesaggio e l'interesse alla tutela ambientale discendente dalla loro installazione evoca in effetti, necessariamente, la competenza esclusiva statale (si v. Corte cost., 29 maggio 2009, n. 166).

[30] Le linee guida sono oggi contenute nel D.M. 10 settembre 2010, in GU 18 settembre 2010, n. 219.

giurisprudenza amministrativa e costituzionale pronunciatasi sulla questione[31]; un bilanciamento che dovrebbe comunque assumere, come necessaria variabile indipendente, il rispetto degli obblighi comunitari ed internazionali sulle quote di energia rinnovabili e la riduzione delle emissioni nocive[32].

Alcune Regioni, ad esempio, hanno interpretato la mancata programmazione energetica ed il ritardo nell'adozione di tali linee guida come un'occasione per appropriarsi indebitamente, attraverso l'esercizio della competenza concorrente in materia di energia di cui all'art. 117, comma 3 Cost., del potere di definire autonomamente criteri per l'inserimento degli impianti nel paesaggio[33], individuare aree non idonee all'installazione di impianti eolici e fotovoltaici[34], prevedere autonomi criteri tecnici degli impianti ammissibili[35] o decretarne la soggezione alla

[31] Tale tendenza era emersa, in modo emblematico, nella vicenda del frequente annullamento, da parte delle Sovrintendenze, del nulla-osta paesaggistico rilasciato dalle amministrazioni competenti per effetto di un'iniziale assolutizzazione del valore estetico e storico del paesaggio come tale non comparabile con altri interessi dotati di analoga rilevanza costituzionale. Quest'impostazione, tuttavia, risulta ormai difficilmente sostenibile grazie a quella giurisprudenza costituzionale che ha ravvisato nella primarietà di alcuni valori costituzionali, come quelli del paesaggio e dell'ambiente, non tanto un loro primato nella scala gerarchica degli interessi costituzionali ma una loro necessaria considerazione nelle concrete valutazioni operate dalle amministrazioni nell'esercizio della loro discrezionalità. Si v., a tal proposito, Corte cost., 28 giugno 2004, n. 196, in *Foro it.*, 2005, I, p. 327.

[32]Nella prospettiva per cui, nella localizzazione degli impianti eolici, uno dei parametri del bilanciamento sia già definito in anticipo dalla disciplina internazionale ed europea in materia si v. F. DE LEONARDIS, *Criteri di bilanciamento tra paesaggio e energia eolica*, in *Dir. Amm.*, 2005, 04, p. 889.

[33] Si v. la l.r. della Basilicata 26 aprile 2007, n. 9, dichiarata illegittima dalla Corte Costituzionale con la sent. 18 maggio 2009, n. 166.

[34] Si v. la l.r. della Puglia n. 31 del 2008 che vietava, all'art. 2, la realizzazione di impianti fotovoltaici per la produzione di energia elettrica in numerose aree del territorio regionale, dichiarata illegittima da Corte cost., 26 marzo 2010, n. 119. Anche la regione Campania aveva vietato l'installazione di parchi eolici in determinate aree con Deliberazione della Giunta regionale 30 novembre 2006, n. 1955.

[35] Si v. il punto 4.2 lett. f) All. sub 1 della l.r. della Calabria in cui si prevede che alla domanda di autorizzazione all'installazione di impianti eolici deve essere allegato uno studio delle potenzialità ameno logiche del sito che siano tali da garantire una producibilità annua di almeno 1800 ore equivalenti di vento.

sola d. i. a.[36] ed, infine, imporre una delibera aggiuntiva favorevole del Comune su cui insiste il progetto[37].

L'assenza di una programmazione nazionale delle localizzazioni è stata utilizzata, altresì, per giustificare una sospensione del rilascio dei provvedimenti autorizzatori[38] o una proroga del termine di centottanta giorni di conclusione del procedimento inizialmente contemplato dalla disciplina nazionale. I costi per gli investitori dovuti all'inefficienza del procedimento autorizzatorio, in effetti, sono stati quantificati da uno studio tecnico nell'ordine del 15% dell'investimento complessivo nell'impianto[39].

Tali discipline regionali, come rilevato dai giudici costituzionali, hanno disatteso gli obblighi di semplificazione amministrativa e celerità imposti dal legislatore europeo a quello nazionale nella regolazione dei procedimenti per l'autorizzazione degli impianti[40]; in tal modo hanno impedito il rispetto, da parte del nostro Paese, degli impegni assunti verso l'Unione europea e ad ottemperare, in tal modo, agli obblighi internazionali assunti con la sottoscrizione del Protocollo di Kyoto nella riduzione delle emissioni nocive[41].

---

[36] Si v. il punto 2.3 All. sub. 1 della l. r. della Calabria n. 42 del 2008 nella parte in cui individua un elenco di impianti (con potenza nominale inferiore o uguale a 500 KWe) assoggettabili alla sola disciplina della d.i.a. Si v. anche l'art. 3, commi 1 e 2, della l. r. della Puglia la cui incostituzionalità è stata pronunciata da Corte cost., n. 119 del 2010.

[37] Si v. il punto 4.2 lett. i) All. sub. 1 l.r. della Calabria n. 42 del 2008 in cui si richiede che l'istanza di autorizzazione sia corredata da una delibera favorevole del Consiglio comunale su cui insiste il progetto.

[38] Si v. la l. r. della Calabria, n. 15 del 2008, art. 53, comma 3. Anche la r. Campania, con la Deliberazione della Giunta regionale 30 novembre 2006, n. 1955 aveva sospeso le conferenze di servizi sulle istanze di rilascio dell'autorizzazione di impianti eolici. La l.r. del Molise, con Deliberazione della Giunta regionale 31 ottobre 2005, n. 1469 aveva sospeso i procedimenti autorizzativi di parchi eolici per 180 giorni per poi successivamente proro gare la sospensione sino all'adozione del piano energetico regionale. La l.r. della Puglia, 11 agosto 2005, n. 9 ha sospeso tutti i procedimenti autorizzativi di impianti eolici partiti dopo il 31 maggio 2005.

[39] Si v. A. LORENZONI, L. BANO, *I costi di generazione dell'energia elettrica da fonti rinnovabili*, Study Commissioned by Aper (Associazione Produttori di Energia da Fonti Rinnovabili), 2007.

[40] In tali semplificazioni procedurali, come quella relativa al termine massimo di centottanta giorni per la conclusione del procedimento, infatti, viene ravvisato un principio fondamentale affidato alla competenza dello Stato o comunque un vincolo derivante dalla disciplina comunitaria anche per il legislatore regionale nell'esplicazione della propria potestà normativa concorrente in materia di distribuzione dell'energia di cui all'art. 117, comma 3, Cost. Si v. Corte cost., 9 novembre 2006, n. 364.

[41] Si vedano, oltre le sentenze già citate, le pronunce della Corte cost. n. 282 del 2009 sulla l.r. del Molise, Corte cost., n. 168 del 2010 sulla l.r. della Val d'Aosta.

Censurate dai giudici costituzionali sono state, altresì, le restrizioni (dirette ed indirette) poste all'accesso al mercato degli operatori economici - attraverso, ad esempio, la previsione di limiti massimi alle potenze massime autorizzabili per ciascuna fonte rinnovabile[42] o all'individuazione di una riserva energetica del 20 % a favore di azioni dirette a garantire lo sviluppo del tessuto industriale regionale[43]. In tal caso la regolazione disomogenea e irragionevole, da parte delle discipline regionali, dell'assetto del mercato ha violato il valore della «tutela della concorrenza» di cui all'art. 117 comma 2, lett. *e)*, della Cost. fra gli operatori economici presenti sul territorio nazionale.

Il quadro che emerge dalle censure mosse alla legislazione regionale dalla giurisprudenza della Corte conferma, peraltro, una coerenza di fondo con l'impostazione presente nella disciplina europea del 2009. Non solo le semplificazioni procedurali vengono concepite come uno strumento per favorire il conseguimento dell'obiettivo sostanziale, europeo ed internazionale, di protezione dell'ambiente ma una condizione fondamentale del loro effettivo funzionamento è ravvisata, a monte, nella qualità della legislazione in materia.

3. *La frammentazione verticale delle competenze normative e amministrative.*

Nel precedente paragrafo si è rilevato come il rallentato e difficoltoso funzionamento dei procedimenti di autorizzazione degli impianti, più che costituire la causa del mancato raggiungimento degli obiettivi europei, abbia costituito, piuttosto, uno specchio emblematico delle carenze presenti nel quadro regolatorio nazionale della materia. In questo paragrafo si metterà in luce come tali carenze siano il frutto, essenzialmente, delle incongruenze presenti nell'assetto costituzionale delle competenze normative ed amministrative Stato-Regioni in materia di energia di cui all'art. 117 e 118 della Cost.

Tale assetto che affida alle regioni, all'art. 117, comma 3, Cost. la potestà normativa concorrente nella «produzione, trasporto e distribuzione nazionale dell'energia» e demanda all'attuazione dei principi di sussidiarietà, differenziazione e adeguatezza, all'art. 118, comma 1, Cost. l'attribuzione delle funzioni amministrative sulla base, quindi, della dimensione degli interessi coinvolti, è investito da un silente processo di mutamento che ne ha fatto emergere le incongruenze. Questo processo sarà analizzato, in questa sede, principalmente sotto lo specifico angolo visuale delle competenze, normative ed amministrative, relative alla promozione delle fonti rinnovabili di energia, considerata anche la

[42] Si v. art. 2 l. r. della Calabria n. 42 del 2008.

[43] Si v. l'art. 3, comma 1 della l.r. della Calabria n. 42 del 2008.

ricca letteratura scientifica che ha già analizzato, più in generale, il riparto istituzionale della potestà normativa in materia di energia.

Su tale fronte si è avviato anzitutto, all'interno del processo costituente europeo, un movimento centripeto che ha affidato all'Unione, attraverso l'esercizio della procedura legislativa ordinaria, alcuni rilevanti poteri che, in seno al governo dell'energia, attengono, in modo specifico, sulla base dell'art. 194 TFUE, alla garanzia della «sicurezza dell'approvvigionamento energetico dell'Unione» (lett. b) e allo «sviluppo di energie nuove e rinnovabili» e che sono destinati, inevitabilmente, a condizionare in misura significativa le discipline nazionali in materia[44].

Un intervento dell'Unione ancor più intenso è ammissibile, in tal caso a tutela dell'ambiente, da parte del Consiglio - ma solo all'unanimità e previa consultazione del Parlamento europeo, del Comitato economico e sociale e del Comitato delle Regioni - sulla base dell'art. 192 TFUE, attraverso l'adozione di «misure aventi una sensibile incidenza sulla scelta di uno Stato membro fra diverse fonti di energia e sulla struttura generale di approvvigionamento energetico».

La crescente rilevanza dell'azione normativa europea nel settore, se da un lato tende a depotenziare l'autonomia dell'iniziativa nazionale in materia, che diviene mera azione di recepimento della disciplina europea, dall'altro giustifica un nuovo accentramento della potestà normativa in materia verso lo Stato centrale. Tale accentramento appare legittimato, infatti, dalla necessità di garantire l'adempimento degli obblighi comunitari sulla differenziazione delle fonti di energia ed il raggiungimento di quote prefissate, che grava soprattutto sugli Stati[45]. Nonostante il decentramento della potestà normativa alle Regioni, si rafforza l'esigenza di individuare un livello di governo che garantisca, dinnanzi alle autorità europee, una visione di sintesi degli interessi generali attraverso una progettazione della politica energetica nazionale e una vigilanza del settore coerente con gli obiettivi fissati in materia a livello europeo ed internazionale[46].

La necessità di elaborare tale programmazione nazionale, dopo essere stata esplicitamente ribadita dalla l. 6 agosto 2008, n. 133 risulta peraltro rafforzata, per

---

[44] Sul fatto che ormai le traiettorie evolutive del diritto dell'energia debbano comunque assumere come contesto obbligato la crescente acquisizione di competenza dell'Unione europea in materia, si v. L. MEZZETTI, *Il diritto dell'energia tra Costituzione europea, innovazioni legislative e riforme costituzionali*, in *www.tecnosophia, org.*

[45] Peraltro la giurisprudenza costituzionale ha da tempo riconosciuto al diritto europeo la capacità di influenzare il riparto costituzionale di competenza normativa fra Stato e Regioni attraverso una differente articolazione della relazione fra norme di principio e di dettaglio, si v. Corte cost. 11 luglio 1989, n. 398, in *Giur. cost.*, 1989, p. 1757.

[46] Anche sotto tale profilo i giudici costituzionali da tempo asseriscono l'esistenza di un interesse generale al programmato reperimento e sfruttamento delle fonti di energia e ad un'offerta di energia adeguata alle esigenze di un equilibrato sviluppo economico del paese. Si v. Corte cost., 7 marzo 1964, n. 13.

quanto attiene alle fonti di energia rinnovabile, dall'obbligo, contemplato dall'art. 4 della direttiva 2009/28/CE, di elaborare un Piano di azione nazionale per lo sviluppo delle fonti rinnovabili, da trasmettere ciascun anno alla Commissione.

La soddisfazione di tale esigenza doveva anche tradursi, per i promotori di una proposta di revisione costituzionale presentata nella XIV legislatura e trasposta nel disegno di legge n. 2544-B, mai approvato, in una razionalizzazione dell'assetto costituzionale delle competenze contenuto nell'art. 117 Cost. che affidasse alla competenza esclusiva dello Stato la «produzione strategica, il trasporto e la distribuzione nazionale dell'energia»[47]. Nonostante il naufragio di tale progetto di revisione, anche per l'incerta identificazione della portata effettivamente «strategica» della produzione di energia, non è tramontata, tuttavia, l'esigenza che aveva dato impulso alla sua elaborazione e che emerge spesso nel dibattito scientifico sul tema. Si allude alla necessità di esplicitare, nell'assetto costituzionale delle competenze in materia di energia, l'affidamento allo Stato della competenza esclusiva a delineare i regimi di incentivo e, soprattutto, le sanzioni, necessari a vincolare le Regioni al rispetto degli obiettivi strategici sulle quote di energia definiti in sede europea[48].

Lo stesso processo di riconduzione al centro delle funzioni amministrative in materia, che ha fatto leva sulla necessità di garantire il funzionamento unitario del mercato dell'energia ed un governo uniforme delle reti infrastrutturali, ha favorito il movimento verso lo Stato anche della potestà normativa. Tale tendenza si era già manifestata, invero, con la l. 23 agosto 2004, n. 239 di riordino del settore energetico, caratterizzata dall'affidamento di funzioni amministrative ad organi centrali dello Stato per la loro esclusiva competenza tecnica a valutare il fabbisogno nazionale complessivo di energia e ad intervenire per colmare eventuali carenze a livello nazionale. La legittimazione a tale processo era stata offerta, com'è noto, dalla celebre giurisprudenza della Corte costituzionale che, sulla base della «clausola di flessibilità» insita nel principio di sussidiarietà, contenuto nell'art. 118, primo comma, della Cost., aveva permesso un'assunzione al centro

[47] Il disegno di legge costituzionale 2544-B è stato approvato in via definitiva dal Senato il 16 novembre 2005 e sottoposto a referendum confermativo in data 25 giugno 2006. L'esito di tale referendum, tuttavia, è stato negativo e la modifica costituzionale, quindi, non è entrata in vigore.

[48] Si v. la proposta formulata, in tal senso, da G. LOMBARDI, *L'energia rinnovabile:prospettive, riflessioni e percorsi per una riforma costituzionale*, in A. MACCHIATI, G. ROSSI, cit., p. 197. Sul riparto di competenze operato dalla l. cost. n. 3 del 2001, in materia di energia, si v. S. CASSESE, *L'energia elettrica nella legge costituzionale n. 3 del 2001*, in *Rass. giur. en. el.*, 1998, p. 673; R. GALBIATI, G. VACIAGO, *Il governo dell'energia dal decentramento alla riforma costituzionale: profili economici*, in *Mercato, concorrenza e regole*, 2002, p. 367; G. NAPOLITANO, *L'energia elettrica e il gas*, in S. CASSESE (a cura di), *Trattato di diritto amministrativo*, III, Milano, 2003, p. 2198 ss.; L. PERFETTI, *Il governo dell'energia tra federalismo e liberalizzazione. Profili di ricomposizione del quadro delle competenze*, in *Mercato concorrenza e regole*, 2002, p. 376 ss.; F. DONATI, *Il riparto delle competenze tra Stato e regioni in materia di energia*, in E. BRUTI LIBERATI, cit., p. 35; C. BUZZACCHI (a cura di), *Il prisma energia. Integrazione di interessi e competenze*, Milano, 2010.

della potestà amministrativa purché risultasse proporzionata e ragionevole e accompagnata da intese o accordi con le Regioni, nel rispetto della leale collaborazione istituzionale[49]. In ossequio al principio di legalità, infatti, tale processo necessita inevitabilmente di una disciplina legislativa che regoli l'assunzione delle funzioni amministrative da parte dello Stato.

Nel caso specifico delle energie rinnovabili, tale compito è stato assolto, di recente, dalla l. 23 luglio 2009, n. 99 che affida ad un decreto del Ministro dello Sviluppo economico, di concerto con il Ministro dell'ambiente e del territorio e del mare e con il Ministro delle infrastrutture e dei trasporti, d'intesa con la Conferenza unificata, l'individuazione delle fonti rinnovabili già disponibili e la predisposizione standardizzata di procedure celeri e semplificate per il rilascio del provvedimento autorizzatorio diretto all'installazione dei relativi impianti; si prevede inoltre la possibilità, per gli imprenditori e gli utenti, allo specifico fine di promuovere il ricorso alle fonti di energia non convenzionale, di beneficiare del servizio dello scambio sul posto per l'installazione di impianti anche di potenza superiore ai 200 kW ora.

Si tratta invero di una normativa che definisce dettagli molto specifici della regolazione e in cui l'intervento statale assume un'incisività che va ben oltre la sola indicazione dei principi fondamentali della materia, come peraltro avviene, di frequente, in materia di energia; si evidenzia pertanto, anche in tale specifico settore, che lo schema di riparto della potestà normativa fondato sulla concorrenzialità delle competenze Stato e regioni non risulta del tutto soddisfacente. L'esercizio della potestà normativa statale, pertanto, deve necessariamente situarsi, come peraltro ribadito in più occasioni dalla giurisprudenza costituzionale, in un quadro di determinazione concordata, da parte dello Stato e delle Regioni, delle scelte politiche più significative.

L'instabilità dell'equilibrio fra le competenze normative dello Stato e delle regioni è inoltre accresciuto, nell'ambito delle fonti rinnovabili (anche se non solo in questo), dalla presenza di valori di rilievo costituzionale, come quello della tutela dell'ambiente di cui all'art. 117, comma 2, lett. *s)* che agiscono in tal caso, anziché da limite, quale criterio di legittimazione della promozione di tali fonti.

L'appartenenza anche degli impianti di energie rinnovabili al sistema della rete elettrica nazionale, infine, crea la necessità di garantire pari condizioni di accesso degli operatori sul territorio nazionale, che costituisce, a sua volta, un elemento essenziale della «la tutela della concorrenza» fra i soggetti del mercato e legittima quindi la predisposizione, da parte dello Stato, di Linee guida e criteri tecnici uniformi.

---

[49] La Corte si era pronunciata in tal senso, come noto, nella sent. n. 303/2003, che aveva come oggetto la cd. Legge - obiettivo n. 443 del 2001. I principi sanciti dalla sent. 1 ottobre 2003, n. 303 sono stati poi sviluppati, in materia di energia, dalle sent. 10 febbraio 1964, n. 4 e 11 ottobre 2005, n. 383 al fine di giustificare l'attrazione al centro della potestà normativa ed amministrativa nei casi in cui gli interessi in gioco richiedano «una visione unitaria per l'intero territorio nazionale».

Anche l'intreccio della potestà legislativa concorrente regionale in materia di energia con la sfera di protezione di tali valori costituzionali determina pertanto, inevitabilmente, uno spostamento del baricentro della produzione normativa verso il legislatore nazionale.

Al tempo stesso le regioni legittimamente rivendicano, attraverso la titolarità della potestà normativa concorrente in materia di governo del territorio e dell'energia, un margine di apprezzamento circa l'impatto della localizzazione degli impianti in sede locale e la loro corretta integrazione nel paesaggio. Lo stesso affidamento alle Regioni, in seno al d.lgs. n. 387/2003, della funzione amministrativa relativa al conferimento dell'autorizzazione per l'installazione degli impianti, pur in presenza di Linee guida definite in sede nazionale, legittima la rivendicazione di un loro ruolo nell'individuazione dei siti non idonei all'installazione degli impianti e nella razionalizzazione e accelerazione delle procedure dirette al rilascio dei provvedimenti autorizzatori.

Tale ruolo, tuttavia, non può in alcun modo tradursi, come è avvenuto finora, in scelte politiche tali da paralizzare i benefici trasversali a tutela dell'ambiente che può produrre la diversificazione delle fonti energetiche e l'incremento di quelle rinnovabili o impedire l'adempimento, da parte dello Stato, degli obblighi europei ed internazionali assunti in materia attraverso l'assunzione di iniziative ostruzionistiche. E' senza dubbio condivisibile, in effetti, che la necessaria cooperazione fra lo Stato e le Regioni, quando si tratti di garantire scelte di politica energetica di interesse generale, deve necessariamente risultare coerente con il rispetto dei principi di concorrenza e di sostenibilità ambientale[50]. In tal senso, peraltro, depone anche la ricca giurisprudenza della Corte costituzionale sviluppatasi in tema di localizzazione dei siti degli impianti ad energia nucleare in cui si è evidenziato che il mancato raggiungimento dell'intesa fra Stato e Regioni non possa tradursi in un divieto insormontabile da parte regionale, purché sia accompagnata dal ricorso effettivo a modalità di leale collaborazione fra Stato e Regioni[51].

L'interpretazione in senso ascensionale del principio di sussidiarietà di cui all'art. 118 Cost. tendenzialmente compiuta in passato, nel riordino del settore dell'energia, con l'allocazione di molte funzioni amministrative a livello statale, appare ancor più giustificato in relazione alle fonti rinnovabili. In questo caso, infatti, la necessità di rispettare impegni assunti in sede comunitaria ed internazionale deve concretizzarsi in un'attività di programmazione e di determinazione di criteri tecnici che, per la dimensione diffusa dell'interesse

[50] Si v. ancora F. Donati, cit., p. 57.

[51] Si v., da ultimo, Corte cost., 26 gennaio 2011, n. 33. Prima ancora si v. le sentt. 26 marzo 2010, n. 121 e 24 gennaio 2007, n. 24. Sul tema si v. S. GRASSI, *Sussidiarietà e leale cooperazione nella giurisprudenza della Corte costituzionale in tema di energia nucleare*, in *Rass. giur. dell'en. elettrica*, 2011, p. 27.

coinvolto di tutela dell'ambiente attraverso la riduzione delle emissioni e quello di rilevanza nazionale della sicurezza nell'approvvigionamento energetico, non può che spettare al livello statale. E' il principio di adeguatezza di cui allo stesso art. 118 Cost., già contemplato e definito dall'art. 4, comma 3, della l. n. 59/97, che, come asserito da un'attenta dottrina[52], non è da intendersi come limitativo ma, anzi, come elemento costitutivo del principio di sussidiarietà, ad imporre il conferimento di tali funzioni amministrative ad un livello inevitabilmente superiore a quello regionale.

Al tempo stesso appare altrettanto necessario, per far decollare effettivamente le semplificazioni funzionali introdotte dalla disciplina europea, coinvolgere e responsabilizzare le regioni non solo nelle scelte specifiche di localizzazione degli impianti ma, altresì, nell'elaborazione delle decisioni relative alla programmazione energetica nazionale; solo in tal modo, in effetti, si garantirà una maggiore legittimazione ed effettività alla loro successiva applicazione sul territorio evitando iniziative paralizzanti degli enti sub-nazionali.

Tale responsabilizzazione delle regioni nel conseguimento degli obiettivi europei è stata finalmente affidata, di recente, all'attivazione del cd. *burden sharing* ovvero ad un meccanismo, di origine comunitaria, tradizionalmente rivolto a ripartire equamente fra gli Stati gli oneri e le iniziative necessarie per conseguire gli obiettivi comuni. Un meccanismo ispirato alla stessa logica era stato ideato, dalla l. 24 dicembre 2007, n. 244, per favorire l'impegno ed attivare la responsabilità delle Regioni nella promozione delle fonti di energia rinnovabile ma non aveva ricevuto, finora, alcuna attuazione.

Solo di recente è stato emanato a questo fine, sulla base dell'art. 37, comma 6, del D.lgs. n. 28/2011, un decreto del Ministro dello sviluppo economico, di concerto con il Ministro dell'ambiente e della tutela del territorio e del mare, d'intesa con la Conferenza permanente per i rapporti tra lo Stato, le regioni e le provincie autonome di Trento e Bolzano. Tale decreto, oltre a definire le quote di spettanza regionale, istituisce un Osservatorio permanente di consultazione e confronto sulle modalità di realizzazione degli obiettivi assegnati, individua i criteri per monitorare per verificare il regolare avvicinamento a questi da parte degli enti territoriali (art. 5) e contempla le modalità di sostituzione del Governo in caso di loro inadempimento sulla base di quanto previsto dall'art. 8 della l. 5 giugno 2003, n. 131 in attuazione dell'art. 120, comma 2, Cost. (art. 7).

Al Ministero dello sviluppo economico sono affidati, infatti, poteri di vigilanza sull'effettivo funzionamento del meccanismo che provvede, entro il 31 dicembre di ciascun anno, ad una verifica, per ciascuna regione e provincia autonoma, della quota del consumo finale lordo di energia coperta dalle fonti rinnovabili. L'esito di tale verifica, che dovrà essere comunicato al Ministero

[52] Si v., sempre sul significato del principio di adeguatezza, G. PASTORI, *La redistribuzione delle funzioni, profili istituzionali*, in *Le regioni*, 1997, pp. 749, ora in ID., *Scritti scelti*, Napoli, 2010, II, pp. 689 ss.

dell'ambiente, al Ministero per i Beni e le Attività culturali e alla Presidenza del Consiglio dei Ministri, con proposta di discussione in sede di Conferenza Stato - Regioni, rappresenta, in caso di risultato negativo, una condizione per attivare le misure sostitutive consentite dall'art. 6.

La loro attivazione richiede, in via preliminare, l'assegnazione alle Amministrazioni preposte, in caso di accertata inerzia o inefficacia delle misure adottate, di un termine non inferiore a sei mesi, tempo nel quale dovranno essere emanati i provvedimenti necessari al conseguimento degli obiettivi assegnati. L'inutile decorso del termine legittima il Consiglio dei Ministri, su proposta del Ministro dello sviluppo economico e sentita la regione interessata, ad adottare i provvedimenti necessari o nominare un apposito commissario che colmi il *deficit* riscontrato nel conseguimento della quota di energia rinnovabile assegnata alla Regione.

Benché sia senz'altro apprezzabile l'intento, che ha promosso la redazione del decreto, di responsabilizzare le regioni nell'adempimento degli obblighi comunitari, sarebbe senza dubbio più consigliabile se, allo stesso fine, a fianco del potere sostitutivo del Consiglio dei ministri, si contemplassero meccanismi incentivanti e sanzionatori le scelte politiche regionali, senz'altro più adeguati a favorire il conseguimento, da parte degli enti sub-nazionali, dei risultati richiesti dall'Unione europea. Si potrebbero conferire, ad esempio, premi significativi alle amministrazioni che creeranno le condizioni per investimenti nell'ambito delle fonti rinnovabili e applicare sanzioni a quelle in cui il grado di diffusione di questi fonti sia insufficiente per raggiungere gli obiettivi europei.

Sarebbe infine necessario coinvolgere le comunità locali, attraverso adeguate forme partecipative[53], nel raggiungimento degli obiettivi contemplati a livello europeo sulla differenziazione delle fonti energetiche soprattutto per quelle, come l'eolico, che, pur possedendo un ottimo rapporto qualità/prezzo, hanno tuttavia un impatto assai rilevante sul paesaggio sia in termini estetici sia in relazione al danno arrecato a fattori naturali.

Le turbine eoliche, infatti, unitamente all'installazione di infrastrutture ausiliarie, sono in grado di alterare in modo significativo le specifiche caratteristiche del paesaggio, dato che la loro installazione avviene per lo più in zone aperte molto visibili e di grande valore sociale. L'ancoraggio degli autogeneratori al suolo, inoltre, rende necessari scavi profondi in grado di alterare il corso delle falde acquifere e di danneggiare eventuali reperti archeologici. Nel contempo i benefici dei relativi impianti per l'ambiente, rappresentati dalla riduzione significativa dell'emissione di sostanze inquinanti (circa 2 Kg di anidride carbonica in meno per ogni KWh prodotto con l'eolico) non sono altrettanto conosciuti e visibili alla comunità locale.

[53] In generale, sui modelli di partecipazione in materia ambientale, mi sia consentito il rinvio a M. COCCONI, *La partecipazione all'attività amministrativa generale*, Padova, 2010, p. 95 ss.

Al fine quindi di offrire una legittimazione adeguata alle scelte di localizzazione degli impianti, di consentire una valutazione dei loro costi e benefici e non suscitare, nella fase finale del procedimento, reazioni paralizzanti delle comunità locali, sarebbe necessaria l'attivazione di forme partecipative già nella fase iniziale del processo decisionale regionale diretto all'individuazione del sito, quando tutte le alternative sono ancora aperte e non si è ancora addivenuti alla scelta di una specifica collocazione.

La scienza economica ha evidenziato, altresì, la possibilità, a supporto di una partecipazione più consapevole, di effettuare una valutazione cd. contingente ovvero una stima del valore monetario attribuito dalla comunità locali a trasformazioni, in positivo ed in negativo, della qualità dell'ambiente e delle caratteristiche del paesaggio dovute all'installazione degli impianti eolici anche evidenziando i costi aggiuntivi di un trasferimento di questi *off shore* (ovvero sul mare)[54] al fine di permettere una valutazione più completa delle scelte di localizzazione possibili.

4. *La tutela ambientale da limite a fattore propulsivo della semplificazione amministrativa.*

Venendo, più specificamente, al funzionamento delle semplificazioni procedurali introdotte dal legislatore nazionale, attraverso la recezione della disciplina europea, per promuovere la diffusone delle fonti rinnovabili, si analizzerà, di seguito, la loro compatibilità con la necessità di non sacrificare in modo irragionevole l'istruttoria procedimentale e l'adeguata considerazione degli interessi costituzionali coinvolti nel procedimento autorizzatorio diretto all'installazione degli impianti.

È stato messo in luce da un'autorevole dottrina[55] come un'espressione della «specialità» del diritto dell'ambiente sia la limitata applicazione, in tale settore, del principio di semplificazione in quanto, ad esempio, l'assenso delle amministrazioni preposte alla tutela dell'ambiente e del paesaggio non è generalmente acquisibile in forma tacita, richiedendo sempre una disanima espressa.

In una prospettiva più specifica, si è rilevato[56] come gli istituti contemplati nel Capo IV della l. 7 agosto 2000, n. 241, qualificato «Semplificazione dell'azione

[54] Si v., in tal senso, D. TIRENDI, *Energia eolica e ambiente*, in *Aeit*, 2006, p. 22 ss.

[55] G. MORBIDELLI, *Profili giurisdizionali e giustiziali nella tutela amministrativa dell'ambiente*, in S. GRASSI, M. CECCHETTI, A. ANDRONIO (a cura di), *Ambiente e diritto*, Firenze, 1999, II, 307, riprendendo una tesi sostenuta in precedenza in *Il regime amministrativo speciale dell'ambiente*, in AA.VV., *Scritti in onore di Alberto Predieri*, Milano, 1996, II, p. 1121 ss.

[56] Sui limiti alla semplificazione nella disciplina generale dei procedimenti coinvolgenti interessi ambientali si v. M. RENNA, *Semplificazione e ambiente*, in *Riv. Giur. Edil.*, 2008, II, p. 37 ss.

amministrativa» ovvero la conferenza di servizi (art. 14 e ss.), l'attività consultiva (art. 16), l'acquisizione di valutazioni tecniche (art. 17), la dichiarazione di inizio attività (art. 18) ed il silenzio assenso (art. 20), abbiano ricevuto, nella disciplina generale dei procedimenti coinvolgenti l'interesse ambientale, oltre ad altri interessi di rilievo costituzionale, un'applicazione assai prudente e anzi, in alcuni casi, siano stati del tutto disapplicati.

Tale cautela è stata dovuta alla condivisibile necessità di evitare che, nell'intento di accelerare i tempi di svolgimento del procedimento o di impedire l'effetto paralizzante di comportamenti omissivi dell'amministrazione o di altri soggetti chiamati ad esprimere pareri o valutazioni tecniche, si producesse il sacrificio di determinati apporti istruttori o decisionali all'interno di procedimenti che investono interessi di rilievo costituzionale. Tale prudenza è da ritenersi senz'altro apprezzabile, in materia ambientale, poiché evita il rischio che l'eccesso di semplificazione attenti al pieno dispiegarsi dell'istruttoria procedimentale o la privi di apporti tecnici o decisionali insostituibili per un accorto esercizio della discrezionalità; lo stesso può affermarsi per l'esercizio della discrezionalità di tipo tecnico che, all'interno della conferenza di servizi, può risultare eccessivamente compressa dalla necessità di effettuare un esame contestuale dei differenti interessi coinvolti e dall'accelerazione imposta dal rispetto dei suoi tempi di svolgimento. È stato infatti rilevato da un'autorevole dottrina[57] che la semplificazione non è sempre da qualificarsi come un valore ma unicamente se, a parità di risultato, consente comunque un'adeguata tutela agli interessi costituzionalmente rilevanti coinvolti.

È necessario tener presente, tuttavia, che gli istituti di semplificazione amministrativa non perseguono unicamente l'efficienza dell'attività amministrativa ma anche il valore del buon andamento dell'azione amministrativa; l'unificazione di diversi procedimenti e gli accorgimenti volti a imprimere al loro svolgimento una maggiore celerità o ad evitare effetti paralizzanti all'omissione di determinati adempimenti istruttori o decisionali soddisfano, quindi, anche l'efficacia dell'attività amministrativa ovvero la sua capacità di conseguire effettivamente gli interessi pubblici affidati alla sua cura. Tale capacità pertanto, a sua volta, non può essere irragionevolmente compressa se tale sacrificio non è reso assolutamente inevitabile dalla necessità di salvaguardare l'interesse alla tutela ambientale e, soprattutto, se tale finalità può essere altrimenti conseguita.

L'individuazione di un corretto equilibrio fra efficienza ed efficacia dell'azione amministrativa, ovvero il perseguimento, attraverso la semplificazione amministrativa, del buon andamento dell'attività amministrativa dovrà tuttavia essere guidato, nei procedimenti diretti al rilascio dell'autorizzazione per gli impianti di energia rinnovabile, dall'idea che la loro stessa finalità coincide e,

[57] G. FALCON, *La normativa sul procedimento amministrativo:semplificazione o aggravamento*, in *Riv. giur. urb.*, 2000, 138.

quindi, non collide con la tutela dell'ambiente e, soprattutto, integra l'adempimento di obblighi europei ed internazionali ineludibili.

È alla luce di questa convinzione che l'interprete, nell'analizzare la disciplina speciale su questi procedimenti, può accentuare, rispetto alla disciplina generale dei procedimenti coinvolgenti l'interesse ambientale, le spinte verso l'unificazione dei diversi procedimenti, il rafforzamento della loro capacità di addivenire alla decisione finale e l'accelerazione dei loro tempi di conclusione nonostante l'inerzia o il dissenso anche delle amministrazioni portatrici di interessi cd. sensibili.

Si tratta pertanto di verificare, attraverso un'analisi della disciplina e, soprattutto, delle ragioni della sua specialità rispetto a quella generale del procedimento, se tale accentuazione si traduca in un inaccettabile scambio transattivo della legalità contro l'efficienza dell'azione amministrativa o se le garanzie procedurali e motivazionali da cui è accompagnata e, soprattutto, l'interesse alla tutela ambientale su cui è fondata la rendano comunque pienamente legittima.

Il ricorso al rilascio di un'autorizzazione unica per gli impianti volti alla produzione di fonti rinnovabili di potenza superiore a 300 MW, al termine di un procedimento improntato al modello della conferenza di servizi, realizza una semplificazione procedurale apprezzabile; consente, in effetti, di integrare all'interno di una funzione unitaria tutte le numerose autorizzazioni di spettanza delle amministrazioni preposte alla tutela di specifici settori richieste per l'installazione dell'impianto. In tal senso, infatti, è applicabile l'art. 14-*ter*, comma 6-*bis* della l. n. 241/1990[58], per cui è la determinazione motivata di conclusione del procedimento che «sostituisce, a tutti gli effetti, ogni autorizzazione, concessione, nulla-osta o atto di assenso comunque denominato di competenza delle amministrazioni partecipanti, o comunque invitate a partecipare ma risultate assenti, alla predetta conferenza» nel senso che è l'atto conclusivo della conferenza a costituire, nel contempo, il provvedimento finale del procedimento.

La scelta di prevedere il rilascio di un'autorizzazione unica, per l'installazione degli impianti volti alla produzione di fonti rinnovabili, soddisfa, inoltre, il principio di efficienza, nonché quelli di responsabilità ed unicità dell'amministrazione, contemplati dall'art. 4, comma 3, della 15 marzo 1997, n. 59 per l'allocazione delle funzioni amministrative; la loro applicazione, peraltro, risulta particolarmente utile, in materia ambientale, in quanto consente di ridurre la frammentazione endemica di funzioni amministrative fra differenti procedimenti e amministrazioni dovuta alla pluralità dei settori in cui si articola la disciplina ambientale[59]. Quanto al coordinamento con altre procedure autorizzatorie è l'art.

[58] Il nuovo c. 6-*bis* è stato introdotto dal d.l. n. 78 del 2010.

[59] Per un'analisi accurata della complessità funzionale che affligge la materia dell'ambiente si v. M. RENNA, *Le semplificazioni amministrative (nel decreto legislativo n. 152 del 2006)*, cit., 649 ss.

1, comma 5 del d.lgs. 18 febbraio 2005, n. 59 ad imporre al procedimento di autorizzazione unica in materia di fonti rinnovabili il rispetto della normativa in materia di autorizzazione integrata ambientale ovvero la procedura relativa alla prevenzione e alla riduzione integrate dell'inquinamento nel contempo dell'aria, dell'acqua e del suolo, in relazione agli impianti esistenti o a quelli nuovi destinati allo svolgimento di determinate attività industriali particolarmente inquinanti, fra cui sono ricomprese quelle energetiche.

Quanto invece al procedimento di valutazione d'impatto ambientale il rinvio della disciplina speciale all'art. 14-*ter* della l. n . 241/1990 per il quale, «nei casi in cui sia richiesta la VIA, la conferenza di servizi si esprime *dopo aver acquisito* la valutazione medesima» evidenzia la scelta del legislatore di preservare al primo una propria *individualità* e *separatezza* rispetto al procedimento principale. Resta comunque fermo che gli esiti di tale valutazione, contenuti in «provvedimenti espressi e motivati», confluiscono nel procedimento diretto al rilascio dell'autorizzazione unica[60].

Nel modello generale si configura come eccezionale, dunque, la sostituzione della VIA da parte dell'amministrazione competente con una determinazione espressa in sede di conferenza di servizi (art. 14-*ter*, comma 4) quando questa «non interviene nel termine previsto per l'adozione del relativo provvedimento», la quale dovrà in ogni caso concludersi nei trenta giorni successivi; in tal caso è fatta comunque salva, a richiesta della maggioranza dei partecipanti alla conferenza, una proroga del termine di trenta giorni per ulteriori approfondimenti istruttori.

Sulla base dell'art. 14, comma 13, delle Linee Guida del settembre 2010, l'esercizio del potere sostitutivo deve essere preceduto da una convocazione dell'autorità competente alla valutazione da parte del responsabile del procedimento perché si esprima nella conferenza di servizi. Non parrebbe illegittima, tuttavia, un'eventuale integrazione, da parte della disciplina regionale, della VIA nel procedimento autorizzatorio principale in deroga al modello generale in quanto risulterebbe coerente, a parere di chi scrive, con l'accentuazione delle necessità di semplificazione e di celerità del procedimento autorizzatorio presenti nell'impostazione della disciplina europea.

Il modello dell'autorizzazione unica, peraltro, era già molto utilizzato nell'ambito della produzione dell'energia laddove è diffusa, a partire dal d.lgs. 16 marzo 1999, n. 79 cd. decreto Bersani che ne richiedeva l'introduzione, la previsione di semplificazioni funzionali dirette ad assorbire nel rilascio di un'autorizzazione unitaria tutte le autorizzazioni richieste per l'installazione di un impianto. Si pensi all'autorizzazione unica per la costruzione e l'esercizio degli impianti di energia elettrica di potenza superiore a 300 MW termici (si v. l'art. 1 del d.l. 7 febbraio 2002, n. 7 convertito con modificazioni dalla l. 9 aprile 2002, n.

[60] Sulle modalità di applicazione del principio di semplificazione al procedimento di VIA, si v. G. MANFREDI, *Il nuovo procedimento di VIA fra semplificazione e specialità del regime dell'ambiente*, in *Urb. e app*., 2009, p. 156.

55), all'autorizzazione unica per la costruzione e l'esercizio di elettrodotti facenti parte della rete nazionale di trasporto dell'energia elettrica (art. 1-*sexies* del d.l. 29 agosto 2003, n. 239, convertito con modificazioni dalla l. 27 ottobre 2003, n. 290) alle infrastrutture lineari energetiche non facenti parte delle reti energetiche nazionali per l'installazione delle quali, nell'ambito del procedimento unico, si svolge una conferenza di servizi (art. 52-*quater*, comma 6, d.lgs. 8 giugno 2001, n. 327, come modificato dal d.lgs. 27 dicembre 2004, n. 330)[61].

Coerente con la necessità di conseguire gli obiettivi inerenti lo sviluppo delle fonti rinnovabili, inoltre, è la scelta di ricorrere, per l'installazione degli impianti, alla conferenza di servizi cd. decisoria concepita come istituto di semplificazione poiché in essa l'acquisizione degli interessi affidati alla cura delle diverse amministrazioni avviene con una modalità non sequenziale ma contestuale[62]; tale modalità dovrebbe consentire, pertanto, il rispetto del termine perentorio di conclusione fissato in novanta giorni, al netto dei tempi previsti per l'emanazione del provvedimento di valutazione di impatto ambientale.

Benché appaia probabilmente eccessiva la tesi per cui le amministrazioni partecipanti alla conferenza possano trascendere lo spazio giuridico della propria competenza[63], senza dubbio si può affermare che i rappresentanti delle diverse amministrazioni sono chiamati, all'interno di essa, ad operare una valutazione dell'interesse pubblico affidato a ciascuna di esse non più in modo isolato ma in connessione con gli interessi pubblici curati dalle altre.

La trasversalità del confronto fra gli interessi rappresentati[64], peraltro, è particolarmente utile nel procedimento sull'installazione degli impianti di

---

[61] Per un quadro d'insieme si v. S. A. FREGO LUPPI, *L'autorizzazione alla costruzione ed all'esercizio di infrastrutture energetiche*, in *Dir. Amm*., 2007, n. 3, 459.

[62] Sulla comunanza e contestualità della valutazione di interessi operata all'interno della conferenza di servizi si v. F. G. SCOCA, *Analisi giuridica della conferenza di servizi*, in *Dir. Amm*. 1999, p. 259; anche L. TORCHIA, *La conferenza di servizi e l'accordo di programma ovvero della difficile semplicazione*, in *Gior. Dir. Amm*., 1997, p. 676. Di recente, per un'analisi molto accurata dell'evoluzione del ruolo della Conferenza di servizi da luogo di incontro e di confronto a meccanismo di decisione, si v. G. SCIULLO, *La Conferenza di servizi come meccanismo di decisione*, in *Gior. Dir. Amm*., 2011, n. 10.

[63] Su cui si v. G. CUGURRA, *La concentrazione dei procedimenti, in Procedimenti e accordi nell'amministrazione locale*, in *Atti del XLIII Convegno di studi di scienza dell'amministrazione*, Milano, 1997, p. 94; ID., *Competenze amministrative e limiti territoriali*, in *Tempo, spazio e certezza dell'azione amministrativa, Atti del XVIII Convegno di studi di scienza dell'amministrazione* (19-21 settembre 2002), Milano, 2003, p. 256.

[64] In tal senso si v. già D. COMPORTI, *Il coordinamento infrastrutturale*, Milano, 1996; ID, *Energia e ambiente*, in G. ROSSI (a cura di), *Diritto dell'ambiente*, Torino, 2008, p. 276 che vede nella conferenza di servizi prevista nel procedimento per l'installazione degli impianti di energia rinnovabile un modo per assicurare un'unificazione funzionale del pluralismo amministrativo che caratterizza l'assetto degli interessi in materia.

produzione di energie rinnovabili in cui la tutela dell'iniziativa economica degli operatori nell'accesso al mercato potrà così essere valutata in un'ottica di integrazione e non di contrapposizione con il beneficio arrecato dalle fonti rinnovabili alla tutela dell'ambiente.

Merita di essere rilevato, peraltro, che la stessa disciplina generale della conferenza di servizi, che rappresenta, all'art. 5 del D.lgs. 3 marzo 2011, n. 28, il modello base per il procedimento di autorizzazione degli impianti ad energia rinnovabile di potenza più elevata[65], ha progressivamente subito nella sua disciplina generale, da ultimo per effetto delle modifiche introdotte dal d.l. 31 maggio 2010, n. 78, una mutazione del suo ruolo funzionale, integrativo rispetto a quello, originario, di semplificazione e coordinamento[66].

Le tensioni verso un miglioramento dell'efficienza dell'azione amministrativa, infatti, hanno indotto il legislatore a imprimerle altresì, progressivamente, la funzione di meccanismo di assunzione delle decisioni amministrative malgrado l'inerzia anche delle amministrazioni portatrici di interessi pubblici cd. «sensibili»[67]. Il passaggio dalla facoltatività all'obbligatorietà del suo utilizzo l'hanno inoltre resa - com'era peraltro, da tempo, negli auspici della dottrina più autorevole - un modello ordinario per l'assunzione di decisioni a partecipazione plurima di diverse amministrazioni[68].

Tale mutamento funzionale del ruolo della conferenza si è riflesso, in modo emblematico, anche sulla disciplina riservata alle manifestazioni di volontà delle amministrazioni portatrici di interessi cd. sensibili. Riguardo a queste amministrazioni, comprese, in modo esplicito, quelle preposte «alla tutela dell'ambiente, fermo restando quanto previsto dall'art. 26 del d.lgs. 3 aprile 2066, n. 152, paesaggistico - territoriale, del patrimonio storico-artistico o alla tutela della salute e della pubblica incolumità» il nuovo art. 14-*quater*, comma 1, vincola i loro rappresentanti a manifestare il proprio dissenso, a pena di inammissibilità,

---

[65] Per gli impianti con potenza inferiore l'art. 6 del D.lgs. n. 28/2011 consente l'applicazione della procedura abilitativa semplificata e della comunicazione. Ai fini autorizzativi le previsioni di maggior rilievo sono contenute negli artt. Da 4 a 9 del D.lgs. n. 28 che eliminano la dicotomia prevista dal D.lgs, n. 387/2003 fra autorizzazione unica e Denuncia di inizio attività confermando la possibilità di effettuare interventi di edilizia libera per gli impianti privi di impatti significativi sul patrimonio edilizio.

[66] Si v., in tal senso S. CASSESE, *L'arena pubblica. Nuovi paradigmi per lo Stato*, in *Riv. trim. dir. pubbl.*, 2001, p. 611 e 612 che ravvisa nella conferenza una pluralità di istituti.

[67] Di recente, per un'analisi molto accurata dell'evoluzione del ruolo della Conferenza di servizi da luogo di incontro e di confronto a meccanismo di decisione, si v. G. SCIULLO, *La Conferenza di servizi come meccanismo di decisione*, in *Gior. Dir. Amm.*, 2011, n. 10.

[68] In tal senso si v. F. G. SCOCA, *Analisi giuridica della conferenza di servizi*, in *Dir. amm.*, 1999, p. 257; F. MERUSI, *Il coordinamento e la collaborazione degli interessi pubblici e privati dopo le recenti riforme*, in *Dir. amm.* 1993, p. 22.

nella conferenza stessa, e ad esprimerlo in modo «pertinente, motivato e costruttivo». Lo stesso principio generale è applicabile, in base dell'art. 14-*ter*, comma 3-*bis*, anche al dissenso manifestato dal Sovrintendente in ordine all'autorizzazione paesaggistica che, se manifestato al di fuori della conferenza di servizi, non assume più alcuna rilevanza.

Un'ulteriore modifica attiene, all'art. 14-*quater*, comma 3, alla semplificazione del meccanismo sostitutivo da attivarsi in relazione al superamento del dissenso manifestato da amministrazioni portatrici di interessi cd. sensibili. La questione, in tal caso, è rimessa dall'amministrazione procedente alla deliberazione del Consiglio dei ministri. Esso si pronuncia entro sessanta giorni, previa intesa con la Regione o le Regioni e le Provincie autonome interessate, in caso di dissenso tra un'amministrazione statale e una regionale o tra più amministrazioni regionali, ovvero previa intesa con la Regione e gli enti locali interessati, in caso di dissenso tra un'amministrazione statale o regionale e un ente locale o tra più enti locali. Se l'intesa non si raggiunge entra trenta giorni, la deliberazione del Consiglio dei Ministri può comunque essere adottata.

Per il nuovo art. 14-*ter*, comma 7, infine - ed è questo il profilo più delicato di compatibilità costituzionale dell'attuale disciplina della conferenza di servizi - si considera acquisito l'assenso delle amministrazioni, «ivi comprese quelle preposte alla tutela della salute e della pubblica incolumità, alla tutela paesaggistico - territoriale e alla tutela ambientale, esclusi i provvedimenti in materia di Via, Vas e Aia», il cui rappresentante, al termine dei lavori della conferenza, non abbia espresso definitivamente la volontà dell'amministrazione rappresentata.

L'accentuazione operata dal legislatore, già nella disciplina generale, a favore del funzionamento della conferenza come strumento per addivenire comunque ad una decisione, anche superando le inerzie delle amministrazioni portatrici di alcuni interessi cd. sensibili che potrebbero paralizzarne l'assunzione, sarà ora analizzata in relazione alla disciplina speciale contenuta nell'art. 5 del d.lgs. n. 28/2011.

Le scelte operate dal legislatore nella graduazione della tutela ad accordare ai diversi interessi all'interno della Conferenza di servizi andranno valutate, ovviamente, oltre che alla luce della necessità di assicurare un'adeguata valutazione a quelli costituzionalmente rilevanti, tenendo comunque conto delle finalità di adempimento degli obblighi europei insite nello svolgimento stesso del procedimento autorizzatorio.

La configurazione della conferenza come luogo di definizione contestuale e non sequenziale di un assetto unitario di interessi dovrebbe favorire un'impostazione inclusiva e non settoriale al bilanciamento fra l'interesse ad una corretta integrazione degli impianti nel paesaggio e quello alla tutela ambientale attraverso la differenziazione delle fonti energetiche in adempimento degli obblighi europei.

Adottare quest'impostazione non significa necessariamente, peraltro, aderire alla concezione per cui il paesaggio antropizzato e l'ambiente debbano essere associati in una visione unitaria attraverso la riconducibilità delle rispettive sfere di tutela al «comune denominatore rappresentato dal principio dello sviluppo sostenibile», come pure è stato sostenuto[69]. In tale prospettiva che attribuisce un ruolo centrale alla dimensione cd. identitaria del paesaggio e vi ricomprende non solo aspetti storici e simbolici ma anche valori culturali, una comunità stanziata su un territorio potrebbe riconoscere che gli impianti alimentati da fonti rinnovabili siano un aspetto costitutivo della propria identità proprio aderendo all'orizzonte assiologico dello sviluppo sostenibile.

Più realistica, viceversa, sembra la prospettiva per cui proprio il bilanciamento fra ambiente e paesaggio interno al procedimento autorizzatorio di installazione degli impianti ad energia rinnovabile evidenzi come le rispettive sfere di tutela di tali interessi di rilievo costituzionale preservino ciascuna una propria autonomia[70]. La scelta di localizzazione, dunque, dovrà essere supportata il più possibile dall'analisi di dati territoriali concreti e determinati e motivata alla luce di questi.

Tale impostazione, peraltro, appare favorita, di recente, da molteplici fattori. Anzitutto la previsione - di cui all'art. 14-*ter*, comma 3-*bis* - che obbliga il Sovrintendente ad esprimersi in via definitiva, in sede di conferenza di servizi, attraverso l'esercizio del potere contemplato dall'art. 146 del d.lgs. 22 gennaio 2004, n. 42 e s.m.i. contenente il Codice dei beni culturali e del paesaggio. Tale disposizione, infatti, preclude non solo ogni ulteriore sua determinazione successiva di riesame e o di annullamento del provvedimento finale nel caso in cui questi si sia già pronunciato in seno al procedimento autorizzatorio ma anche qualora avesse dovuto farlo all'esito dei lavori della conferenza o avesse dovuto presenziarvi e ciò non sia avvenuto.

Favorisce una prospettiva di apprezzamento integrato di tali interessi, altresì, l'obbligo del Ministero per i beni e le attività culturali, contemplato dall'art. 14, comma 9 delle Linee guida, di partecipare al procedimento per l'autorizzazione di impianti di fonti rinnovabili localizzati in aree soggette a tutela ai sensi del d.lgs. n. 42/2004 e s.m.i.

Nella stessa direzione concorrono anche i «criteri generali» formulati all'art. 16 delle Linee guida che dovranno costituire elementi preferenziali e obbligati ai fini di una positiva valutazione del progetto in sede di conferenza di servizi, ad esempio il fatto che il proponente sia in grado di dimostrare, in caso di localizzazione in aree agricole, «l'integrazione dell'impianto nel contesto delle tradizioni agroalimentari locali e del paesaggio rurale, sia nella realizzazione sia

[69] Si v. in tal senso, V. MOLASCHI, *Paesaggio verso ambiente:osservazioni alla luce della giurisprudenza in materia di realizzazione di impianti eolici*, in *Riv. giur. ed.*, 2009, 5-6, p. 171 ss.

[70] In tal senso si v. F. DE LEONARDIS, *Criteri di bilanciamento*, cit., p. 889 ss.

nell'esercizio»; nel caso specifico di impianti eolici, inoltre, sarà criterio di valutazione preferenziale il pieno rispetto, da parte dell'istante, delle misure di mitigazione suggerite nell'allegato 4 delle Linee guida al fine di assecondare, nella localizzazione, la specificità del territorio e, quindi, un'adeguata integrazione con il paesaggio circostante.

Un ulteriore elemento decisivo che potrà favorire un apprezzamento integrato dell'interesse paesaggistico e di quello ambientale e influirà sicuramente sulla semplificazione ed accelerazione del procedimento sarà la possibilità delle regioni, introdotta dall'art. 17, comma 1, delle Linee guida, di procedere all'indicazione di siti e aeree non idonei all'installazione degli impianti. Tale individuazione dovrà avvenire nel rispetto delle disposizioni volte non solo alla tutela dell'ambiente, del paesaggio ma, altresì, «delle tradizioni agroalimentari locali, della biodiversità e del paesaggio rurale» contenenti finalità di tutela incompatibili con la localizzazione degli impianti.

Tale possibilità, tuttavia, è affidata all'obbligo delle regioni di conciliare la protezione del paesaggio con il rispetto degli impegni europei in materia di promozione delle energie rinnovabili; il loro adempimento, pertanto, potrà essere assicurato unicamente attraverso una programmazione che garantisca comunque, nella prospettiva suggerita dalla dottrina, una «localizzazione di risultato»[71]; l'individuazione regionale di aree non idonee alla localizzazione dovrà pertanto consentire a queste, in ogni caso, di raggiungere la quota di produzione di energia rinnovabile loro assegnata attraverso il meccanismo del *burden sharing.*

L'individuazione dei criteri tecnici contenuti nelle Linee guida determina le condizioni di esercizio della discrezionalità insita nel procedimento autorizzatorio; la previa definizione di questi criteri favorisce, più precisamente, un apprezzamento degli interessi, soprattutto riguardo alla tutela del paesaggio, non improntato alla massimizzazione di questo interesse con il sacrificio totale di quelli che l'installazione degli impianti garantisce, ovvero la tutela dell'iniziativa economica e quella dell'ambiente, secondo una logica di tipo inibitorio; si facilita, viceversa, una loro comparazione fondata sull'analisi dello specifico sito o area territoriale destinati dalle Regioni alla localizzazione.

Profili di delicata compatibilità con il quadro costituzionale pone il superamento da parte dell'amministrazione procedente, nella conferenza di servizi, delle inerzie delle amministrazioni preposte alla tutela degli interessi cd. sensibili al fine di addivenire, comunque, alla decisione di rilascio del provvedimento autorizzatorio. La mancata manifestazione definitiva di volontà della relativa amministrazione da parte del suo rappresentante, all'esito dei lavori della

[71] Sul criterio della localizzazione di risultato quale parametro di legittimità del bilanciamento operato dal giudice amministrativo fra paesaggio e attività produttive si v. F. DE LEONARDIS, *Criteri di bilanciamento*, cit., p. 889 ss. per il quale gli impegni internazionali vincolano le amministrazioni unicamente quanto all'ottenimento del risultato, lasciando comunque loro un ampio margine di scelta sulla modalità con cui questo può essere conseguito.

conferenza, produce infatti l'effetto, sulla base dell'art. 14-*ter*, comma 7, di considerarne «acquisito l'assenso» ai fini della deliberazione finale.

È innegabile peraltro, in tal caso, che non si tratta di un silenzio-assenso analogo a quello contemplato dall'art. 20 della l. n. 241/1990 che, ai sensi di tale disposizione, «equivale a provvedimento di accoglimento della domanda, senza necessità di ulteriori istanze o diffide» e definisce, pertanto, l'assetto concreto degli interessi in gioco[72].

Dall'applicazione di tale disciplina del silenzio-assenso, peraltro, risultano espressamente esclusi dal comma 4, gli «atti e procedimenti riguardanti *il patrimonio culturale e paesaggistico, l'ambiente,* la difesa nazionale, la pubblica sicurezza, l'immigrazione, l'asilo e la cittadinanza, la salute e la pubblica incolumità» benché gli interventi normativi effettuati dal legislatore sulla legge generale nel 2005[73], abbiano prodotto un'estensione della disciplina del silenzio-assenso alla generalità dei procedimenti ad istanza di parte.

L'acquisizione come assenso dell'inerzia dell'amministrazione portatrice dell'interesse cd. sensibile si configura viceversa, in tal caso, quale silenzio-assenso interno o endoprocedimentale; come tale, questo non produce un accoglimento dell'istanza del richiedente ma coinvolge piuttosto, attraverso la sua qualificazione quale assenso ai fini dell'assunzione della decisione, l'integrità delle competenze attribuite dal legislatore alle diverse amministrazioni presenti alla conferenza di servizi e l'equilibrio nelle tutele offerte ai differenti interessi pubblici.

La configurazione dell'inerzia come assenso, infatti, sottrae al bilanciamento operato all'interno del procedimento un interesse cd. sensibile curato da un'amministrazione partecipe alla conferenza potenzialmente in conflitto con quello del richiedente il provvedimento[74]; la sua mancata considerazione, pertanto, mina quella stessa necessità di completezza e serietà dell'istruttoria che il legislatore implicitamente richiede, nelle stesse materie, nel negare il significato di assenso al silenzio provvedimentale.

Tale silenzio, inoltre, risulta privo di quell'effetto ostativo che, viceversa, il legislatore continua a preservargli nella disciplina contenuta negli artt. 16 e 17 della l. n. 241/1990, in materia di pareri e di valutazioni tecniche richiesti ad «amministrazioni preposte alla tutela ambientale, paesaggistico-territoriale e della

---

[72] Per il fatto che il silenzio-assenso non costituisca una deroga alla conclusione del procedimento con provvedimento espresso ma piuttosto ponga rimedio, con una finzione, ad una disfunzione patologica dell'amministrazione, si v. A. TRAVI, *Silenzio-assenso ed esercizio della funzione amministrativa*, Padova, 1985.

[73] Si v. la l. n. 15/2005 e il d.l. n. 35/2005. Si v. anche B. TONOLETTI, *Silenzio della pubblica amministrazione*, in *Dig. Disc. Pubbl*., XIV, Torino, 1998, p. 178.

[74] Si v. M. RENNA, F. FIGORILLI, voce *Silenzio della pubblica amministrazione, I) Diritto amministrativo*, in *Enc. Giur*., Aggiornamento, Roma, 2009, par. 3.1.

salute dei cittadini». Nel primo caso, infatti, non è riconosciuta la facoltà dell'amministrazione richiedente di procedere indipendentemente dall'espressione del parere; nel secondo il responsabile del procedimento non potrà chiedere le valutazioni tecniche non prodotte da queste amministrazioni ad altri «organi dell'amministrazione pubblica o ad enti pubblici che siano dotati di qualificazione e capacità tecnica equipollenti, ovvero ad istituti universitari».

La configurazione delle inerzie delle amministrazioni portatrici di interessi cd. sensibili come silenzio-assenso risulta problematica non tanto per la sua incompatibilità, pur affermata da un'autorevole dottrina sulla base di orientamenti presenti nella giurisprudenza costituzionale ed europea, con l'esercizio della discrezionalità amministrativa pura[75].

Nei procedimenti diretti all'installazione degli impianti da fonti rinnovabili, infatti, la valutazione operata dall'amministrazione procedente sull'assetto degli interessi in gioco è conformata ormai in modo molto significativo dai criteri tecnici contenuti nelle Linee guida e dalla conseguente indicazione, da parte delle discipline regionali, dei siti e delle aree non idonee alla localizzazione. La decisione sul rilascio del provvedimento autorizzatorio, pertanto, risulta ancorata, nella sua assunzione, alla fissazione di presupposti tecnici molto oggettivi piuttosto che costituire l'esito di una ponderazione piena degli interessi coinvolti.

La considerazione delle inerzie come acquisizione dell'assenso delle relative amministrazioni risulta problematica, piuttosto, poiché si concretizza nella sottrazione di interessi costituzionalmente rilevanti da un equilibrato apprezzamento della situazione concreta sia pure per evitare che paralizzino l'assunzione della decisione. All'interesse del proponente si assicura, in tal modo, una prevalenza pregiudiziale rispetto ad altri interessi, pur costituzionalmente rilevanti, in grado di costituire dei possibili antagonisti di questo in un potenziale conflitto fra le relative tutele.

Il sacrificio della ponderazione di tali interessi costituzionali è in contrasto con quella giurisprudenza della Corte costituzionale che, dalla loro primarietà sul piano costituzionale, fa discendere non tanto una loro primazia assoluta in un'ipotetica gerarchia di valori ma, piuttosto, la necessità di una loro rappresentazione obbligata nei concreti bilanciamenti operati sia dal legislatore sia dall'amministrazione[76]. Più specificamente, una considerazione obbligata dell'interesse ambientale nell'esercizio del potere discrezionale scaturisce, peraltro, quale effetto diretto di un'applicazione all'azione amministrativa del principio

[75] Sulla nota tesi per cui il silenzio-assenso non sia prefigurabile rispetto a provvedimenti espressione di discrezionalità amministrativa si v. G. MORBIDELLI, *Il procedimento amministrativo*, in A.A.V.V., *Diritto amministrativo*, I, Bologna, 2005, p. 695. Tale tesi è stata confutata, nel suo fondamento logico e positivo, da G. FALCON, *La normativa sul procedimento amministrativo:semplificazione o aggravamento*, cit., p. 138.

[76] Si v., ad esempio, Corte cost., 28 giugno 2004, n. 196.

d'integrazione che, sulla base dell'art. 1 della l. n. 241/1990, costituisce ormai un principio generale dell'attività amministrativa.

Si deve tuttavia aggiungere, come elemento anch'esso rilevante ai fini interpretativi, che nel caso del procedimento autorizzatorio per l'installazione di impianti per fonti rinnovabili, il celere accoglimento dell'istanza avanzata dal richiedente assume anch'esso una rilevanza costituzionale; questo coincide, in effetti, con l'adempimento di obblighi europei ed internazionali in materia di tutela ambientale a cui il legislatore nazionale è tenuto sulla base dell'art. 117, comma 1 della Cost. L'assunzione della decisione finale sul provvedimento autorizzatorio nei termini perentori indicati dal legislatore assume in tal caso, pertanto, una particolare pregnanza sotto il profilo costituzionale, più intensa rispetto alla conclusione di un' ordinaria Conferenza di servizi.

Un'interpretazione che appare dunque costituzionalmente compatibile, alla luce dei valori costituzionali in gioco, appare dunque quella, di recente sostenuta da un'autorevole dottrina[77], per cui l'inerzia dell'amministrazione portatrice dell'interesse sensibile all'interno della Conferenza di servizi non si qualifichi come compatibilità del provvedimento autorizzatorio con un'adeguata protezione di tale interesse né esenta l'amministrazione procedente dalla considerazione di tale interesse.

Considerata la rilevanza costituzionale degli interessi coinvolti, si reputa ad esempio che la scelta dell'amministrazione di addivenire comunque alla decisione, pur in presenza dell'inerzia di un'amministrazione portatrice di uno di questi interessi, debba essere subito comunicata a questa per consentirgli di manifestare tempestivamente il proprio esplicito dissenso[78]. Tale scelta, inoltre, dovrà comunque essere adeguatamente motivata proprio alla luce della necessaria considerazione di tale interesse alla luce delle conoscenze che ha acquisito l'amministrazione procedente sia pure allo stato degli atti, in assenza di una determinazione definitiva dell'amministrazione portatrice dell'interesse stesso

Al tempo stesso, tuttavia, non si ritiene neppure che tale inerzia, che costituisce, fra l'altro, una lesione del principio di leale cooperazione istituzionale esistente fra amministrazioni pubbliche, possa precludere all'amministrazione procedente un'assunzione della decisione finale.

Favorisce tale interpretazione, oltre alla trasformazione sotto il profilo funzionale, già evidenziata, della Conferenza di servizi come meccanismo di assunzione delle decisioni amministrative nonostante il silenzio di amministrazioni portatrici di interessi costituzionalmente qualificati, anche la speciale rilevanza che assume, nel caso degli impianti di energia rinnovabile, la conclusione effettiva e celere del procedimento alla luce del rispetto degli obblighi europei ed internazionali. Fra l'altro la prima argomentazione spiegherebbe anche il motivo

[77] Si v. G. SCIULLO, *La Conferenza di servizi*, cit., p. 8.

[78] In tal senso si v. G. FALCON, cit., p. 157.

per cui il legislatore pur preservando, nei successivi interventi sulla legge generale, le eccezioni presenti in materia ambientale a numerose regole di semplificazione procedurale - come quelle in materia di pareri, di valutazioni tecniche e di silenzio-assenso provvedi mentale - nelle modifiche introdotte con il d.l. n. 78/2010 abbia incluso le amministrazioni preposte «alla tutela della salute e della pubblica incolumità, alla tutela paesaggistica - territoriale e alla tutela ambientale» fra quelle di cui si considera acquisito l'assenso in mancanza di un'espressa manifestazione definitiva di volontà.

In una prospettiva analoga si è reputato, in modo convincente[79], non pienamente giustificato anche l'effetto paralizzante ricondotto dal legislatore all'inerzia delle amministrazioni portatrici di interessi cd. sensibili in materia di pareri e di valutazioni tecniche dato che, se i primi - nel caso non siano vincolanti - possono essere motivatamente disattesi dall'amministrazione decidente, le seconde potrebbero ben essere sostituite da quelle rilasciate da altri soggetti «dotati di qualificazione e capacità tecnica equipollenti» in caso di inerzia o ritardo degli enti competenti a rilasciarle.

Verso l'interpretazione prospettata depone anche l'applicazione del principio costituzionale del buon andamento di cui all'art. 98 della Cost., valorizzato dalla Corte costituzionale per giustificare l'istituto del silenzio-assenso[80]. Tale principio, infatti, è da interpretarsi come il miglior equilibrio possibile, nella concreta situazione, fra l'efficienza dell'azione amministrativa che, in seno all'evoluzione funzionale subita dall'istituto della Conferenza di servizi, non tollera situazioni paralizzanti e la sua efficacia, riconoscibile in un equilibrato ed imparziale apprezzamento di tutti gli interessi costituzionalmente rilevanti in gioco nella situazione concreta. L'equilibrio insito in tale principio, peraltro, come già rilevato, assume una particolare coloritura nei procedimenti in esame, laddove sia l'efficienza sia l'efficacia dell'attività amministrativa concretizzano l'adempimento di obblighi europei ed internazionali.

L'introduzione del meccanismo del *burden sharing* per attivare la responsabilità regionale verso l'adempimento degli obblighi europei sulla diversificazione delle fonti energetiche e l'individuazione, attraverso Linee Guida nazionali, di criteri tecnici uniformi per la corretta integrazione degli impianti per la produzione di fonti rinnovabili nel paesaggio costituiscono senz'altro, a monte, condizioni fondamentali per un effettivo e celere funzionamento dei relativi procedimenti autorizzatori. Un altro passaggio decisivo, nella stessa direzione, è

[79] Si v., in tal senso, M. RENNA, *Le semplificazioni amministrative*, cit., p. 657.

[80] Inizialmente il fondamento del silenzio-assenso era stato ravvisato, dalla Corte costituzionale, nel principio di leale collaborazione, su cui si v. G. PASTORI, *Conferenza di servizi e pluralismo autonomistico*, in *le Regioni*, 1993, p. 1570. Sulla correlazione del silenzio-assenso con il buon andamento si v. Corte cost., 16 luglio 1991, n. 351 laddove si ravvisa nelle inerzie paralizzanti il mancato raggiungimento di un'intesa entro il termine stabilito dal legislatore una violazione del principio del buon andamento.

rappresentato da un'adeguata interpretazione delle semplificazioni procedurali presenti in tali procedimenti che dovranno essere in grado di conciliare la loro celere conclusione con un'effettiva considerazione degli interessi costituzionalmente rilevanti da questi coinvolti.

La maggiore diffusione delle fonti rinnovabili promossa dalla disciplina europea rappresenta infine, senza dubbio, un passaggio decisivo per offrire una soluzione a quello che è stato definito, in modo efficace, il «rebus dell'energia»[81] ovvero la garanzia della sicurezza dell'approvvigionamento energetico degli Stati europei attraverso una maggiore diversificazione delle fonti energetiche a favore di quelle non convenzionali e non produttive di emissioni nocive. Tale passaggio sarebbe decisivo per la transizione di tali fonti energetiche dalla dimensione ancora «mitologica»[82] a cui le relegava qualche decina di anni fa la scienza economica a quella della realtà.

[81] Si v. A. CLÒ, *Il rebus energetico*, cit.

[82] Si v. ancora A. CLÒ, *Il mito delle risorse energetiche rinnovabili*, cit.

ABSTRACT

Monica Cocconi, *Promozione europea delle energie rinnovabili e semplificazione*

Nel saggio si indagano le ragioni per cui le semplificazioni procedurali introdotte dal nostro legislatore nel procedimento autorizzatorio diretto all'installazione degli impianti ad energia rinnovabile, con il Dlgs. 29 marzo 2011, n. 28 e in attuazione della legge generale sul procedimento, per rispettare gli obblighi imposti dalla disciplina europea sulla differenziazione delle fonti di energia contenuti nella Direttiva n. 2009/28/CE, non abbiano permesso al nostro Paese, in realtà, un loro adempimento.
Si mette in evidenza, anzitutto, che i ritardi nel loro raggiungimento non sono dovuti, in effetti, ai limiti di tali semplificazioni ma, piuttosto, a difetti e carenze della disciplina «a monte» della fase procedimentale. Tali carenze sono ravvisate dall'A., principalmente, nei ritardi della Strategia energetica nazionale e della definizione di Linee guida nazionali per una corretta integrazione degli impianti nel paesaggio ed, infine, nella complessità insita nel riparto istituzionale della potestà normativa fra Stato e regioni in materia di energia.
Ci si chiede inoltre, soprattutto, se la semplificazione amministrativa inerente al procedimento diretto ad autorizzare l'installazione degli impianti di grandi dimensioni, organizzato in una conferenza di servizi diretta al rilascio di unico provvedimento autorizzatorio, sia idonea a conseguire gli obiettivi individuati dalla disciplina europea senza produrre, nel contempo, un sacrificio irragionevole dell'istruttoria procedimentale. L'analisi è condotta, nello specifico, sulla compatibilità del significato di assenso che l'art. 14-*ter*, comma 7 della l. n. 241/1990 accorda, in seno alla conferenza, all'inerzia delle amministrazioni portatrici di interessi cd. sensibili (di tutela della salute, di pubblica incolumità, alla tutela paesaggistico - territoriale e alla tutela ambientale) al fine di assicurare comunque la celere conclusione del procedimento, con la necessità di assicurare un'adeguata valutazione agli interessi costituzionali da questo coinvolti, come quello del paesaggio. Ci si chiede, in particolare, se gli obiettivi europei al cui conseguimento tende l'installazione degli impianti possano giustificare ed in quale misura una compressione dell'istruttoria procedimentale soprattutto riguardo alla considerazione di questi interessi.

Monica Cocconi, *European promotion of renewable energies and administrative simplification*

This essay inquires into the reasons why the procedural means of simplification - enforced by law in the Italian legal system (Decreto Legislativo 29 March 2011, no. 28, in accordance with the principles of the Italian Administrative Procedure Act, l. 241/1990) for the procedures of authorization to the installation of renewable energy plants, - haven't fulfilled yet the obligations set by the EU Directive no.2009/28/CE regarding the differentiation of the use of sources of energy.
Firstly, it is underlined how this delay is not due to the flaws of these instruments of simplification, but rather to the defects and shortcomings of the general procedural rules provided. In particular, these flaws mainly concern two aspects: the delay on the definition of the National Energy Strategy and of the National Guidelines for a proper integration of those plants in the landscape and environment; the complex and unclear division between the ruling power of the State and that of the Regions in the Energy field.
Ultimately it is questioned wheter the utilization of the legal tool of the «conferenza di servizi» - that collects all the administrative bodies involved, to the adoption of a single deed of authorization for the installation of those plants – could be considered a proper choice, in line both with the european goals and the need not to excessively compromise the guarantees provided in the administrative inquiry stage. In particular, the Author analyzes the effects of the assent inferred - as per art. 14-ter, comma 7 of l. 241/1990 - from the inactivity of the administrative bodies representing the main constituional interests (such as public safety, environmental and health protection...). One one side, this legal instrument allows a quick settlement of the procedure but, on the other hand, it can be used as a tool to prevent from the proper consideration of these constitutional interests in the process of authorization. Hence, can the European targets justify a compression of the procedural inquiry safeguards to these constitutional interests?

MAURO RENNA*

I principi in materia di tutela dell'ambiente**

1. Lo scopo di questo contributo è quello di offrire uno spaccato dei principi europei in materia di tutela dell'ambiente[1].

La meritevolezza della tutela, in questo contesto, si apprezza sul fronte dell'oggetto della tutela stessa, che per l'appunto coincide con il bene "ambiente". Si tratta, tuttavia, di un bene di cui usufruiamo tutti: si potrebbe, pertanto, anche affermare che i soggetti meritevoli di godere della tutela di cui sopra, a ben vedere, siamo tutti noi, in veste di fruitori del bene "ambiente".

Una volta chiarito, così, il nesso che lega il presente intervento agli altri interventi svolti nel ciclo di lezioni dottorali in cui lo stesso si inserisce, va osservato che negli ultimi decenni si è assistito, nell'ordinamento giuridico, a una certa ipertrofia della materia della tutela ambientale. Essa, indubbiamente centrale, è stata, di recente, considerata talmente centrale da rasentare l'identificazione con il diritto amministrativo in sé. Oggi, dunque, parlare di diritto dell'ambiente significa per lo più parlare dello stesso diritto amministrativo.

---

* Professore ordinario di Diritto amministrativo nella Facoltà di Giurisprudenza dell'Università degli Studi dell'Insubria.

** Relazione tenuta a Lecce nel giugno 2011 – rivista, aggiornata e integrata con l'aggiunta di alcune note essenziali – nell'ambito del ciclo di lezioni dottorali in corso di pubblicazione in AA. VV., *Il meritevole di tutela: scenari istituzionali e nuove vie di diritto*, G. DE GIORGI CEZZI, P. L. PORTALURI, F. F. TUCCARI e F. VETRÒ (a cura di), ESI, Napoli, 2012

[1] Per una più ampia trattazione in tema di principi del diritto ambientale europeo sia consentito rinviare a: M. RENNA, *Ambiente e territorio nell'ordinamento europeo*, in *Riv. it. dir. pubbl. com.*, 2009, 649 ss..Oltre a KRÄMER, *EC Environmental law*, London, 2006, si segnalano, poi, tra i contributi più recenti, senza alcuna pretesa di esaustività: AA.VV., *Diritto dell'ambiente*, B. CARAVITA (a cura di), Il Mulino, Bologna, 2005; AA. VV., *La tutela dell'ambiente*, R. FERRARA (a cura di), volume XIII del «*Trattato di diritto privato del'Unione europea*», Torino, 2006; R. FONDERICO, voce *Ambiente*, in *Dizionario di diritto pubblico*, diretto da S. CASSESE, Milano, 2006; M. CAFAGNO, *Principi e strumenti di tutela dell'ambiente. Come sistema complesso, adattativo, comune*, Giappichelli,Torino, 2007, in «*Sistema di diritto amministrativo italiano*», diretto da F. G. SCOCA, F. ROVERSI MONACO e G. MORBIDELLI; G. COCCO, A. MARZANATI e R. PUPILELLA, *Ambiente, il sistema organizzativo ed i principi fondamentali*, e A. GRASSO, A. MARZANATI e A. RUSSO, *Ambiente, articolazioni di settore e normativa di riferimento*, in *Trattato di diritto amministrativo europeo, Parte speciale*, diretto da M.P. CHITI e G. GRECO, Milano, 2007; G. CORDINI, P. FOIS e S. MARCHISIO, *Diritto ambientale. Profili internazionali europei e comparati*, Torino, 2008; A.CROSETTI, R. FERRARA, F. F. FRACCHIA e N. OLIVETTI RASON, *Diritto del'ambiente*, Roma–Bari, 2008; AA. VV., *Diritto amministrativo e ambiente. Materiali per uno studio introduttivo dei rapporti tra Scienze, Istituzioni e Diritto*, A. MASSERA (a cura di), Napoli, 2011; AA. VV, *Diritto dell'ambiente*, ROSSI (a cura di), Torino, 2011.

I principi del diritto dell'ambiente, in realtà, sono principi di derivazione comunitaria. Il diritto dell'ambiente, in altre parole, è una creazione dell'ordinamento europeo le cui origini possono collocarsi negli anni '70 del secolo scorso.

La matrice europea del diritto dell'ambiente si apprezza, tuttavia, non solo quando le fonti nazionali di disciplina della materia realizzano il recepimento di specifiche norme comunitarie. Anche la normativa interna priva di diretta derivazione europea, infatti, si ispira sempre, in modo alquanto evidente, ai principi comunitari di tutela ambientale. Si pensi, ad esempio, alla normativa sull'elettrosmog, cioè sull'inquinamento elettromagnetico, che garantisce l'attuazione del principio di precauzione, pur senza recepire alcuna puntuale fonte comunitaria di disciplina del settore.

Ciò premesso, questo contributo può essere suddiviso in due parti: una relativa allo sviluppo della materia ambientale nel diritto comunitario; un'altra relativa all'esplicazione dei singoli principi della materia.

2. Sul fronte dell'evoluzione del diritto dell'ambiente, la prima domanda da porsi riguarda le ragioni per cui il diritto comunitario, giunto a un determinato stadio del proprio sviluppo, abbia cominciato a occuparsi di tutela dell'ambiente.

La normativa ambientale comunitaria nacque, come si è detto, negli anni '70 dello scorso secolo; ma nel Trattato di Roma, istitutivo della CEE, non c'era traccia della parola «ambiente»: nell'allora art. 36 del Trattato si rinveniva solo un riferimento alla possibilità di porre limiti al commercio e alla circolazione dei beni al fine di tutelare gli animali e i vegetali, oltre che naturalmente la salute e la vita delle persone.

L'assenza, allora, di riferimenti espliciti all'ambiente non deve, invero, stupire, almeno per due ordini di ragioni. Anzitutto, tale assenza non deve stupire perché nel 1957 il problema ambientale, pur esistente, non aveva ancora assunto una pregnante consistenza politica. L'Europa viveva la fase della ricostruzione post-bellica e del conseguente *boom* economico: ben si comprende come, in tale contesto, le priorità nelle agende politiche dei vari Paesi avessero poco a che fare con l'esigenza di salvaguardare l'ambiente. Anche la Costituzione italiana del 1948, infatti, non si occupava espressamente del problema dell'ambiente (a parte la considerazione del paesaggio nell'art. 9).

Il Trattato del 1957 istitutivo della Comunità *Economica* Europea egualmente non menzionava le tematiche ambientali; l'aggettivo "*economico*" attribuito alla Comunità, del resto, rispecchiava adeguatamente l'originaria connotazione, appunto, soltanto economica dell'esperienza europea: in ciò risiede, dunque, il secondo ordine di ragioni per cui non deve stupire che il Trattato, all'epoca, non prendesse in espressa considerazione la tutela dell'ambiente.

Solo nel 1972, con la Conferenza di Stoccolma dell'ONU sull'ambiente umano, si cominciò a ragionare anche sul possibile ruolo delle istituzioni europee nel perseguimento di obiettivi di tutela delle risorse ambientali.

Fu in occasione della predetta Conferenza che la tutela mondiale ed europea dell'ambiente assunse lo spessore di problema *politico*, e solo allora emerse la consapevolezza della grande disparità rintracciabile in materia di ambiente nelle legislazione dei vari Stati membri della Comunità. Si viaggiava, già allora, a diverse velocità; e l'Italia, in tale contesto, figurava tra quei Paesi che procedevano più lentamente nello sviluppo di un sistema di regole in materia di tutela ambientale.

La situazione appena rappresentata evidenzia, tuttavia, il problema di fondo degli esordi del diritto europeo dell'ambiente: quello relativo al fondamento delle iniziative comunitarie in materia di ambiente. A fronte di un Trattato che non contemplava la tutela ambientale tra le materie di competenza della Comunità, occorreva, cioè, rintracciare il titolo formale in forza del quale predisporre i primi interventi normativi orientati a perseguire la protezione ambientale.

Lo strumento utilizzato a tal fine fu, quindi, quello dei poteri impliciti e del principio di sussidiarietà. Nonostante il Trattato omettesse ogni riferimento all'ambiente, il legislatore europeo ha cioè potuto intervenire anche in tale materia, in quanto intervenire era necessario per riallineare gli *standard* nazionali di attuazione di qualche specifica finalità del Trattato (finalità ovviamente diversa da quella, non menzionata, della tutela ambientale).

Vero è, dunque, che nel Trattato non figurava la protezione dell'ambiente come obiettivo ispiratore del'azione comunitaria.

Tuttavia, nell'art. 2 dell'originaria versione del Trattato si prevedeva che, tra i compiti della Comunità, vi fosse quello di promuovere «uno sviluppo armonioso delle attività economiche e un'espansione continua ed equilibrata». Negli aggettivi «armonioso» ed «equilibrata» si è, quindi, agevolmente intravisto l'embrione del principio dello sviluppo sostenibile, in uno con il tema del necessario bilanciamento tra le libertà economiche e i valori "antagonisti" delle medesime libertà.

Lo sviluppo, insomma, non avrebbe potuto essere «armonioso» e l'espansione non avrebbe potuto essere «equilibrata» ove gli stessi fossero avvenuti in modo incompatibile con l'esigenza di salvaguardare l'ambiente.

Per questa via il legislatore comunitario cominciò a intervenire in materia ambientale, nella consapevolezza del fatto che la realizzazione di un mercato unico europeo, omogeneo, uniforme e concorrenziale, avrebbe potuto essere compromessa dalle differenze, in alcuni casi macroscopiche, rintracciabili tra le legislazioni ambientali dei vari Paesi.

Per omogeneizzare il mercato all'interno della Comunità, in altre parole, si resero necessari anche interventi di armonizzazione in materia ambientale (si pensi, segnatamente, alla libertà di stabilimento delle imprese e alla possibilità che, in

assenza di detti interventi di armonizzazione, le stesse si stabilissero nei Paesi aventi legislazioni ambientali meno rigide, determinandosi così un'alterazione dell'equilibrio del mercato).

Per tali motivi, negli anni '70 videro la luce le prime direttive comunitarie in materia: il diritto dell'ambiente nacque, perciò, quale fattore strumentale al perseguimento degli obiettivi di uniformazione del mercato; in tal modo esso fortunatamente nacque, anche se è un "marchio", questo della strumentalità al mercato, da cui il diritto dell'ambiente, ancora oggi, non si è certo del tutto emancipato.

Negli anni '70 e nella prima metà degli anni '80 furono dunque adottate, fra le altre, diverse direttive sui veicoli a motore e sui rifiuti, la prima direttiva sulle attività a rischio di incidenti rilevanti, cd. direttiva "Seveso 1", e la prima direttiva sulla valutazione di impatto ambientale (V.I.A.), oltre ad alcuni regolamenti e direttive sulla protezione della fauna e della flora.

In definitiva, il primo gruppo di norme comunitarie rilevanti in materia di ambiente fu concepito tra la seconda metà degli anni '70 e la prima metà degli anni '80, sebbene in un'ottica di "compromesso", determinata dalla finalizzazione ultima delle iniziative in materia di ambiente al perseguimento di obiettivi di uniformità del mercato europeo.

Nel 1986, poi, con l'Atto Unico Europeo, finalmente si realizzò quello che mancava al diritto ambientale delle origini: la materia ambientale comparve nel Trattato quale ambito di intervento autonomo rispetto agli obiettivi di unificazione del mercato. Si trattava delle norme corrispondenti a quelle che si rintracciano negli odierni artt. 191-192-193 del Trattato sul funzionamento dell'Unione Europea (da non confondere col Trattato sull'UE).

È, quindi, a partire dall'entrata in vigore dell'Atto Unico Europeo – intervenuta a distanza di ben oltre 15 anni dall'adozione delle prime iniziative europee in materia di tutela dell'ambiente – che il diritto comunitario testualmente annovera, tra le materie di propria competenza, anche la materia ambientale.

Con l'Atto Unico, sono stati anche introdotti nel Trattato CEE alcuni principi fondamentali della materia ambientale, come quello dell'azione preventiva, quello della correzione, anzitutto alla fonte, dei danni causati all'ambiente e il noto principio «chi inquina paga».

Per la prima volta sono stati altresì sanciti, benché non menzionati nel Trattato con la loro denominazione attuale, pure il principio di integrazione e quello di sussidiarietà.

Con l'introduzione di queste norme nel Trattato è stata, inoltre, istituzionalizzata una duplicazione dei titoli di legittimazione formale e delle procedure per l'adozione degli interventi europei in materia ambientale: a partire dall'Atto Unico esistono, infatti, la via, nuova, della tutela dell'ambiente in quanto tale e quella, più risalente, ma ancora sfruttabile, dell'uniformazione delle

legislazioni, ai sensi dell'allora art. 100A del Trattato, oggi art. 115 del Trattato sul funzionamento dell'Unione Europea (TFUE).

Le conseguenze di tale situazione sono assai rilevanti. Oggi, infatti, il legislatore europeo può giustificare le proprie iniziative in materia di tutela dell'ambiente in funzione, alternativamente, dell'obiettivo della protezione ambientale *tout court* ovvero dell'obiettivo – diverso e ulteriore – della tutela del mercato europeo.

Perciò, da una parte, se l'intervento in ambito ambientale non serve a porre rimedio ad alcuna alterazione del mercato, gli organi comunitari dovrebbero attivare i poteri e le procedure di cui agli artt. 191 e seguenti del TFUE. Dall'altra, invece, ove vengano in rilievo problemi di uniformità del mercato, i medesimi organi potrebbero intraprendere le dovute iniziative anche in materia ambientale facendo leva sui predetti obiettivi di uniformazione e, dunque, utilizzando il corrispondente titolo di legittimazione, di cui all'attuale art. 115 dello stesso TFUE.

La distinzione è importante anche e soprattutto perché dall'utilizzo dei poteri e delle procedure di cui agli artt. 191 e ss. oppure di quelli di cui all'art. 115 discendono conseguenze differenti in ordine alla possibilità, per gli Stati membri, di derogare agli *standard* di tutela ambientale fissati dal legislatore comunitario.

Certamente, in entrambi i casi tali *standard* non sono derogabili *in peius* dagli Stati membri, salvo che siano le stesse norme comunitarie a consentirlo in presenza, segnatamente, di specifiche situazioni regionali o locali.

Più articolata e complessa è, invece, la questione con riguardo alla possibilità che le deroghe nazionali siano deroghe migliorative degli *standard* fissati a livello europeo, cioè che esse consistano in disposizioni più rigorose e maggiormente protettive dell'ambiente.

La domanda centrale e da tempo dibattuta è, infatti, la seguente: gli Stati membri possono incrementare gli *standard* di tutela dettati a livello europeo, prevedendo deroghe *in melius* alla normativa ambientale comunitaria? E, in caso di risposta affermativa, a quali condizioni?[2].

La delicatezza del tema si percepisce riflettendo sul fatto che le disposizioni di tutela ambientale costituiscono pur sempre l'esito di un bilanciamento di interessi, il raggiungimento di un punto di equilibrio tra valori antagonisti, e che, pertanto, l'idea di una massima tutela dell'ambiente, a tutti i costi, non è praticabile.

---

[2] Sul punto, sia consentito rinviare a: M. RENNA, *Il sistema degli «standard ambientali» tra fonti europee e competenze nazionali*, in AA. VV., *L'ambiente nel nuovo Titolo V della Costituzione*, B. POZZO e M. RENNA (a cura di), Quaderno n. 15 della *Riv. giur. amb*., Milano, 2004; più recentemente, tra gli altri, si v. altresì M. MAZZAMUTO, *Diritto dell'ambiente e sistema comunitario delle libertà economiche*, in *Riv. it. dir. pubbl. com.*, 2009, 1571 ss..

Il diritto comunitario, inoltre, anche quando interviene in materia di ambiente non può perdere di vista le esigenze di uniformità del mercato, le quali verrebbero inevitabilmente compromesse da incrementi di *standard* di tutela realizzati in modo disomogeneo e incontrollato nei vari ordinamenti nazionali.

Così, per le norme di tutela ambientale adottate al fine di uniformare il mercato europeo, ai sensi dell'art. 115 del TFUE la regola è che, se uno Stato membro ritiene di voler migliorare la protezione dell'ambiente, può farlo solo al sussistere di condizioni alquanto rigorose e seguendo una ben precisa procedura; diversamente da quanto è previsto, invece, nel caso in cui le norme comunitarie siano state adottate ai sensi degli artt. 191 e seguenti del TFUE.

Quanto alle condizioni previste dall'art. 115, occorre che vi sia un problema sopravvenuto relativo al territorio di quello specifico Stato – o ad una sua parte – per il quale si ritiene di voler aumentare a livello nazionale la protezione dell'ambiente, sulla scorta di adeguate prove scientifiche.

La procedura, poi, prevede che detto Stato motivi espressamente e notifichi alla Commissione europea la misura migliorativa, con un periodo di *standstill* di sei mesi, decorso il quale, se la Commissione non si sarà espressa, la misura potrà entrare in vigore nel singolo ordinamento nazionale. Viceversa, se la Commissione riterrà che la misura non sia sufficientemente motivata, sia arbitrariamente discriminatoria o, comunque, ostacoli o alteri il funzionamento del mercato, potrà precluderne l'efficacia. A quel punto, allo Stato membro che vorrà far valere le proprie ragioni non resterà che presentare eventualmente ricorso alla Corte di giustizia europea avverso la decisione della Commissione[3].

Se la misura ambientale comunitaria è stata invece adottata ai sensi degli artt. 191 e ss., la procedura e le condizioni previste per le deroghe *in melius* sono meno rigorose: l'art. 193 del TFUE, infatti, si limita a stabilire che gli Stati membri possono introdurre disposizioni di maggiore tutela ambientale, purché, nel farlo, non violino le norme del Trattato.

Non si prevede qui alcun termine di *standstill*, né occorre seguire le tappe della procedura poc'anzi descritta. La misura nazionale va, comunque, notificata alla Commissione europea, ma sarà quest'ultima a dover eventualmente fare ricorso alla Corte di giustizia contro lo Stato membro, ove riterrà che la misura migliorativa della tutela ambientale sia tale da alterare il mercato[4]. Il meccanismo che consente le deroghe in *melius* è, dunque, ben diverso da quello illustrato in precedenza.

---

[3] Sulle deroghe *in melius* agli interventi di protezione ambientale fondati su esigenze di uniformazione del mercato, si vedano, tra le altre: Corte di giust., 17 maggio 1994, C-41/93; Trib. primo grado, 5 ottobre 2005, T-366/03 e T-235/04; Id., 27 giugno 2007, T- 182/06; Corte di giust., 6 novembre 2008, C-405/07.

[4] Sulle deroghe *in melius* agli interventi di protezione ambientale fondati soltanto su esigenze di tutela dell'ambiente, si cfr., tra le altre: Corte di giust., 23 ottobre 2001, C-510/99; Id., 14 aprile 2005, C-6/03; Id., 19 giugno 2008, C- 219/07.

Pertanto, il fatto che le misure comunitarie di protezione ambientale siano introdotte per uniformare il mercato, ovvero allo scopo di salvaguardare l'ambiente in quanto tale, ancora oggi conduce a conseguenze sensibilmente differenti sul fronte della derogabilità degli *standard* di tutela dettati a livello europeo.

Tornando all'evoluzione delle norme del Trattato CEE, va poi soggiunto che nel 1992, con il Trattato di Maastricht, tra gli scopi dell'azione delle istituzioni europee fu finalmente inserito, nell'art. 2 dello stesso Trattato – divenuto Trattato CE – quello di una «crescita sostenibile … che rispetti l'ambiente», completandosi, così, l'operazione di riforma iniziata con l'Atto Unico Europeo. Venne in tal modo recepito, nella sostanza, il principio dello sviluppo sostenibile.

Venne, inoltre, generalizzata la sfera di applicazione del principio di sussidiarietà, con il conseguente spostamento della sua previsione nella prima parte del Trattato CE; mentre, con riguardo agli articoli che in ultimo sono diventati gli attuali artt. 191 e ss. del TFUE, venne altresì introdotto il fondamentale principio di precauzione.

L'inserimento della parola «ambiente» nella parte iniziale del Trattato CE ha segnato un passaggio importante per il diritto dell'ambiente, soprattutto da un punto di vista valoriale. Dopo il Trattato di Maastricht, infatti, non abbiamo più avuto un'Europa di soli "mercanti", tutta proiettata verso il perseguimento di obiettivi di natura economica, ma si è cominciato a realizzare un'Europa di cittadini, che deve garantire e tutelare non solo i diritti economici, ma anche quelli sociali, civili e politici delle persone; e la tutela dell'ambiente, in questo rinnovato contesto, non avrebbe più potuto non comparire nella prima parte del Trattato istitutivo della Comunità.

Per effetto del Trattato di Maastricht, com'è noto, la Comunità Economica Europea è diventata Comunità Europea *tout court*, il che ha rispecchiato efficacemente il superamento dell'originaria impronta esclusivamente economica degli obiettivi perseguiti dalla Comunità.

Una modifica ulteriore si è avuta, poi, ad opera del Trattato di Amsterdam del 1997, che è intervenuto di nuovo sull'art. 2 del Trattato istitutivo della Comunità, puntualizzando che la stessa perseguiva l'obiettivo specifico di promuovere «un elevato livello di protezione dell'ambiente ed il miglioramento della qualità di quest'ultimo», oltre a quello generale di promuovere «uno sviluppo armonioso, equilibrato e sostenibile delle attività economiche» e «una crescita sostenibile».

Col Trattato di Amsterdam, entrato in vigore nel 1999, si è giunti, quindi, a una formulazione ancora più completa ed esaustiva dell'art. 2 del Trattato CE − che oggi corrisponde, nella sostanza, all'art. 3 del Trattato sull'Unione Europea – e degli obiettivi in materia ambientale della Comunità (o dell'Unione, come dobbiamo dire oggi).

Il valore "ambiente" è definitivamente assurto a valore in sé nell'ordinamento europeo, oggetto di tutela diretta in quanto tale e non solo di protezione mediata in quanto valore potenzialmente compromettibile con il processo di crescita.

Si è inoltre provveduto, sempre con il Trattato di Amsterdam, a spostare la previsione del principio di integrazione nella prima parte del Trattato CE, riconoscendone in tal modo correttamente la sua valenza di principio generale dell'azione comunitaria. Il principio è stato formulato meglio rispetto alla versione risalente all'Atto Unico Europeo ed è stato altresì collegato esplicitamente al concetto e principio dello sviluppo sostenibile, che per la prima volta è stato menzionato testualmente all'interno del Trattato istitutivo della Comunità (si v. oggi l'art. 11 del Trattato sul funzionamento dell'Unione Europea).

3. A questo punto, dopo la breve panoramica, fin qui compiuta, sulle tappe più significative del diritto europeo dell'ambiente, si può passare alla seconda parte di questa riflessione, che, come si è detto in apertura, consiste nella esplicazione e sistemazione dei vari principi vigenti nel nostro ordinamento in materia ambientale, molti dei quali possono peraltro essere scomposti in serie più o meno ampie di sottoprincipi e/o corollari.

I principi in questione – va, in primo luogo, ricordato – sono tutti principi di origine comunitaria: non sembrano esistere, infatti, principi del diritto ambientale italiano che non siano al contempo e innanzitutto principi del diritto ambientale europeo (i quali, a loro volta – è opportuno rammentarlo – derivano pressoché totalmente dai principi in materia di ambiente affermatisi sul piano internazionale).

Dopodiché, a proposito della rilevanza dei principi europei in materia di ambiente, occorre ricordare che l'art. 1 della legge n. 241/1990 richiama, tra i principi che devono essere rispettati nello svolgimento del'attività amministrativa, quelli dell'ordinamento comunitario.

Ciò conferma, dunque, che questi principi vincolano non soltanto i legislatori, ma anche direttamente le pubbliche amministrazioni nazionali. La violazione di questi principi, da parte dell'amministrazione pubblica, può portare, quindi, all'adozione di provvedimenti amministrativi illegittimi e, pertanto, passibili di annullamento.

Al riguardo, giova inoltre menzionare anche il cd. codice dell'ambiente, approvato con il d.lgs. n. 152/2006, il cui art. 3-*ter*, inserito dal d.lgs. n. 4/2008, sancisce (in modo, invero, del tutto ridondante rispetto a quanto già previsto a livello europeo) che: «la tutela dell'ambiente e degli ecosistemi naturali e del patrimonio culturale deve essere garantita da tutti gli enti pubblici e privati e dalle persone fisiche e giuridiche pubbliche o private, mediante una adeguata azione che sia informata ai principi della precauzione, dell'azione preventiva, della correzione, in via prioritaria alla fonte, dei danni causati all'ambiente, nonché al principio «chi inquina paga» che, ai sensi dell'articolo 174, comma 2, del Trattato delle unioni

europee, regolano la politica della comunità in materia ambientale»[5] (il riferimento all'art. 174, comma 2, del Trattato deve oggi intendersi effettuato all'art. 191, § 2, del Trattato sul funzionamento dell'Unione Europea).

Ciò posto, ecco l'elenco dei principi del diritto ambientale che qui si propone: principi di sussidiarietà e di differenziazione; principi di integrazione e di sviluppo sostenibile; principio dell'elevato livello di tutela; principio di informazione; principio di prevenzione; principio di proporzionalità (che ovviamente non vale solo per il diritto dell'ambiente, ma per esso è particolarmente importante); principio di precauzione; principio di correzione dei danni innanzitutto alla fonte; principio «chi inquina paga».

Si noti che quelli appena elencati sono principi che per lo più figurano nell'art. 191 del Trattato sul funzionamento dell'Unione europea.

Ve ne sono, tuttavia, di ulteriori rispetto a quelli indicati da detto articolo, a cominciare, segnatamente, da quello di sussidiarietà, pacificamente applicato anche al di fuori della materia ambientale.

Certamente, il **principio di sussidiarietà** (che oggi è sancito all'art. 5 del Trattato sull'Unione Europea) è un principio che in seno all'ordinamento comunitario è nato in materia ambientale; ma presto questo principio si è espanso con riguardo a tutte le materie di competenza concorrente della Comunità.

Senza la sussidiarietà, ad ogni modo, non sarebbe nato il diritto dell'ambiente, nel periodo storico in cui esso è nato: nella tutela ambientale, infatti, la sussidiarietà è servita a far sì che la Comunità potesse attrarre verso l'alto e, di conseguenza, svolgere competenze normative che al livello più basso, ossia al livello degli Stati membri, non potevano essere o, comunque, non erano svolte *adeguatamente*, a motivo, in particolare, delle *dimensioni* degli obiettivi da realizzare e delle competenze da esercitare.

Ciò, se si vuole, in controtendenza rispetto a quanto è accaduto in via generale in Italia, dove storicamente, dalla cd. prima legge Bassanini[6] in poi, la

---

[5] È con il decreto correttivo n. 4/2008 che sono state inserite nella prima parte del d.lgs. n. 152/2006 (cd. codice dell'ambiente) alcune disposizioni dedicate ai principi della tutela ambientale, la cui formulazione tuttavia (eccezion fatta per quelle sul principio dello sviluppo sostenibile, su cui si v. *infra*) non pare idonea a conferire significativi elementi di innovatività al quadro dei principi già vigenti in materia di ambiente prima del medesimo decreto correttivo. Per un commento alle norme sui principi introdotte dal d.lgs. n. 4/2008, si v. P. CERBO, *I «nuovi» principi del codice dell'ambiente*, in *Urb. app.*, 2008, 533 ss..

[6] Il riferimento, ovviamente, riguarda la legge n. 59/1997, cui si deve la prima significativa applicazione del principio di sussidiarietà cd. verticale nella distribuzione delle funzioni amministrative tra i vari livelli di governo territoriali. In tema di sussidiarietà verticale, quale principio dirimente in tema di allocazione ed esercizio delle funzioni amministrative, si vedano pure l'art. 118, primo comma, e l'art. 120, secondo comma, Cost., nonché gli artt. 2, 7 e 8 della legge n. 131/2003 (cd. legge La Loggia). Con specifico riferimento alla materia ambientale, l'operatività del

sussidiarietà ha per lo più funzionato – in materia di ambiente, comunque, molto meno che in altre materie – come un metaforico ascensore che viaggia dall'alto verso il basso; ossia come un dispositivo che alloca le competenze, segnatamente quelle amministrative, secondo un percorso che progressivamente scende dai livelli di governo superiori e più ampi a quelli inferiori e più prossimi ai cittadini.

In realtà, si tratta, in entrambe le situazioni, dell'applicazione del medesimo principio, posto che, al di là della direzione ascendente o discendente delle attribuzioni di competenze, quel che conta è in ogni caso l'adeguatezza del livello di allocazione di ciascuna funzione – sia essa normativa o amministrativa – rispetto alla dimensione della stessa.

Adeguatezza significa, in breve, capacità (organizzativa, finanziaria, etc.) di un determinato livello di governo di occuparsi dei problemi di volta in volta sottesi alle competenze di cui trattasi. Il canone dell'adeguatezza non è, quindi, un antagonista del principio di sussidiarietà (nel senso che il secondo spingerebbe le funzioni verso il basso, mentre il primo le spingerebbe verso l'alto), ma anzi si può identificare con esso, costituendone un elemento fondante[7]: infatti, la regola è che, (soltanto) quando un livello di governo non è *dimensionalmente* adeguato allo svolgimento di una determinata funzione, deve intervenire, *sussidiariamente*, il livello di governo superiore.

Le due dinamiche, quella della sussidiarietà e quella dell'adeguatezza, sono pertanto destinate a funzionare in sinergia.

Ora, giacché il nostro ordinamento, diversamente da quello comunitario (e pure da quelli di alcuni Stati membri della Comunità: si pensi, in particolare, alla Germania e al Belgio), è nato come ordinamento unitario e centralista, la sussidiarietà, nei confini nazionali, ha necessariamente implicato lo scivolamento delle funzioni – segnatamente, quelle amministrative – per lo più verso il basso: ove ci si avveda che certe funzioni siano realizzabili in modo soddisfacente a un livello di governo più prossimo al territorio, l'allocazione delle stesse deve, infatti, appuntarsi su quel livello.

Nell'ordinamento comunitario, che è nato dall'aggregazione di più Stati e che, dunque, per sua natura persegue obiettivi di uniformazione, il problema che si è posto e che si pone tuttora è, invece, esattamente l'opposto. Si è trattato e si tratta, cioè, di accentrare le funzioni – segnatamente quelle normative – verso l'alto: l'ascensore delle competenze ha quindi funzionato, nel contesto europeo, nella direzione opposta.

---

principio di sussidiarietà è stata inoltre ribadita dall'art. 3-*quinquies*, commi 3 e 4, del d.lgs. n. 152/2006, inserito nel "codice dell'ambiente" dal d.lgs. n. 4/2008.

[7] Sul punto, sia consentito rinviare a M. RENNA, *I principi di sussidiarietà, adeguatezza e differenziazione*, in AA. VV., *Studi sui principi del diritto amministrativo*, M.RENNA e F. SAITTA (a cura di), Milano, 2012.

A livello concettuale, però, il meccanismo nostrano e quello comunitario appaiono identici, ossia egualmente imperniati sul parametro dell'adeguatezza.

Nella materia ambientale, ad ogni modo, sia in ragione della dimensione difficilmente circoscrivibile dei fenomeni che costituiscono l'oggetto di tale materia, sia a motivo della complessità, anche di carattere tecnico-scientifico, della stessa, tanto nell'ordinamento europeo quanto nell'ordinamento nazionale risultano essere i livelli di governo superiori, piuttosto che quelli inferiori, i livelli in genere più adeguati a esercitare la maggior parte delle funzioni, sia normative che amministrative.

Non deve dunque meravigliare che, in nome del principio di sussidiarietà, i legislatori nazionali in materia di ambiente continuino a subire una sorta di invadenza del legislatore comunitario.

Tuttavia, se sussidiarietà e adeguatezza sono in definitiva destinate a identificarsi, specialmente in materia ambientale deve trovare naturale applicazione anche il **principio di differenziazione**, il quale non è altro, a ben vedere, che una declinazione o, se si preferisce, un corollario del canone dell'adeguatezza.

L'adeguatezza implica, infatti, correttamente, che non si possano appiattire le soluzioni in nome del principio di sussidiarietà: parlare di sussidiarietà e adeguatezza significa anche, perciò, che possono esservi diverse soluzioni efficaci pure allo stesso livello di governo.

Applicata al diritto dell'ambiente − e guardando, in particolare, alle disposizioni comunitarie che si trovano nell'art. 191, §§ 2 e 3, del Trattato sul funzionamento dell'Unione – la differenziazione implica, dunque, che la Comunità, oggi Unione, nel legiferare in base al principio di sussidiarietà, debba comunque lasciare aperta la possibilità che i singoli Stati membri, o determinati enti territoriali che abbiano capacità normativa nei singoli ordinamenti nazionali, per fronteggiare situazioni peculiari e specifiche relative ai territori dei medesimi Stati introducano integrazioni, deroghe, miglioramenti o anche possibili peggioramenti del livello di tutela ambientale previsto in ambito europeo.

In base ai principi di sussidiarietà e differenziazione, le funzioni normative in materia ambientale vengono quindi esercitate in alto, dalle istituzioni comunitarie, salvo poi, in particolare, essere consentito ai singoli Stati membri, (soltanto) al ricorrere di determinate condizioni (più o meno rigorose a seconda dei casi: si v. *supra*), di prevedere un regime di tutela migliorativo o, eccezionalmente, finanche un regime di tutela peggiorativo rispetto agli *standard* stabiliti in sede europea.

Riguardo al principio di sussidiarietà, si può aggiungere, altresì, per inciso, che talvolta si ricollega alla sussidiarietà pure il principio di partecipazione o di "democrazia ambientale".

In tal caso, la sussidiarietà è intesa nella sua dimensione orizzontale, come ampiezza della partecipazione dei cittadini alle decisioni amministrative in materia

ambientale[8] (si pensi, per esempio, alla disciplina della partecipazione dei cittadini alla procedura di valutazione ambientale strategica – V.A.S.).

Veniamo, ora, all'**integrazione** e allo **sviluppo sostenibile**. Si tratta, in realtà, di principi diversi, che tuttavia in concreto finiscono per fondersi in un unico principio.

Integrazione significa, in breve, carattere trasversale del diritto dell'ambiente: ogni intervento normativo, ogni azione amministrativa, in qualsiasi materia, in qualsiasi settore di attività, deve sempre farsi carico del problema della tutela ambientale. L'ambiente si tutela, cioè, in ogni settore di disciplina, giacché qualsiasi attività umana può costituire una minaccia, un pericolo, un danno per l'ambiente.

Se questo è vero, si deve allora conseguentemente dedurre che per il legislatore, sia europeo che nazionale, farsi carico in qualsiasi settore delle esigenze di tutela dell'ambiente significa considerare la tutela ambientale come parte del processo di sviluppo, non separabile da questo. Concettualmente, insomma, non può esservi alcuna disciplina di fenomeni di sviluppo che, all'interno, non abbia in qualche modo introitato la tutela ambientale, per garantire che lo sviluppo sia realizzato con equilibrio ed equità – cioè sia, appunto, "sostenibile" – in modo da non compromettere la qualità dell'ambiente e la disponibilità delle risorse naturali, la qualità della vita e le stesse possibilità di sviluppo non solo delle generazioni attuali, ma pure di quelle future.

La tutela ambientale, dunque, perde i suoi vetusti caratteri antagonistici rispetto alle logiche dello sviluppo, per divenire, piuttosto, il volano con cui garantire i diritti delle generazioni future. Sviluppo e ambiente, in definitiva, sono ormai da considerarsi elementi destinati a una costante e reciproca integrazione[9].

Ciò, poi, si noti, vale non solo per il legislatore, ma anche per la pubblica amministrazione.

L'art. 3-*quater* del "codice dell'ambiente", in proposito, ha per l'appunto esplicitato la regola per cui, in applicazione del principio dello sviluppo sostenibile, in qualsiasi procedimento amministrativo che comporti il bilanciamento di istanze e interessi pubblici e privati contrapposti, l'interesse alla tutela ambientale deve

---

[8] Si v., in proposito, l'art. 3-*sexies* del d.lgs. n. 152/2006, nella cui rubrica si fa esplicito riferimento alla «partecipazione a scopo collaborativo» in materia ambientale.

[9] Su questi temi si vedano, tra gli altri: F. FRACCHIA, *Lo sviluppo sostenibile. La voce flebile dell'altro tra protezione dell'ambiente e tutela della specie umana*, Napoli, 2010; R. BIFULCO, *Diritto e generazioni future. Problemi giuridici della responsabilità intergenerazionale*, Milano, 2008. Dello stesso F. FRACCHIA si v., altresì, *Il principio dello sviluppo sostenibile*, in AA. VV., *Studi sui principi del diritto amministrativo*, M. RENNA e F. SAITTA (a cura di), cit., e *Sviluppo sostenibile e diritti delle generazioni future*, in questa *Rivista*, n. 0/2010; nella stessa *Rivista*, n. 1/2011, si v. inoltre S. SALARDI, *Sustainable Development: Definitions and Models of legal regulation. Some legal-theoretical outlines on the role of law*.

essere tenuto in prioritaria considerazione nella ponderazione e comparazione degli interessi in gioco.

La pubblica amministrazione, ove debba esercitare un potere discrezionale, è sempre tenuta, perciò, in osservanza del ridetto principio, a considerare prioritariamente gli interessi ambientali, a prescindere da puntuali previsioni legislative in tal senso. Il peso specifico degli interessi ambientali, dunque, deve essere sempre maggiore del peso specifico degli altri interessi posti sulla bilancia della comparazione, anche se ciò – giova rimarcarlo – non implica che i primi debbano necessariamente prevalere sui secondi.

L'art. 3-*quater* del d.lgs. n. 152/2006 riconosce, quindi, correttamente, il principio dello sviluppo sostenibile come limite interno della discrezionalità amministrativa – valevole per l'emanazione di tutti i provvedimenti discrezionali in grado di incidere su un interesse ambientale, in qualsiasi settore del diritto amministrativo – il quale va ad aggiungersi agli altri limiti interni del potere discrezionale, fermo restando, ovviamente, il necessario rispetto dei limiti esterni di ciascun potere (e, segnatamente, dei principi di nominatività e di tipicità dei poteri amministrativi).

Quanto al principio dell'**elevato livello di tutela**, che si trova oggi affermato nell'art. 3 del Trattato UE, nonché negli artt. 115 e 191 del TFUE, occorre puntualizzare che esso, a sua volta, tende a sovrapporsi a quello dello sviluppo sostenibile.

Questo principio, infatti, è stato inizialmente affermato con lo scopo di far sì che, quando si uniforma il mercato, l'"asticella" della protezione dell'ambiente sia mantenuta adeguatamente "alta". Esso, tuttavia, è subito diventato un principio cui devono conformarsi tutti gli interventi di tutela ambientale e implica, in breve, che il bilanciamento tra gli interessi ambientali e gli altri interessi debba sempre avvenire riservando alla protezione dell'ambiente una considerazione, appunto, "elevata".

Al tempo stesso, però, occorre precisare che si tratta di un principio che, come si evince dalla sua stessa denominazione, impone un *elevato* livello di tutela, non un livello massimo, essendo le misure di protezione ambientale pur sempre il frutto di un bilanciamento di interessi.

Ciò posto, soffermarsi su questo principio significa essenzialmente dar conto di due circostanze.

La prima consiste nel fatto che il legislatore comunitario ha progressivamente elevato il livello della tutela ambientale introducendo misure ispirate dall'idea di anticipare vieppiù la tutela stessa (elevarla, dunque, pure nel senso di anticiparla, rispetto a quanto operato in precedenza: si pensi, in proposito, anche alle normative fondate sul principio di precauzione, su cui si v. *infra*).

La seconda consiste nella *relatività* del concetto di elevata protezione dell'ambiente. Tutelare l'ambiente, infatti, come si diceva, significa bilanciare con

gli interessi ambientali altri interessi e libertà quali la libertà di impresa, la libertà di circolazione, etc.; e il punto di equilibrio fra questi valori deve essere collocato a un livello di elevata, ma non massima, protezione ambientale.

Tra gli istituti in cui si concretizza con maggiore evidenza il principio dell'elevato livello di tutela è l'autorizzazione integrata ambientale (A.I.A.), la quale è stata prevista per sostituire numerose autorizzazioni ambientali. Non si tratta, infatti, di un istituto di mera semplificazione funzionale e procedimentale: l'A.I.A., insomma, è un'autorizzazione non soltanto *unica*, ma anche *integrata* in senso sostanziale. Non tutte le autorizzazioni ambientali, invero, sono sostituite dall'A.I.A., ma essa oggi consente, con riguardo, in particolare, agli impianti industriali di maggior rilievo, di considerare contestualmente e unitariamente i fattori di inquinamento rispetto ai quali operavano in precedenza, in modo settoriale e frammentario, le singole autorizzazioni sostituite, realizzandosi, così, un indubbio "innalzamento" dell'efficacia complessiva della protezione dell'ambiente.

Un altro esempio di applicazione del principio in esame è, poi, costituito dalle B.A.T. (*Best Available Techniques*). In genere, si ricorre alle B.A.T. con riguardo alle autorizzazioni alle emissioni, e segnatamente con riguardo alle autorizzazioni alle emissioni atmosferiche: la regola generale prevede, infatti, che, nel fissare i valori limite di emissione e rilasciare tali autorizzazioni, si debba tener conto delle B.A.T.. In breve, l'ente che rilascia le autorizzazioni deve farsi carico di individuare quali siano le migliori tecnologie disponibili e, sulla base di queste, dettare le prescrizioni di propria competenza all'interno dei provvedimenti autorizzatori. Si ponga attenzione al fatto, però, che le B.A.T., spesso molto costose, non sono le migliori tecnologie disponibili *in assoluto*, dal punto di vista tecnico, in un certo momento, posto che la loro individuazione, ai sensi delle norme vigenti, deve passare anche attraverso una valutazione economica e di proporzionalità, sorretta da un'adeguata analisi costi/benefici: sicché, evidentemente, una nuova tecnologia che garantisca una riduzione minima di un determinato tasso di inquinamento, a fronte di un costo troppo elevato, non potrà verosimilmente considerarsi una B.A.T..

Venendo al **principio di informazione**, si deve innanzitutto osservare che esso non è esplicitato nei trattati europei.

Tuttavia, leggendo la Dichiarazione di Rio de Janeiro del 1992 sull'ambiente e lo sviluppo e la Convenzione di Aahrus del 1998, alla quale ha aderito pure la Comunità Europea e che è dedicata, in particolare, all'accesso alle informazioni e alla partecipazione del pubblico ai procedimenti in materia ambientale, si ricava che, nonostante la sua omessa formulazione nei trattati comunitari, anche il principio di informazione deve essere incluso nel novero dei principi del diritto ambientale europeo.

Esso è strettamente collegato, del resto, quantomeno ad altri tre principi o gruppi di principi:

- ai principi di sussidiarietà e di partecipazione o "democrazia ambientale", poiché senza informazione, ovviamente, non ci possono essere né democrazia ambientale, né sussidiarietà[10];

- al principio internazionalistico di cooperazione fra gli Stati e al principio costituzionale di leale collaborazione tra le pubbliche amministrazioni;

- al principio di prevenzione, di cui si dirà fra breve.

Relativamente al primo collegamento, si pensi, in particolar modo, alla trasparenza, che è certamente necessaria affinché ci siano democrazia ambientale e partecipazione, almeno per tre ordini di ragioni: in primo luogo, perché l'informazione è importante in quanto tale, dovendo i cittadini avere accesso a tutte le informazioni sui problemi ambientali che possono peraltro riguardare anche la loro salute; in secondo luogo, perché la compartecipazione alle decisioni ambientali richiede necessariamente che ci sia informazione; in terzo luogo, perché l'informazione dovrebbe pure servire a sensibilizzare i cittadini sulle tematiche ambientali e indurli a mutare i loro comportamenti poco virtuosi dal punto di vista della tutela dell'ambiente.

Perciò, segnatamente, le direttive comunitarie che si sono succedute in materia di informazioni ambientali si sono curate di introdurre una disciplina del diritto di accesso alle stesse particolarmente incisiva, finalizzata a riconoscere tale diritto in capo ai singoli individui nella misura più ampia possibile; oltre a curarsi della predisposizione di meccanismi di diffusione al pubblico delle informazioni relative all'ambiente.

Circa invece il principio di **cooperazione**, va osservato che esso impone agli Stati, così come alle pubbliche amministrazioni all'interno dei confini nazionali, di scambiarsi reciprocamente tutte le informazioni ambientali (anche scientifiche e tecnologiche) in loro possesso, al fine di perseguire al meglio l'obiettivo della protezione e del miglioramento dell'ambiente (ma anche, naturalmente, allo scopo di garantire un'efficace informazione del pubblico).

Tale scambio di informazioni dovrebbe comunque servire, soprattutto, tanto a prevenire il verificarsi di danni ambientali incidenti su più territori, dentro o fuori dai confini di ciascun Paese, quanto ad affrontarli tempestivamente, ove non si sia riusciti a prevenirli.

Il cenno alla prevenzione consente, quindi, di ritornare pure sul terzo collegamento poc'anzi individuato, giacché, con ogni evidenza, gli obblighi di cooperazione e gli obblighi di informazione al pubblico di cui si è detto sono

---

[10] Su questi temi, recentemente, si v., tra gli altri: G. MANFREDI, *Osservazioni su ambiente e democrazia*, in *Riv. giur. amb*., 2010, 293 ss.. In giurisprudenza, sulla Convenzione di Aarhus e sulla disciplina comunitaria del diritto di accesso alle informazioni ambientali, si cfr.: Corte di giust., 22 dicembre 2010, C-524/09; Id., 28 luglio 2011, C-71/10.

fondamentali sia allo scopo di consentire l'adozione di misure immediate di protezione nel caso di disastri ambientali, sia, prima ancora, al fine di prevenire i danni all'ambiente.

A fini soprattutto preventivi è, inoltre, fondamentale anche l'imposizione di obblighi informativi nei confronti delle autorità pubbliche in capo ai soggetti privati, segnatamente a quelli che svolgono attività produttive in grado di compromettere l'ambiente (si pensi, in proposito, agli obblighi informativi previsti dalle norme sul danno ambientale, nonché, in particolare, a quelli previsti dalle norme sulle attività a rischio di incidenti rilevanti).

Dal quadro che si è rapidamente tracciato emerge, dunque, come il principio in esame informi di sé tutta la disciplina ambientale e si traduca, in definitiva, nella creazione di un circuito cooperativo avente quali protagonisti le istituzioni pubbliche, internazionali, europee e nazionali, le imprese e pure le popolazioni e i singoli individui.

Si devono, a questo punto, prendere specificamente in considerazione i principi di prevenzione, di proporzionalità e di precauzione.

Il **principio di prevenzione** o **di azione preventiva** è un principio cardine del diritto dell'ambiente[11] e si può sintetizzare, sia pure al costo di una certa banalizzazione, richiamando un semplice e famoso *slogan* pubblicitario che recita: «prevenire è meglio che curare».

Esso, quindi, significa che si deve intervenire prima che siano causati i danni ambientali, al fine, nella misura in cui ciò sia possibile, di eliminare o, almeno, di ridurre fortemente il rischio che gli stessi si verifichino.

Ciò, si noti, non solo perché i danni, una volta che si siano verificati, non sempre sono riparabili, ma anche perché, pur laddove lo siano, i ripristini generalmente costano molto di più delle attività di prevenzione. Anche il principio di prevenzione, pertanto, non è affatto estraneo alla considerazione di profili economici.

Evidenti esplicazioni del principio di prevenzione si ritrovano, per esempio, oltre che nelle norme sul danno ambientale e in quelle sulle attività a rischio di incidenti rilevanti, in tutte le discipline di pianificazione ambientale: pianificare significa, infatti, programmare, pensare per il futuro, dunque anche prevenire.

Analogamente, costituiscono una chiara esplicazione del principio di prevenzione pure tutte le discipline le quali prevedono che, affinché possa essere svolta un'attività potenzialmente nociva per l'ambiente, questa debba essere previamente autorizzata; così come si deve ritenere espressione del medesimo principio la tendenziale esclusione della possibilità che le autorizzazioni ambientali siano rilasciate silenziosamente, o che il loro posto sia preso da una qualsivoglia

[11] Sul principio di prevenzione, si v., da ultimo, il recentissimo contributo di DE LEONARDIS, *Principio di prevenzione e novità normative in materia di rifiuti*, in questa *Rivista*, n. 2/2011.

forma di dichiarazione di inizio attività (D.I.A.) o segnalazione certificata di inizio attività (S.C.I.A.)[12].

Altro principio fondamentale da prendere in considerazione – pur trattandosi di un principio non esclusivo della materia ambientale, bensì trasversale rispetto all'intero diritto amministrativo – è, poi, quello ben noto di **proporzionalità**, oggi affermato nell'art. 5 del Trattato UE, unitamente al principio di sussidiarietà.

Tale principio, com'è risaputo, vale tanto per il legislatore quanto per la pubblica amministrazione, laddove essa debba esercitare un potere discrezionale bilanciando interessi.

Esso riveste una grandissima rilevanza in materia ambientale; e, del resto, nell'art. 191, § 3, del TFUE si rinviene una parziale traccia dello stesso, dove è disposto che l'azione comunitaria in materia di ambiente deve tenere conto pure «dei vantaggi e degli oneri che possono derivare dall'azione o dall'assenza di azione».

Applicare il principio di proporzionalità, in materia ambientale, implica, in breve, che siano adottate le misure di tutela dell'ambiente che, a parità di efficacia, siano le meno restrittive per le libertà antagoniste – le quali sono in genere di natura economica – e che, in ogni caso, nel comprimere queste libertà, si agisca in modo tale che vi sia, appunto, proporzione tra l'entità delle limitazioni imposte e i risultati perseguiti attraverso le stesse.

In applicazione del principio in esame, dunque, dovrebbe essere impedito che siano adottate misure di protezione ambientale eccessivamente e ingiustificatamente invasive e restrittive delle libertà dei singoli e, nelle ipotesi di compressione di libertà economiche, anche discriminatorie e distorsive della concorrenza; ciò che, invece, la Corte di giustizia europea ha dovuto ripetutamente riscontrare, sin dalla fine degli anni '80 del secolo scorso, con riguardo segnatamente a misure adottate da Stati membri della Comunità, dando così luogo alla formazione di una ricca e importante giurisprudenza sull'operatività del principio di proporzionalità in materia ambientale[13].

Va poi soggiunto che un'applicazione o, se si vuole, un corollario importante del principio di proporzionalità in materia ambientale si rintraccia nel principio, da osservarsi con particolare cura, di **gradualità**.

---

[12] Sulla tendenziale esclusione dell'utilizzo dei meccanismi del silenzio-assenso e della D.I.A. in materia ambientale sia consentito rinviare a: M. RENNA, *Semplificazione e ambiente*, in AA. VV., *La semplificazione nelle leggi e nell'amministrazione: una nuova stagione*, Sciullo (a cura di), Quaderno della SPISA (Scuola di specializzazione in studi sull'amministrazione pubblica), Bologna, 2008, nonché in *Riv. giur. edil.*, 2008.

[13] Per una recente applicazione del principio di proporzionalità in materia di tutela ambientale, si veda: Corte di giust., 8 luglio 2010, C-343/09.

Si tratta di quel principio per cui, quando viene adottata una nuova misura che impone a un soggetto, segnatamente a un imprenditore, di rispettare limiti ambientali più rigorosi, di emettere ad esempio minori quantitativi di determinate sostanze inquinanti in atmosfera, oppure nelle acque, deve essere concesso al destinatario dell'obbligo un tempo ragionevole, una "finestra temporale", per poter adeguare la propria attività – senza doverla frattanto limitare eccessivamente o addirittura bloccare – ai nuovi *standard*, attuando, appunto, gradualmente le nuove prescrizioni di tutela ambientale.

Ciò si traduce, in alcuni casi, nella previsione normativa di piani di progressivo adeguamento alle nuove condizioni di esercizio degli impianti, piani che i gestori di questi ultimi possono sottoporre all'approvazione delle pubbliche amministrazioni competenti (si pensi, per esempio, ai piani di ammodernamento che possono essere presentati all'amministrazione in occasione del rinnovo o del riesame dell'A.I.A., oppure ai piani di risanamento che sono stati previsti, in via transitoria, dalle norme nazionali sull'inquinamento elettromagnetico).

La proporzionalità, inoltre – è opportuno precisarlo – non opera solo con riguardo al bilanciamento tra gli interessi ambientali e gli interessi privati ad essi antagonisti, ma può operare anche ove debbano essere ponderati e comparati fra loro *diversi interessi ambientali*: si pensi, in proposito, al caso di scuola dell'installazione delle pale eoliche, le quali, se, per un verso, non possono che costituire un beneficio per l'ambiente, trattandosi di fonti di energia rinnovabile, per altro verso possono confliggere con l'esigenza di proteggere un interesse paesaggistico.

Venendo, ora, al **principio di precauzione**[14], si pone innanzitutto un preliminare problema di perimetrazione dei confini semantici dello stesso e, di conseguenza, dei suoi ambiti di applicazione, rispetto al "limitrofo" principio di prevenzione.

Il suo significato si ricava dalla Dichiarazione di Rio de Janeiro, nonché, nel nostro ordinamento, dall'art. 301 del d.lgs. n. 152/2006; e si può dire, a ben vedere, che esso rappresenti uno sviluppo del principio di prevenzione, per quanto nell'art. 191 del TFUE il principio di precauzione figuri prima di quello di prevenzione.

---

[14] Sul principio di precauzione, tra i contributi più recenti, si cfr.: V. MOLASCHI, *Livelli di protezione ambientale e tutela precauzionale differenziata: una riflessione alla luce della giurisprudenza costituzionale*, in AA. VV., Climate change*: la risposta del diritto*, F. FRACCHIA e M. OCCHIENA (a cura di), Napoli, 2010; P. G. MARCHETTI, *Il principio di precauzione*, in AA. VV., *Codice dell'azione amministrativa*, M. A. SANDULLI (a cura di), Milano, 2011; G. MANFREDI, *Cambiamenti climatici e principio di precauzione*, in questa *Rivista*, n. 1/2011; P. SAVONA, *Il principio di precauzione e il suo ruolo nel sindacato giurisdizionale sulle questioni scientifiche controverse*, in *Federalismi.it* (*www.federalismi.it*), n. 25/2011; F. DE LEONARDIS, *Il principio di precauzione*, in AA. VV., *Studi sui principi del diritto amministrativo*, M. RENNA e F. SAITTA (a cura di), cit.. Per la giurisprudenza comunitaria, recentemente, si v.: Trib. primo grado, 9 settembre 2011, T-257/07.

Applicare il principio di precauzione significa, infatti, adottare misure di tutela e prevenzione ambientale anche quando non sia assolutamente certo che un determinato fenomeno sia nocivo per l'ambiente, ma, al contempo, sussista un dubbio scientificamente attendibile che possa esserlo. In altri termini, secondo tale principio, il legislatore e la pubblica amministrazione, allorché questa debba esercitare poteri discrezionali, sono chiamati, ciascuno per la propria parte, ad agire cautelativamente pur in presenza soltanto di un rischio che l'ambiente possa subire danni significativi per effetto di determinate condotte od omissioni, senza che la mancanza di una prova scientifica certa al riguardo possa essere usata come pretesto per non adottare o rinviare l'adozione di efficaci misure preventive.

Gli esempi più importanti di discipline ambientali adottate sulla base del principio in esame sono le norme comunitarie sui microrganismi geneticamente modificati (M.O.G.M.) e sugli organismi geneticamente modificati (O.G.M.) e le norme nazionali sull'inquinamento elettromagnetico.

A proposito del principio di precauzione è, comunque, importante sottolineare che la sua affermazione non deve in alcun modo tradursi nella possibilità di dare seguito a suggestioni o paure destituite di qualsiasi fondamento.

Occorre, cioè, che, nell'applicazione del principio in questione, l'individuazione del rischio di un danno all'ambiente che legittimi o imponga l'adozione di una misura di tutela avvenga sulla base di *valutazioni scientifiche obiettive*, secondo quanto disposto, del resto, dall'art. 191, § 3, del TFUE, per cui l'azione in materia ambientale deve essere sempre fondata sui dati scientifici e tecnici disponibili.

Posto che le misure precauzionali non sono basate su certezze assolute ma, di contro, hanno un costo spesso molto elevato, occorre, inoltre, per tacitare i detrattori di questo dibattuto principio, che esse siano adottate in esito a un'applicazione particolarmente severa della regola della *proporzionalità*, cosicché le stesse non risultino eccessivamente onerose e vi sia sempre una rigorosa proporzione tra il grado di probabilità dei rischi e di gravità dei danni temuti, da una parte, e il grado di incisività delle medesime misure sulle libertà antagoniste, dall'altra.

La proporzionalità, a ben vedere, in materia ambientale si pone quale una sorta di "controlimite" rispetto alle possibili enfatizzazioni di principi come quello dello sviluppo sostenibile e, soprattutto, quello di precauzione[15].

Bisogna, insomma, evitare che l'applicazione del principio di precauzione possa risolversi nell'adozione di blocchi generalizzati di attività di ogni tipo, non fondati su adeguati riscontri scientifici, poiché una situazione di tal fatta sarebbe, invero, posta in violazione del medesimo principio. Non si deve, cioè, in alcun modo chiamare in causa il principio in esame per dare la stura a fenomeni quali la nota sindrome N.I.M.B.Y. (acronimo dell'inglese *Not In My Back Yard*) o,

[15] Devo questa osservazione a Gian CLAUDIO SPATTINI.

addirittura, la sindrome B.A.N.A.N.A. (acronimo dell'inglese *Build Absolutely Nothing Anywhere Near Anything*).

Le stesse avvertenze, poi, devono essere rigorosamente osservate pure nell'applicazione di una norma come il menzionato art. 301 del "codice dell'ambiente", secondo il quale, in attuazione del principio di precauzione, quando emergano «pericoli, anche solo potenziali, per la salute umana e per l'ambiente», gli operatori interessati sono tenuti ad adempiere tempestivamente a specifici obblighi informativi nei confronti delle pubbliche autorità e il Ministero dell'ambiente può adottare in qualsiasi momento apposite misure di prevenzione, ai sensi dell'art. 304 dello stesso codice.

Ove dette avvertenze non dovessero essere osservate con rigore, infatti, i detrattori del principio di precauzione avrebbero buon gioco nel ritenere tale norma perniciosa, in ragione della grande latitudine del suo ambito di operatività.

Immediatamente dopo quelli di precauzione e di prevenzione, nell'art. 191, § 2, del TFUE, figurano, infine, tra i principi costitutivi della tutela ambientale, il principio della correzione, in via prioritaria alla fonte, dei danni causati all'ambiente e il principio «chi inquina paga».

Ciò vale a dire, ovviamente, che, se non si è riusciti a prevenire i danni, occorre intervenire *ex post* a correggerli, per ripristinare, in quanto possibile, lo *status quo ante*, intervenendo in primo luogo sulla fonte dei danni riscontrati; e che, inoltre, i costi degli interventi di ripristino ambientale e dei risarcimenti dei danni gravano sui soggetti responsabili degli inquinamenti. Si pensi, in particolare, al caso di scuola dei siti inquinati che devono, *in primis*, essere messi in sicurezza, innanzitutto isolandoli dalle sorgenti delle contaminazioni riscontrate, e i cui costi di bonifica sono posti a carico di chi ha causato, con la propria condotta eventualmente anche omissiva, le medesime contaminazioni.

Tuttavia, sia il principio della correzione dei danni alla fonte, sia il principio «chi inquina paga», devono essere intesi non solo in chiave *ex post*, ossia solo in chiave riparatoria, ma anche in chiave preventiva.

È chiaro, insomma, che **correzione dei danni innanzitutto alla fonte** significa, testualmente, andare a correggere danni che si sono già verificati, intervenendo, appunto, sulle fonti produttive dell'inquinamento.

Se questo è vero (si pensi, oltre alle norme sulla messa in sicurezza e la bonifica dei siti inquinati, pure alle norme che, in caso di superamento di determinati valori limite di certe sostanze nell'aria, consentono di bloccare o limitare il traffico nei centri abitati), occorre però anche ammettere che il principio in questione manifesta altresì una valenza preventiva: le norme di protezione ambientale che introducono *standard* per la fabbricazione di certi prodotti come gli autoveicoli sono, ad esempio, norme di prevenzione che intervengono sulle fonti degli inquinamenti, al pari di tutte le norme di tutela dell'ambiente basate sulla fissazione di limiti di emissione; e, sempre in tema di autoveicoli, si possono

ricordare pure le norme che permettono di vietarne o limitarne la circolazione non già perché siano state superate determinate soglie di concentrazione di sostanze inquinamenti nell'aria, bensì, per l'appunto, a scopo preventivo.

Infine, anche il principio **«chi inquina paga»**, che potrebbe sembrare, a uno sguardo superficiale, connotato eminentemente in chiave riparatoria/sanzionatoria (si pensi, ancora una volta, alle norme sulle bonifiche, nonché a quelle sul risarcimento del danno ambientale[16]), ha, invero, una fondamentale valenza preventiva.

Il principio in questione, infatti, è rivolto a richiamare l'attenzione di tutti sul fatto che il consumo delle risorse naturali e i fenomeni di inquinamento ambientale implicano dei costi e richiede che questi – i costi delle misure di prevenzione, prima ancora che quelli degli interventi riparatori – anziché ricadere sulla collettività attraverso la fiscalità generale, siano "internalizzati" dai soggetti – in particolar modo le imprese – che utilizzano dette risorse e svolgono attività di rilevante impatto sull'ambiente.

Il principio "chi inquina paga" ha come scopo ultimo, in definitiva, quello di disincentivare e ridurre lo svolgimento di attività e comportamenti incidenti in maniera negativa sull'ambiente e di incentivare, invece, le condotte e le scelte ambientalmente virtuose (quali, ad esempio, la scelta di un'impresa di investire in tecnologie pulite, oppure di puntare sull'energia da fonti rinnovabili).

Un terreno privilegiato di applicazione del principio in esame è, dunque, quello dei sempre più diffusi *"strumenti economici" o "volontari"* di tutela dell'ambiente[17], con cui si confida di fare prevenzione puntando sulla incentivazione o disincentivazione economica di determinati comportamenti e rimettendo alla volontà e responsabilità di ciascuno la decisione di porli o non porli in essere, piuttosto che imponendoli o, rispettivamente, vietandoli secondo il classico modello autoritativo del *command and control*.

«Chi inquina paga», a ben vedere, significa proprio questo: che, nei limiti in cui certe attività sono possibili e non vietate, si impone un onere economico a coloro che inquinano maggiormente e/o, viceversa, si concede un incentivo a quanti inquinano meno (si pensi, per esempio, alle norme che prevedono le cd. ecotasse, oppure a quelle che prevedono agevolazioni fiscali, agevolazioni creditizie o contributi per gli investimenti in nuove tecnologie produttive ambientalmente compatibili, per la produzione di energia da fonti rinnovabili, per la rottamazione dei vecchi autoveicoli e dei vecchi elettrodomestici, etc.; ma si pensi anche alle disposizioni che hanno creato un mercato per la negoziazione di

[16] Per una recente applicazione del principio «chi inquina paga» in tema di riparazione del danno ambientale, si veda: Corte di giust., 9 marzo 2010, C-378/08.

[17] In argomento, di recente, si v.: AA. VV., *Gli strumenti economici e consensuali del diritto dell'ambiente*, F. MASTRAGOSTINO (a cura di), Napoli, 2011.

"permessi" o "diritti di inquinamento", ossia di quote virtuali di emissioni dei gas a effetto serra oggetto del Protocollo di Kyoto, oppure alla disciplina dei cd. certificati verdi e dei cd. certificati bianchi, relativi, rispettivamente, alla produzione di energia da fonti rinnovabili e al risparmio energetico).

Esiste, insomma, tutto un ambito di attività ecologicamente impattanti rispetto alle quali l'ordinamento non impone divieti né limiti, preferendo l'assoggettamento delle attività medesime al rispetto del principio «chi inquina paga», declinato in chiave preventiva.

Non è detto, ovviamente, che la descritta logica dell'incentivazione/disincentivazione centri in termini del tutto soddisfacenti l'obiettivo della riduzione dell'inquinamento.

Saranno soprattutto le scienze economiche a dover fornire, nel prossimo futuro, un riscontro sulla concreta attitudine di questi innovativi strumenti a garantire il perseguimento degli obiettivi ambientali senza compromettere gli standard di sviluppo prefissati dalle politiche di crescita elaborate a livello europeo e nazionale.

ABSTRACT

Mauro Renna, *I principi in materia di tutela dell'ambiente*

L'articolo analizza diversi aspetti dei principi europei in materia di tutela dell'ambiente.
Dopo aver trattato dell'evoluzione del diritto dell'ambiente nell'ordinamento comunitario a partire dagli anni Settanta, vengono esaminati i singoli principi della materia e, in particolare, i principi di sussidiarietà e di differenziazione, il principio dello sviluppo sostenibile, il principio dell'elevato livello di tutela, il principio di informazione, i principi di precauzione e di prevenzione, il principio di proporzionalità (che ovviamente non vale solo per il diritto dell'ambiente, ma per esso è particolarmente importante), il principio di correzione dei danni innanzitutto alla fonte, il principio "chi inquina paga".

Mauro Renna, *The principals of environmental protection*

The article analyses different aspects of European principles on environmental protection.
Once having addressed the development of environmental law in the EU legal system since the Seventies, it is explained the different principles of this topic/subject and, in particular: the principles of subsidiarity and differentiation, the principle of sustainable development, the principle of hight level of protection, the information principle, the precautionary principle, the principle of proportionality (which, of course, apply non only to environmental law, but is particulary important for this topic), the principle of compensation for damages first at source, the principle "pollutter pays".

ALESSANDRA PIOGGIA*

La gestione diretta del servizio idrico integrato attraverso società **in house** *o azienda speciale: prospettive del dopo-referendum*

SOMMARIO: 1. Premessa. - 2. La disciplina comunitaria e la gestione *in house*. - 3. La presenza del pubblico nella gestione del servizio idrico in Europa. - 4. La gestione diretta del servizio attraverso azienda speciale. - 5. Considerazioni conclusive.

1. *Premessa*

Come è noto, la questione della gestione dei servizi idrici è stata all'origine dell'iniziativa referendaria che lo scorso anno[1] ha portato all'abrogazione della disciplina contenuta nell'articolo 23 *bis* della legge 133 del 2008 nella formulazione introdotta dall'articolo 15 del d.l. n. 135/2009, relativa, per l'appunto, alle modalità di gestione dei servizi pubblici locali[2].

La scelta del legislatore di trattare il servizio idrico integrato come un servizio locale di rilevanza economica, senza distinguerne la regolazione dagli altri servizi[3], ha determinato un duplice effetto: da un lato ha innescato l'abrogazione

* Professore ordinario di Diritto amministrativo presso l'Università degli Studi di Perugia.

[1] Si tratta del referendum svoltosi il 12 e il 13 giugno del 2011, il cui esito abrogativo è stato reso esecutivo con d.p.r. 18 luglio 2011, n. 113. In proposito v. N. LUGARESI, *Diritto all'acqua e privatizzazione del servizio idrico*, in G. SANTUCCI - A. SIMONATI - F. CORTESE (a cura di), *L'acqua e il diritto*, Trento, 2011, 43.

[2] Sulla evoluzione della disciplina dei servizi pubblici locali si vedano da ultimo G. ROSSI, *Ricomporre il quadro normativo delle società di gestione dei servizi pubblici locali. Alla ricerca del filo di Arianna*, in *Istituzioni del federalismo*, 2011, 381; D. SORACE, *I servizi pubblici economici nell'ordinamento nazionale ed europeo, alla fine del primo decennio del XXI secolo*, in *Dir amm.*, 2010, 1; G. DI GASPARE, *I servizi pubblici in trasformazione*, Padova, 2010; R. VILLATA (a cura di), *La riforma dei servizi pubblici locali*, Torino, 2011; AA.VV., *L'affidamento e la gestione dei servizi pubblici locali a rilevanza economica*, Torino, 2011; F. MERUSI, *Lo schema della regolazione dei servizi di interesse economico generale*, in *Dir. amm.*, 2010; G. NAPOLITANO, *I modelli di regolazione dei servizi di pubblica utilità e il consorzio regolamentare europeo*, in *Dir. un. eur.*, 2010, 218 ss.

[3] A. BARTOLINI, *Il servizio idrico integrato tra diritto europeo e Codice dell'ambiente*, in M. IMMORDINO - S. RAIMONDI - F. SALVIA - M. CHITI - R. URSI (a cura di), *Studi sul codice dell'ambiente*, Torino, 2009; V. PARISIO, *La gestione del servizio idrico integrato tra diritto interno e diritto dell'Unione Europea*, in ID. (a cura di) *La fruizione dell'acqua e del suolo e la protezione dell'ambiente tra diritto interno e principi sovranazionali*, Milano, 2010, 114; M.A. SANDULLI, *Il servizio idrico integrato*, in www. federalismi.it, 2011.

delle norme di settore che regolavano le modalità di affidamento del servizio idrico[4], eliminando fra l'altro la possibilità di concessione del servizio ad una società partecipata direttamente e totalmente dagli enti locali come modalità di gestione ordinaria, dall'altro ha determinato il coinvolgimento di tutta la regolazione dei servizi in una iniziativa referendaria preoccupata essenzialmente della gestione pubblica dell'acqua.

All'indomani del referendum la disciplina dei servizi locali di interesse economico e quella del servizio idrico apparivano però di nuovo separate.

Il legislatore, infatti, è intervenuto quasi subito a ripristinare la disciplina dei servizi pubblici locali secondo l'impostazione che aveva già seguito nelle norme abrogate dal referendum[5], nel senso di favorire le liberalizzazioni e limitare in maniera estremamente restrittiva il ricorso a società interamente partecipate, ma da questa regolazione ha espressamente escluso il servizio idrico[6].

A riportare ad unità la disciplina dei servizi pubblici è intervenuta però da ultimo la Corte costituzionale che, con la sentenza n. 199 del 2012, ha dichiarato incostituzionali, e di conseguenza annullato, le previsioni con le quali il legislatore, nonostante l'esclusione del servizio idrico integrato dall'ambito di applicazione della nuova disciplina, aveva inteso ristabilire per tutti gli altri servizi locali l'impianto regolatorio eliminato dall'intervento referendario, senza modificare né i principi ispiratori né i contenuti normativi essenziali, in palese contrasto, quindi, con l'intento perseguito mediante il referendum abrogativo.

Ad oggi, quindi, manca una organica disciplina nazionale dei servizi pubblici locali, stante anche l'impossibilità della riviviscenza delle norme originariamente abrogate dalla legislazione poi divenuta oggetto di referendum[7]. Questo tuttavia, come implicitamente ammesso anche dalla stessa Corte

---

[4] L'articolo 23 *bis*, comma 1, che dichiara abrogate le norme di settore incompatibili e l'articolo 12 del d.p.r 7 settembre 2010, n. 168, che individua come abrogato parte del d.lgs. 3 aprile 2006, n. 152.

[5] Con l'art. 4 del d.l. 13 agosto 2011, n. 138 convertito con legge 14 settembre 2011, n. 148, successivamente integrato e modificato da disposizioni contenute nei decreti legge 1 del 2012, e 83 del 2012, rispettivamente convertiti con l. n. 27 del 2012 e n. 134 del 2012.

[6] Sulla nuova disciplina dei servizi pubblici locali si vedano M. CALARESU, *Effetti del referendum sulla disciplina dei servizi pubblici locali*, in *Foro amm. Tar*, 2011, 2159 ss.; V. AVATRONI, *L'assetto della disciplina del SII dopo il referendum abrogativo del 12 e 13 giugno 2011 - note d'approfondimento*, *in www.dirittodeiservizi.it*.

[7] Corte Cost., sent. 26 del 2011 relativa all'ammissibilità del quesito referendario proposto per l'abrogazione del citato articolo 23-*bis* e secondo la quale "all'abrogazione dell'art. 23-*bis*, da un lato, non conseguirebbe alcuna reviviscenza delle norme abrogate da tale articolo (…); dall'altro, conseguirebbe l'applicazione immediata nell'ordinamento italiano della normativa comunitaria ... relativa alle regole concorrenziali minime in tema di gara ad evidenza pubblica per l'affidamento della gestione di servizi pubblici di rilevanza economica".

costituzionale[8], non costituisce un incolmabile vuoto normativo, stante la presenza di numerose previsioni comunitarie applicabili alla materia e in grado di costituire riferimenti idonei a soddisfare il principio di legalità.

Con specifico riferimento all'organizzazione e alla gestione del servizio idrico, che qui direttamente ci interessa, si potrà quindi provvedere a ricostruire il regime applicabile tenendo conto, da un lato, di quanto disposto in generale sui servizi pubblici a livello di ordinamento comunitario[9] e, dall'altro, di quanto resta in vigore nell'ordinamento nazionale della disciplina di settore. Nell'effettuare tale ricognizione, tuttavia, anche al fine di sfuggire al pericolo che l'analisi si risolva in una mera elencazione di norme, pare interessante concentrarsi sulla questione che nella sostanza è stata all'origine dell'ultima campagna referendaria in materia: quella della gestione pubblica diretta del servizio idrico[10].

2. *La disciplina comunitaria e la gestione* in house.

La disciplina comunitaria in materia di pubblici servizi discende da una serie di atti diversi non sempre oggetto di univoca interpretazione. La risposta alla domanda relativa a quali limiti pone l'ordinamento comunitario alla gestione diretta di un servizio come quello idrico non è, quindi, semplice né scontata. Occorre infatti preliminarmente sgombrare il campo da alcuni dubbi e fraintendimenti indotti dal legislatore nazionale che ha scelto di disciplinare l'affidamento *in house* come unica forma eccezionale di diretta gestione di un servizio pubblico e, a dire il vero, coltivati anche dalla giurisprudenza, compresa quella costituzionale.

Come noto, con la formula dell'*in house* la giurisprudenza comunitaria ha qualificato quelle società a totale partecipazione pubblica sulle quali gli enti titolari del capitale sociale esercitano un controllo analogo a quello esercitato sui propri organi e apparati e che realizzano la parte prevalente della propria attività per gli enti controllanti[11].

---

[8] Sent. n. 199 del 2012.

[9] L'acqua, diversamente da altri ambiti di servizio, non è oggetto di una disciplina comunitaria di settore.

[10] V. anche Corte Cost., sent. n. 24 del 2011 che ricostruisce l'intento referendario come volontà di «escludere l'applicazione delle norme contenute nell'art. 23-bis che limitano, rispetto al diritto comunitario, le ipotesi di affidamento diretto e, in particolare, quelle di gestione in house di pressoché tutti i servizi pubblici locali di rilevanza economica (ivi compreso il servizio idrico)».

[11] In materia si vedano R. CAVALLO PERIN - D. CASALINI, *L'*in house providing: *un'impresa dimezzata*, in *Dir. amm.*, 2006, 51; D. CASALINI, *L'organismo di diritto pubblico e l'organizzazione* in house, Napoli, 2003; V. FERRARO, *Partenariati pubblico-privati ed* in house providing, in *Riv. it. dir.*

L'ambito nel quale tale figura è stata isolata per la prima volta è quello della fornitura di servizi alla pubblica amministrazione e non dei servizi pubblici alla collettività. Le due tipologie di servizio sono differenti e richiedono un'impostazione diversa quando si discute della loro gestione. I servizi pubblici in senso proprio, infatti, si qualificano per la specifica doverosità della loro fornitura posta in capo all'amministrazione e per la presenza di previsioni legislative che ne prevedano l'istituzione e la relativa disciplina, oppure che ne rimettono l'istituzione e l'organizzazione all'amministrazione[12]. Diversamente, invece, i servizi all'amministrazione costituiscono attività commerciali in senso stretto (riscaldamento, pulizia dei locali, manutenzione dei macchinari, ecc...) che non acquistano di per sé caratteristiche particolari per il fatto di essere volte a favore di un ente pubblico, piuttosto che di un'organizzazione privata.

Nel primo caso in cui la questione dell'*in house* è venuta in rilievo, il noto caso Teckal[13], la controversia riguardava proprio questa seconda tipologia di prestazioni, concernendo l'affidamento diretto del servizio di riscaldamento dei locali comunali. La Corte di giustizia in quella occasione ha chiarito come l'unica eccezione ammissibile alla disciplina sugli appalti pubblici di servizi e, quindi, alla gara per l'affidamento della gestione, sia l'autoproduzione del servizio da parte dell'amministrazione, ovvero l'affidamento ad un apparato che nella sostanza si configura come una "porzione" dell'amministrazione stessa. Il soggetto affidatario del servizio, quindi, pur se formalmente titolare di una personalità giuridica distinta, non deve sostanzialmente delinearsi come soggetto separato ed "altro" rispetto all'amministrazione aggiudicatrice, ma ne deve costituire una sorta di propaggine operativa. Perché ciò possa concretizzarsi occorre allora che quest'ultima eserciti sulla società affidataria un controllo analogo a quello esercitato sui propri servizi e che l'affidataria svolga la maggior parte della propria attività a favore dell'amministrazione aggiudicatrice che ne detiene il controllo.

L'intento del giudice comunitario era evidente: evitare l'aggiramento della disciplina sugli appalti attraverso l'affidamento diretto delle forniture e dei servizi dei quali l'amministrazione necessita per il suo funzionamento a società partecipate. Di qui l'interpretazione restrittiva della nozione di controllo analogo, che è stata progressivamente specificata dalla giurisprudenza successiva[14]. Ma di

---

pubbl. com., 2010, 61; M. PROTTO, *Ancora su* in house *e controllo analogo*, in *Urbanistica e appalti*, 2009, 20.

[12] In questo senso anche da ultimo Cons. Stato, Sez. VI, 13 settembre 2012, n. 4870.

[13] 18 novembre 1999, in causa C -107/98.

[14] La Corte di Giustizia, in particolare, con la sentenza *Stadt Halle*, 11 gennaio 2005, C-26/03, ha sottolineato che il controllo analogo non può ritenersi sussistente quando la società sia partecipata da privati, atteso che «*qualunque investimento di capitale privato in un'impresa obbedisce a considerazioni proprie degli interessi privati*», rifuggendo da «*considerazioni ed esigenze proprie del*

qui, soprattutto, la qualificazione come "eccezionale" del ricorso all'*in house* rispetto all'approvvigionamento di beni e servizi attraverso il ricorso al mercato. In altre parole, trattandosi di forniture e prestazioni strumentali all'attività dell'amministrazione, in nessun modo riservate alla doverosità della sfera pubblica e normalmente offerte da una pluralità di imprenditori, l'autoproduzione tramite società *in house* rappresenta effettivamente una scelta derogatoria rispetto al normale ricorso al mercato, e quindi alla selezione concorrenziale dell'impresa fornitrice[15].

La questione dell'ammissibilità dell'affidamento diretto ad una società *in house* si è successivamente posta anche con riferimento ai servizi propriamente pubblici, servizi cioè rivolti alla collettività e della disponibilità e delle caratteristiche dei quali l'amministrazione ha l'esclusiva responsabilità.

In quest'ambito il ricorso all'*in house* si profila in maniera parzialmente differente rispetto a quanto accade nel settore degli appalti di servizi e, nell'ordinamento europeo, rappresenta non tanto l'eccezione al normale ricorso al mercato, quanto una variabile organizzativa delle forme di diretta gestione dei servizi che le amministrazioni possono sempre porre in essere. In realtà per alcuni servizi pubblici, come quello idrico, che non è oggetto di disciplina comunitaria e per di più presenta anche i caratteri del monopolio naturale, non avrebbe neanche senso parlare di "eccezione", dal momento che non esiste una regolazione che imponga il generale ricorso al mercato per la sua fornitura. L'ordinamento comunitario ritiene infatti che spetti alle autorità pubbliche decidere se fornire i servizi di interesse generale direttamente, tramite la propria amministrazione, oppure affidarli a terzi[16].

La scelta dell'*in house* si inserisce quindi fra le diverse possibilità di gestione diretta, insieme all'ente pubblico, all'azienda speciale, all'istituzione, ecc... La peculiarità, più che l'eccezionalità, di questa formula organizzativa risiede nella sua natura, che la rende solo formalmente una soggettività distinta da quella dell'amministrazione responsabile del servizio, dal momento che, laddove ricorrano i requisiti dell'*in house* (proprietà delle azioni, controllo analogo,

---

perseguimento di obiettivi di interesse pubblico» che devono caratterizzare «*il rapporto tra un'autorità pubblica (...) ed i suoi servizi*». Con le sentenze Carbotermo, 11 maggio 2006, C-340/04 e *Parking Brixen*, 13 ottobre 2005, C-458/03, i giudici europei hanno specificato che, ai fini del riconoscimento della sussistenza di tale requisito, accanto alla "dipendenza finanziaria", risultante dalla detenzione pubblica dell'intero capitale della società affidataria (requisito codificato a livello nazionale dall'art 113 del T.U.E.L.), rilevano profili di natura prettamente gestionale.

[15] Vedi la già citata sentenza Carbotermo, in merito all'affidamento di un appalto relativo alla fornitura di combustibili, alla manutenzione, all'adeguamento normativo e alla riqualificazione tecnologica degli impianti termici degli edifici del comune di Busto Arsizio.

[16] Così nel *Libro verde sui servizi di interesse generale* (COM-2003-270) del 21 maggio 2003, al punto 79.

destinazione dell'attività), nella sostanza consente la sua qualificazione come struttura di gestione interna all'amministrazione responsabile del servizio, inquadrandola fra gli strumenti di autoorganizzazione di quest'ultima. La prevalenza della dimensione sostanziale su quella formale richiede, naturalmente, una rigorosa verifica dei requisiti, nonché una garanzia della loro permanenza nel tempo[17]. In questa prospettiva si può al più parlare di tassatività dell'*in house*, nel senso che la sua effettiva ricorrenza è da verificarsi in maniera rigida, non potendosi rimettere alle singole amministrazioni la qualificazione di un affidamento ad una società partecipata (anche totalmente) come scelta di autoorganizzazione.

In estrema sintesi, può dirsi quindi che per l'ordinamento comunitario, stante la generale legittimità della scelta di una amministrazione di svolgere una attività di pubblico servizio attraverso una articolazione della propria organizzazione, per poter ritenere che anche l'affidamento ad una società per azioni rientri in tale ipotesi, occorre che la società stessa presenti i rigorosi requisiti dell'*in house*[18]. Diversamente, laddove la società non fosse qualificabile come *in house*, ci si troverebbe di fronte ad una concessione/affidamento di pubblico servizio, non direttamente disciplinata dalla normativa sugli appalti, ma sicuramente soggetta alle regole generali di non discriminazione e di parità di trattamento e quindi da aggiudicarsi previa selezione concorrenziale[19].

A questo punto, la domanda relativa alla compatibilità con l'ordinamento comunitario della scelta di gestire direttamente il servizio idrico integrato per mezzo dell'affidamento ad una società per azioni che abbia tutte le caratteristiche dell'*in house*, riceve una risposta sicuramente positiva[20].

---

[17] Con riferimento a quest'ultimo aspetto vedi la sentenza della Corte di Giustizia, 10 novembre 2005, C-29/04. Ma anche Cons. Stato, Sez. V, 30 agosto 2006, n. 5072, in cui si segnala la necessità che lo statuto della società non consenta che parte del capitale sociale possa essere ceduto a soggetti privati. Nello stesso senso Cons. Stato, Sez. V, 3 febbraio 2009, n. 591.

[18] Si veda questo passaggio di una delle massime della citata sentenza *Stadt Halle*: «*un'autorità pubblica, che sia un'amministrazione aggiudicatrice, ha la possibilità di adempiere ai compiti di interesse pubblico ad essa incombenti mediante propri strumenti, amministrativi, tecnici e di altro tipo, senza essere obbligata a far ricorso ad entità esterne non appartenenti ai propri servizi. In tal caso, non si può parlare di contratto a titolo oneroso concluso con un entità giuridicamente distinta dall'amministrazione aggiudicatrice*».

[19] In materia si veda comunque la *Proposta di direttiva del Parlamento europeo e del Consiglio sull'aggiudicazione dei contratti di concessione* (COM(2011)897), la cui adozione è prevista per la fine dell'anno 2012.

[20] Lo stesso non si potrebbe dire invece relativamente alla eventuale scelta di affidamento diretto ad una società che pur interamente partecipata dagli enti locali non avesse tutte le caratteristiche rigorosamente richieste per la ricorrenza dell'*in house*, dal momento che in questa ipotesi non ci si troverebbe più di fronte ad una decisione inerente la propria autoorganizzazione e perciò sottratta alla

Se questo è il quadro, mal si comprende allora l'affermazione della nostra Corte costituzionale secondo la quale proprio dalle sentenze della Corte di giustizia in materia di *in house*[21] si ricaverebbe che la normativa comunitaria consente agli Stati membri di prevedere solo "in via di eccezione e per alcuni casi determinati" la gestione diretta del servizio pubblico da parte dell'ente locale, da giustificarsi sulla base delle esigenze di perseguimento di una missione di interesse generale che sconsiglierebbe il ricorso al mercato (art. 106 TFUE)[22]. Se infatti si esaminano le sentenze alle quali la Corte rimanda, e in particolare quella che sarebbe all'origine di tale pretesa tendenza giurisprudenziale[23], si comprende immediatamente che il caso di fronte al quale subentra l'onere di dimostrare «*l'effettiva sussistenza delle circostanze eccezionali che giustificano una deroga*» alle regole concorrenziali riguarda il ricorso ad un organismo distinto dall'amministrazione aggiudicatrice, nello specifico una vera e propria impresa, e non la scelta di autoproduzione del servizio.

A tale "cattiva" lettura della giurisprudenza comunitaria si aggiunge anche un fraintendimento di fondo: la Corte applica ai servizi pubblici la logica che i giudici europei hanno sviluppato con riferimento agli appalti di servizi strumentali al funzionamento dell'amministrazione, in cui l'autoproduzione è effettivamente una scelta eccezionale, trattandosi di prestazioni fornite liberamente sul mercato da una pluralità di imprese. Quando si tratta invece di servizi pubblici, che, come il servizio idrico, non sono oggetto di una disciplina comunitaria speciale, per l'ordinamento della Comunità la scelta della fornitura diretta non deve essere giustificata dall'eccezionalità delle condizioni che richiedono di non ostacolare la speciale missione dell'ente pubblico. Si tratta infatti di una decisione inerente l'organizzazione di proprie funzioni riservate, che la sfera pubblica effettua, per così dire, in uno spazio intangibile all'ordinamento comunitario[24].

3. *La presenza del pubblico nella gestione del servizio idrico in Europa.*

---

disciplina comunitaria, ma al ricorso a terzi, come tale soggetto al principio della concorsualità nella scelta dell'affidatario.

[21] Le sentenze della Corte di giustizia citate dalla Corte costituzionale sono la sentenza, gia qui ampiamente citata, *Stadt Halle*, punti 48 e 49, che a sua volta rinvia alla sentenza 10 aprile 2003, cause riunite C-20/01 e C-28/01, punto 58, e la sentenza 10 settembre 2009, C-573/07, Sea s.r.l.

[22] Si tratta della sentenza n. 325 del 2010 (corsivo dell'autore).

[23] Sentenza 10 aprile 2003, cause riunite C-20/01 e C-28/01, *cit.*

[24] A proposito del fatto che «*nella prospettiva europea... la pubblica amministrazione può decidere di erogare direttamente prestazioni di servizi a favore degli utenti mediante proprie strutture organizzative senza dovere ricorrere, per lo svolgimento di tali prestazioni, ad operatori economici attraverso il mercato*», Corte Cost., sent. n. 439 del 2008.

A quanto sopra considerato con specifico riferimento all'atteggiamento comunitario nei confronti della gestione diretta dei servizi pubblici, è utile aggiungere qualche osservazione di massima sulla politica europea in materia di acque. In quest'ambito, diversamente da quanto è accaduto in altri settori interessati dai servizi pubblici[25], il legislatore europeo sembra infatti aver fino ad ora privilegiato un approccio rivolto a promuovere linee di intervento comuni orientate alla tutela dell'ambiente, piuttosto che all'apertura al mercato[26]. La direttiva 2000/60/CEE ne è un significativo esempio. Essa non è affatto costruita come base per una regolazione strutturale[27], ma è intesa per funzionare piuttosto come piano di azione per la protezione della risorsa idrica. Le finalità sono, come è noto, molteplici; in estrema sintesi rilevano l'esigenza di impedire un ulteriore deterioramento delle acque, di proteggere e migliorare lo stato degli ecosistemi acquatici e di quelli da essi dipendenti; di agevolare un utilizzo idrico sostenibile; di mirare alla protezione e al miglioramento dell'ambiente acquatico; di assicurare la graduale riduzione dell'inquinamento delle acque sotterranee e impedirne l'aumento, e, infine, di contribuire a mitigare gli effetti delle inondazioni e della siccità.

Un simile approccio giustifica anche il silenzio del legislatore europeo in materia di promozione di forme di apertura alla concorrenza nei servizi idrici. La particolare natura del bene coinvolto nella gestione e le ricadute delle modalità del suo impiego su una serie di diritti e interessi fondamentali quali, solo per ricordarne due fra i più significativi: ambiente e salute, sono del resto all'origine in Europa di una presenza pubblica mediamente più consistente di quella che si riscontra negli altri servizi alla collettività.

Nei principali Paesi europei la responsabilità nella fornitura del servizio idrico è riconosciuta in via di massima agli enti territoriali in forma singola o associata[28]. Normalmente le amministrazioni titolari del servizio hanno la possibilità di scegliere fra diverse forme di gestione che vanno dall'esercizio del servizio in economia, all'affidamento a strutture pubbliche dedicate (quali aziende speciali o società *in house*), fino alla concessione/affidamento a società partecipate o imprese interamente private.

---

[25] Si vedano i casi del servizio elettrico o di quello di telecomunicazioni: dir. 2002/21/CE del Parlamento europeo e del Consiglio, completata dalle altre direttive di "seconda generazione".

[26] G. CORDINI, *Tutela dell'ambiente idrico in Italia e nell'Unione europea*, in *Riv. giur. amb*., 2005, 699 ss.

[27] A. TARZIA, *Il principio europeo di continuità dei contratti come (primo) argine alle politiche di prezzo in contesti di structural regulation*, in *Dir. pubbl. comp. eu*., 2005, 387 ss.

[28] Per un'ampia e interessante ricostruzione del regime delle acque in prospettiva comparata v. A. SIMONATI, *Il regime pubblicistico delle acque: profili comparatistici*, in G. SANTUCCI - A. SIMONATI - F. CORTESE (a cura di), *L'acqua e il diritto*, Trento, 2011, 89 ss.

Con la rilevante eccezione del Regno Unito che privilegia la partecipazione di imprese private sia nella gestione del servizio, sia nella proprietà delle reti, il ricorso al mercato per la fornitura dei servizio è spesso minoritario rispetto all'esercizio pubblico. Nel caso della Germania, ad esempio, il modello di gestione più diffuso è quello dell'azienda autonoma (circa 50% dei gestori e 25% dell'acqua distribuita) seguito da quello delle società private a capitale pubblico (più del 20% dell'acqua distribuita)[29]. In Svezia, in Belgio e in Danimarca si riscontra una prevalenza del capitale pubblico nella gestione del servizio idrico e anche in Finlandia la quasi totalità dei servizi idrici è in mano pubblica. In Olanda dal 2004 vige addirittura una disciplina che impone la gestione da parte di s.p.a. interamente pubbliche del servizio di distribuzione dell'acqua potabile, mentre in Spagna la presenza di capitale pubblico e privato nella gestione dei servizi sono praticamente equivalenti.

In Francia, nonostante la prevalenza del modello della concessione a terzi (fatto salvo il servizio fognario che è gestito per la metà circa direttamente dalle amministrazioni municipali), il settore mostra una certa dinamicità[30]. Le municipalità, infatti, possono sempre riportare *in house* il servizio idrico, come recentemente fatto a Parigi che, dal 2010, è tornata ad assumerne la gestione diretta dopo alcuni decenni di conduzione affidata a operatori privati.

La situazione italiana non è difforme da quella della maggior parte dei Paesi europei. Nella gestione dei servizi idrici è prevalente il capitale pubblico e, in particolare, risultano predominanti i casi di ricorso ad affidamenti a società *in house*, spesso anche in assenza dei requisiti originariamente previsti dalla normativa ora soppressa in via referendaria[31].

Come sopra considerato, stante l'abrogazione della disciplina che vietava la gestione diretta dei servizi locali e prevedeva il ricorso all'*in house* come eccezionale, una gestione del servizio idrico integrato tramite affidamento a società per azioni avente le caratteristiche dell'*in house*, deve attualmente ritenersi ammissibile. In materia manca una disciplina statale specifica e, di conseguenza, si applica la normativa comunitaria, che, come sopra ampiamente visto, consente

---

[29] L. BRACCHITTA - E. STEFANINI - A. TARZIA, *I servizi idrici in Europa*, in *Dir. pubbl. comp. eur.*, 2007, 858.

[30] E. CHONG - F. HUET, *Partenariats public-privé et investissements de fin de contrat: le cas de l'industrie de l'eau en France*, in, *Recherches économiques de Louvain*, 2011, 4.

[31] Si veda in questo senso la relazione annuale sullo stato dei servizi idrici presentata dal presidente della Commissione Nazionale di Vigilanza sulle Risorse Idriche (CO.N.VI.R.I.), Prof. Roberto Passino il 22 luglio 2010. Significativamente nei quattro casi in cui in quel periodo è stato richiesto il parere dell'AGCM ai fini del riconoscimento delle condizioni che eccezionalmente legittimavano la concessione del servizio *in house*, l'Autorità ha risposto sempre in senso negativo. Su questo si veda F. Di CRISTINA, *I pareri dell'AGCM sull'affidamento "in house" dei servizi pubblici locali (agosto 2009-marzo 2011)*, in *Concorrenza e mercato* 2011, 173 ss.,

l'autorganizzazione del servizio da parte dell'amministrazione, salvo pretendere il rispetto dei principi di parità di trattamento e di non discriminazione laddove invece si intenda ricorrere all'affidamento a terzi.

4. *La gestione diretta del servizio attraverso azienda speciale*.

Una ulteriore possibile forma di gestione diretta del servizio è quella dell'azienda speciale. Su di essa attualmente si è concentrata una grande attenzione, dal momento che diverse realtà locali si stanno muovendo verso questa soluzione organizzativa come modalità di gestione del servizio idrico integrato, in alternativa proprio alla società *in house*, in quanto, per certi versi questa via appare più coerente proprio con lo "spirito" del referendum[32].

Non manca tuttavia in dottrina chi, anche autorevolmente, ritiene che tale soluzione non sia percorribile in assenza di una disciplina statale che espressamente la consenta[33]. La tesi si basa sulla considerazione per cui, essendo l'azienda speciale una figura soggettiva di diritto pubblico, occorrerebbe una previsione legislativa specifica per consentirne l'istituzione ai fini della gestione del servizio idrico. Previsione allo stato mancante, dal momento che la disciplina di settore, costituita dall'articolo 150 del d.lgs. 3 aprile 2006, n. 152 nel testo conseguente all'abrogazione disposta con l'articolo 12, comma 1º, lett. b) del d.p.r. 7 settembre 2010, n. 168, non annovera, neppure per rinvio, l'azienda speciale. Anche in tale prospettiva, quindi, tale dottrina non considera dirimente il riferimento che l'articolo 114 del d.lgs. 267 del 2000 (testo unico degli enti locali) fa all'azienda speciale, in primo luogo perché ad esso l'articolo 150 citato non fa esplicito rinvio e in ogni caso perchè mancherebbero comunque le norme (che erano rappresentate dagli originari artt. 113 e 113-bis del t.u.e.l) di indicazione delle attività che possono essere espletate mediante azienda speciale.

Tali argomenti tuttavia non appaiono del tutto convincenti.

---

[32] G. CAIA, *Finalità e problemi dell'affidamento del servizio idrico integrato ad aziende speciali*, in *Foro amm. TAR*, 2012, 663, osserva come «*la trasformazione delle esistenti società (ancorché a partecipazione pubblica) in aziende speciali, e dunque il mutamento formale del modulo organizzativo, vorrebbe — appunto — sottolineare il carattere peculiare della risorsa idrica, che — in quanto tale — richiederebbe una gestione da parte di soggetti e strutture non societarie, che meglio possano attuare le esigenze collettive e sociali sottese*». I casi più noti sono quello di Napoli, di cui dà, fra le altre cose, conto L. LONGHI, *Brevi considerazioni sulla possibilità della gestione del servizio idrico integrato attraverso aziende speciali*, in *http://www.giustamm.it/*; e della gestione dell'Acquedotto Pugliese, di cui si dirà oltre nel testo.

[33] In questo senso, G. CAIA, *Finalità e problemi dell'affidamento del servizio idrico integrato ad aziende speciali*, cit., 667 ss.

In primo luogo la natura sicuramente pubblica dell'azienda speciale non ne impone necessariamente una disciplina dettagliata da parte della legge dello Stato. Nella misura in cui essa è utilizzata come soluzione organizzativa delle attività degli enti locali, occorre ritenere che il suo impiego e la tipologia di attività che possono essere svolte attraverso di essa rientrino in ampia parte nella potestà di autoorganizzazione delle autonomie locali[34], se pure per il tramite della decisione dell'ente al quale le leggi regionali trasferiranno le competenze dell'Autorità d'ambito territoriale ottimale[35].

L'attuale distribuzione costituzionale delle competenze normative vede infatti il legislatore statale abilitato a disciplinare l'ordinamento e l'organizzazione amministrativa unicamente di Stato ed enti pubblici nazionali; in materia di organizzazione degli enti locali, la disciplina statale può riguardare soltanto "gli organi di governo" e, di conseguenza, non gli altri uffici o le articolazioni organizzative dell'amministrazione.

Se pure può concordarsi sulla considerazione per cui il ricorso ad una figura organizzativa dotata di personalità giuridica di diritto pubblico richiede che essa trovi un fondamento nella legge, non essendo sufficiente che essa sia prevista *ex novo* da una fonte locale, non può invece condividersi l'osservazione per cui sarebbe necessaria una fonte primaria statale anche per regolarne nel dettaglio attività e organizzazione interna.

Per questo motivo si ritiene che il ricorso all'azienda speciale per la gestione del servizio idrico integrato sia possibile in considerazione della sola previsione di tale modello organizzativo da parte del legislatore nazionale, anche in carenza di un esplicito rinvio ad esso da parte della disciplina statale che regola il servizio idrico integrato e anche in mancanza di una normativa che elenchi le attività che attraverso tale soggetto l'ente locale può concretamente esercitare.

Non si ignora, tuttavia, che una possibile obiezione a tale ultima affermazione potrebbe essere quella per cui, essendo il servizio idrico un servizio

---

[34] Su cui sia consentito rinviare a A. PIOGGIA, *I principi come limiti dell'organizzazione degli enti locali*, in F. ASTONE - M. CALDARERA - F MANGANARO - A. ROMANO TASSONE - F. SAITTA (a cura di), *Principi generali del diritto amministrativo e autonomie territoriali*, Torino, 2007, 83 ss., le considerazioni svolte nel quale sono peraltro ampiamente adesive all'impostazione propria di E. CARLONI, *Lo stato differenziato. Contributo allo studio dei principi di uniformità e differenziazione*, Torino, 2004.

[35] Si veda, in proposito, il disposto del terzo periodo del comma 186-bis dell'art. 2 della legge n. 191 del 2009 (inserito dall'art. 1, comma 1-*quinquies*, del decreto-legge 25 gennaio 2010, n. 2, convertito con modificazioni, dalla legge 26 marzo 2010, n. 42), in forza del quale alla legge regionale spetta disporre ad altro ente l'attribuzione delle funzioni delle soppresse Autorità d'ambito territoriale ottimale (AATO), «*nel rispetto dei princípi di sussidiarietà, differenziazione e adeguatezza*». Da segnalare comunque che, con l'ennesima proroga, il d.l. dicembre 2011, n. 216 ha stabilito che le Autorità d'ambito possono restare "in vita" fino al 31 dicembre 2012.

avente rilevanza economica[36], la sua disciplina anche organizzativa rientrerebbe nella competenza della legge statale in materia di tutela della concorrenza.

L'argomento è centrale, ma, per poterne verificare la capacità dirimente nel caso preso in considerazione, occorre fare dei preliminari distinguo. In primo luogo viene in considerazione la qualità della competenza normativa assegnata dall'articolo 117 comma 2, lettera e) della Costituzione al legislatore nazionale. Si tratta, infatti, di una materia cosidetta trasversale o meglio "di scopo", che non riguarda, cioè, ambiti predefiniti, ma che legittima l'intervento statale in tutti quei casi in cui l'obiettivo ultimo sia la garanzia della concorrenza. La legge, in tale prospettiva, potrebbe scegliere di rendere l'esercizio del servizio idrico integrato aperto alla concorrenza fra gli aspiranti gestori, potrebbe prevederne e imporne specifiche forme di gestione che garantiscono obiettivi concorrenziali, potrebbe addirittura vietarne la gestione diretta da parte dell'ente locale, ecc... Ma nella misura in cui la legge, non esprimendosi sul punto, rimetta all'autonomia degli enti locali la scelta di affidare o meno il servizio al mercato, non potrà imporre le modalità attraverso le quali la libera decisione di gestire il servizio in forma diretta, e quindi farne una parte dell'amministrazione locale, sia realizzata nel concreto. In altri termini, la competenza statale in materia di tutela della concorrenza si "attiva" nel momento in cui l'organizzazione delle modalità di gestione del servizio di interesse economico appare in grado di condizionare il mercato. Se invece la scelta a monte della individuazione della soluzione organizzativa è quella (legittima, dal momento che manca un vincolo in senso opposto) di gestire direttamente il servizio, il modo in cui questa attività sarà organizzata, se attraverso una spa tutta pubblica, o una azienda, o altra modalità prevista dalla legge, rientra nella competenza di autoorganizzazione delle proprie funzioni da parte degli enti locali.

Altro possibile campo di competenza statale potenzialmente idoneo ad incidere sulla questione in esame è quello relativo alla "tutela dell'ambiente e dell'ecosistema" di cui alla lettera s) del secondo comma dell'articolo 117[37]. Sul punto le considerazioni da svolgere non si discostano troppo da quelle appena esposte. Si tratta, infatti, anche qui di una materia "di scopo" che di nuovo, non a

---

[36] Sulla qualificazione del servizio idrico integrato come avente rilevanza economica la Corte costituzionale si è espressa in senso positivo nella sentenza 325 del 2010, al punto 9.1. Si veda anche Corte Cost., sent. 187 del 2011, che dichiara l'incostituzionalità dell'art. 40, comma 2, della legge regionale Marche n. 16 del 2010, il quale prevedeva testualmente che «*il servizio idrico integrato in quanto di interesse generale riconducibile ai diritti fondamentali della persona non rientra tra i servizi pubblici locali a rilevanza economica*». In via interpretativa argomenti a favore del fatto che dalla legislazione statale sia ricavabile la qualificazione del servizio idrico come di rilevanza economica potrebbero discendere, se pur indirettamente, anche dalla considerazione per cui all'articolo 141 del d.lgs. 152 del 2006 la competenza della legge dello Stato a disciplinare la gestione delle risorse idriche e del servizio idrico integrato viene ricondotta, fra l'altro, alla materia della tutela della concorrenza.

[37] In materia M. RENNA - B. POZZO, *L'ambiente nel nuovo Titolo V della Costituzione*, Quaderno n. 15 della *Rivista giuridica dell'ambiente*, Milano, 2004.

caso, contiene il riferimento alla funzione di "tutela" che avrebbe l'intervento normativo. Nella misura in cui la disciplina anche organizzativa di rango statale sia funzionale a garantire specifiche finalità di protezione ambientale, quindi, questa deve essere ammessa. Laddove tuttavia essa sia esorbitante da tale scopo, non sarà, invece, da ritenersi rispettosa degli equilibri costituzionali. Sul punto, peraltro, la Corte ha avuto di recente occasione di intervenire[38], specificando come sia da ritenersi organizzativamente vincolante, proprio in considerazione di detta materia, la previsione legislativa statale che rimetteva prima all'Autorità d'ambito, ora al diverso ente a tal fine individuato dalla legge regionale, la competenza a deliberare le forme di gestione del servizio idrico integrato. La *ratio*, pur non espressa esplicitamente, di tale collegamento fra tutela dell'ambiente e individuazione del soggetto al quale spetta decidere come gestire il servizio idrico sembrerebbe risiedere nel riferimento agli "ambiti ottimali"[39] nel quadro dei quali l'attività deve essere regolata e svolta. Tale previsione è da ritenersi effettivamente finalizzata al superamento della frammentazione della gestione delle risorse idriche e alla razionalizzazione del loro uso, anche in considerazione delle interazioni e degli equilibri fra le diverse componenti della biosfera, e quindi pienamente funzionale alla tutela dell'ambiente[40]. Da ciò discende anche la necessaria individuazione di un unico soggetto, originariamente indicato come Autorità d'ambito e ora da individuarsi da parte della regione, al quale affidare le funzioni di governo del servizio nell'ambito territoriale ottimale. Come si vede, tuttavia, da ciò non discende affatto l'estensione della competenza statale a disciplinare nel dettaglio anche le modalità di gestione, anzi la possibilità, legislativamente prevista, di una scelta fra diverse soluzioni conferma quanto sopra positivamente considerato a proposito dell'utilizzabilità anche del modello dell'azienda speciale, pur in assenza di esplicita previsione normativa in tal senso.

Un ultimo possibile ostacolo a tale conclusione potrebbe discendere dalla qualificazione del servizio idrico integrato come appartenente alle "funzioni fondamentali" degli enti locali. Questo, infatti, porrebbe il problema della competenza statale in materia ai sensi della lettera p) del secondo comma dell'articolo 117. Ora, a tal proposito, si può preliminarmente osservare che, se anche così fosse, se anche, cioè, si volesse considerare il servizio idrico una funzione fondamentale, non è certo che il legislatore nazionale, pure astrattamente competente in materia, potrebbe anche disciplinarne nel dettaglio le modalità organizzative. A venire in considerazione è di nuovo la garanzia, anch'essa costituzionale, di una autonomia organizzativa degli enti locali, così come si ricava non solo dall'assenza di una materia "organizzazione locale" fra le competenze

[38] Si tratta della sentenza n. 62 del 2012, della quale si dirà anche oltre nel testo.

[39] Si veda in proposito l'articolo 147 del d.lgs. 152 del 2006.

[40] Sentenze n. 168 del 2008, n. 378 e n. 144 del 2007.

statali, ma anche dal riconoscimento di una autonomia statutaria, oltre che regolamentare, che sarebbe un "contenitore vuoto" se non riguardasse anche principi di organizzazione delle funzioni dell'amministrazione. Alla luce di ciò la competenza statale in materia di funzioni fondamentali è più correttamente da intendersi come relativa alla semplice attribuzione di esse e non automaticamente estesa alla disciplina del modo di organizzarne lo svolgimento. A questo si aggiunge che la inclusione del servizio idrico fra le materie fondamentali non è certa, anzi, probabilmente è vero proprio il contrario. La Corte costituzionale sul punto ha assunto una posizione a dire il vero "ondivaga": in un primo momento ha, infatti, negato con decisione che i servizi pubblici potessero essere in alcun modo considerati funzioni fondamentali degli enti locali[41], salvo poi specificare in una sentenza successiva che tale affermazione non deve intendersi applicabile al caso dei servizi idrici, per ragioni "storico normative" e legate alla "essenzialità del servizio alla vita associata delle comunità"[42]. Da ultimo tuttavia la Corte è tornata sulla questione e, con specifico riferimento proprio al servizio idrico, ha ribadito la sua posizione iniziale, affermando chiaramente che "detto servizio non costituisce funzione fondamentale dell'ente locale"[43].

A voler dare credito a tale ultima posizione, e considerati gli argomenti sopra esposti, quindi, non sussisterebbe più alcun ostacolo a considerare praticabile la via dell'azienda speciale per la gestione del servizio idrico integrato.

5. *Considerazioni conclusive*.

Da ultimo non può non riservarsi qualche considerazione finale alla vicenda della legge regionale pugliese che, successivamente al referendum, ha disposto la

[41] Così nella sentenza 272 del 2004, in cui, con riferimento ai servizi pubblici locali in generale, la Corte ha considerato come «*la gestione dei predetti servizi non può certo considerarsi esplicazione di una funzione propria ed indefettibile dell'ente locale*».

[42] Così nella sentenza n. 307 del 2009, a proposito della quale si veda F. MERLONI, *Una "new entry" tra i titoli di legittimazione di discipline statali in materie regionali: le "funzioni fondamentali" degli enti locali*, in *Le Regioni*, 2010, 794 ss., che, proprio sul punto prima trattato nel testo si esprime in senso critico. La Corte infatti, giustificherebbe impropriamente, attraverso tale titolo di legittimazione, un intervento statale che non si limita alla semplice attribuzione della funzione, ma che pretende di disciplinarne organizzazione e modalità di svolgimento, esorbitando dalla materia e limitando impropriamente l'autonomia locale nell'organizzazione delle proprie funzioni e quella regionale nella disciplina di una materia non rientrante fra i compiti dello Stato.

[43] Così nella più volte citata sentenza 325 del 2010.

costituzione di una azienda speciale per la gestione del servizio idrico e contestualmente le ha affidato il servizio stesso[44].

Contro tale legge il Presidente del Consiglio dei ministri ha sollevato varie questioni di costituzionalità, a decidere sulle quali la Corte è di recente intervenuta con la sentenza n. 62 del 2012.

Con tale pronuncia i giudici costituzionali hanno, fra le altre cose, sanzionato con la nullità la decisione legislativa regionale di espropriare il soggetto che esercita le funzioni di autorità di ambito[45] della possibilità di decidere sotto quale forma gestire il servizio idrico integrato. A tale proposito hanno avuto anche occasione di ribadire come l'abrogazione referendaria delle norme in materia di servizi locali abbia di fatto eliminato qualsiasi obbligo «*di adottare esclusivamente alcune specifiche forme di gestione*». In tale prospettiva il ricorso all'azienda speciale non appare illegittimo in sé, ma solo nella misura in cui rappresenti una modalità obbligata di gestione. La Corte sembra quindi far propria l'idea per cui, in mancanza di disposizioni legislative statali che, a tutela della concorrenza, impongono determinate forme di esercizio dei servizi a rilevanza economica, la scelta in ordine al relativo modello organizzativo spetti all'autonomia locale, se pure esercitata attraverso il soggetto di governo dell'ambito territoriale ottimale.

[44] Si tratta della legge regionale 20 giugno 2011, n. 11. La vicenda appare particolarmente significativa, sia perché presenta un caso di scelta per la gestione diretta del servizio, sia perché riguarda una realtà territoriale in cui ha sede uno dei più importanti acquedotti del mondo (il terzo) ed il più grande in Europa.

[45] In Puglia l'ambito territoriale ottimale coincide da sempre con il territorio regionale. In attuazione della legge Galli, la Regione Puglia ha adottato la Legge regionale 6 settembre 1999, n. 28, con la quale ha individuato un unico ambito territoriale ottimale costituito dall'intero territorio regionale, denominato ATO Puglia. In attuazione dell'originario disposto dell'articolo 148 del testo unico sull'ambiente, l'Autorità d'ambito era stata poi costituita in forma di consorzio fra tutti i comuni della regione ai sensi della legge regionale 26 marzo 2007, n. 8. A seguito della già citata soppressione per legge statale delle autorità d'ambito, la regione Puglia ha ricostituito tale soggetto (Autorità idrica pugliese) in forma di ente pubblico "rappresentativo dei comuni pugliesi" con legge regionale 3 giugno 2011, n. 9.

ABSTRACT

Alessandra Pioggia - *La gestione diretta del servizio idrico integrato attraverso società* in house *o azienda speciale: prospettive del dopo-referendum*

Dopo il referendum che ha abrogato la disciplina in materia di affidamento di servizi locali, resta aperta la questione della possibilità di una gestione diretta del servizio idrico integrato da parte dell'amministrazione. Il saggio, in tale prospettiva, si sofferma sugli strumenti della società in house e dell'azienda speciale. Con particolare riferimento a quest'ultima modalità si confronta con la dottrina che ne nega la possibilità di impiego per sostenere una tesi diversa.

Alessandra Pioggia - *The direct managment of an integrated water service by societies "in house" or specialized agencies: post-referendum prospectives*

After the referendum which abrogated the regulations on management of local services, there remains the question of the possibility of a direct management of the integrated water service by the administration. The essay, in this perspective, focuses on the instruments of the "in house s.p.a." and "azienda speciale" . With particular reference to the latter instrument takes into account the doctrine that denies the possibility of use it, but supports a different view.

FRANCESCA DI LASCIO*

Le ispezioni sull'inquinamento acustico

SOMMARIO: 1. Premessa - 2. I controlli sull'inquinamento acustico nel diritto interno - 3. Le ispezioni ambientali nel diritto comunitario - 4. Le recenti norme in materia di controlli pubblici sulle imprese private - 5. I controlli sull'inquinamento acustico nel dibattito giurisprudenziale recente - 6. Considerazioni conclusive.

1. *Premessa*

Negli ultimi anni la giurisprudenza amministrativa è stata chiamata in misura crescente a decidere su questioni relative all'inquinamento acustico. Ciò dimostra che, ormai, anche in ambito nazionale è avvertita la necessità di contenere entro stretti limiti questa forma di potenziale danneggiamento della salute umana e dell'ambiente. Le istituzioni europee, infatti, segnalano da tempo la crescente pericolosità di un'eccessiva esposizione al rumore per la popolazione e, conseguentemente, sostengono ed incentivano politiche comunitarie volte a combattere con decisione tale forma di inquinamento[1].

Nel diritto positivo, gli strumenti che possono concorrere al perseguimento di questo obiettivo sono molteplici ed hanno in comune la fissazione di obblighi specifici, che vincolano tutti i livelli di governo degli Stati così come le imprese la cui attività è suscettibile o di provocare un eccesso di rumore.

---

* Ricercatore di Diritto Amministrativo e Professore Aggregato di Diritto degli enti locali e dei servizi pubblici – Facoltà di Scienze politiche, Università degli Studi "Roma Tre".

[1] In ambito europeo, l'inquinamento acustico è stato oggetto di regolazione sin dagli anni settanta. Tuttavia, le numerose direttive adottate avevano come obiettivi principali il perseguimento del mercato comune e la tutela della concorrenza tra operatori. Erano, infatti, rivolte a ridurre le differenze tra le discipline statali al fine di evitare l'imposizione di oneri differenziati alle imprese a causa della loro nazionalità o del luogo di stabilimento. Vedi in proposito S. AMORE, *Inquinamento acustico (voce)*, in *Dig. Disc. Pubb., Agg.*, vol. I, 2000, p. 344. Con il Libro Verde della Commissione Europea (COM 96/540), dedicato alle "*Politiche future in materia di inquinamento acustico*" ed adottato in attuazione delle nuove politiche di limitazione dell'esposizione al rumore dei cittadini europei avviate con il Quinto programma d'azione per l'ambiente del 1993, questa forma di inquinamento ha cominciato ad essere considerata come uno dei principali problemi ambientali a livello locale nelle aree urbane nonché quale causa di molteplici disagi per la salute umana. Su quest'ultimo aspetto, vedi il recente rapporto della WORLD HEALTH ORGANIZATION, *Burden of disease from environmental noise. Quantification of healty life years lost in Europe*, 2011 (reperibile sul sito *www.euro.who.int/en/home*), che dedica ampio spazio all'analisi delle patologie e dei potenziali danni fisici e psicologici derivanti da un'eccessiva e continuata esposizione al rumore.

La verifica del grado di implementazione delle previsioni normative avviene con metodi differenti, a seconda che tale azione si collochi a livello comunitario o nazionale.

Nel primo caso, le istituzioni europee si avvalgono prevalentemente di mezzi collaborativi, come la richiesta di dati ed informazioni[2]. Con specifico riguardo al diritto ambientale è, inoltre, di grande utilità l'attività svolta dall'*European Network for the Implementation and Enforcement of Environmental Law* (IMPEL), un *network* informale ad adesione volontaria di cui fanno parte le autorità responsabili della predisposizione, implementazione ed attuazione delle normative settoriali all'interno degli Stati membri[3].

Nella seconda ipotesi, il rispetto delle regole da parte delle imprese, che delle stesse regole sono le destinatarie finali nel diritto interno, è, invece, accertato attraverso l'esercizio di un'attività di controllo che trova, nel nostro ordinamento, fondamento nell'art. 41, co. 3, della Costituzione il quale prevede che la legge possa determinare "*i programmi e i controlli opportuni*" affinché l'attività economica privata possa essere indirizzata e coordinata a fini sociali. Questo obiettivo, quindi, impone e giustifica l'intervento del legislatore, che si concreta nell'adozione di norme di garanzia volte a trasporre nel diritto positivo i poteri di conformazione della suddetta attività. In tal modo, l'azione pubblica persegue un corretto bilanciamento tra l'autonomia imprenditoriale e la doverosità di tutela, attraverso gli strumenti a ciò predisposti dall'ordinamento, dei principi e delle libertà fondamentali che dall'esercizio di tale autonomia rischiano di essere incisi[4].

---

[2] Vedi, ad esempio, l'art. 7 del d.lgs. n. 194/2005, di attuazione della Direttiva 2002/49/CE relativa alla determinazione e alla gestione del rumore ambientale, che reca le scadenze entro cui il Ministero dell'ambiente deve comunicare alla Commissione europea una serie di dati inerenti l'attuazione degli obblighi previsti nel medesimo provvedimento.

[3] La principale finalità della rete IMPEL è di incrementare l'efficacia nell'applicazione della legislazione comunitaria sull'ambiente promuovendo e realizzando progetti congiunti tra i diversi paesi, attraverso i quali viene stimolata sia la circolazione delle informazioni tra gli associati, sia la ricerca e diffusione di buone pratiche a livello europeo. L'IMPEL ha assunto un ruolo crescente nella costruzione delle politiche comunitarie sui controlli ambientali, in specie con riferimento all'individuazione degli standard minimi da applicare alle ispezioni. Per maggiori informazioni sulla sua organizzazione e sul suo funzionamento, si veda il sito *www.impel.eu*. Rispetto ai rapporti tra IMPEL e Agenzia europea per l'ambiente, vedi F. SPAGNUOLO, *I profili organizzativi della Governance ambientale multilivello*, in A. MASSERA (a cura di), *Diritto amministrativo e ambiente*, Napoli, 2011, p. 66-68. Più in generale, sulla rete dei soggetti coinvolti nella *governance* europea dell'ambiente, vedi M. ALBERTON, *L'incidenza delle reti e delle agenzie ambientali nella politica e nella legislazione ambientale comunitaria e nazionale*, in *Riv. Giur. Amb*., 2009, 3, p. 435 e ss., e ID., *Il ruolo e il funzionamento delle agenzie e delle reti ambientali in Europa*, in L. AMMANNATI – P. BILANCIA (a cura di), *Governance multilivello, regolazione e reti*, Milano, 2008, p. 259 e ss.

[4] Ai fini della piena comprensione dei precetti contenuti nell'art. 41 la dottrina ha ritenuto necessario operarne una lettura sistematica in relazione ad altri articoli costituzionali, in primo luogo l'art. 43 della Costituzione che, in numerosi settori di attività assoggettati a riserva, avrebbe di fatto limitato

Tale funzione si manifesta, tradizionalmente, attraverso due tipi di potestà amministrativa: con poteri di direzione pubblica e con poteri di controllo[5]. A questi poteri corrisponde, come si è detto, l'adozione di norme garanzia che fissano divieti relativi a talune azioni o attività oppure che impongono sanzioni[6].

L'applicazione delle misure sanzionatorie, che è la forma in cui maggiormente si esprime il carattere autoritativo del controllo pubblico, è, però, eventuale in quanto subordinata all'accertata inosservanza delle norme impeditive o, in alternativa, all'esito negativo del riscontro di conformità alle regole fissate. Per poter ordinare la comminazione della misura ablatoria, quindi, l'amministrazione deve aver previamente concluso un apposito procedimento di controllo attraverso cui, valutando la congruità dei prodotti ai requisiti richiesti, il corretto funzionamento dei macchinari impiegati oppure, più genericamente, la rispondenza dei comportamenti imprenditoriali ai precetti generali indicati dalle norme, ha raccolto le informazioni necessarie alla formulazione di un giudizio di conformità o di difformità[7].

Pertanto, nel momento antecedente alla formulazione del giudizio di controllo, l'amministrazione deve agire con l'obiettivo di procurarsi tutti i dati e le notizie necessarie ad attuare la piena conoscenza dell'oggetto da valutare. Detta finalità può, quindi, essere perseguita soltanto avvalendosi dei mezzi tipici dell'attività conoscitiva pubblica, tra cui sono inclusi sia strumenti autoritativi che impongono agli imprenditori obblighi passivi di *pati*, sia strumenti che fissano

---

l'ambito di potenziale sviluppo dell'iniziativa economica privata. Vedi M. DE BENEDETTO, *Le liberalizzazioni e la Costituzione*, in *Studi parl. Pol. Cost*., 2011, 171-172, 2, che si occupa anche delle proposte di riforma dell'art. 41 avanzate verso il termine della scorsa legislatura, sulle quali vedi inoltre G. DI GASPARE, *Costituzionalizzazione simbolica e decostituzionalizzazione di fatto dell'articolo 41 della Costituzione*, in *Amm. Camm.*, 2011.

[5] Vedi M. S. GIANNINI, *Lezioni di diritto amministrativo*. *Anno 1959-1960*, Città di Castello, 1961, p. 140-141, che con riferimento al primo caso richiama l'attività di conformazione svolta sulle imprese del credito o delle assicurazioni e, nel secondo, cita le imprese fabbricanti prodotti potenzialmente pericolosi per l'igiene e l'incolumità pubblica. Il tema è trattato più ampiamente in M.S. GIANNINI, *Sull'azione dei pubblici poteri nel campo dell'economia*, in *Riv. Dir. comm*., 1959, 9-10, parte I, ora anche in *Scritti* (1955-1962), vol. IV, Milano, 2004, nonché in ID., *Diritto pubblico dell'economia*, Bologna, 1995, pag. 177 e ss. In generale, sul tema vedi V. SPAGNUOLO VIGORITA, *Attività economica privata e potere amministrativo*, Napoli, 1962; S. AMOROSINO, *Tipologie e funzioni delle vigilanze pubbliche sulle attività economiche*, in *Dir. amm*., 2004, 4, pp. 723 e ss.; M. D'ALBERTI, *La vigilanza economica esercitata da pubblici poteri*, in E. BANI – M. GIUSTI (a cura di), *Vigilanze economiche. Le regole, gli effetti*, Padova, 2004.

[6] Ci si avvale, qui, della nozione indicata da M.S. GIANNINI, *Sull'azione dei pubblici poteri nel campo dell'economia*, cit., pag. 587 – 588.

[7] Si ricorda che M.S. GIANNINI, *Lezioni di diritto amministrativo*. *Vol. I*, 1950, Milano, pp. 199 e ss., ha per primo sostenuto che il giudizio e la misura sono i due elementi fondanti delle procedure di controllo. L'assunto è stato successivamente ribadito in *Controllo: nozioni e problemi*, in *Riv. Trim. Dir. Pubb*., 1974, 4, ora anche in *Scritti* (1970-1976), vol. VI, Milano, 2005, p. 738.

obblighi attivi di *facere*[8]. Nel primo come nel secondo caso l'azione pubblica si esterna in forma procedimentale e si colloca nella fase istruttoria, all'interno della quale si esplica in vario modo il potere inquirente volto al perseguimento degli obiettivi che le norme assegnano all'attività conoscitiva[9].

L'attività amministrativa di conoscenza può essere svolta mediante l'uso di mezzi diversi e, salvo che non sussistano specifiche disposizioni legislative in tal senso, si ritiene che l'amministrazione procedente goda di un'ampia discrezionalità di scelta in proposito. Si può, dunque, affermare che gli strumenti previsti dal diritto positivo possono essere validamente utilizzati in modo trasversale ossia a prescindere dall'oggetto specifico cui il procedimento di cognizione si riferisce[10]. Ognuno di questi, peraltro, consta di specifiche procedure che devono essere poste in essere secondo un apposito dettato legislativo nonché in accordo con i principi generali dell'ordinamento nazionale ed europeo[11]. Le attività amministrative attraverso cui si esplica l'azione conoscitiva danno luogo, dunque, nel complesso, ad un insieme di eventi giuridicamente rilevanti, orientati teleologicamente alla formazione di un atto amministrativo di esternazione.

Rispetto agli altri strumenti di cui l'amministrazione si avvale nell'esercizio della funzione conoscitiva pubblica, l'ispezione amministrativa si distingue per il proprio carattere autoritativo. L'ispezione comporta, infatti, «*sempre l'esercizio di*

---

[8] Alla prima ipotesi sono ricondotte le ispezioni con accesso ai luoghi dell'impresa e il prelievo di campioni ed alla seconda la comunicazione e l'invio di informazioni e dati relativi all'attività svolta. Vedi in proposito R. PEREZ, *L'acquisizione di notizie da parte della pubblica amministrazione*, in *Riv. Trim. dir. pubb*., 1968, 4, p. 1389 e ss. In generale, sull'attività conoscitiva pubblica è ancora fondamentale lo studio di F. LEVI, *L'attività conoscitiva della pubblica amministrazione*, Torino, 1967, in specie pp. 95-99 per i riferimenti al potere ispettivo ed alle ispezioni. Vedi anche M. P. GUERRA, *Funzione conoscitiva e pubblici poteri*, 1996, Milano, e, più recentemente, E. CARLONI, *Le verità amministrative- L'attività conoscitiva pubblica tra procedimento e processo*, 2011, Milano, in particolare pp. 79 e ss.

[9] A riguardo, vedi ancora F. LEVI, *L'attività conoscitiva della pubblica amministrazione*, cit., pp. 95-99.

[10] L'amministrazione può, dunque, comandare lo svolgimento di ispezioni ma anche di inchieste, oppure può avviare un'attività di osservazione, un'attività di studio e ricerca o, ancora, procedere a richieste di esibizioni documentali, ad interrogatori, alla somministrazione di questionari.

[11] Rileva osservare, inoltre, che molte delle attività elencate configurano azioni amministrative materiali, tra cui si annoverano azioni di natura non necessariamente tecnica, come ad esempio la presa visione di documenti e le interrogazioni, e altre in cui la tecnicità può assumere un carattere pregnante, come nel caso del prelievo di campioni, della verifica sul rispetto di standard o delle misurazioni di taluni valori. In generale, sull'attività tecnica vedi V. BACHELET, *L'attività tecnica della pubblica amministrazione*, Milano, 1966 e C. MARZUOLI, *Potere amministrativo e valutazioni tecniche*, Milano, 1985.

una potestà, capace talora di incidere anche su situazioni soggettive protette dalla Carta costituzionale»[12].

In particolare, nel caso dei controlli ex art. 41, co. 3, della Costituzione l'autoritatività può rappresentare una condizione necessaria per il raggiungimento dell'esito procedimentale, che non potrebbe avvenire senza la previa formulazione del giudizio di controllo. Quest'ultimo, infatti, può formarsi soltanto dopo che siano stati acquisiti gli elementi necessari alla ponderazione degli interessi coinvolti[13].

Applicando questo ragionamento direttamente alle ispezioni amministrative si può sostenere, in generale, che la reticenza o il rifiuto dell'operatore economico di collaborare all'azione ispettiva possono comportare l'impossibilità per l'amministrazione di procedere all'accertamento d'ufficio dei fatti «*disponendo il compimento degli atti all'uopo necessari*», impedendo così «*l'adeguato e sollecito svolgimento dell'istruttoria*». Di fatto, quindi, questi due tipi di comportamento sono in grado di ostacolare il concreto perseguimento dell'interesse pubblico cui il procedimento è orientato[14]. È in tal modo che può essere spiegata la necessità del carattere autoritativo della potestà ispettiva, la quale esprime, quando esercitata nei confronti di un soggetto giuridico distinto dall'amministrazione ordinante, un vero e proprio potere[15].

L'orientamento trova conferma nel sistema normativo di disciplina delle ispezioni amministrative, laddove è possibile rinvenire previsioni atte a garantire che la soggezione dell'operatore economico sussista anche nel corso della fase istruttoria del controllo[16]. Il carattere autoritativo connota, pertanto, l'intero processo di verifica e non sussiste soltanto a fronte dell'esito negativo del controllo.

---

[12] S. VALENTINI, *Le ispezioni amministrative*, Chieti, 1971, p. 24, ed anche ID., *Ispezione (diritto amministrativo)*, in *Enc. Dir*., XII, Milano, 1972, p. 936. L'assunto trova conferma anche in G. ZACCARIA, *Teoria e tecnica dell'ispezione e della verifica*, Sarzana, 1969, p. 27, per il quale l'ispezione (amministrativo – contabile) è espressione della supremazia «*tipica del rapporto gerarchico ma che è presente anche quando ricorrono posizioni di subordinazione funzionale extragerarchica, più o meno accentuata*».

[13] In proposito, E. CARLONI, *Le verità amministrative*, Milano, 2011, p. 55, fa riferimento all'idea di un'amministrazione razionale che decide sulla base di ciò che conosce e delle informazioni di cui dispone. Così, si esterna sia una dinamica di legittimazione del potere, sia una garanzia per i cittadini rispetto ad un suo uso arbitrario.

[14] Come disposto dall'art. 6, co. 1, lett. b, della legge n. 241/1990.

[15] Sono di questa opinione sia M. S. GIANNINI, *Diritto amministrativo*, Milano, 1993, p. 488, che parla di ispezione come esercizio di potestà, sia N. BASSI, *Principio di legalità e poteri amministrativi impliciti*, Milano, 2001, p. 357.

[16] Si veda il caso in cui vengano imposti, ad esempio, specifici obblighi di cooperazione oppure siano previste sanzioni indirette in caso di resistenza o inerzia dell'ispezionato a fronte delle richieste dell'amministrazione procedente.

È bene precisare che le notazioni svolte assumono rilevanza soltanto nell'ipotesi in cui la potestà ispettiva abbia ad oggetto l'azione posta in essere da una persona giuridica privata, il che è ciò che accade nel caso dei controlli ai sensi dell'art. 41, co. 3, della Costituzione. Nel presente contributo, quindi, si farà riferimento con il termine ispezioni alle sole ispezioni amministrative esterne, intese come quelle condotte da un'amministrazione pubblica nei confronti di una persona giuridica di diritto privato. Solo in questa categoria, infatti, si delinea un rapporto tra le parti di effettiva alterità, il che consente in ultima istanza di fare riferimento all'impianto teorico della dialettica tra autorità e libertà. Tale rapporto, infatti, assume un rilievo peculiare quando intercorre tra amministrazione e operatori economici in veste di impresa poiché, in questo caso, il grado potenziale di conflittualità tra gli interessi in relazione si presenta elevato[17].

Le considerazioni preliminari riportate mostrano come le ispezioni amministrative siano lo strumento privilegiato del quale l'amministrazione si avvale al fine di esercitare la funzione di controllo sulle imprese di cui all'art. 41, co. 3, della Costituzione, come d'altronde dimostrato dal diritto positivo. Pertanto, nell'ambito della trattazione che segue, si farà riferimento al controllo laddove le norme usino questa accezione per descrivere la competenza complessivamente intesa, ma sempre tenendo presente che le norme comunitarie e nazionali in materia ambientale accordano una spiccata preferenza alle ispezioni nel momento in cui si occupano di delineare i modi concreti di esercizio di tale potere.

Nello specifico caso dell'inquinamento acustico, le competenze relative al controllo sugli impianti e sulle sedi di attività che costituiscono fonte di rumore sono collocate prevalentemente a livello locale. In particolare, sotto il profilo organizzativo, la funzione è articolata su base provinciale e comunale e le ispezioni sono svolte dalle agenzie regionali per l'ambiente, competenti per tutto ciò che attiene agli accertamenti tecnici. Ai comuni, invece, rimane complessivamente imputata la responsabilità delle funzione di controllo e cui spetta l'esercizio di penetranti poteri autoritativi nelle ipotesi in cui emerga la necessità di imporre specifiche condotte alle imprese inadempienti.

In tale contesto, il presente scritto si occuperà di ricostruire, in primo luogo, il quadro normativo che regola l'esercizio della funzione di controllo ambientale in relazione all'inquinamento acustico. A riguardo, si osserva sin d'ora che, allo stato

[17] In proposito, R. PEREZ, *L'acquisizione di notizie da parte della pubblica amministrazione*, in *Riv. Trim. dir. pubb.*, 1968, 4, p. 1382, ha posto in evidenza come, quando sia rivolta nei confronti di soggetti privati, l'imposizione autoritativa di obblighi acquista un rilievo autonomo poiché manca un rapporto preesistente in cui questa possa rimanere assorbita. In accordo con la distinzione richiamata, M. PASSALACQUA, *Ispezioni economiche. Tipologie, procedimenti e approcci sistematici*, Padova, 2005, p. 338. Sulla distinzione tra ispezioni amministrative interne ed esterne, vedi G. ZACCARIA, *Teoria e tecnica dell'ispezione e della verifica*, cit., 1969, p. 40 e p. 47; S. VALENTINI, *Le ispezioni amministrative*, cit., p. 26; G. D'AURIA, *Ispettorato. Nozione e profili generali. (voce)*, in *Enc. Giur.*, vol. XVII, Roma, 1989, p. 2; R. TOMEI, *Ispezione amministrativa* (voce), in *Enc. Giur.*, XVII, Roma, 1999 (aggiornamento), p. 1.

attuale, la materia non è oggetto di una disciplina organica, ma occorre fare riferimento alle scarne disposizioni specificamente dedicate al tema contenute nella legge quadro n. 447 del 1995 e ad altre norme che, in modo frammentario, si occupano dei controlli ambientali, come quelle sull'organizzazione delle relative agenzie.

Per questo, non è possibile prescindere da un'analisi di contesto più ampia, volta ad esaminare sia le previsioni che il diritto comunitario dedica alle ispezioni ambientali in generale, sia quelle che recentemente sono state adottate nel nostro ordinamento in tema di controlli pubblici sulle imprese private. Il primo gruppo di fonti è rilevante prevalentemente sotto il profilo procedurale, poiché reca principi e regole di dettaglio, tra l'altro, sulle modalità di svolgimento delle ispezioni, sul loro oggetto, sulla loro frequenza, sulla pubblicità dei relativi risultati. Il secondo gruppo, invece, contiene, in larga misura, principi generali, attraverso l'introduzione o il rafforzamento dei quali il legislatore intende semplificare le procedure di controllo, nell'ottica di ridurre gli oneri amministrativi gravanti sulle attività imprenditoriali e di contribuire, così, al rilancio del sistema economico.

Delineati i profili salienti dell'impianto normativo, la rilevanza della funzione di controllo ambientale sull'inquinamento acustico sarà affrontata con riferimento all'attenzione che la recente giurisprudenza ha riservato a questioni connesse con l'esercizio concreto dell'attività ispettiva, ad esempio con riferimento alla necessità del contraddittorio durante lo svolgimento delle ispezioni oppure alla legittimità di provvedimenti limitativi adottati in distonia con i dati emersi durante le verifiche e gli accertamenti tecnici.

2. *I controlli sull'inquinamento acustico nel diritto interno*.

Nel nostro ordinamento, il principale riferimento nella regolazione del settore è rappresentato dalla legge n. 447/1995, intitolata «*Legge quadro sull'inquinamento acustico*». Il provvedimento ha disciplinato per la prima volta in modo organico la materia, prima oggetto di alcuni riferimenti codicistici e regolamentari, peraltro tutt'ora parzialmente in vigore[18], e contiene una definizione

[18] Ci si riferisce, innanzitutto, all'art. 659 del codice penale, il cui co. 1 prevede l'arresto o l'ammenda in caso di disturbo delle occupazioni o del riposo delle persone con schiamazzi, rumori, abuso di strumenti sonori o di segnalazioni acustiche nonché suscitando o non impedendo strepiti di animali. Il co. 2 del medesimo articolo, invece, indica nell'ammenda la sanzione da comminare in caso di esercizio di professioni o mestieri rumorosi contro le disposizioni della legge o le prescrizioni dell'autorità. Ulteriore riferimento è dato dall'art. 844 del codice civile, a mente del quale il proprietario di un fondo non può impedire i rumori derivanti dal fondo del vicino a meno che questi non superino la normale tollerabilità. Infine, si segnala il decreto del Presidente del Consiglio dei Ministri del 1 marzo 1991, recante i limiti massimi di esposizione al rumore negli ambienti abitativi e nell'ambiente esterno, ancora in parte applicabile. Questo provvedimento, per primo, ha fornito nel nostro ordinamento una nozione giuridica di rumore, qualificandolo come «*qualunque emissione*

ampia del fenomeno[19]. Sotto il profilo del metodo, inoltre, la legge quadro ha un carattere fortemente innovativo, poiché individua i rischi potenzialmente derivanti dalla diffusione, negli ambienti umani, di emissioni sonore eccessive attraverso una valutazione di tipo analitico[20].

Con specifico riferimento al controllo, la legge in esame ripartisce le funzioni amministrative tra le province (art. 5, co. 1, lett. c) ed i comuni (art. 6, co. 1, lett. d).

I compiti delle prime non sono espressamente elencati, ma si dispone un rinvio al successivo art. 14, co. 1, il quale indica che l'esercizio delle funzioni di cui si discute avvenga utilizzando le strutture delle agenzie regionali per l'ambiente[21]. Le province hanno, dunque, una competenza residuale in materia di controllo sull'inquinamento acustico, la cui configurazione effettiva dipende dall'assegnazione di funzioni disposta con legge regionale, come indicato dall'art. 5, co. 1, lett. b, che rinvia a tale fonte anche per la definizione dell'organizzazione dei servizi di controllo all'interno dei confini della regione[22].

---

sonora che provochi sull'uomo effetti indesiderati, disturbanti o dannosi o che determini un qualsiasi deterioramento qualitativo dell'ambiente» (Allegato A, punto 2).

[19] L'art. 2, co. 1, del provvedimento citato definisce l'inquinamento acustico come «*l'introduzione di rumore nell'ambiente abitativo o nell'ambiente esterno tale da provocare fastidio o disturbo al riposo ed alle attività umane, pericolo per la salute umana, deterioramento degli ecosistemi, dei beni materiali, dei monumenti, dell'ambiente abitativo o dell'ambiente esterno o tale da interferire con le legittime fruizioni degli ambienti stessi*» Il fenomeno è, quindi, considerato con attenzione ai possibili effetti negativi che potrebbe produrre non solo sulla salute umana ma anche, più in generale, sui beni ambientali e culturali. Vedi, a riguardo, A. GRASSO – A. MARZANATI – A. RUSSO, *Ambiente. Articolazioni di settore e normativa di riferimento*, in M.P. CHITI – G. GRECO (diretto da), *Trattato di diritto amministrativo europeo*, Milano, 2007, parte speciale, tomo I, p. 355, nota 197.

[20] È di tale avviso M. E. BARONE, *Inquinamento acustico*, in G. ROSSI (a cura di), *Diritto dell'ambiente*, Torino, 2001, p. 395. La legge n. 447/1995 è stata oggetto di numerosi commenti. Tra gli altri si segnalano F. FRACCHIA, *Prime note sulla «legge quadro sull'inquinamento acustico»*, in *Dir. econ.*, 1996, 1, p. 69 e ss.; F. FONDERICO, *La legge quadro sull'inquinamento acustico: molto rumore per nulla?*, in Ambiente, 1996, 2, p. 89 e ss.; F. FRACCHIA, *Profili pubblicistici in tema di inquinamento da emissioni acustiche*, in F. SGUBBI – M. FRANZONI (a cura di), *Diritto dell'ambiente: le discipline di settore*, Torino, 2000; ID.; *L'inquinamento acustico*, Padova, 2001.

[21] La disposizione richiamata fornisce, peraltro, una precisazione superflua circa l'ambito territoriale di esercizio delle funzioni provinciali, specificando questi sia riferito al «*territorio di più comuni ricompresi nella circoscrizione provinciale*».

[22] Il disegno così impostato dal legislatore non presenta importanti riflessi sull'organizzazione amministrativa territoriale. All'assegnazione di funzioni disposta non corrisponde, infatti, l'istituzione di nuovi uffici tecnici dedicati essendo sancito dalla norma, come già detto, un generale avvalimento delle ARPA regionali.

Le competenze comunali, invece, sono tassativamente elencate dall'art. 6, laddove la legge quadro menziona tre tipologie di controlli[23].

Le funzioni enumerate possono essere suddivise in due gruppi, a seconda del momento in cui, attraverso il loro esercizio, l'azione amministrativa incide sull'attività imprenditoriale. Così facendo, si può distinguere tra interventi propedeutici all'avvio della suddetta attività ed altri che si espletano quando la stessa è già avviata. La seconda tipologia è quella che maggiormente incide sull'autonomia imprenditoriale e che più marcatamente esplicita il potere pubblico di conformazione dell'attività di impresa nel settore considerato e, infatti, come si vedrà, è anche l'ipotesi alla quale il diritto positivo maggiormente ricollega lo strumento delle ispezioni.

È, dunque, in questa ipotesi che trova un'ampia applicazione lo strumento ispettivo, attraverso cui si attua l'accesso ai luoghi dell'impresa che consente di effettuare le misurazioni acustiche. Le azioni di controllo esercitate su attività in corso di svolgimento autorizzano, peraltro, l'esercizio di poteri autoritativi anche al termine dell'attività ispettiva. Ciò accade in tutte le ipotesi in cui dall'ispezione emerge che le emissioni sonore prodotte da impianti ed attività superano il livello di sicurezza indicato dalle norme, dal che consegue l'adozione, da parte dell'amministrazione competente, di misure conformative o impeditive con valenza immediata[24].

---

[23] Il primo è relativo alla verifica del rispetto delle norme in materia di inquinamento acustico in fase di rilascio delle concessioni edilizie per la costruzione di nuovi impianti ed infrastrutture da adibire ad attività produttive, dei provvedimenti comunali che ne abilitano l'uso nonché, più in generale, di licenze e autorizzazioni all'esercizio delle medesime attività (lett. d); il secondo si riferisce al controllo ed alla rilevazione delle emissioni sonore prodotte dai veicoli, in accordo con quanto in proposito disposto dal codice della strada (lett. f) (su cui vedi, in particolare, l'art. 80 del decreto legislativo n. 285/1992, dedicato alla revisione periodica dei veicoli e motoveicoli); il terzo richiama genericamente i controlli indicati dal successivo art. 14, co. 2. Qui il legislatore fornisce un ulteriore elenco, imputando innanzitutto ai comuni le funzioni di verifica sull'osservanza delle prescrizioni relative al contenimento dell'inquinamento acustico generato dal traffico veicolare e dalle sorgenti fisse (lett. a). Sono poi previste funzioni più specifiche, come la verifica della presenza, nelle domande di licenze o autorizzazioni all'esercizio di attività produttive per le quali si prevede la generazione di valori di emissione superiori a quelli imposti, dell'indicazione delle misure previste per ridurre o eliminare tali emissioni, in relazione ai livelli di rumore prodotto dall'utilizzo di macchinari o attività svolte all'aperto (lett. b, che richiama l'art. 8, co. 6), e la corrispondenza alle norme in vigore dei contenuti della documentazione di impatto acustico, obbligatoriamente richiesta per la realizzazione, modifica o potenziamento di opere ed infrastrutture pubbliche e private (lett. d, che richiama l'art. 8, co. 5). Infine, spetta ai comuni verificare che siano osservate la disciplina e le prescrizioni tecniche relative all'attuazione delle previsioni inerenti, tra l'altro, la classificazione acustica del territorio comunale e l'adozione dei piani di risanamento acustico (lett. c, che richiama in generale l'art. 6).

[24] Tali poteri, nel caso dell'inquinamento acustico, assumono la forma di ordinanze. L'art. 9 della legge n. 447 del 1995 stabilisce, infatti, che, secondo le rispettive competenze, il sindaco, il presidente della provincia, il presidente della giunta regionale, il prefetto, il Ministro dell'ambiente e il Presidente del Consiglio dei ministri possano ordinare, con provvedimento motivato, «*il ricorso*

Occorre, infine, spendere attenzione sull'ultimo comma dell'art. 14 della legge n. 447/1995. Questa disposizione contiene alcuni principi generali già previsti dal decreto legge n. 496/1993 [25], recante disposizioni urgenti sulla riorganizzazione dei controlli ambientali e istitutivo dell'Agenzia nazionale per la protezione dell'ambiente[26].

Innanzitutto, la norma legittima il potere ispettivo di accesso ai luoghi privati interessati dalle emissioni sonore (impianti produttivi e sedi di attività) e, allo stesso tempo, riconosce agli ispettori la facoltà di richiedere i dati, le informazioni ed i documenti che siano necessari per l'esercizio delle relative funzioni.

Quest'ultima attività, peraltro, non deve espletarsi contestualmente alla fase di accesso ai luoghi vera e propria, potendo anche precederla o seguirla. Nella prima ipotesi, la richiesta di informazioni e dati da parte dell'amministrazione può scaturire dall'avvio di un'attività ispettiva inserita nell'ambito di una programmazione periodica[27] oppure può essere promossa su istanza di parte, come nel caso non infrequente di segnalazioni rivolte ai comuni da parte di cittadini

---

temporaneo a speciali forme di contenimento o di abbattimento delle emissioni sonore, inclusa l'inibitoria parziale o totale di determinate attività». La legge quadro indica, quale necessario fondamento di tale potere *extra ordinem* il ricorso di necessità di tutela della salute pubblica o dell'ambiente, precisando che deve trattarsi di necessità con carattere eccezionale ed urgente. Lo stesso provvedimento precisa, però, che la previsione del potere di ordinanza non limita le competenze imputate dalle leggi vigenti agli organi statali a fini di tutela della sicurezza pubblica (art. 9, co. 2). Peraltro, a tale modalità straordinaria di intervento l'art. 6, co. 3, ne affianca un'altra di tipo ordinario laddove prevede che i comuni il cui territorio presenti un interesse rilevante dal punto di vista paesaggistico, ambientale e turistico possano fissare, sulla base di criteri e condizioni definite dalle regioni, limiti alle emissioni sonore inferiori a quelli indicati dai regolamenti statali. In questo modo le amministrazioni comunali possono perseguire le finalità indicate dall'art. 9 senza avvalersi del potere di ordinanza, il cui esercizio è legittimo solo con riguardo a fattispecie non fronteggiabili con gli strumenti ordinari di vigilanza. Vedi, in tal senso, Cons. Stato, V, 10 settembre 2009, n. 5420, che ha giudicato non sussistenti i caratteri di urgenza e necessità sulla base dei quali un comune ha adottato il provvedimento di inibizione dell'attività di un circolo privato situato in un cortile, ciò dopo aver accertato che dal tale luogo provenivano emissioni sonore eccedenti i limiti di legge.

[25] Convertito dalla legge n. 61/1994.

[26] Si veda, in specie, l'art. 2 *bis* del citato decreto, tutt'ora in vigore e di tono pressoché identico all'articolo in esame. Dalla lettura di questa disposizione si evince, peraltro, che l'art. 14, co. 3, della legge n. 447/1995 opera, con riferimento alle agenzie regionali, una ripetizione di quanto già disposto dal decreto legge n. 494/1993, il quale già prevedeva che a queste fossero applicati i principi in esame in relazione alle attività di interesse regionale relative ai «*controlli di fattori fisici, chimici e biologici di inquinamento acustico, dell'aria, delle acque e del suolo…*» (art. 01, co. 1, lett. h).

[27] Per una ricostruzione delle tipologie degli atti di programmazione adottati in materia di inquinamento acustico, vedi N. RANGONE, *Le programmazioni economiche*, Bologna, 2007, pp. 126-129.

colpiti dall'eccesso di rumore[28]. Peraltro, nulla osta che, a seguito della ricezione della documentazione richiesta ai privati interessati, l'amministrazione procedente possa ritenere soddisfatta l'esigenza di controllo e, quindi, possa portare a termine il relativo procedimento dichiarando l'esito positivo dei riscontri effettuati senza procedere ad ulteriori accertamenti. In proposito, si osserva, tuttavia, come il verificarsi di una tale opportunità pare più probabile nelle ispezioni periodiche o quando le stesse ispezioni abbiano ad oggetto l'attività svolta da imprese di piccole dimensioni senza precedenti infrazioni oppure attenga ad attività professionali di breve durata e scarso coinvolgimento sociale. Se, invece, la richiesta di informazioni segue l'accesso ispettivo, la sua funzione sarà piuttosto di integrazione o completamento di quanto già è stato riscontrato autonomamente dall'amministrazione durante l'esercizio dei suoi poteri inquirenti.

L'art. 14, co. 3, contiene anche una disposizione posta a tutela dei soggetti vigilati, che è espressione del principio di trasparenza e pubblicità. Nello specifico, si stabilisce che gli ispettori debbano sempre essere muniti di un documento di riconoscimento rilasciato dall'ente o agenzia di appartenenza. Pur in assenza di apposita specificazione da parte della legge, si ritiene che l'assunto configuri per i funzionari ispettivi l'obbligo di mostrare tale documento agli interessati nel momento di avvio dell'accesso ai luoghi, ciò anche qualora gli stessi non lo richiedano esplicitamente.

Infine, la norma in esame stabilisce che «*il segreto industriale non può essere opposto per evitare di ostacolare le attività di verifica e controllo*»[29]. La *ratio* della previsione pare evidente. L'esercizio dell'attività ispettiva da parte dell'amministrazione ha, infatti, come finalità ultima di verificare se l'impresa o l'attività professionale producano emissioni sonore che non eccedono i limiti fissati dalle norme. Si tratta, pertanto, di un'attività amministrativa interna, da cui originano atti endoprocedimentali di natura dichiarativa, quali le relazioni o i verbali di ispezione, i cui contenuti non sono dunque oggetto di pubblicità[30]. Ne deriva che il segreto industriale non rischia di essere leso dall'esercizio dell'attività di accesso ai luoghi svolta dagli ispettori in quanto la stessa non ha come conseguenza la diffusione di notizie sul mercato e la conseguente conoscenza di dati o di processi produttivi non brevettabili da parte di imprese concorrenti. In

[28] Vedi a riguardo TAR Piemonte, II, 27 ottobre 2011, n. 1127, secondo cui deve essere ritenuta legittima l'ordinanza con la quale, sulla base dell'esposto di una sola famiglia, un sindaco ha ordinato ad una centrale di produzione di energia elettrica di svolgere l'attività in modo da rispettare i limiti di immissione sonora imposti dalle norme. L'accertata presenza di un fenomeno di inquinamento acustico sarebbe, infatti, sufficiente per concretare l'intervento a tutela della salute pubblica.

[29] Una previsione di identico tono è contenuta nell'art. 197, co. 3, del d.lgs. n. 152/2006 con riferimento alle funzioni amministrative assegnate alle province in relazione al controllo sul recupero e sullo smaltimento dei rifiuti.

[30] In merito, vedi TAR Toscana, II, 3 agosto 2012, n. 1437, su cui anche *infra*.

proposito, però, un potenziale *vulnus* al segreto industriale potrebbe essere rappresentato dalla crescente domanda di informazioni ambientali da parte del pubblico e dall'imposizione di obblighi più diffusi di pubblicità derivanti dall'applicazione della direttiva 2003/4/CE[31].

3. *Le ispezioni ambientali nel diritto comunitario.*

Come accennato, a partire dall'adozione del Quinto Piano di Azione Ambientale, le politiche comunitarie in materia di inquinamento acustico sono state orientate verso un generale obiettivo di riduzione delle emissioni sonore oltre soglia e, a questo scopo, sono state previste numerose azioni. Il monitoraggio atto a verificare il grado di attuazione delle previsioni richiamate, con termine fissato per l'anno 2000, ha, però, evidenziato un elevato grado di incompiutezza del disegno normativo. Questo elemento ha spinto gli organi comunitari ad istituire nel 2002 il Sesto Piano di Azione Ambientale e ad inserire, tra gli obiettivi prioritari ivi previsti, anche la necessità di «*ridurre sensibilmente il numero di persone costantemente soggette a livelli medi di inquinamento acustico di lunga durata, in particolare il rumore del traffico terrestre*»[32] . Nello stesso periodo, sono stati adottati altri atti comunitari di rilievo in tema di inquinamento acustico, nessuno dei quali, però, è intervenuto sulla disciplina della funzione di vigilanza[33].

---

[31] Ad esempio, l'art. 23, co. 6, della direttiva 2010/75/UE, non ancora recepita nel nostro ordinamento, già dispone in quest'ottica con riferimento alle relazioni redatte dalle autorità competenti a seguito delle ispezioni effettuate nei siti e nelle installazioni interessate.

[32] Vedi l'art. 7, co. 1, del programma, adottato con Decisione n. 1600/2002/CE del Parlamento europeo e del Consiglio. In proposito, si rinvia a M. E. BARONE, *Inquinamento acustico*, cit., Torino, 2011, p. 394.

[33] Tra questi, la Direttiva 49/02/CE, relativa alla determinazione e alla gestione del rumore ambientale, rappresenta il provvedimento di portata più generale. Riguarda, infatti, «*il rumore ambientale cui è esposto l'essere umano in particolare nelle zone edificate, nei parchi pubblici o in altre zone silenziose degli agglomerati, nelle zone silenziose in aperta campagna, nei pressi delle scuole, degli ospedali e di altri edifici e zone particolarmente sensibili al rumore»* (art. 2, co.1) ed è «*destinata a fornire una base per lo sviluppo di misure comunitarie di contenimento del rumore generato dalle principali sorgenti, in particolare veicoli stradali e su rotaia e relative infrastrutture, aeromobili, attrezzature utilizzate all'aperto e attrezzature industriali, e macchinari mobili*» (art. 1, co. 2). Nonostante un giudizio complessivamente positivo sulla citata Direttiva, la dottrina ha criticato il fatto che la stessa abbia rimesso agli Stati membri la competenza di designare le autorità responsabili per la elaborazione ed adozione delle mappe acustiche e dei piani d'azione, senza sottrarre da tale previsione gli aeroporti principali che rappresentano una delle maggiori fonti di rumore per gli insediamenti abitativi. Vedi L. KRAMER, *Droit communautaire et état de l'environnement en Europe*, in *Rev. Droit Un. Eur*., 2007, 1, p. 151. Ulteriori riferimenti normativi comunitari sono indicati da A. GRASSO – A. MARZANATI – A. RUSSO, *Ambiente. Articolazioni di settore e normativa di riferimento*, cit., p. 353.

Pur se assente con riferimento alla fattispecie considerata, l'attenzione del legislatore comunitario per le procedure e gli strumenti di controllo si è manifestata in relazione ad altri settori del diritto ambientale, rispetto ai quali è stata gradualmente introdotta una specifica disciplina delle ispezioni che, si è detto, rappresentano lo strumento più frequentemente impiegato nell'attività di controllo sulle imprese.

In proposito, il primo atto di rilievo è la Raccomandazione 2001/331/CE del 4 aprile 2001, che ha stabilito i criteri minimi da applicare per lo svolgimento delle ispezioni ambientali negli Stati membri. Il provvedimento muove dal principio di condivisione delle responsabilità e, in quest'ottica, ritiene che gli Stati debbano mantenere, nel complesso, la competenza delle funzioni di ispezione, continuando ad avvalersi dei sistemi e delle prassi già in vigore presso ogni Paese. Tuttavia, poiché «*l'esistenza di un sistema di ispezioni e il loro svolgimento consistono un deterrente alle violazioni ambientali*» e, inoltre, «*le ispezioni costituiscono un anello indispensabile della catena regolamentare ed uno strumento efficiente per contribuire ad un'attuazione più coerente e al rispetto della normativa ambientale in tutta la Comunità ed ad evitare distorsioni della concorrenza*», occorre ridurre al minimo le ampie differenze esistenti tra i meccanismi che regolano i procedimenti ispettivi[34]. Questa finalità deve essere perseguita, principalmente, attraverso l'individuazione di criteri minimi da applicare come base comune nell'area europea[35]. Come già accaduto in altri ambiti relativi al diritto dell'ambiente nonché in materia di tutela della salute, anche in questo caso il diritto comunitario sceglie di operare il bilanciamento «*di diritti antagonisti in condizioni di incertezza scientifica*» attraverso procedimenti di *standard setting*[36].

Nonostante il carattere generale di questa affermazione di principio, occorre precisare che la Raccomandazione 2001/331/CE trova applicazione solo per alcuni tipi di ispezione ovvero per quelli inerenti impianti industriali ed altre imprese per le quali il diritto comunitario prevede il rilascio di un apposito atto di assenso in relazione alle emissioni di aria prodotte nonché agli scarichi di acqua effettuati ed alle attività di smaltimento e recupero dei rifiuti conseguenti all'attività produttiva[37].

---

[34] La citazione è tratta dal punto 17 della Raccomandazione.

[35] In proposito, vedi M. RENNA, *Il sistema degli «standard ambientali» fra fonti europee e competenze nazionali*, in B. POZZO – M. RENNA (a cura di), *L'ambiente nel nuovo Titolo V della Costituzione*, Milano, 2004, pp. 93 e ss.

[36] M. SIMONCINI – G. PIZZANELLI, *La regolazione amministrativa dell'ambiente e la specializzazione di principi e istituti*, in A. MASSERA (a cura di), *Diritto amministrativo e ambiente*, Napoli, 2011, p. 137.

[37] L'ambito di applicazione del documento in esame potrebbe, però, in futuro essere esteso. Nella Comunicazione COM(2007)707, con cui la Commissione ha operato il riesame della

Non si fa, dunque, un'espressa menzione delle emissioni sonore. Tuttavia, l'ambito di operatività limitato non ostacola la possibilità di prendere in considerazione anche per le ispezioni sull'inquinamento acustico i criteri previsti dal suddetto documento che, come si vedrà paiono suscettibili di un'applicazione diffusa a tutti i controlli ambientali. Peraltro, poiché la Raccomandazione 2001/331/CE è stata costruita sulla base di un documento adottato dalla Rete IMPEL[38], i suoi contenuti, pur se non vincolanti, non si distanziano dalle procedure già utilizzate dagli Stati membri ma, al contrario, quando possibile le fanno proprie, assumendole quali *standard* minimi.

I contenuti del documento possono essere suddivisi sommariamente in cinque ambiti: il primo reca alcune definizioni, il secondo si occupa dell'organizzazione ed esecuzione delle ispezioni, il terzo è relativo alla loro pianificazione, il quarto allo svolgimento delle visite in sito ed alla predisposizione delle conseguenti relazioni conclusive, il quinto regola le indagini che gli Stati sono tenuti da avviare in caso di incidenti gravi, inconvenienti e inadempienze.

Innanzitutto, la Raccomandazione chiarisce quali finalità devono essere perseguite le ispezioni ambientali[39] e quali siano le azioni a tal fine necessarie. Tra queste ultime sono elencate pressoché esclusivamente attività amministrative materiali che gli ispettori devono svolgere presso le strutture e le sedi delle imprese, anche se le visite in loco sono considerate come categoria a sé stante, quasi si distinguessero dalle altre attività in modo netto[40].

Si precisa, poi, che le ispezioni possono essere ordinarie, se effettuate all'interno di un apposito programma, e straordinarie, se avviate sulla base di reclami, in sede di rilascio, rinnovo o modifica dei documenti di assenso allo

---

Raccomandazione 2001/331/CE, tra i settori passibili di miglioramento, si fa infatti espressa menzione del fatto che il campo delle attività ivi richiamato ne esclude molte altre regolate dal diritto ambientale europeo (vedi il punto 2.1).

[38] Ci si riferisce al documento intitolato «*Criteri minimi per le ispezioni*», adottato nel 1997 e citato al punto 3 della Raccomandazione. Per l'Italia, sono membri dell'IMPEL il Ministero dell'Ambiente e della Tutela del Territorio e del Mare, l'Istituto Superiore per la Protezione e la Ricerca dell'Ambiente (ISPRA) (che ha sostituito la soppressa Agenzia per la Protezione dell'Ambiente e per i servizi tecnici ai sensi dell'art. 28 del decreto legge n. 112/2008) e l'Agenzia Regionale per la Protezione dell'Ambiente della Lombardia (ARPA Lombardia).

[39] Nello specifico, la Raccomandazione si riferisce al controllo ed alla promozione della conformità degli impianti alle prescrizioni ambientali stabilite dalle norme comunitarie e recepite nel diritto interno ed al monitoraggio dell'impatto degli impianti sull'ambiente per determinare la necessità di ispezioni complementari (Punto II-2, lett. a e b).

[40] Si tratta, in particolare, degli accessi nei luoghi, del controllo del rispetto degli standard di qualità ambientale, dell'esame delle dichiarazioni e delle relazioni di *audit* ambientale, dell'esame e verifica delle attività di monitoraggio svolte direttamente dai gestori, dalla valutazione delle operazioni effettuate presso gli impianti controllati, del controllo dello stabilimento e delle sue attrezzature e, infine, del controllo dei registri tenuti dai gestori (Punto II-2, lett. c).

svolgimento dell'attività produttiva oppure in caso di incidenti. Quanto alla competenza sull'esercizio del potere ispettivo, la Raccomandazione chiarisce che le ispezioni possono essere condotte dalle autorità pubbliche competenti o che queste possono delegare i propri compiti «*a qualsiasi soggetto dotato di personalità giuridica…purché esso non abbia alcun interesse privato nel risultato delle ispezioni che effettua*»[41].

In tema di organizzazione ed esecuzione delle ispezioni, il documento in esame promuove, in collaborazione con la rete IMPEL, il coordinamento delle azioni di controllo tra gli Stati relativamente alle imprese che svolgono attività ad impatto transfrontaliero[42]. Riguardo alla pianificazione, invece, prevede che gli Stati assicurino tale funzione in anticipo rispetto allo svolgimento delle procedure ispettive, adottando piani di ispezione ambientale che coprano tutto il territorio nazionale[43].

Infine, sono indicati i contenuti minimi da cui tali documenti non possono prescindere e tra i quali rileva, ad esempio, nuovamente la distinzione tra ispezioni ordinarie e straordinarie, che possono essere oggetto di due piani distinti, nonché la previsione di forme di coordinamento fra le diverse autorità ispettive operanti su base nazionale e, in specie, con riferimento alle visite in sito[44].

Sono poi regolati nel dettaglio i criteri minimi applicabili alla fase di accesso ai luoghi di cui constano le ispezioni. In particolare, viene evidenziata la necessità di descriverne i risultati in apposite relazioni che devono essere messe a disposizione, in forma completa o almeno nelle loro conclusioni, sia delle imprese, sia del pubblico[45]. Viene, inoltre, indicato un ulteriore criterio valevole per le sole ispezioni ordinarie, a mente del quale le stesse dovrebbero perseguire la promozione e l'approfondimento da parte dei gestori delle prescrizioni normative comunitarie. In quest'ambito, sono altresì elencate le circostanze al cui verificarsi dovrebbe sempre essere garantito l'avvio di visite in sito di carattere straordinario[46]. Da ultimo, la Raccomandazione reca i criteri minimi che debbono guidare le

[41] Punto II-4, lett. b.

[42] Punto III-3.

[43] I piani, che devono essere accessibili al pubblico nel rispetto delle norme comunitarie, possono essere adottati presso ciascun livello territoriale di governo, ma spetta allo Stato assicurarne l'effettiva attuazione.

[44] Punto IV, in specie 1, 2 e 5.

[45] In questo caso, viene indicato il termine di due mesi dalla fine dell'ispezione (vedi il Punto VI-2). Oltre alle relazioni su ispezioni specifiche, la Raccomandazione prevede che gli Stati redigano delle relazioni generali con finalità di *report* alla Commissione circa l'esperienza acquisita nella sua applicazione e che anche tali documenti siano messi a disposizione del pubblico (vedi il Punto VIII-2).

[46] Punto V, in specie 1, lett. b e c, 2, lett. b, 3.

indagini straordinarie avviate in caso di incidenti, che si differenziano dalle ultime richiamate poiché attraverso il loro svolgimento le autorità procedenti devono, quando necessario, procedere all'accertamento delle responsabilità connesse all'evento occorso[47].

Nel nostro ordinamento, l'attuazione della Raccomandazione 2001/331/CE è formalmente avvenuta ad opera del decreto legislativo n. 14/2003 (legge comunitaria per l'anno 2002), il cui art. 23 ha autorizzato il Governo ad adottare un regolamento del quale indicava i contenuti, che rispecchiavano pienamente quanto previsto dal documento europeo. Questo atto, però, non è mai stato emanato.

Successivamente, la legge n. 308/2004, recante la delega al Governo per l'adozione di decreti legislativi in materia di ambiente, ha fatto riferimento ad alcuni criteri direttivi che avrebbero dovuto guidare la costruzione di una disciplina unitaria ed organica dei controlli [48]. Tuttavia, il decreto legislativo n. 152/2006, adottato in attuazione della citata legge, non ne ha raccolto le indicazioni e si è limitato a riordinare, senza innovarle, le preesistenti disposizioni laddove riferite ai settori oggetto del suo intervento che, come noto, non comprendono tutti i settori di interesse ambientale[49].

Nel 2007 la Commissione europea, sulla base delle relazioni generali a questo fine inviate dagli Stati membri, ha adottato la Comunicazione COM(2007)707, di riesame della Raccomandazione 2001/331/CE. Il documento, al quale è allegato un *report* che sintetizza le informazioni raccolte e fornisce un

---

[47] Punto VII, lett. a.

[48] La legge citata faceva, infatti, riferimento al conseguimento di maggiore efficienza e tempestività dei controlli ambientali (art. 1, co. 8, lett. b), alla previsione di misure volta ad assicurare l'efficacia dei controlli e dei monitoraggi ambientali, incentivando i programmi di controllo sui singoli impianti produttivi (art. 1, co. 8, lett. h) ed alla riaffermazione del ruolo delle regioni nella interconnessione delle normative di settore in un quadro, anche procedurale, unitario, nonché alla valorizzazione del controllo preventivo del sistema agenziale, anche rispetto al quadro sanzionatorio (art. 1, co. 8, lett. m).

[49] M. PASSALACQUA, *Le ispezioni amministrative per il controllo dei vincoli ambientali dopo il d.lgs. n. 152/2006*, in *Dir. Ec*., 2008, 3-4, pp. 615-617, parla in proposito di occasione mancata e critica l'assenza di una norma di sistema volta al recepimento dei principi contenuti nella Raccomandazione 2001/331/EC, che invece avrebbe potuto rinviare all'adozione del regolamento già previsto dalla legge n. 14/2003 o, in alternativa, avrebbe potuto prevedere direttamente una disciplina organica delle ispezioni ambientali quantomeno con riferimento alle materie disciplinate (acqua, rifiuti, suolo, aria). La stessa AUTRICE accoglie, invece, positivamente la nuova disciplina del risarcimento del danno ambientale, contenuta nel codice dell'ambiente in attuazione della Direttiva 04/35/CE e relativa allo svolgimento di ispezioni straordinarie non pianificabili. In questo specifico caso, infatti, nel contemplare il ricorso all'ispezione quale strumento principale per l'accertamento dei fatti dannosi e delle responsabilità a questi connesse, sono recepiti alcuni dei principi generali richiamati dalla Raccomandazione 2001/331/EC, tra cui quello di verbalizzazione e quello del contradditorio (vedi pp. 599 e ss.).

ampio e dettagliato quadro delle regole e prassi vigenti nei diversi Paesi[50], spiega che, nonostante tutti gli Stati abbiano trasmesso le relazioni richieste dalla Raccomandazione, le informazioni fornite risultano incomplete o difficili da porre a raffronto. Inoltre, nei paesi in cui la responsabilità delle ispezioni ambientali è collocata a livello regionale, non è stato possibile trarre conclusioni chiare sul piano nazionale.

Su queste basi di fondo, il giudizio della Commissione ha rimarcato, complessivamente, l'esistenza di notevoli disparità sui modi di esecuzione delle attività ispettive ed ha ritenuto che da ciò derivino sia la difficoltà di garantire una piena attuazione della normativa comunitaria in materia di ambiente, sia distorsioni del principio di libera concorrenza. Per queste ragioni, il medesimo organo ha inizialmente ritenuto che si dovesse valutare l'ipotesi di introdurre prescrizioni giuridicamente vincolanti attraverso lo strumento della direttiva. Al termine del dibattito intervenuto sul tema, la stessa Commissione ha, tuttavia, giudicato non opportuno procedere alla trasformazione degli standard minimi in prescrizioni obbligatorie, considerando sufficiente modificare la Raccomandazione[51]. Questa conclusione non è, però, stata accolta dal Parlamento europeo, che nel 2008 ha adottato una risoluzione con cui ha sollecitato la Commissione a presentare una proposta di direttiva, allo scopo di chiarire le definizioni ed i criteri generali applicabili alle ispezioni ambientali e di ampliarne, al contempo, l'ambito di operatività[52].

In tale contesto, è stata adottata la Direttiva n. 2010/75/UE, il cui art. 23 è espressamente dedicato ai controlli ambientali. Il provvedimento contiene norme riguardanti la prevenzione e la riduzione integrate dell'inquinamento proveniente da attività industriali su aria, acqua e terreno nonché dalla produzione di rifiuti e si applica, di conseguenza, ad un ampio novero di attività industriali[53]. La Direttiva non fa, quindi, espressa menzione dell'inquinamento acustico. L'art. 1, co. 1, del provvedimento stabilisce, però, che «*gli Stati membri organizzano un sistema di ispezioni delle installazioni che prevedono l'esame di tutta la gamma degli effetti ambientali indotti dalle installazioni interessate*» ed accoglie così una visione da

[50] Si tratta del documento di lavoro redatto dai servizi della Commissione SEC XXXX, intitolato «*Commission staff working paper. Report on the implementation of Recommendation 2001/331/EC providing for minimum criteria for environmental inspections*», del 14 novembre 2007.

[51] In questa direzione si è collocato anche il Comitato economico e sociale europeo, che si è espresso con il parere del 22 aprile 2008.

[52] Vedi la risoluzione del Parlamento europeo del 20 novembre 2008.

[53] Le tipologie di attività soggette alle disposizioni della Direttiva sono contenute, per la maggior parte, nell'Allegato I, rispetto al quale vanno aggiunti gli impianti di combustione e di incenerimento di rifiuti nonché le installazioni ed attività che utilizzano solventi organici o che producono biossido di titanio.

cui non pare possa essere rigorosamente esclusa la suddetta forma di alterazione degli equilibri ambientali ed umani.

Si segnala anche la disposizione di cui al co. 6 dell'articolo in esame, che riprende le indicazioni della Raccomandazione sulla necessità di rendere pubbliche le relazioni predisposte al termine delle ispezioni in favore del gestore e dell'opinione pubblica[54].

Rispetto al tema dei controlli e, nello specifico, delle ispezioni in loco, la direttiva in esame riprende, complessivamente, i principi già richiamati dalla Raccomandazione 2001/331/CE, con particolare attenzione per quelli relativi alla pianificazione, ai contenuti dei relativi atti ed alla parziale distinzione di regime tra gli accessi ispettivi ordinari e straordinari. Di significativo rilievo, quanto alle prime, è l'introduzione del principio di valutazione sistematica dei rischi ambientali quale metodo di determinazione del periodo intercorrente tra due ispezioni[55].

In generale, attraverso l'applicazione delle teorie del *risk based approach* l'amministrazione valuta la probabilità che il destinatario di un obbligo non adempia e, allo stesso tempo, la rilevanza dell'impatto potenziale di tale inosservanza sull'interesse generale tutelato dalle norme. Sulla base di questa valutazione, le attività o le imprese sono classificate secondo una gradazione di rischio alla quale si collega una scala di priorità degli interventi di controllo da effettuare. Così facendo, le risorse disponibili possono prioritariamente essere impiegate per esercitare il controllo sulle imprese classificate a maggiore rischio[56].

---

[54] Con riguardo a quest'ultima categoria, però, viene raddoppiato il termine entro cui l'autorità procedente deve mettere a disposizione i suddetti documenti, dalla Raccomandazione indicato in due mesi. Ne consegue che la pubblicità dei documenti deve avvenire entro due mesi in favore del gestore ed entro quattro in favore del pubblico. Non si comprende quale sia la *ratio* di tale distinzione. Semmai, raccogliendo un suggerimento già contenuto nella medesima Raccomandazione, si potrebbe differenziare il contenuto delle relazioni da rendere pubblico, notificandole per intero all'impresa e solamente nelle loro conclusioni ai cittadini. In questo modo, qualora ve ne fosse il rischio, si potrebbe limitare la diffusione di dati aziendali da cui potrebbe, potenzialmente, derivare un qualche pregiudizio per l'attività produttiva.

[55] In proposito, l'art. 23, co. 4, della Direttiva fornisce alcuni criteri che devono costituire la base minima su cui deve essere operata la valutazione ambientale. Si tratta, innanzitutto, degli impatti potenziali e reali delle attività svolte sulla salute umana e sull'ambiente, ponderati considerando i livelli e le tipologie di emissioni, la sensibilità dell'ambiente locale ed il rischio di incidenti. Rilevano, inoltre, il livello di osservanza delle condizioni di autorizzazione e la partecipazione del gestore al sistema europeo di ecogestione e *audit* (EMAS) di cui al Regolamento (CE) n. 761/2001. La Direttiva ha stabilito, inoltre, che l'intervallo tra due ispezioni non deve superare un anno per le imprese che presentano i rischi più elevati e tre anni per quelle che presentano rischi minori. Tuttavia, qualora da un'ispezione emerga una grave inosservanza, si prevede lo svolgimento di una nuova ispezione entro sei mesi dalla prima.

[56] Sul tema, vedi il manuale redatto dal WORLD BANK GROUP, *How to Reform Business Inspections*, 2011, in specie pp. 52 e ss.. In generale, sulla *risk-based regulation*, si vedano R. BALDWIN – M.

Ne deriva, altresì, la possibilità di ipotizzare un sistema nel quale i risultati derivanti dalla successione delle ispezioni periodiche siano utilizzati per sanzionare le imprese inadempienti e, al contempo, per premiare quelle rispettose dei precetti normativi, per le quali, ad esempio, l'intervallo intercorrente tra un'ispezione e l'altra potrebbe diventare maggiore tanto più gli esiti dei controlli siano positivi.

Nel diritto ambientale, l'applicazione delle teorie della valutazione dei rischi ai controlli amministrativi può essere considerata espressione del generale principio di precauzione, attraverso il quale la regolazione pubblica interviene con l'obiettivo di disporre la tutela di situazioni giuridicamente rilevanti anche in ipotesi in cui vi siano rischi che non presentino un nesso evidente di causalità tra un evento e il danno da questo prodotto[57]. Tuttavia, nell'attuale momento storico in cui le politiche governative propendono per forti riduzioni della spesa pubblica, fondare la programmazione dei controlli periodici sulla valutazione preventiva dei rischi assume una rilevanza ancora maggiore, specie in ragione della sua capacità di accrescere il grado di efficacia delle risorse impiegate per lo svolgimento delle ispezioni amministrative.

La Direttiva n. 2010/75/UE non è ancora stata recepita nel nostro ordinamento, che ha tuttavia recentemente introdotto alcuni dei principi richiamati attraverso norme di carattere generale relative ai controlli pubblici sulle imprese private. Su queste occorre ora soffermarci.

4. *Le recenti norme in materia di controlli pubblici sulle imprese private.*

La semplificazione è uno degli elementi principali dell'ampio processo di liberalizzazione ripreso dall'attuale governo al fine di ridare slancio al tessuto imprenditoriale e promuovere, così, la ripresa dello sviluppo economico[58]. Il

---

CAVE – M. LODGE, *Understanding Regulation*, II ed., Oxford University Press, 2012, pp. 281 e ss., e, con riferimento ai settori del terrorismo e dell'ambiente, M. SIMONCINI, *La regolazione del rischio e il sistema degli standard. Elementi per una teoria dell'azione amministrativa attraverso in casi del terrorismo e dell'ambiente*, Napoli, 2010.

[57] Sul principio di precauzione si rinvia al recente contributo di F. DE LEONARDIS, *Il principio di precauzione*, in M. RENNA – F. SAITTA, *Studi sui principi del diritto amministrativo*, Milano, 2012, pp. 413 e ss. Dello stesso AUTORE vedi anche *Il principio di precauzione nell'amministrazione del rischio*, Milano, 1995. Per una prospettiva economica sul tema, si segnala altresì P. SAVONA, *Dal pericolo al rischio: l'anticipazione dell'intervento pubblico*, in *Dir. Amm.*, 2010, 2, pp. 355 e ss.

[58] Sul rapporto tra semplificazione dei procedimenti e sviluppo economico, anche in riferimento alla posizione italiana rispetto ad altri paesi europei, vedi L. TORCHIA (a cura di), *Il sistema amministrativo italiano*, Bologna, 2009, pp. 275 e ss., e, in precedenza, S. CASSESE - G. GALLI (a cura di), *L'Italia da semplificare*: - *1. Le istituzioni*, Bologna, 1998. Sul rapporto tra valutazione economica delle procedure e connesse esigenze di semplificazione, vedi invece M. DE BENEDETTO, *Istruttoria amministrativa e ordine del mercato*, Torino, 2008, in specie pp. 148 e ss.

tentativo di creare un quadro regolatorio semplice e chiaro mira, infatti, ad evitare che il sistema burocratico continui a operare quale fattore di svantaggio competitivo per le attività di impresa[59]. Si tratta di un'esigenza il cui valore è ormai riconosciuto anche a livello ultrastatale e rispetto al quale il governo italiano si è impegnato a realizzare, in tempi brevi, processi diffusi di semplificazione nell'ottica di perseguire la creazione di condizioni strutturali favorevoli per la crescita e la risoluzione delle attuali difficoltà economico – finanziarie[60].

In questo contesto, una delle linee di intervento prescelte è il supporto al processo di liberalizzazione attraverso la modifica sostanziale dei criteri guida cui si ispirano i procedimenti di controllo sulle imprese private. In particolare, se ne persegue una riarticolazione ispirata ai principi di semplicità e proporzionalità, la cui attuazione positiva comporta la necessità di evitare duplicazioni nell'oggetto del controllo e di eliminare (o, quantomeno, ridurre) le sovrapposizioni sull'attività svolta dai diversi controllori su una stessa impresa[61]. Tali principi possono, dunque, presentare evidenti riflessi sulle ispezioni come strumento del controllo pubblico sugli operatori economici.

I principi cui si è fatto cenno non sono nuovi né nell'ordinamento europeo, né in quello nazionale.

Nel primo, come si è visto, hanno ispirato le più recenti disposizioni in tema di controlli ambientali, ma sono stati posti alla base anche di provvedimenti di più ampia portata adottati in vista dello sviluppo del mercato unico. Ci si riferisce, innanzitutto, alle Comunicazioni COM(2008)394 e COM(2011)78, che hanno definito le politiche della Commissione europea in relazione all'attuazione dello *Small Business Act*, indicando la semplificazione e la riduzione degli adempimenti amministrativi quali fattori indispensabile per la crescita delle piccole e medie

---

[59] Su cui, vedi N. RANGONE, *La semplificazione delle regole e delle procedure amministrative*, p. 2, in *Treccani.it*.

[60] Vedi, in tal senso, la lettera del Presidente del Consiglio indirizzata all'Unione Europea del 26 ottobre 2011 e il conseguente Report «*Addressing Italy's high-debt/low-growth challenge*» del 29 novembre 2011, con cui il Commissario europeo agli Affari economici, in collaborazione con la Banca Centrale Europea, ha valutato la situazione italiana. Un quadro generale delle politiche di semplificazione adottate dai governi europei è contenuto, tra l'altro, nel Report dell'OECD «*Cutting Red Tape: National Strategies for Administrative Simplification*», 2006.

[61] Sul tema, vedi, con riferimento all'inquinamento acustico, TAR Emilia – Romagna, II, 1 febbraio 2010, n. 540. La decisione ha annullato un'ordinanza sindacale mediante cui si era imposta l'interruzione di tutte le attività aziendali comportanti emissioni in atmosfera e tali da generare livelli di rumore oltre i limiti di legge, in considerazione del fatto che fosse stata adottata senza tenere conto dell'attività di controllo avviata sulla medesima impresa da parte dell'autorità provinciale ossia l'autorità amministrativa preposta per legge alla tutela dell'aria. Se è vero, infatti, che il potere di ordinanza del sindaco a tutela della salute non è, in generale, inibito dal fatto che la competenza ad adottare provvedimenti definitivi appartenga ad altre amministrazioni, l'esercizio di questa è giustificato solo se l'autorità competente non si sia già attivata.

imprese. In particolare, si è ivi sostenuta la necessità di promuovere il «*coordinamento delle attività di controllo al fine di evitare duplicazioni e sovrapposizioni, assicurando la proporzionalità degli stessi in relazione alla tutela degli interessi pubblici coinvolti*». Con identico tono, i summenzionati principi sono stati successivamente formalizzati dall'art. 10 della Direttiva 2006/123/CE (c.d. direttiva servizi) e recepiti nel diritto interno dagli art. 11 e 12 del decreto legislativo n. 59/2010.

A livello nazionale, invece, la proporzionalità e la semplicità quali criteri guida delle procedure di controllo sulle imprese private erano già stati codificati, implicitamente, dall'art. 6, co. 3. della legge n. 212/2000 (c.d. Statuto del contribuente)[62].

Di recente, tuttavia, la rilevanza assunta, nel contesto della crisi internazionale, dalla esigenza di promuovere lo sviluppo del sistema produttivo, stimolando una maggiore competitività tra le imprese, ha spinto il legislatore italiano ad adottare alcune norme di valenza più ampia.

Si tratta, in primo luogo, dell'art. 49, c. 4 - *quater*, del decreto legge n. 78/2010, che la scopo di «*promuovere lo sviluppo del sistema produttivo e la competitività delle imprese, anche sulla base delle attività di misurazione degli oneri amministrativi*»[63]. La disposizione ha autorizzato il Governo ad adottare uno o più regolamenti volti a semplificare e ridurre gli adempimenti amministrativi gravanti sulle piccole e medie imprese, operando sulla base di alcuni criteri direttivi tra cui si evidenziano la «*proporzionalità degli adempimenti amministrativi in relazione alla dimensione dell'impresa e al settore di attività, nonché alle esigenze di tutela degli interessi pubblici coinvolti*» (lett. a), la «*eliminazione di autorizzazioni, licenze, permessi, ovvero di dichiarazioni, attestazioni, certificazioni, comunque denominati, nonché degli adempimenti amministrativi e delle procedure non necessarie rispetto alla tutela degli interessi pubblici in relazione alla dimensione dell'impresa ovvero alle attività esercitate*» (lett. b) ed il «*coordinamento delle attività di controllo al fine di evitare duplicazioni e sovrapposizioni, assicurando la proporzionalità degli stessi in relazione alla tutela degli interessi pubblici coinvolti*» (lett. f)[64].

---

[62] L'art. 6, co. 3, della legge n. 212/2000 stabilisce che «*L'amministrazione finanziaria assume iniziative volte a garantire che i modelli di dichiarazione, le istruzioni e, in generale, ogni altra propria comunicazione siano messi a disposizione del contribuente in tempi utili e siano comprensibili anche ai contribuenti sforniti di conoscenze in materia tributaria e che il contribuente possa adempiere le obbligazioni tributarie con il minor numero di adempimenti e nelle forme meno costose e più agevoli*». L'ambito di applicazione di questa legge è, però, limitato all'ordinamento tributario e, dunque, ai soli procedimenti di controllo e accertamento previsti in questo settore.

[63] La disposizione è stata aggiunta in sede di conversione dalla legge n. 122/2010.

[64] Ad oggi, in attuazione della disposizione citata sono stati emanati il decreto del Presidente della Repubblica n. 151/2011, recante norme di semplificazione della disciplina dei procedimenti relativi

In secondo luogo, l'art. 7, co. 1[65], del decreto legge n. 70/2011[66] ha stabilito che per ridurre il peso della burocrazia sulle imprese e sui contribuenti in materia fiscale ed «*esclusi i casi straordinari di controlli per salute, giustizia ed emergenza, il controllo amministrativo in forma d'accesso da parte di qualsiasi autorità competente deve essere oggetto di programmazione da parte degli enti competenti e di coordinamento tra i vari soggetti interessati al fine di evitare duplicazioni e sovrapposizioni nell'attività di controllo*» (lett. a). Lo stesso decreto ha istituito i distretti turistici, presso i quali sono attivati sportelli unici di coordinamento delle attività amministrative spettanti alle agenzie fiscali ed all'Inps[67], dei quali le imprese dovranno avvalersi per la risoluzione di ogni questione spettante agli enti richiamati. In proposito, si segnala che il ruolo di coordinamento degli sportelli unici riguarda anche le attività di ispezione spettanti ai suddetti enti, i cui adempimenti dovranno avvenire mediante azioni unitarie nonché essere pianificati ed esercitati in modo da «*influire il meno possibile sull'ordinaria attività propria delle imprese dei Distretti*»[68].

Da ultimo, l'art. 14 del decreto legge n. 5/2012 (c.d. decreto Semplifica Italia)[69], che si inserisce nel contesto di una norma interamente dedicata all'introduzione di misure di semplificazione orizzontali e verticali, contiene indicazioni specifiche per la riforma dei controlli pubblici sulle imprese. L'articolo citato ha disposto, innanzitutto, che le regole procedurali debbano essere ispirate «*ai principi della semplicità, della proporzionalità dei controlli stessi e dei relativi adempimenti burocratici alla effettiva tutela del rischio, nonché del coordinamento dell'azione svolta dalle amministrazioni statali, regionali e locali*». La stessa norma impone, inoltre, alle amministrazioni competenti di pubblicare *on line* la lista dei controlli cui sono assoggettate le imprese, di specificare in tale sede se

---

alla prevenzione degli incendi, ed il decreto del Presidente della Repubblica n. 227/2011, contenente norme di semplificazione di adempimenti amministrativi in materia ambientale.

[65] Come modificato dall'art. 11, c. 7, del decreto legge n. 201/2011, convertito dalla legge n. 214/2011.

[66] Come convertito dalla legge n. 106/2011.

[67] Ai sensi dell'art. 3, c. 6, lett. c, del decreto citato.

[68] È bene precisare che, a differenza delle altre disposizioni richiamate, queste ultime non sono direttamente applicative bensì subordinate all'adozione di due decreti che assicureranno l'effettiva funzionalità degli sportelli (uno interdirigenziale per le questioni inerenti le agenzie fiscali e l'Inps e uno del Presidente del Consiglio dei ministri di natura non regolamentare per i profili riguardanti le amministrazioni statali) e che, ad oggi, tali provvedimento non risultano ancora emanati. Per un approfondimento sul tema, sia consentito il rinvio a F. DI LASCIO, *Lo sviluppo del settore turistico*, in *Gior. Dir. Amm.*, 2011, 10, pp. 1054 e ss.

[69] Come convertito dalla legge n. 35/2012.

sussistono distinzioni dovute alla dimensione ed al settore di attività nonché di indicare i criteri e le modalità di svolgimento delle attività procedurali di cui i controlli constano (co. 2). Così facendo, si persegue l'obiettivo di rafforzare i principi di pubblicità e trasparenza delle procedure, azione che comporta riflessi positivi sulla costruzione di una relazione collaborativa tra amministrazioni e imprese rispetto all'esercizio delle funzioni autoritative inerenti, in specie, le ispezioni [70]. Infine, entro sei mesi dalla data di emanazione della legge di conversione del decreto era prevista l'adozione, nella forma assunta in sede di Conferenza unificata, di linee guida che dovranno fungere da riferimento per regioni ed enti locali nella fase di adeguamento dei procedimenti di controllo di loro competenza ai principi generali previsti dalle nuove norme[71].

Quanto al campo di applicazione, l'art. 14 ha portata limitata: non trova infatti applicazione in materia fiscale e finanziaria nonché nei controlli relativi alla salute e sicurezza dei luoghi di lavoro, per i quali continuano a trovare applicazione le norme settoriali previgenti. Tuttavia, tra le ipotesi residuali nulla vieta di includere i controlli ambientali, che non sono tra gli ambiti espressamente esclusi dall'articolo citato. Le nuove disposizioni, quindi, recano criteri che, laddove non già contemplati dalla legislazione e dalla prassi applicativa adottata nel sistema italiano, dovranno necessariamente essere presi in considerazione nel futuro esercizio delle attività di controllo in grado di interessare, in diversa misura, la materia ambientale. Saranno, quindi, valevoli anche in relazione alla tutela ed alla prevenzione dell'inquinamento acustico.

5. *I controlli sull'inquinamento acustico nel dibattito giurisprudenziale recente.*

[70] La disposizione contiene anche un'autorizzazione al Governo per l'adozione di uno o più regolamenti di razionalizzazione, semplificazione e coordinamento dei controlli effettuati sulle imprese e, a questo scopo, elenca numerosi principi e criteri direttivi che dovranno fungere da guida all'azione regolamentare. Si tratta, in specie della proporzionalità dei controlli e dei connessi adempimenti amministrativi al rischio inerente l'attività controllata nonché alle esigenze di tutela degli interessi pubblici (lett. a); della eliminazione di attività di controllo non necessarie rispetto alla tutela degli interessi pubblici (lett. b); del coordinamento e della programmazione dei controlli da parte delle amministrazioni in modo da assicurare la tutela dell'interesse pubblico evitando duplicazioni e sovrapposizioni e da recare il minore intralcio possibile al normale esercizio delle attività dell'impresa (lett. c); della collaborazione con i soggetti controllati al fine di prevenire rischi e situazioni di irregolarità (lett. d); della informatizzazione degli adempimenti e delle procedure amministrative, secondo la disciplina del codice dell'amministrazione digitale (lett. e); della razionalizzazione, anche mediante riduzione o eliminazione di controlli sulle imprese e tenendo conto del possesso di certificazione del sistema di gestione per la qualità ISO o altra appropriata certificazione emessa da un organismo di certificazione accreditato designato da uno Stato membro oppure firmatario degli accordi internazionali di mutuo riconoscimento (lett. f).

[71] Il termine di riferimento in questione era il 4 ottobre 2012.

Come accennato all'inizio del presente contributo, negli ultimi anni la giurisprudenza amministrativa è stata interessata da numerosi ricorsi relativi a questioni sorte in tema di inquinamento acustico. Analizzando le decisioni intervenute, è possibile individuare alcuni temi che in misura maggiore sono stati oggetto di sottoposizione al giudizio e, tra questi, vi sono i modi di svolgimento delle ispezioni nei luoghi dove si svolgono le attività produttive.

Le sentenze intervenute hanno ad oggetto profili che, complessivamente, non mettono in discussione gli assetti organizzativi del sistema di controllo, fondato come già detto, sugli interventi delle agenzie regionali in fase di accertamento tecnico e sull'esercizio di competenze dei comuni nella fase di avvio e di conclusione dei procedimenti ispettivi. L'attenzione dei giudici si è, invece, soffermata su questioni inerenti le modalità procedurali con cui le stesse ispezioni si svolgono in relazione alle procedure e prassi adottate.

In particolare, è ormai consolidato l'orientamento per il quale, nelle ispezioni ambientali, il contraddittorio si considera legittimamente instaurato anche qualora manchi la comunicazione di avvio o la stessa sia notificata in un momento successivo al concreto svolgimento delle azioni materiali di accertamento. Infatti, in generale «*gli atti istruttori che precedono l'eventuale emanazione di ordinanze in materia di inquinamento acustico debbono caratterizzarsi per l'elemento sorpresa poiché, laddove il soggetto controllato sapesse in anticipo di essere sottoposto a controllo potrebbe alterare gli elementi di fatto che normalmente incidono sul livello di rumorosità da misurare eludendo l'efficacia del controllo*»[72]. Quanto affermato è ancora più evidente se riferito al fenomeno delle emissioni acustiche derivanti da un'attività produttiva che, essendo suscettibile di essere notevolmente influenzato dai modi di esecuzione della medesima attività, rende legittimo il c.d. diritto alla sorpresa nell'espletamento delle attività istituzionali[73].

La recente giurisprudenza amministrativa, quindi, non giustifica la deroga relativa all'omessa comunicazione di avvio sulla base delle «*ragioni di impedimento derivanti da particolari esigenze di celerità del provvedimento*» di cui all'art. 7, co. 1, della legge n. 241/1990.

Questa interpretazione appare dovuta ad un aspetto peculiare tipico dell'attività ispettiva di cui si discute. Come già accennato infatti, lo svolgimento di ispezioni in loco si configura quale esercizio di attività conoscitiva da parte dell'amministrazione e si concreta in azioni materiali volte ad accertare, soprattutto attraverso rilevazioni tecniche, il rispetto dei limiti sonori imposti dalle norme. Si

[72] Vedi TAR Toscana, II, 3 agosto 2012, n. 1437. Il valore dell'"effetto sorpresa" quale fattore indispensabile per l'efficacia dei controlli sull'inquinamento acustico è riconosciuto anche da TAR Puglia, I, 24 gennaio 2006, n. 488.

[73] Vedi TAR Umbria, I, 26 agosto 2011, n. 271, sui si segnala la nota di M. A. MAZZOLA, in *Riv. Giur. Amb*., 2012, 1, pp. 91-93.

tratta, perciò, di un'attività che è propedeutica alla formulazione del giudizio sul controllo effettuato e che diviene rilevante, per i controllati, solo nel caso in cui tale giudizio dia esito negativo e, quindi, allo stesso succeda l'adozione di una misura impeditiva o sanzionatoria.

La valenza strumentale dell'attività ispettiva è confermata dalla giurisprudenza, che ha riconosciuto agli atti contenenti i risultati dei controlli effettuati dalle agenzie regionali per l'ambiente la natura di atti endoprocedimentali di natura istruttoria, ritenendoli come tali privi di valore provvedimentale e, quindi, non suscettibili di impugnazione autonoma[74].

La rilevanza interna delle relazioni ispettive non ne inficia, però, l'importanza con riferimento alla legittimità dell'esercizio del potere di ordinanza sindacale di cui all'art. 9 della legge quadro n. 447/1995 nonché di altri provvedimenti che il comune può adottare per limitare o inibire le attività produttive nell'ambito dei suoi poteri di cui all'art. 50 del decreto legislativo n. 267/2000. L'adozione di detti provvedimenti, infatti, deve considerarsi illegittima se avviene in assenza di un compiuto accertamento tecnico, il quale non può essere sostituito da un sommario giudizio di presunzione sulla presenza di emissioni sonore classificabili come inquinamento acustico [75]. Inoltre, le verifiche ed i riscontri che le agenzie regionali svolgono attraverso le ispezioni costituiscono sufficiente ed autonomo presupposto per l'adozione delle richiamate ordinanze, in quanto si tratta dell'organo tecnico cui la legge espressamente attribuisce tale funzione[76].

Sotto un altro aspetto, rileva la considerazione secondo cui la disciplina sulla partecipazione non esclude espressamente che la comunicazione di avvio del procedimento sia preceduta da ispezioni svolte senza la presenza dell'interessato: quest'ultimo potrà, infatti, essere informato di tali attività in un momento successivo, nel quale potrà intervenire e conoscere gli atti procedimentali, per poi accogliere oppure contestare le risultanze degli accertamenti compiuti. In questa ipotesi, che può verificarsi ad esempio con riferimento alle ispezioni periodiche, non avviate per istanza di parte o a causa di incidenti, i rapporti e le relazioni finali sono atti prodromici che costituiscono il presupposto per l'adozione di successivo provvedimento contenente la misura del controllo[77].

Da questa considerazione discende, altresì, che non può essere considerato illegittimo il comportamento dell'amministrazione se non comunica all'interessato

---

[74] Vedi ancora TAR Toscana, II, 3 agosto 2012, n. 1437.

[75] Si veda in proposito TAR Lombardia, IV, 20 maggio 2008, n. 1814. Dello stesso tenore anche TAR Lazio, I, 16 novembre 2011, n. 916, e TAR Campania, III, 13 gennaio 2005, n. 1127.

[76] Vedi TAR Piemonte, II, 12 ottobre 2011, n. 1127.

[77] Vedi Cons. Stato, V, 5 marzo 2003, n. 1224. Di simile orientamento anche TAR Puglia, I, 24 settembre 2003, n. 3591.

l'avvio delle ispezioni e provvede in tal senso quando le stesse sono già state espletate ed abbiano fornito informazioni che rendono necessaria l'adozione di provvedimenti da cui deriva un qualche obbligo conformativo, limitativo o impeditivo. Così facendo, la partecipazione viene comunque garantita ai sensi dell'art. 7 della legge n. 241/1990, ma l'obbligo incorre solo dopo l'espletamento delle ispezioni[78].

Secondo un altro orientamento, non è giustificata l'omissione della comunicazione di avvio a fronte dell'apertura di un procedimento culminante con l'inibizione notturna dell'attività imprenditoriale adottato in seguito ad una precedente ordinanza con cui erano stati imposti interventi di bonifica acustica[79]. In questa fattispecie, la comunicazione di avvio avrebbe, infatti, permesso di verificare, in contradditorio, la fondatezza degli accertamenti tecnici rispetto alle soluzioni prospettate nel piano di revisione sonora. Può, quindi, essere accordata valenza generale al principio secondo cui l'esonero dalla comunicazione di avvio non può essere legato alla astratta qualificazione del provvedimento da adottare, ma è giustificato dalla esistenza di una situazione concreta di comprovata necessità ed urgenza oppure dalla qualificazione della medesima urgenza nel senso che la comunicazione di avvio sia suscettibile di compromettere il soddisfacimento dell'interesse pubblico cui l'azione ispettiva è orientata[80].

6. *Considerazioni conclusive.*

L'analisi del complesso normativo dedicato alle ispezioni sull'inquinamento

[78] Ad esempio, sempre dalla lettura di TAR Toscana, II, 3 agosto 2012, n. 1437, che aveva ad oggetto la richiesta di annullamento di un'ordinanza che imponeva alla ricorrente, proprietaria di uno stabilimento di molitura dei cereali, di adottare adeguate opere di insonorizzazione atte a garantire il rispetto del valore limite di emissione, si evince che l'avviso di cui all'art. 7 della legge n. 241/1990 è stato comunicato contestualmente all'avvio del procedimento propedeutico all'adozione dell'atto impugnato. In generale, peraltro, l'intervento della comunicazione di avvio in un momento successivo non impedisce ai destinatari dell'azione ispettiva di contestare i profili tecnici delle rilevazioni effettuate.

[79] Nel caso in questione, la ricorrente aveva presentato un apposito progetto di bonifica, non approvato né respinto dal comune, che secondo il giudice forniva testimonianza della buona fede e della volontà dell'azienda di pervenire ad una soluzione dei problemi riscontrati dall'amministrazione. Vedi TAR Toscana, II, 16 giugno 2010, n. 1930, che richiama, sul tema ma con riferimento ad ambiti diversi dall'inquinamento acustico, i precedenti Cons. Stato, VI, 10 settembre 2009, n. 5439, Cons. Stato, II, 31 gennaio 2007, n. 7468, e Cons. Stato, VI, 3 febbraio 2004, n. 330. Una recente disamina della giurisprudenza relativa all'omessa comunicazione di avvio è contenuta in G. CORSO – G. FARES, *Il provvedimento amministrativo nella giurisprudenza*, Torino, 2011, pp. 115 e ss.

[80] Nella fattispecie in esame, peraltro, l'azione amministrativa non poteva essere giustifica nemmeno sulla base di ragioni di celerità e urgenza, in quanto i primi accertamenti sul superamento delle soglie di rumore emesse dai macchinari industriali erano risalenti nel tempo.

acustico ha posto in evidenza alcune criticità che non emergono solo con riferimento a tale forma di inquinamento ma paiono comuni anche ad altri ambiti del diritto ambientale nonché, per alcuni versi, incidono in generale sull'esercizio della funzione ispettiva nei confronti delle imprese private.

Nel diritto positivo attualmente vigente a livello nazionale, infatti, le ispezioni sono oggetto di un quadro di regole settoriali complesse, caratterizzato dall'assenza di una normativa organica e unitaria, da cui deriva l'impossibilità di costruire un'architettura di sistema che sia dotata di una base minima comune ai diversi ambiti materiali disciplinati[81].

Questo assetto produce conseguenze particolarmente evidenti sull'attività conoscitiva esercitata mediante strumenti autoritativi. L'uso di tali mezzi, infatti, è guidato da disposizioni distinte a seconda del settore interessato. Ne deriva, ad esempio, che il grado di procedimentalizzazione delle ispezioni fiscali o in materia di lavoro è ben più elevato di quello in materia ambientale, con conseguenze anche riguardo alla tipicità degli atti adottati. Ne consegue anche che, nei due casi, i poteri assegnati agli ispettori si differenziano. Similmente avviene per le procedure di tutela previste dall'ordinamento nazionale. Inoltre, in alcuni ambiti l'assenza di un quadro di principi minimi trasversali può essere colmata attraverso l'applicazione di specifiche norme comunitarie, come nel caso delle ispezioni in materia di concorrenza. Ma, allo stesso tempo, questo processo accresce le divergenze tra settori regolati e altri oggetto di regolazioni frammentarie, non aggiornate o non sufficientemente strutturate, come nel caso della variegata *congerie* di ispezioni previste in funzione di vigilanza igienico sanitaria, laddove particolarmente evidente è la sovrapposizione di competenze inquirenti.

---

[81] Si potrebbe obiettare, in tal senso, che si sottovaluta l'utilità del rinvio ad alcuni dei criteri generali di cui alla Parte prima della Costituzione, in specie con riferimento all'art. 14, da cui deriva l'inviolabilità del domicilio quale limite all'esercizio del potere ispettivo nonché la necessità che questo abbia un fondamento legislativo per le ispezioni disposte «*per motivi di sanità e incolumità pubblica*» nonché «*a fini economici e fiscali*». Tuttavia, nel primo caso non è indicato con evidenza cosa debba intendersi con la nozione domicilio ovvero se in tale accezione sia compresa solo la privata dimora o rientrino anche i locali dell'impresa, distinzione questa oggetto di ampio dibattito giurisprudenziale a livello europeo. Vedi, ad esempio, le sentenze delle corti europee citate in G. DELLA CANANEA, *The European Union and the «legitimate use of force»: administrative inspections and legal safeguards*, paper discusso in occasione del convegno «*The Nature of Inquisitorial Processes in Administrative Regimes: Global Perspectives*», University of Windsor, Canada, 26-27 maggio 2011. Anche rispetto al secondo profilo, l'ambito di operatività del principio costituzionale pare eccessivamente ampio a fronte, ad esempio, della previsione di generici compiti di vigilanza in molteplici settori rispetto ai quali, non essendo sempre agevole la riconduzione ad una delle due aree indicate, potrebbe prospettarsi la sussistenza di poteri ispettivi anche in assenza di una specifica disposizione di legge. Non è di ausilio, nel senso indicato, neanche l'art. 6, co. 1, lett. b, della legge n. 241/1990 laddove, elencando i compiti del responsabile del procedimento, prevede genericamente che lo stesso possa «*esperire accertamenti tecnici ed ispezioni ed ordinare esibizioni documentali*». Semmai, tale disposizione rafforza l'ipotesi che le ispezioni si espletano ed esauriscono quali momenti dell'istruttoria amministrativa, non rappresentando quindi un procedimento autonomo.

Le disfunzioni rilevate sono riferite al contenuto sostanziale dell'impianto normativo vigente in materia, il quale, tuttavia, presenta anomalie anche nel suo carattere formale, particolarmente rispetto agli elevati costi amministrativi che genera per le imprese private e di cui si è detto. Si tratta di un effetto che si pone in netto contrasto con la richiamata tendenza alla formulazione di politiche nazionali di semplificazione. La semplificazione, assume, infatti, assume una portata trasversale, in grado di condizionare tutti i procedimenti di una certa categoria e, di conseguenza, l'azione dei diversi soggetti istituzionali a vario titolo competenti nel connesso ambito materiale.

Non pare, peraltro, che i più recenti interventi normativi in materia offrano soluzioni immediatamente efficaci rispetto ai problemi prospettati. Infatti, a differenza di quanto accaduto in altri sistemi europei, come ad esempio nel Regno Unito[82] o in Olanda[83], il riordino delle procedure di controllo complessivamente intese, pur se connesso alla misurazione degli oneri amministrativi per espresso disposto normativo, non si colloca all'interno di un più ampio e duraturo processo di valutazione delle politiche pubbliche e dei meccanismi di regolazione. Non è stato, quindi, preceduto da un'analisi volta a misurarne i costi e gli oneri per il sistema amministrativo e per le imprese e dalla quale fosse possibile trarre indicazioni prospettiche sull'impatto effettivo della riforma, da utilizzare in sede di costruzione normativa[84].

Piuttosto, la spinta all'adozione delle disposizioni esaminate deriva dall'urgenza di introdurre meccanismi e procedure mediante cui cercare di attuare una rapida accelerazione nella ripresa dello sviluppo produttivo ed imprenditoriale. Il perseguimento di questo obiettivo, che trova giustificazione nelle ragioni della crisi e che è imprescindibile per il mantenimento di un clima fiduciario nei confronti del nostro Paese a livello europeo, sconta però delle difficoltà oggettive. Principalmente, si evidenzia il rischio che la produzione di effetti positivi sul sistema si verifichi nell'immediato e di non abbia poi carattere durevole nel medio – lungo periodo. Inoltre, si pone un punto di incertezza derivante dalla possibilità che l'attuazione ed implementazione delle riforma sui controlli produca

[82] Per un quadro generale delle politiche di semplificazione in corso nel sistema inglese, il report «*Reducing administrative burdens: effective inspection and enforcement*» (c.d. *Hampton Report*), pubblicato nel 2005 (reperibile su *www.hm-treasury.gov.uk/hampton*) e i successivi *reports*, tutti pubblicati nel 2008, dove i *key - regulators* coinvolti nel processo di riordino e semplificazione dei controlli ispettivi danno conto del grado di attuazione della riforma.

[83] Dove è in corso l'*Inspection Reform Programme* (vedi, in proposito, il sito dedicato *www.inspectieloket.nl*).

[84] Per l'importanza che assume, all'intero del ciclo della regolazione, la valutazione degli impatti delle regole, vedi M. DE BENEDETTO – N. RANGONE – M. MARTELLI, *La qualità delle regole*, Bologna, 2012, in particolare il cap. III.

comunque dei costi, amministrativi ed economici, a monte non preventivati né dimensionati.

Inoltre, le disposizioni di cui al decreto "Semplifica Italia", seppure si applicheranno al settore ambientale, non incideranno in modo significativo sulla frammentazione e complessità del quadro normativo di riferimento. Né contribuiranno ad accrescerne, come invece sarebbe stato auspicabile, unitarietà e linearità nella descritta ottica di riduzione degli oneri amministrativi. Di tali mancanze potrebbe risentire, paradossalmente, anche la costruzione delle linee guida volte a dare omogeneità ai nuovi meccanismi di controllo sui diversi livelli di governo territoriale. Infatti, regioni ed enti locali si autovincoleranno ad operare in modo conforme all'amministrazione centrale solo in alcuni ambiti, permanendo invece le diversità procedurali esistenti nei settori esclusi dall'applicazione del decreto.

D'altro canto, la stessa assenza di chiarezza circa l'ambito di operatività dei nuovi principi renderà necessario procedere per via interpretativa, il che non mancherà di produrre difficoltà. Un esempio può essere fatto con riferimento all'esatta individuazione del grado di cogenza delle norme di cui all'art. 14 del decreto legge n. 5/2012 rispetto ai poteri ispettivi esercitati dalle autorità indipendenti nei settori da loro vigilati. In quest'ottica, non pare di potersi ravvisare un percorso applicativo semplice per le nuove norme, sebbene una possibile attenuazione delle criticità rilevate possa derivare dall'attuazione che i regolamenti attuativi faranno dei principi generali.

In termini propositivi, per far sì che il riordino contingente dei controlli sulle imprese private possa diventare una riforma di sistema più efficace e duratura, si dovrebbe in primo luogo procedere a razionalizzare l'organizzazione amministrativa del sistema.

Le esperienze straniere forniscono, in merito, qui alcune interessanti soluzioni, che hanno in comune un forte sviluppo delle capacità di coordinamento e interconnessione dei soggetti competenti per le singole procedure di controllo. Ad esempio, nel sistema olandese l'attuazione della riforma dei controlli sulle imprese private è stata affidata all'*Inspection Council*, che opera in collaborazione con gli ispettorati governativi dotati di funzioni inquirenti nei diversi ambiti di competenza[85]. Similmente, nel nostro ordinamento si potrebbero rafforzare le funzioni di cabina di regia dei controlli in capo all'ISPRA.

In secondo luogo, lo stesso istituto potrebbe fungere da riferimento per l'armonizzazione delle procedure a livello regionale e locale, adottando regolamenti e altri atti amministrativi mediante cui rendere vincolanti, per le agenzie regionali e per gli altri soggetti in vario modo coinvolti nelle attività ispettive, i principi generali previsti dalle norme, arricchendoli quando necessario con il recepimento informale degli standard minimi sulle ispezioni previsti a livello

[85] Vedi ancora l'*Inspection Reform Programme* (reperibile su *www.inspectieloket.nl*).

europeo.

Infine, sarebbe opportuna una ricognizione dell'allocazione funzionale vigente, al fine di una sua successiva razionalizzazione volta ad eliminare, quando presenti, sovrapposizioni e duplicazioni, specie con riferimento ad ambiti materiali affini. Così facendo, si verrebbe a rafforzare la rete del sistema organizzativo attuale, dando un nuovo rilievo alla costruzione di relazioni biunivoche aperte in grado di garantire, tra l'altro, l'autocontrollo «*inteso come capacità di garantire la legalità sostanziale dell'azione amministrativa da parte di ciascun soggetto di autonomia*»[86].

[86] Vedi G. DE MARTIN, *Disciplina dei controlli e principi di buon andamento*, in AA.VV., *I controlli sulle autonomie nel nuovo quadro istituzionale*, Milano, 2007, p. 211.

ABSTRACT

Francesca Di Lascio - *Le ispezioni sull'inquinamento acustico*

Negli ultimi anni i giudici amministrativi sono stati chiamati in misura crescente a decidere su questioni relative all'inquinamento acustico. Anche in ambito nazionale è, quindi, ormai avvertita la necessità di contenere entro stretti limiti questa forma di danneggiamento della salute umana e dell'ambiente che, a livello comunitario, è da tempo oggetto di politiche finalizzate alla sua riduzione e controllo. Tra gli strumenti che il diritto positivo prevede per questa finalità un ruolo rilevante è svolto da quelli atti a verificare il grado di implementazione delle previsioni normative, che nel diritto interno poggia sull'esercizio di attività di vigilanza con carattere autoritativo. In particolare, le ispezioni condotte sulle imprese dalle autorità ambientali regionali sono propedeutiche all'esercizio eventuale di una ulteriore funzione autoritativa esercitata dagli enti locali, mediante cui si può disporre l'adozione di misure amministrative a carattere impeditivo o sanzionatorio attraverso lo strumento dell'ordinanza sindacale. In tale contesto, il contributo ricostruisce il quadro normativo che regola, nel diritto interno, l'esercizio della funzione ispettiva di vigilanza sull'inquinamento acustico. Sono poi esaminate le previsioni che il diritto comunitario dedica alle ispezioni ambientali e le norme recentemente adottate nel nostro ordinamento in tema di controlli pubblici sulle imprese private. Infine, sono riportati e discussi i principali orientamenti della recente giurisprudenza su questioni connesse con l'esercizio dell'attività ispettiva di vigilanza. Si conclude ponendo l'attenzione sulle criticità emerse, che si ritrovano anche in altri ambiti materiali laddove si esercita la funzione ispettiva sulle imprese private. In primo luogo, manca nel diritto nazionale una normativa organica e unitaria in materia di ispezioni e da ciò deriva l'impossibilità individuare standard minimi uniformemente applicabili nei diversi settori. In secondo luogo, l'articolazione delle attività ispettive genera elevati costi amministrativi per le imprese private e contrasta la tendenza alla riduzione degli oneri ed alla semplificazione delle procedure. Dovrebbe, quindi, essere razionalizzare l'organizzazione amministrativa del sistema ed individuata una cabina di regia a livello nazionale che armonizzi le regole a livello regionale e locale e renda vincolanti i principi generali previsti dalle norme e dagli standard europei.

Francesca Di Lascio - *The inspections of noise pollution*

In recent years, the administrative courts are increasingly called upon to decide on matters relating to noise pollution. At the national level there is now a need to keep noise within constricted limits as this is a form of damage to human health and the environment. At the Community level, it has already been the object of policies aimed at its reduction and control. Besides the tools that the law provides for this purpose, a significant role is played by those required to assess the degree of implementation of the statutory provisions that the law is based on. This exercise is supported by supervisory activities of authoritative nature. In particular, the inspections on businesses carried out by the regional environmental authorities have the possibility of a having a further authoritative function exercised by local authorities by which they may dispose the adoption of administrative measures or sanctions through unions. In this context, these contributions construct the regulatory framework governing domestic law or the exercise of the supervisory inspections on environmental noise. The forecasts that the Community law dedicates to environmental inspections and standards recently adopted in our system in terms of public controls on private companies are also examined. Finally, the main decisions of recent law cases on matters connected with the application of inspection supervision are reported and discussed. It is concluded by focusing on the problems that emerged, which are also found in other areas of law where the inspection function is exerted on private companies. First, there is no comprehensive legislation in national law which unifies inspection and hence the inability to identify minimum standards uniformly applicable in different sectors. Second, inspections generate high administrative costs for private companies and counteract the tendency to the reduction of costs and the simplification of procedures. Therefore, the administrative organization system should be rationalized and a control should be identified at the national level to harmonize the rules at regional and local level and make binding the general principles laid down by the rules and European standards.

NOTE A SENTENZA

Consiglio di Stato, Sez. IV, 23 maggio 2012, n. 3039

Segue nota di Annamaria Gigli
Energia e paesaggio: nulle le autorizzazioni uniche regionali rilasciate nonostante il dissenso dell'autorità paesaggistica in conferenza di servizi

Testo della sentenza:

FATTO e DIRITTO

1.Il Ministero per i beni e le attività culturali impugna distintamente le sentenze del Tribunale amministrativo regionale del Molise n. 734 (qui appello a registro generale n. 451 del 2012) e n. 735 (qui appello a registro generale n. 449 del 2012), entrambe del 15 novembre 2011, con le quali, in rispettivo accoglimento delle domande giudiziali delle odierne appellate Api Nuova Energia s.r.l. (e dichiarazione di conseguente improcedibilità del ricorso, riunito a quello, di Terna – Rete Elettrica Nazionale s.p.a., avente causa da quella ricorrente) e Società Inergia s.p.a., titolari di distinte autorizzazioni regionali per la realizzazione di due consistenti impianti eolici di produzione di energia elettrica nel territorio molisano (variamente interessanti il territorio dei comuni di Santa Croce di Magliano e Rotello il primo; il territorio degli stessi comuni oltre quello di San Giuliano di Puglia il secondo), sono stati annullati atti adottati dalla Direzione regionale per i beni culturali e paesaggistici del Molise recanti l'invito alla Regione Molise a ritirare in autotutela le autorizzazione e la diffida alle società private dall'intraprendere i lavori di costruzione degli impianti.
2. Le sentenze qui impugnate accolgono i ricorsi principali delle società interessate (in sostanza solo in parte il secondo, tranne cioè la domanda di risarcimento dei danni e la domanda di accertamento degli effetti decadenziali, e favorevoli all'istanza, dell'inutile decorso del termine di annullamento dell'art. 159 d.lgs. 22 gennaio 2004, n. 42), annullano gli atti impugnati, in particolare i decreti di diffida dall'avvio dei lavori adottati dall'organo decentrato del Ministero per i beni e le attività culturali e dichiarano inammissibili i ricorsi incidentali proposti dalla stessa Amministrazione statale, odierna appellante, avverso le autorizzazioni uniche regionali, dopo aver rilevato per ciascuno dei due casi: *1)* che il dissenso espresso in conferenza di servizi dalla Soprintendenza non poteva poi impedire il rilascio da parte della Regione dell'autorizzazione unica di cui all'art. 12 d.lgs. 29 dicembre 2003, n. 387, essendo la Soprintendenza al più titolare, ai sensi dell'art. 159 d.lgs. 22 gennaio 2004, n. 42, di un potere di annullamento - nello specifico non esercitato - delle autorizzazioni paesaggistiche regionali rilasciate nel 2009, ai sensi dell'art. 159 d.lgs. n. 42 del 2004, prima della stessa conferenza di servizi; *2)* che,

pertanto, dovevano ritenersi legittime le autorizzazioni uniche alla realizzazione degli impianti (n. 14 del 9 aprile 2010 e n. 20 del 20 aprile 2010) rilasciate dalla Regione Molise, nonostante il dissenso espresso e motivato fatto constatare in quella sede di conferenza di servizi dal rappresentante del Ministero per i beni e le attività culturali; *3)* che, per converso, illegittime dovevano ritenersi le impugnate ripetute diffide della Direzione regionale per i beni culturali e paesaggistici di interdizione dell'avvio dei lavori, stante anche la palese tardività, e quindi l'inammissibilità, dei ricorsi incidentali proposti dal Ministero avverso le predette autorizzazioni uniche regionali e il difetto di loro incidentalità per mancanza di connessione con gli atti impugnati in via principale.
3. Insorge avverso tali sentenze l'appellante Amministrazione statale deducendo, in entrambi gli appelli, i seguenti motivi: *a)* nullità delle autorizzazioni uniche regionali rilasciate nonostante il dissenso espresso della Soprintendenza, in violazione dell'art. 14-*quater* della legge 7 agosto 1990, n. 241; *b)* sussistenza delle condizioni legittimanti l'impugnazione incidentale di primo grado, stante la connessione tra gli atti ivi impugnati e l'insorgenza, a seguito della proposizione del ricorso principale, dell'interesse al ricorso incidentale; *c)* inapplicabilità alla fattispecie del regime ordinario del procedimento di autorizzazione paesaggistica di cui al d.lgs. 22 gennaio 2004, n. 42 (*Codice dei beni culturali e del paesaggio*), e in esso del regime transitorio dell'art. 159, per essere il procedimento autorizzatorio degli impianti destinati alla produzione di energie da fonti rinnovabili autonomamente normato in via speciale ed esclusiva nell'ambito di una disciplina *ad hoc*, quale quella dell'art. 12 d.lgs. 29 dicembre 2003, n. 387 (salvo i procedimenti ivi richiamati, come ad es. quello, ove del caso, di valutazione di impatto ambientale).
Conclude l'Amministrazione appellante per la reiezione consequenziale dei ricorsi di primo grado, in integrale riforma di ciascuna delle due impugnate sentenze.
Si sono costituite in giudizio le appellate società nonché la Regione Molise per resistere agli appelli e chiederne la reiezione. Terna – Rete Elettrica Nazionale s.p.a. spiega altresì appello incidentale condizionato con cui torna a chiedere l'accoglimento del ricorso, dichiarato improcedibile dal primo giudice.
Le parti hanno prodotto ulteriori memorie a sostegno delle loro rispettive tesi difensive.
All'udienza del 17 aprile 2012 i ricorsi sono stati trattenuti per la sentenza.
4. Va anzitutto disposta la riunione dei ricorsi di cui epigrafe, stante l'evidente connessione oggettiva delle questioni che vi si propongono e l'opportunità della loro trattazione unitaria in vista della definizione con un'unica sentenza.
5.Gli appelli sono fondati e vanno accolti.
5.1 Le censure d'appello, proposte in entrambi i mezzi con analoghe prospettazioni difensive, possono essere trattate congiuntamente.
Come si è anticipato, il Ministero per i beni e le attività culturali censura anzitutto le sentenze impugnate nelle parti in cui il giudice di primo grado, nel dichiarare

l'inammissibilità dei ricorsi incidentali proposti dall'Amministrazione avverso le autorizzazioni uniche regionali, ex art. 12 d.lgs. 29 dicembre 2003, n. 387, alla realizzazione degli impianti, non avrebbe compiutamente analizzato la natura radicale del vizio dedotto a carico di tali provvedimenti abilitativi regionali, sussumibile nella categoria giuridica della nullità e tale da sottrarre l'impugnazione incidentale dal rispetto dei termini processuali di decadenza. Secondo l'appellante Amministrazione, le autorizzazioni uniche regionali alla realizzazione degli impianti, in quanto inficiate da nullità, ai sensi dell'art. 21-*septies* della legge 7 agosto 1990, n. 241, per difetto assoluto di attribuzioni nonché per carenza di un elemento essenziale dell'atto (appunto l'assenso agli interventi programmati da parte della competente Soprintendenza), avrebbero dovuto considerasi *tamquam non essent* e come tali in ogni tempo censurabili. Inoltre, sussisterebbe il vincolo di connessione tra le impugnazioni reciproche proposte dalle parti nei giudizi di primo grado, considerato che l'interesse all'impugnazione delle autorizzazioni uniche regionali sorge proprio per effetto dell'impugnazione principale proposta dalle società avverso l'ordine inibitorio adottato dalla Direzione regionale per i beni culturali e paesaggistici al fine di salvaguardare interinalmente l'integrità del paesaggio, ad evitarne la compromissione a causa della realizzazione di interventi fondati su atti invalidi.

5.2 La censura è meritevole di favorevole apprezzamento.

Appare anzitutto condivisibile il rilievo preliminare che svolge l'Amministrazione ministeriale appellante riguardo alla natura speciale della disciplina legislativa sul procedimento autorizzatorio degli impianti destinati alla produzione di energia elettrica da fonti rinnovabili.

In questa materia, il legislatore nazionale, nel dare attuazione alla direttiva comunitaria 2001/77/CE del 27 settembre 2001 (*Direttiva del Parlamento europeo e del Consiglio sulla promozione dell'energia elettrica prodotta da fonti energetiche rinnovabili nel mercato interno dell'elettricità*), finalizzata a disciplinare uniformemente e ad incentivare tali forme di produzione di energia anche a mezzo della semplificazione dei procedimenti autorizzatori, è intervenuto con una disciplina procedimentale *ad hoc* che culmina con il rilascio (o con il diniego) della c.d. *autorizzazione unica* regionale. Questa disciplina procedimentale è definita dall'art. 12 del d.lgs. 29 dicembre 2003, n. 387 (*Attuazione della direttiva 2001/77/CE relativa alla promozione dell'energia elettrica prodotta da fonti energetiche rinnovabili nel mercato interno dell'elettricità*).

Il tratto peculiare di tale disposizione, frutto delle suindicate finalità semplificatorie e di concentrazione, consiste nel fatto che la stessa ha individuato nella conferenza di servizi il modulo procedimentale ordinario essenziale alla formazione del successivo titolo abilitativo funzionale alla costruzione e all'esercizio degli impianti di produzione di energia elettrica alimentati da fonti rinnovabili.

Questa disciplina – incentrata sulla concentrazione procedimentale in ragione del confronto richiesto dall'approvvigionamento energetico mediante tecnologie che non immettano in atmosfera sostanze nocive, e sul valore aggiunto intrinseco allo stesso confronto dialettico delle amministrazioni interessate - presenta effettivamente, *ratione materiae*, carattere speciale e (proprio a causa di quel modulo procedimentale, che altrimenti sarebbe attenuato) anche per ciò che riguarda la valutazione dell'impatto paesaggistico, rispetto a quella ordinaria prevista all'epoca dall'art. 151 d.lgs. 29 ottobre 1999, n. 490 e poi dagli artt. 159 e 146 d.lgs. 22 gennaio 2004, n. 42: di guisa che il modello procedimentale e provvedimentale legittimante l'installazione di siffatti impianti è esclusivamente quello dell'autorizzazione unica regionale, tipizzato espressamente da questo art. 12 d.lgs. n. 387 del 2003 (e secondo le previsioni ivi stabilite).
Ne consegue che l'ordinario procedimento di verifica della compatibilità paesaggistica, di cui ai ricordati artt. 159 e 146 del *Codice dei beni culturali e del paesaggio*, non è idoneo, né da solo né se fatto "confluire" in quello della autorizzazione unica, alla legittimazione paesaggistica per (art. 12 cit., comma 3) *"la costruzione e l'esercizio degli impianti di produzione di energia elettrica alimentati da fonti rinnovabili, gli interventi di modifica, potenziamento, rifacimento totale o parziale e riattivazione, come definiti dalla normativa vigente, nonché le opere connesse e le infrastrutture indispensabili alla costruzione e all'esercizio degli impianti stessi"*; e che dunque – in deroga a quanto stabilito per tutti gli altri interventi - il potere di annullamento previsto in via transitoria dall'art. 159, o quello di parere preventivo previsto a regime con le forme dell'art. 146 in capo al Ministero per i beni e le attività culturali non rappresenta la modalità, voluta dalla legge, di concreta cogestione statale delle verifiche locali di questa compatibilità.
Stante questa specialità e la chiara espressione normativa del richiamato art. 12 del d.lgs. 29 dicembre 2003, n. 387, e considerato che l'autorizzazione unica va rilasciata *"nel rispetto delle normative vigenti in materia di tutela dell'ambiente, di tutela del paesaggio e del patrimonio storico-artistico"*, la conferenza di servizi è per la legge la sede propria e esclusiva (senza alcuna "confluenza" parcellizzante il confronto) in cui le amministrazioni interessate (e in particolare il Ministero per i beni e le attività culturali) manifestano – con le forme ivi necessarie - l'assenso o il dissenso rispetto al rilascio del domandato titolo abilitativo regionale alla realizzazione dell'impianto.
Quel procedimento dell'art. 12 è infatti "unico", nel senso di unitario ed assorbente le altre, generali, modalità di verifica degli interessi pubblici incisi, e rispetto ad esso trovano applicazione, per quanto non diversamente previsto, le disposizioni generali sul procedimento amministrativo di cui alla l. 7 agosto 1990, n. 241, come espressamente richiamate dall'art. 12, comma 4.
Consegue da questo rinvio alla l. n. 241 del 1990 e dunque a quell'art. 14-*quater*, che le amministrazioni convocate hanno in sede di conferenza di servizi l'onere di

esprimere il proprio motivato dissenso rispetto all'oggetto dell'iniziativa procedimentale: e che se il dissenso è espresso - tra l'altro - da amministrazioni preposte alla tutela ambientale, paesaggistico-territoriale, del patrimonio storico-artistico (da convocare a pena di invalidità del procedimento, ove si faccia comunque questione di interessi da loro istituzionalmente curati, e in modo tale da consentirne l'effettiva partecipazione per rispetto del principio generale di leale collaborazione oggi testualmente richiamato dallo stesso art. 14-*quater*, comma 3), l'eventuale superamento del dissenso deve seguire le specifiche norme procedimentali appositamente stabilite dallo stesso art. 14-*quater* (cfr. Cons. giust. amm. sic., 11 aprile 2008, n. 295; Cons. Stato, VI, 22 febbraio 2010, n. 1020).
Consegue da quanto qui riassunto che il procedimento abilitativo non può, sulla base di una fonte inidonea a derogare all'esigenza legislativa di concentrazione e semplificazione espressa dall'art. 12, nemmeno mediante un atto generale e astratto essere surrettiziamente parcellizzato dall'Autorità procedente in più segmenti, ciascuno con una disciplina procedimentale differenziata. Ne consegue altresì che gli organi del Ministero per i beni e le attività culturali sono il soggetto abilitato ad esprimere, nella sede propria che è quella della conferenza di servizi, l'assenso ovvero il motivato dissenso alla realizzazione dell'impianto, dopo aver istituzionalmente vagliato la sua compatibilità con l'interesse paesaggistico o culturale affidato alle loro cure: e che tali forme di espressione del giudizio relativo alla compatibilità paesaggistica non sono altrimenti regolabili, perché non possono essere disciplinate da altra fonte che la legge.
Inoltre, occorre ricordare che l'interesse paesaggistico ha carattere preminente, perché la tutela del paesaggio è principio fondamentale della Costituzione (art. 9); che perciò anche in questo speciale procedimento abilitativo, che richiede il ricordato *"rispetto delle normative vigenti in materia di tutela dell'ambiente, di tutela del paesaggio e del patrimonio storico-artistico"*, occorre assicurare – pena il sospetto di incostituzionalità - adeguatamente la difesa di questo interesse mediante l'esercizio, ove occorra, di poteri senz'altro interdittivi (cfr. l'estrema difesa del vincolo, di cui a Corte cost. 27 giugno 1986, n. 151; 18 ottobre 1996, n. 341; 25 ottobre 2000, n. 437; Cons. Stato, Ad. plen., 14 dicembre 2001, n. 9); che la semplificazione procedimentale può sì perseguire l'obiettivo di speditezza del procedimento (che viene giustificata dalle necessità di approvvigionamento energetico anche mediante tecnologie non inquinanti l'aria), ma - specie a questi riguardi - non surrettiziamente invertire il rapporto sostanziale tra interessi e sottrarre effettività a un principio fondamentale dell'ordinamento costituzionale. Perciò il dispositivo procedimentale dell'art. 14-*quater* opera nel senso che il dissenso espresso motivatamente dal Ministero per i beni e le attività culturali in sede di conferenza di servizi a tutela dell'interesse sensibile cui è istituzionalmente preposto (e perciò dissenso "qualificato"), non può essere superato nella stessa sede conferenziale come avviene, ai sensi dell'art. 14-*ter*, per altri interessi non sensibili che dovessero risultare antagonisti tenendo conto nelle determinazione conclusiva

delle posizioni prevalenti espresse in quella sede di conferenza (art. 14-*ter*, comma 6-*bis*, come introdotto dall'art. 10 l. 11 febbraio 2005, n. 15 e poi sostituito dall'art. 49, comma 2, lett. *d)*, d.-l. 31 maggio 2010, n. 78 - *Misure urgenti in materia di stabilizzazione finanziaria e di competitività economica*, convertito, con modificazioni, dalla l. 30 luglio 2010, n. 122).
Infatti l'art. 14-*quater*, comma 3, della legge 7 agosto 1990, n. 241 prevedeva, al tempo (febbraio 2010) delle conferenze di servizi in questione (vale a dire nel testo introdotto dall'art. 11, comma 1, lett. *b)*, l. 11 febbraio 2005, n. 15 e cioè prima dell'art. 49, comma 3, lett. *d)*, d.-l. n. 78 del 2010, come convertito dalla l. n. 122 del 2010) che *"se il motivato dissenso è espresso da un'amministrazione preposta alla tutela ambientale, paesaggistico-territoriale, del patrimonio storico-artistico o alla tutela della salute e della pubblica incolumità, la decisione è rimessa dall'amministrazione procedente, entro dieci giorni: a) al Consiglio dei Ministri, in caso di dissenso tra amministrazioni statali; b) alla Conferenza permanente per i rapporti tra lo Stato, le regioni e le province autonome di Trento e di Bolzano, di seguito denominata "Conferenza Stato-regioni", in caso di dissenso tra un'amministrazione statale e una regionale o tra più amministrazioni regionali; c) alla Conferenza unificata, di cui all'articolo 8 del decreto legislativo 28 agosto 1997, n. 281, in caso di dissenso tra un'amministrazione statale o regionale e un ente locale o tra più enti locali. Verificata la completezza della documentazione inviata ai fini istruttori, la decisione è assunta entro trenta giorni, salvo che il Presidente del Consiglio dei Ministri, della Conferenza Stato-regioni o della Conferenza unificata, valutata la complessità dell'istruttoria, decida di prorogare tale termine per un ulteriore periodo non superiore a sessanta giorni"*.
In tal modo, come evidenziato dalla dottrina, la decisione è devoluta ad un altro e superiore livello di governo e con altre modalità procedimentali. L'effetto di un tale dissenso qualificato espresso a tutela di un interesse sensibile (cioè di particolare eco generale, di incidenza non riparabile o facilmente riparabile, e per di più qui riferito a un valore costituzionale primario) è dunque di spogliare *in toto* la conferenza di servizi della capacità di ulteriormente procedere – o meglio, di spogliare in termini assoluti l'amministrazione procedente della sua competenza a procedere e sulla base del modulo della conferenza di servizi – e di rendere senz'altro dovuta, ove l'amministrazione procedente stessa intenda perseguire il superamento del dissenso, la sua rimessione degli atti a diversa autorità, vale a dire al menzionato livello, a differenza del precedente impegnativo di responsabilità di ordine costituzionale. In questi casi dunque la manifestazione del dissenso qualificato in conferenza di servizi provoca senz'altro la sostituzione della formula e del livello del confronto degli interessi, fa cessare il titolo dell'amministrazione procedente a trattare nella sostanza il procedimento salvo, in conformità al dissenso, rinunciare essa stessa allo sviluppo procedimentale e disporre negativamente sull'iniziativa che gli ha dato origine.

In questo quadro, nel rispetto della competenza propria dell'amministrazione dissenziente, nessun potere ha l'amministrazione procedente circa il vaglio di quel dissenso qualificato, se non quello formale di presa d'atto e di conseguente propria conformazione, o procedimentale o sostanziale.
5.3 Osserva il Collegio che nelle fattispecie oggetto di lite tali essenziali regole procedimentali sono state macroscopicamente violate dalla Regione Molise rispetto al dissenso qualificato espresso in conferenza di servizi dal Ministero per i beni e le attività culturali.
La Regione Molise ha infatti, in entrambi i casi, malgrado il motivato dissenso espresso in sede di conferenza di servizi dalla soprintendenza competente, disatteso *sine titulo* il dissenso medesimo e *sine titulo* trattenuto la trattazione favorevole nel merito del procedimento e rilasciato in favore delle società interessate le autorizzazioni uniche regionali per realizzare gli impianti: quando invece avrebbe dovuto senz'altro rimettere, per superarlo secondo le forme di legge, la questione al livello di governo di cui al richiamato, chiaro schema procedimentale di cui all'art. 14-*quater*, comma 3.
Non appare pertinente il rilievo della Regione Molise, fatto proprio dal giudice di primo grado, secondo cui il Ministero avrebbe potuto al più esprimersi, in conferenza di servizi, per l'annullamento delle già rilasciate (nel 2009) autorizzazioni paesaggistiche regionali. Un tale assunto, infatti, è *contra legem* perché, in deroga alla ricordata specialità del procedimento dell'art. 12 d.lgs. n. 387 del 2003, vi vorrebbe innestata una precedente sequenza propria del procedimento generale dell'art. 159 d.lgs. n. 42 del 2004 (disposizione per di più al tempo - 2010 - della conferenza di servizi non più attuale, essendone cessata la portata transitoria il 31 dicembre 2009), che nella specie era comunque inidoneo a definire in concreto la fattispecie. Infatti, riguardo alla fonte che a dire delle imprese e della Regione legittimerebbe un tale innesto di procedimenti (il d.G.R. 16 novembre 2009, n. 1074, in b.u.r. Molise 1 dicembre 2009, n. 29), va considerato che, trattandosi come ricordato di previsione legislativa statale, per i principi generali sulla gerarchia delle fonti non è idonea a derogarvi – a parte ogni questione di competenza e di efficacia nel tempo – e va perciò non applicata dal giudice (cfr. Cons. Stato, IV, 8 luglio 2003, n. 4051; VI, 25 giugno 2007, n. 3561; VI, 3 ottobre 2007, n. 5098; VI, 29 maggio 2008, n. 2536; V, 4 marzo 2008, n. 889; VI, 2 marzo 2009, n. 1169) una mera deliberazione di Giunta regionale, quale detta d.G.R. n. 1074 del 2009 che, nel porre con previsioni generali e astratte e perciò normative, le linee guida regionali per lo svolgimento del procedimento unico dell'art. 12, comma 3, patentemente innova alla legge stessa. Essa infatti per le aree paesisticamente vincolate continua a prevedere, e come presupposto, anche l'autorizzazione paesaggistica, seppur "integrandola" nel procedimento unico (artt. 5, comma 1, lett. *e)* e 4 dell'allegato). Né, per la giurisprudenza costituzionale, la regione è abilitata a derogare all'assetto delineato dalla norma di principio

fondamentale dell'art. 12 d.lgs. n. 387 del 2003 (cfr. Corte cost., 4 giugno 2010, n. 194, riguardante la stessa Regione Molise; 15 giugno 2011, n. 192).
In realtà, in sede di autorizzazione ad un impianto di tal fatta, quando cioè opera la norma speciale sul procedimento unico dell'art.12 del d.lgs. 29 dicembre 2003, n. 387, la sola sede – a parte i poteri interdittivi, sanzionatori, sollecitatori e cautelari (nella specie esercitati con le richieste di autotutela e con l'inibizione dei lavori) - dove l'Amministrazione per i beni e le attività culturali può – proprio per il valore aggiunto del confronto dialettico - manifestare la valutazione di sua spettanza è quella della conferenza di servizi, richiamata dalla stessa disposizione. Ne consegue che non è idonea ad impegnarla un'indebita, precedente attivazione del procedimento di autorizzazione paesaggistica nelle forme, *ultra vires*, del *Codice dei beni culturali e del paesaggio*.
Pertanto nei casi di specie la circostanza che l'Amministrazione statale non si sia pronunciata in sede di possibile annullamento, ex art. 159 del *Codice*, dell'autorizzazione paesaggistica è inidonea a produrre effetti (anche deprivanti del potere di pienamente pronunciarsi in sede di conferenza di servizi, nel quadro del procedimento per l'autorizzazione unica dell'art. 12). Il procedimento di autorizzazione paesaggistica, infatti, era privo di base legislativa e inefficace in ogni suo atto. Si aggiunga che opportunamente l'Amministrazione statale, chiamata a valutare la rilasciata autorizzazione paesaggistica, aveva (31 marzo 2009 e 21 settembre 2009) in quel margine di suo tempo avvertito che si sarebbe pronunciata solo nella giusta sede di conferenza di servizi.
Non appare perciò condivisibile l'ulteriore proiezione difensiva di tale tesi, secondo cui detto potere di annullamento soprintendentizio, non utilmente esercitato in sede di conferenza, si sarebbe irrimediabilmente consumato per decorso del termine di cui all'art. 159 del d.lgs. n. 42 del 2004.
Si è detto che in base al modello procedimentale semplificato previsto dall'art.12 del d.lgs. 29 dicembre 2003, n. 387 la valutazione di compatibilità paesaggistica dei distinti interventi doveva essere espressa da tutte le amministrazioni interessate per quanto di rispettiva spettanza non già seguendo lo schema generale del *Codice dei beni culturali e del paesaggio*, ma esprimendola direttamente nella contestualità della conferenza di servizi, e che il motivato dissenso in tale sede manifestato dalla Soprintendenza avrebbe dovuto comportare il ricordato effetto devolutivo, con ben diverso sviluppo procedimentale e soprattutto con ben distinte figure soggettive chiamate ad adottare la determinazione conclusiva sull'assentibilità dell'intervento.
Inoltre, non è fuor di luogo rilevare che l'adesione alla tesi della Regione Molise e delle parti private, lungi dal perseguire la semplificazione del procedimento, implicherebbe un inammissibile aggravio del procedimento autorizzatorio e un'elusione delle finalità dialettiche proprie del confronto in sede di conferenza di servizi (con una prima fase di competenza esclusivamente regionale che si svolgerebbe in via isolata e preliminare rispetto ai lavori della conferenza ed una

fase interna alla conferenza nel cui ambito la Soprintendenza avrebbe, nel regime transitorio di cui all'art. 159 del C*odice dei beni culturali e del paesaggio*, un potere di annullamento del titolo paesaggistico già rilasciato dalla Regione), in spregio alle chiare previsioni contenute nell'art. 12 che postulano l'unicità del procedimento, prima ancora che del provvedimento finale.
5.4 Alla luce di quanto osservato, il Collegio ritiene che la Soprintendenza abbia legittimamente esercitato nel caso di specie le sue spettanze, astenendosi dall'esercitare un inesistente potere di annullamento, *in subiecta materia*, sulle autorizzazione paesaggistiche regionali, indebitamente rilasciate prima dell'avvio dei lavori della conferenza di servizi, ed esprimendo invece – come la legge consentiva – in conferenza di servizi il suo motivato dissenso rispetto agli interventi, in ragione della pregevolezza paesaggistica dei luoghi e della ritenuta incompatibilità con i corrispondenti valori delle trasformazioni territoriali funzionali alla realizzazione degli impianti e dell'impatto visuale negativo generato da quelle torri eoliche.
Quanto alla qualificazione giuridica degli atti precedenti, qualificazione da cui traggono legittimazione quelli qui impugnati, in base a quanto detto le autorizzazioni paesaggistiche ai sensi dell'art. 159 d.lgs. n. 42 del 2004 erano non meramente illegittime, ma – come dice l'Amministrazione appellante –*irrilevanti*: vale a dire, posto che ciò che, pur avendo un'apparente veste giuridica, non produce effetto alcuno è in diritto nullo, *nulle*, e con loro nullo tutto quel procedimento, alla luce dell'art. 21-*septies* della legge 7 agosto 1990, n. 241 e - considera il Collegio sulla scorta del rilievo dell'appellante che quella normativa qui *"non trova applicazione"* perché esiste una normativa *ad hoc* - per difetto assoluto di attribuzione. Non si poteva infatti procedere all'azione amministrativa circa questi impianti con le codicistiche sequenze e le loro interlocuzioni successive e a distanza, perché la legge dettava in loro luogo e in relazione anche a quella cura di interessi la speciale – e ben altra per struttura concentrata, poteri da esercitare e schema procedimentale - forma dell'art. 12 d.lgs. n. 387 del 2003. Dunque erano atti permanentemente improduttivi di effetti.
Si tratta qui, invero, non di una questione circa il concreto cattivo uso di un potere dato, ma di uso di un potere non dato dalla legge. Si deve, a questo proposito, aver riguardo non alla semplice competenza alla cura di un interesse e alla sua manifestazione con un atto quale che sia, ma alla sequenza che lo deve comprendere in cui va contestualizzato e all'interlocuzione definita dall'apposito modello legale di procedimento. La regolamentazione del singolo procedimento amministrativo infatti – si rileva da tempo – rappresenta non solo la forma dell'azione amministrativa, ma anche la sua sostanza e la sua organizzazione intima, in particolare per ciò che riguarda la distribuzione del potere, la cooperazione dei soggetti coinvolti nello e dall'esercizio del potere stesso, la formazione del contenuto della decisione. Le particolari modalità di interlocuzione – temporali, soggettive, dialettiche - plasmano l'assetto, voluto dalla legge che

regola il singolo procedimento, della supremazia pubblica e della sua capacità di incidenza nei comportamenti altrimenti liberi. Perciò, nel giudizio circa un'azione pubblica, è essenziale la rilevazione preliminare - che astrae dal modo con cui poi nel caso singolo si è sviluppata - dell'attribuzione di questa specifica capacità ad opera della legge, cioè dell'attribuzione del procedimento. Vi è coerente, in sede processuale, il dato che il *Codice del processo amministrativo* prevede la rilevabilità d'ufficio della nullità (art. 31, comma 4), che è logicamente prioritaria perché il giudizio di annullabilità (art. 29), che postula necessariamente uno specifico interesse a ricorrere e implica un'efficacia interinale o per acquiescenza dell'atto illegittimo, concerne soltanto l'esercizio di un potere attribuito dalla legge: diversamente, in deroga al principio di legalità, quella speciale efficacia sarebbe data ad un'interlocuzione sul potere che la legge in realtà non contempla.
Non solo: qui la nullità di quel procedimento è tale che avrebbe travolto e reso privo di rilievo anche l'ipotetico annullamento ministeriale ex art. 159 (o, all'opposto, un eventuale atto di assenso ministeriale) dell'autorizzazione paesaggistica. Se il Ministero vi si fosse pronunciato, la sua sarebbe stata un'espressione senza conseguenze (come lo è il non pronunciarsi in quel contesto) e senza implicazioni condizionanti l'espressione di valutazione nella giusta sede della conferenza di servizi. Dunque pienamente corretta, anche da questo punto di vista, è stata la scelta ministeriale di non esprimervisi.
Queste considerazioni riguardano i presupposti degli atti impugnati, al pari della considerazione che, quanto al duplice procedimento di autorizzazione unica regionale ai sensi dell'art. 12 d.lgs. n. 387 del 2003 (che comunque, ai sensi del comma 3, deve rispettare *"le normative vigenti in materia di tutela dell'ambiente, di tutela del paesaggio e del patrimonio storico-artistico"*: rispetto che qui non vi è stato con la disapplicazione del dissenso qualificato di cui si verte), come espressamente rileva l'Amministrazione appellante vi è nullità: anzitutto per difetto assoluto di attribuzione. Il semplice fatto dell'insorgenza del dissenso qualificato in conferenza di servizi poneva infatti irrimediabilmente fine alla possibilità di esercizio, cioè all'attribuzione, del potere mediante quel modulo e da parte di quell'autorità per assegnarlo ad un'autorità altra e diversa. Sicché cessava (salva l'ipotesi di decisione conforme al dissenso) la sussistenza della capacità che vi ineriva, specie per gli atti conseguenti, e rendeva necessaria la devoluzione, per proseguire nel senso che è stato praticato, a ben altro e distante livello di governo e di modo di confronto degli interessi. Quell'altro livello è di dignità pari a quella dell'implicazione in esso del corrispondente organo costituzionale, e va posto in relazione alla concreta incidenza, manifestata con questo dissenso qualificato del Soprintendente, sul principio fondamentale dell'art. 9 Cost., norma che costituzionalizza e al massimo rango la tutela del paesaggio e del patrimonio storico e artistico della Nazione.
La sottrazione della decisione circa una tale incidenza a quel livello, e alle inerenti modalità e forme di riparto e distribuzione del potere, rappresenta un esercizio di

attività amministrativa ormai senza più alcun titolo di competenza e dunque svolta in carenza dell'attribuzione di legge.
Non solo: sempre alla luce dell'art. 21-*septies*, vi è anche nullità, come ancora testualmente indica l'Amministrazione appellante, delle stesse autorizzazioni uniche regionali per un'insanabile loro manchevolezza strutturale, cioè per difetto dell'elemento essenziale dell'assenza di dissensi qualificati nella previa conferenza di servizi (che è una forma di mancanza di un'essenziale volontà amministrativa a che la conferenza di servizi possa aver seguito nella direzione dell'istanza). La Regione Molise, una volta emerso in conferenza di servizi - senza pregiudizio proprio in virtù di quella preesistente nullità - il motivato dissenso dell'autorità statale preposta alla tutela dell'interesse paesaggistico e culturale (basato su un apprezzamento che, indipendentemente da qualsiasi questione sul tema – cfr. Cons. Stato, Ad. plen., 14 dicembre 2001, n. 9; II, 6 febbraio 2002, n. 2457/2001 -, *ratione temporis* aveva comunque a quel momento l'ampia latitudine sostanziale prevista dall'art. 146 d.lgs. n. 42 del 2004 e non più quella dell'ormai inattuale art. 159), era completamente sfornita del potere di adottare la determinazione favorevole conclusiva all'esito dei lavori delle conferenze di servizi. Anziché censurare, senza potere, quell'espressione di dissenso qualificato, come detto essa avrebbe dovuto – per eventualmente superarlo – senz'altro rimettere la questione all'istanza superiore, investita in via esclusiva dalla legge del confronto degli interessi rivelati in conflitto.
Non vi era qui dunque necessità, da parte dell'Amministrazione statale, di impugnazione di dette autorizzazioni uniche nel termine decadenziale previsto per l'atto illegittimo e indipendentemente da ogni questione, per questo ultronea, circa la mancata comunicazione, la pubblicazione in Bollettino ufficiale solo per estratto o la piena conoscenza da parte ministeriale delle autorizzazioni uniche medesime.
Quanto ai caratteri formali del dissenso, così manifestato in conferenza di servizi, vale rilevare – ai fini della necessaria presa d'atto da parte della Regione, che vi faceva fronte - che appaiono in ciascuno dei due casi esposte le circostanze di fatto e gli elementi specifici presi in considerazione dall'Amministrazione statale ai fini del giudizio tecnico (e non discrezionale) di concreta non compatibilità degli impianti con il contesto tutelato.
Come poi gli atti qui impugnati, quel giudizio ostativo – che da parte regionale si sarebbe privato di effetti con la prosecuzione senza base di legge del procedimento di autorizzazione unica - fa richiamo, a prima tutela di quel medesimo interesse pubblico, alla qualificazione recata dal P.T.P.A.A.V. (Piano Territoriale Paesistico-Ambientale di Area Vasta) n. 2 (Lago di Guardalfiera – Fortore Molisano) – approvato con deliberazione n. 92 del 16 aprile 1998. In virtù dell'art. 8 (*Efficacia*) l.r. Molise 1 dicembre 1989, n. 24 (*Disciplina dei piani territoriali paesistico-ambientali*), i contenuti di questi tipi di piano (comma 1) *"equivalgono a dichiarazione di notevole interesse pubblico ai sensi della legge n. 1497 del 1939"* e (comma 2) le loro disposizioni *"sono vincolanti per i privati e prevalgono nei*

confronti dell'attività dei soggetti pubblici partecipanti al governo del territorio regionale": sicché le trasformazioni che vi si immaginano debbono essere sottoposte a giudizio di compatibilità.
Sempre incidentalmente, e per via della legittimazione degli atti impugnati che deriva dalle rilevate nullità, va considerato che *ratione temporis*, in relazione a un procedimento di autorizzazione unica avviato in entrambi i casi nel 2010, la valutazione spettante agli organi del Ministero certo aveva (non le forme, come detto, ma) i medesimi contenuti dell'art. 146. Il giudizio – che ha richiamato detta qualificazione e con essa quelle di dettaglio discendenti con gli elementi fattuali di rilievo e di paragone, come le caratteristiche materiali del territorio interessato (cfr ad es., per il primo, la Badia di Santa Maria di Melanico) - ha così avuto ad oggetto la compatibilità paesaggistica delle opere, in ordine alla quale la discrezionalità tecnica non subisce restrizioni o automatismi da quel piano. In contrario non vale – sia per tipo di procedimento che per tempo di avvio dello stesso - la circolare ministeriale n. 2089 del 22 gennaio 2010, la quale ha ad oggetto il diverso tema del regime transitorio dei procedimenti avviati sotto l'art. 159 e pendenti alla data del 1 gennaio 2010.
Perciò negli atti qui impugnati appare ultroneo, e dunque non incidente, il richiamo del divieto assoluto di impianti eolici dell'art. 1, comma 1, lett. *b)* della poi intervenuta l.r. Molise 23 dicembre 2010, n. 23, che all'art. 2 (sulle aree qualificate non idonee all'installazione di questi impianti) l.r. 7 agosto 2009, n. 22 (*Nuova disciplina degli insediamenti degli impianti di produzione di energia elettrica da fonti rinnovabili nel territorio della Regione Molise*), introduce il comma 1-*bis*, per cui ai sensi dell'allegato 3, lett. *f)*, d.m. 10 settembre 2010 (*Linee guida per l'autorizzazione degli impianti alimentati da fonti rinnovabili*) *"costituiscono aree e siti non idonei alla installazione di impianti eolici le aree e i beni di notevole interesse culturale"* dichiarati o beni culturali o beni paesaggistici. Il fatto che questa legge regionale segua le autorizzazioni uniche non è influente, perché gli atti qui impugnati correttamente danno per nulle le autorizzazioni uniche in base ai sufficienti rilievi ricordati. All'opposto, non rileva che questa legge regionale sia stata poi dichiarata costituzionalmente illegittima da Corte cost., 11 novembre 2011, n. 308, perché la circostanza così insorta *ex post* che al tempo degli atti qui impugnati non potesse ritenersi in atto un siffatto divieto generalizzato per tipologie non significava l'opposto (cioè la presunzione assoluta di compatibilità di questi interventi), e dunque il giudizio di compatibilità andava – come è stato fatto- svolto in concreto, e nella giusta sede della conferenza di servizi.
6. La rilevata nullità delle autorizzazione regionali uniche, impugnate con ricorso incidentale di primo grado dall'Amministrazione statale appellante, consente di ritenere superata la questione della tardività di tali impugnazioni, stante il carattere imprescrittibile dell'eccezione di nullità (art. 31, comma 4, Cod. proc. amm.) e la natura dichiarativa della sentenza che, nel concorso delle condizioni e finanche in

mancanza di una domanda di parte accerta la ricorrenza di una causa di nullità e quindi l'inefficacia giuridica degli atti che ne siano affetti.
Sotto il distinto profilo della pretesa carenza del carattere processuale dell'incidentalità, sul quale il primo giudice ha anche fondato la declaratoria di inammissibilità dei ricorsi a lui proposti dall'Amministrazione statale e in disparte la stessa possibilità di qualificare gli stessi come ricorsi autonomi, non appare dubbia la relazione di stretta connessione – e quindi l'ammissibilità, anche sotto tal profilo, dei ricorsi incidentali di primo grado - con l'impugnazione principale proposta avverso i provvedimenti inibitori adottati dalla Soprintendenza sull'assunto della radicale invalidità delle presupposte autorizzazioni regionali. Risulta infatti evidente nei due casi l'interesse del Ministero appellante a far constare la radicale nullità delle autorizzazioni regionali, una volta che le società private hanno impugnato il suo ordine di non dar corso ai lavori di realizzazione degli impianti.
7. Per completezza il Collegio osserva che non è condivisibile la tesi delle società appellate, esposta in memoria conclusiva del 5 aprile 2012, secondo cui il modello procedimentale introdotto dalla disposizione normativa statale suindicata non avrebbe potuto trovare applicazione nei casi di specie in quanto l'istruttoria procedimentale si sarebbe svolta prima dell'approvazione delle linee-guida nazionali per lo svolgimento del procedimento di autorizzazione unica, di cui all'art. 12, comma 10, d.lgs. n. 387 del 2003, introdotte con d.m. 10 settembre 2010 (pubblicato in G.U. 18 settembre 2010, n. 219) e che, in ogni caso, dal contenuto di tali linee guida si ricaverebbe la potestà delle Regioni di derogare, in funzione semplificatoria, al modello procedimentale statale perché la disposizione transitoria e finale di cui al punto 18.3 prevede che *"al fine di ridurre i tempi evitando duplicazioni di atti ovvero di valutazioni in materia ambientale e paesaggistica, le Regioni possono individuare le più opportune forme di semplificazione e coordinamento tra i procedimenti […] per i procedimenti i cui esiti confluiscono nel procedimento unico di cui all'articolo 12 del D.Lgs. n. 387 del 2003"*.
Anzitutto va osservato che la funzione principale di tali linee-guida nazionali, soprattutto nel settore dell'energia prodotta con la forza propulsiva del vento, è stata quella di, come dice la legge, *"assicurare un corretto inserimento degli impianti, con specifico riguardo agli impianti eolici, nel paesaggio"* e dunque di dettare criteri ai fini della selezione e localizzazione degli impianti, ma senza introdurre con una fonte subordinata statale deroghe alla disciplina legislativa sul procedimento unico autorizzatorio. Inoltre la temporanea mancata adozione di queste linee-guida non risulta qui aver comportato atti interdittivi riguardo all'applicazione del procedimento autorizzatorio di cui al richiamato art. 12 d.lgs. 29 dicembre 2003, n.387: e del resto le stesse linee-guida si prendono cura di disciplinare il regime dei procedimenti in corso ai sensi di tale base normativa legislativa (v. punto 18.4); inoltre – anche per le ragioni sopra esposte circa l'idoneità della fonte - non appare pertinente il riferimento a quanto contenuto nel

punto 18.3 delle linee guida statali per inferire un'inesistente facoltà per le Regioni di introdurre deroghe al procedimento autorizzatorio delineato dalla legge statale, il cui modello è unico e semplificato su tutto il territorio nazionale.
8. Nemmeno appare convincente, da ultimo, il rilievo secondo cui la disciplina di dettaglio regionale recata dalla ricordata delibera di Giunta regionale del Molise 16 novembre 2009, n. 1074 avrebbe in concreto portata derogatoria rispetto allo schema procedimentale statale, postulando la formazione della autorizzazione paesaggistica regionale (artt. 5, comma 1, lett. *e)* e 4 dell'allegato) prima della indizione della conferenza di servizi.
A parte la, già esaminata e comunque assorbente, evidente erroneità di una tale costruzione giuridica nella parte in cui profila la possibilità che una fonte sostanzialmente regolamentare regionale possa derogare a quella legislativa primaria statale, vi è anche che in ogni caso l'assunto può apparire fuorviante in punto di fatto, perché questo art. 4 sembra riferirsi essenzialmente alla "procedura di verifica ambientale", che qui non viene in gioco.
9. Consegue dai rilievi svolti la piena legittimità, e anzi il carattere dovuto, degli ordini di inibizione dei lavori emanati dalla Soprintendenza sul corretto rilievo della insussistenza, in relazione ad entrambi gli impianti per cui è giudizio, di un valido titolo abilitativo alla loro realizzazione e della necessità di apprestare comunque (indipendentemente cioè dalla questione del titolo) una tutela cautelare e preventiva-interinale, da riferire con riconoscibile evidenza alle disposizioni circa i poteri cautelari generali in materia, vale a dire gli artt. 28 (*Misure cautelari e preventive*, per i beni culturali) e 150 (*Inibizione o sospensione dei lavori*, per il paesaggio) d.lgs. 22 gennaio 2004, n. 42, a salvaguardia dal pregiudizio ai valori culturali e paesaggistici compendiati nei luoghi oggetto dei distinti interventi, in attesa dell'accertamento giudiziale (qui occorso) della invalidità radicale dei titoli abilitativi rilasciati dalla Regione Molise. Altrettanto vale per la contestuale richiesta ministeriale di autoannullamento dell'autorizzazione unica, rivolta alla Regione Molise. Per entrambi, infatti, sussistevano i presupposti di legge per procedere con urgenza da un lato alla difesa della legalità formale e delle prerogative della tutela violate con atti nulli, e dall'altro per contrastare, inibendola, la protrazione del comportamento senza titolo, materialmente lesivo degli interessi protetti e vulnerati, che vi si collegava. Anche per questi atti, che manifestano adeguatamente seppur sinteticamente una valutazione di ordine tecnico inerente alla tutela, non può essere fatto carico di non esprimere anche valutazioni di comparazione e ponderazione di interessi che sono invece proprie della discrezionalità amministrativa, del tutto estranea alla fattispecie. Quanto alla competenza (eccepita nel primo ricorso), che il Direttore regionale per i beni culturali e paesaggistici – che *"coordina l'attività delle strutture periferiche del Ministero"*, che del suo ufficio *"costituiscono articolazione"* (e che è stato configurato con le attribuzioni generali di cui all'art. 5, comma 5, d.lgs. 8 gennaio 2004, n. 3 e 16 d.lgs. 30 marzo 2001, n. 165) - possa emanare atti come quelli qui

impugnati, è reso palese dal d.P.R. 26 novembre 2007, n. 233 (*Regolamento di riorganizzazione del Ministero per i beni e le attività culturali, a norma dell'articolo 1, comma 404, della L. 27 dicembre 2006, n. 296*), a tenore del cui art. 17, lett. *i)*, egli *"impone ai proprietari, possessori o detentori di beni culturali gli interventi necessari per assicurarne la conservazione"*: potestà che per economia ed efficacia dell'azione amministrativa attrae anche quella sui beni paesaggistici, posto che qui l'intervento concerneva ambiti di due soprintendenze di settore, e senza che alcuna influenza vi potessero esercitare gli atti espressi nel radicalmente invalido procedimento di autorizzazione paesaggistica.
10 In definitiva, gli appelli vanno accolti e, in riforma delle impugnate sentenze, devono essere totalmente respinti i ricorsi di primo grado delle odierne società appellate (e l'appello incidentale condizionato di Terna – Rete Elettrica Nazionale s.p.a.), essendo ammissibili e fondati i ricorsi incidentali proposti dall'Amministrazione statale nell'ambito dei giudizi di prima istanza.
Le spese del doppio grado di giudizio seguono la regola della soccombenza e sono liquidate come in dispositivo.

P.Q.M.

Il Consiglio di Stato in sede giurisdizionale (Sezione Sesta) definitivamente pronunciando sui ricorsi in appello (RG n. 451/2012 e n. 449/2012), come in epigrafe proposti, li accoglie previa riunione e per l'effetto, in riforma delle impugnate sentenze, respinge i ricorsi di primo grado proposti dalle società API Nuova Energia e Terna – Rete Elettrica Nazionale s.p.a. (nell'ambito del giudizio RG n.87/2011) e Inergia s.p.a. (nell'ambito del giudizio RG n.98/2011) e respinge l'appello incidentale di Terna – Rete Elettrica Nazionale s.p.a..
Condanna le parti appellate costituite al pagamento, in favore del Ministero per i beni e le attività culturali, delle spese e degli onorari del doppio grado dei giudizi, che liquida complessivamente in euro 20.000,00 (ventimila/00), di cui euro 10.000,00 (diecimila/00) a carico della Regione Molise, euro 5.000 (cinquemila/00) a carico della società Inergia s.p.a., euro 2.500,00 (duemilacinquecento/00) a carico di Terna s.p.a. ed euro 2.500,00 (duemilacinquecento/00) a carico di Api Nova Energia s.r.l.; importi tutti da incrementare dell'iva e del cpa, come per legge.
Ordina che la presente sentenza sia eseguita dall'autorità amministrativa.
Così deciso in Roma nella camera di consiglio del giorno 17 aprile 2012 con l'intervento dei magistrati:

Giuseppe Severini, Presidente
Rosanna De Nictolis, Consigliere
Maurizio Meschino, Consigliere
Claudio Contessa, Consigliere
Giulio Castriota Scanderbeg, Consigliere, Estensore

ANNAMARIA GIGLI*

Energia e paesaggio: nulle le autorizzazioni uniche regionali rilasciate nonostante il dissenso dell'autorità paesaggistica in conferenza di servizi [**commento a Consiglio di Stato, Sez. IV, 23/05/2012, n. 3039**]

SOMMARIO: 1. Premessa – 2. Alle origini della questione: la normativa applicabile al procedimento per l'autorizzazione di impianti rinnovabili – 3. La natura speciale del d. lgs n. 387/2003 - 4. Come superare il dissenso sulla compatibilità paesaggistica espresso in sede di conferenza di servizi – 5. La nullità delle autorizzazioni uniche regionali rilasciate in assenza di compatibilità paesaggistica ed inosservanza dell'art. 14-*quater* della legge n. 241 del 1990 – 6. Alcune osservazioni conclusive

1. *Premessa*

La decisione del Consiglio di Stato qui annotata[1] si colloca nell'insidiosa tematica della compatibilità paesaggistica degli impianti energetici alimentati da fonti rinnovabili (nel caso di specie si trattava di parchi eolici[2]), soffermandosi in particolare sui relativi profili procedurali.

---

*Dottoranda in Diritto Amministrativo presso la Scuola Dottorale Internazionale di Diritto ed Economia "Tullio Ascarelli", Università degli Studi Roma Tre.

[1] Cons. di Stato, Sez. IV, 23 maggio 2012, n. 3039, su *Urb. e app.*, n. 11/2012, p.1167, con nota di A. BARTOLINI, *Tutela del paesaggio e difetto assoluto di attribuzione*. Sulla stessa decisione anche la nota di A. CESCHINA, *Rinnovabili: il Consiglio di Stato sul ruolo della Conferenza di servizi nel procedimento unico*, su *www.diritto24.ilsole24ore.com*, 10 luglio 2011.

[2] Con riferimento agli impianti eolici si pone un evidente problema di occupazione dello spazio percettivo e dunque di mutamento della "forma del territorio" (cfr. A. PREDIERI, voce *Paesaggio*, in *Enc. Dir*., XXXI, 1982, p.503 ss). Assicurare la sostenibilità di questi impianti significa in pratica contenere allo stretto necessario lo spazio fisico da essi occupato e valutare il suddetto impatto percettivo sul paesaggio. Conseguentemente, si tratta di una valutazione che non potrà essere compiuta in assoluto, *una tantum*, bensì caso per caso, a seconda del contesto interessato. Cfr. S. AMOROSINO, *Beni naturali Energie Rinnovabili Paesaggio Studi «in itinere»*, 2012, p. 22.
Sul tema v. tra i molti anche F. DE LEONARDIS, *Criteri di bilanciamento fra paesaggio e energia eolica*, in *Dir. Amm*., 2005, p. 899; M. D'AURIA, *Impianti eolici e vincoli paesistici*, in *Giornale Dir. Amm.*, n. 9/2005, p. 946; F. VETRÒ, *Il servizio pubblico a rete. L'esempio paradigmatico dell'energia elettrica*, Torino, 2005, p. 303 ss; M. RAGAZZO E P. SCIUMÉ, *Gli impianti eolici tra localizzazione ed individuazione dei soggetti realizzatori*, in *Urb. e app*, n.11/2007, p. 1406; N. TASSONI, *Ambiente, paesaggio e parchi eolici: un rapporto (in parte) ancora irrisolto*, in *Giornale dir. amm.*, n. 11/2007, p. 1183; G.D. COMPORTI, *Energia e ambiente*, in G. ROSSI, *Diritto dell'Ambiente,* 2008; P. CARPENTIERI, *Eolico e paesaggio*, in *Riv. Giur. Ed*., n.1/2008, p. 332 ss; V. MOLASCHI, *Paesaggio* versus *ambiente: osservazioni alla luce della giurisprudenza in materia di realizzazione di impianti*

Si presenta così fin da subito interessante per la delicata materia ma, a ben vedere, ancor maggior attenzione induce l'esito cristallino e particolarmente rigoroso delle conclusioni cui giunge.

Le matrici del problema sono ben note a tutti: se l'energia rinnovabile costituisce una delle conquiste più importanti degli ultimi decenni, consentendo di perseguire quel nuovo modello di sviluppo "sostenibile"[3] che la società moderna si propone di realizzare, rimane altresì la consapevolezza che gli impianti a ciò adibiti possano avere spesso un impatto significativo su altri valori costituzionalmente protetti, come il paesaggio[4]. Il rischio che queste strutture alterino talvolta pesantemente l'"armonia" di alcuni scenari antropologico-naturali[5] di particolare

---

eolici, in *Riv. giur. edilizia*, n. 5/2009, p. 171; G.M. CARUSO, *La complessità organizzativa nel settore delle fonti energetiche rinnovabili*, in *La sfida dell'energia pulita. Ambiente, clima e energie rinnovabili: problemi economici e giuridici*, a cura di G. Rossi - A. Macchiati, Bologna 2009, p. 237 ss*;* S. AMOROSINO, *Impianti di energia rinnovabile e tutela dell'ambiente e del paesaggio*, in *Riv. giur. ambiente*, n. 6/2011, p.753; M.A. SANDULLI (a cura di), *Codice dei beni culturali e del paesaggio*, Milano, 2012.

[3] Il principio dello "sviluppo sostenibile" è ormai un cardine della materia ambientale. Per un'analisi sistematica e approfondita dello stesso si rinvia a F. FRACCHIA, *Lo sviluppo sostenibile*, Torino, 2010; ID, *Il principio dello sviluppo sostenibile*, in G. ROSSI, *Diritto dell'Ambiente*, Torino, 2011, p.170. Per una lettura "di taglio pratico" dello stesso principio v. A. MURATORI, *Sviluppo sostenibile: tra il dire e il fare* ..., in *Ambiente*, n. 10/1996, p. 761.

[4] Sul tema, tra i molti, sia consentito rimandare ai soli A. PREDIERI, voce *Paesaggio*, cit.; A.M. SANDULLI, *La tutela del paesaggio nella Costituzione*, in *Riv. giur. edil.*, 1967, II, p. 69; T. ALIBRANDI, P.G. FERRI, *I beni culturali e ambientali*, Milano, 2001; S. CIVITARESE MATTEUCCI, *Il paesaggio nel nuovo titolo V, parte II della Costituzione*, in *Riv. giur. ambiente*, 2003, n. 2; G.F. CARTEI, *Convenzione europea del paesaggio e governo del territorio*, Bologna, 2007; C. MARZUOLI, *Il paesaggio nel nuovo Codice dei beni culturali*, in *www.aedon.mulino.it*, n. 3, 2008; G. CIAGLIA, *La nuova disciplina del paesaggio. Tutela e valorizzazione dei beni paesaggistici dopo il d.lgs. n. 63/2008*, Milano, 2009; P. URBANI, *Per una critica costruttiva all'attuale disciplina del paesaggio*, in *Diritto dell'economia*, 2010, pp. 42 e 53; S. AMOROSINO, *Introduzione al diritto del paesaggio*, Bari, 2010.

[5] E' interessante ricordare che l'importanza assunta nel nostro ordinamento non solo dal paesaggio naturale ma soprattutto da quello "antropizzato", ossia avente una valenza culturale, deriva dalla stessa matrice terminologica neolatina "paesaggio, *paysage, paisaje*", dal neolatino *pagus*, che sottolinea i caratteri del luogo costruito, rispetto a quella germanico-anglosassone *–landscape, landshaft, landscap* – come luogo in cui una società si è insediata e trae le proprie risorse (Cfr. P. CARPENTIERI, *Nozione giuridica di paesaggio*, in *Riv. trim. dir. pubbl.*, n. 2 del 2004, 363 ss; L. SCAZZOSI, *Paesaggio, Paysage, Paisaje, Landscape, Landschaft, Landschap, Kraioraz . . . politiche e culture del paesaggio in Europa e negli Stati Uniti: una lettura trasversale*, in AA.VV., *Politiche e culture del paesaggio (esperienze internazionali a confronto*), Roma, 1999, 17 ss).
Sull'evoluzione della nozione di paesaggio nel nostro ordinamento, da un approccio estetico-formale al paesaggio identitario, si rimanda, tra i vari, a E. BOSCOLO, *Appunti sulla nozione giuridica di paesaggio identitario*, in *Urb. e app.*, n. 7/2008, p. 797 ss. Per una visione storica della tutela paesaggistica v. S. SETTIS, *Paesaggio Costituzione Cemento. La battaglia per l'ambiente contro il degrado civile*, Torino, 2010, p. 82 e ss. Una lettura di attualità delle problematiche legate alla tutela

rilievo, innestandosi al loro interno, si presenta così come il più evidente limite al loro valore indiscusso.

Viene quindi alla luce il vero punto cruciale della tematica, la necessità di un confronto e bilanciamento tra interessi pubblici "superprimari"[6] opposti: produzione di energia e tutela del paesaggio.

Ebbene, tale tensione strutturale si è tradotta anche nel modello procedimentale ad essa asservito. Il legislatore ha infatti definito un procedimento *sui generis*, quello dell'art. 12 del d. lgs 387/2003[7], in grado di "armonizzare" queste molteplici voci in un'autorizzazione unica.

E' proprio allora su questo specifico profilo che si inserisce la sentenza qui esaminata, contribuendo a far luce, una volta per tutte, su quale sia "il" procedimento autorizzatorio nel settore specifico dell'energia rinnovabile qualora si tratti di impianti collocati in zone paesaggisticamente vincolate.

L'esito è una decisione con cui, sovvertendo le conclusioni cui erano giunti i giudici di prime cure, il Consiglio di Stato dichiara "nulle per difetto assoluto di

---

dell'ambiente e del paesaggio al tempo della crisi è invece offerta da P. MADDALENA, *Crisi ambientale e crisi economica-finanziaria: nuovi riferimenti per la soluzione dei problemi ambientali*, in *Ambiente & Sviluppo,* n. 8-9/2012, p. 715.

[6] In questo senso S. AMOROSINO, *Beni naturali Energie Rinnovabili Paesaggio Studi «in itinere»*, cit., p. 12, il quale sottolinea che nel caso delle energie rinnovabili la composizione degli interessi assume un carattere particolare poiché viene meno la contrapposizione: produzione energetica *versus* tutela dell'ambiente. Sembra cioè che l'interesse generale all'approvvigionamento energetico sostenibile e l'interesse alla tutela dell'ambiente si "coalizzino" nei confronti della tutela del paesaggio, che rischia di divenire recessiva.
Lo stesso autore ricorda poi come la partita in materia si giochi essenzialmente tra interessi pubblici superprimari. Il conflitto tra attività produttive in campo energetico e paesaggio vedrebbe infatti tendenzialmente secondari gli interessi privati rispetto alla tutela di uno o più interessi pubblici. Se da un lato la funzione di tutela deve essere esercitata secondo il principio di proporzionalità, dall'altro, è lo stesso art. 41 della Costituzione a consentire il fondamento della sovraordinazione dei "superinteressi" pubblici da tutelare su quello imprenditoriale.

[7] La Corte Costituzionale, anche in relazione alla legislazione della Regione Molise (v. Corte cost. n. 282/2009) ha riconosciuto al citato art. 12 valore di principio fondamentale ai sensi e per gli effetti dell'art. 117, co. 3, Cost. Esso è quindi vincolante per le Regioni nella materia di legislazione concorrente "produzione, trasporto e distribuzione nazionale dell'energia", cui è da ascrivere la realizzazione e gestione degli impianti di energia da fonte eolica (Corte cost. n. 342/2008 e n. 364/2006).
Sul tema si rimanda tra i tanti a A. CIMELLARO, *Autorizzazione degli impianti alimentati da fonti rinnovabili. Commento agli artt. 4 e 6 del D.Lgs. 28/2011 ed all'art. 12 D.Lgs. 387/2003*, Padova, 2011; F. DI DIO, *D.Lgs. n. 28/2011: il nuovo regime «speciale» delle autorizzazioni per impianti da fonti rinnovabili*, in *Ambiente & Sviluppo*, n. 6/2011, p.564; C. VIVANI, *I procedimenti di autorizzazione alla realizzazione e alla gestione degli impianti di produzione di energia da fonti rinnovabili*, in *Urb. e app.*, n. 7/2011, 775.

attribuzione"[8] delle autorizzazione uniche rilasciate, per l'appunto, in difetto del suddetto procedimento, ed in particolare, seppur in presenza di alcune antecedenti autorizzazioni paesaggistiche, con il diniego ritualmente espresso dall'autorità competente in sede di conferenza di servizi[9].

E' colta così l'occasione per offrire una visione compiuta e nitida dei rapporti tra la materia e le diverse discipline ad essa sovrapponibili: quella ordinaria a tutela del paesaggio, di cui al Codice dei beni culturali e del paesaggio (d. lgs n. 42 del 2004) e quella generale della legge sul procedimento amministrativo (l. n. 241 del 1990).

2. *Alle origini della questione: la normativa applicabile al procedimento per l'autorizzazione di impianti rinnovabili*

---

[8] Sulla nullità si rimanda, *ex multis*, a V. CERULLI IRELLI, *Giurisdizione amministrativa e pluralità delle azioni (dalla costituzione al codice del processo amministrativo)*, in *Dir. proc. amm*., 2012, 02, 436; A. CARBONE, *La nullità*, in *Il processo amministrativo nella giurisprudenza. Commento sistematico ai principali istituti*, a cura di P. Clarizia - F. Freni, Milano, 2012, p. 103; ID., *La nullità e l'azione di accertamento nel processo amministrativo*, in *Dir. amm*., 2009, 795 ss; F. CARINGELLA, *Manuale di diritto amministrativo*, Roma, 2012; R. CHIEPPA, *La nullità del provvedimento*, in *Codice dell'Azione Amministrativa*, a cura di M.A. Sandulli, Milano, 2011; B. SASSANI, *Riflessioni sull'azione di nullità*, in *Dir. proc. amm*. 2011, 01, 269; G. ROSSI, *Principi di diritto amministrativo*, Torino, 2010; R. CHIEPPA - R. GIOVAGNOLI, *Manuale breve di diritto amministrativo*, Milano, 2009.; D. PONTE, *La nullità del provvedimento amministrativo*, Milano, 2007; N. IMMORDINO-M.C. CAVALLARO, *La nullità del provvedimento amministrativo tra carenza di potere in astratto e carenza di potere in concreto nella prospettiva dell'art. 21-septies L. 241/1990*, su *www.giustamm.it*, n. 9/2007; A. LAMORGHESE, *Nullità dell'atto amministrativo e giudice ordinario*, su *www.giustamm.it*, n. 7/2007; M. D'ORSOGNA, *La nullità del provvedimento amministrativo*, in (Cerulli Irelli, a cura di) *La disciplina generale dell'azione amministrativa*, Napoli, 2006, 368 ss.; S. DE FELICE, *Della nullità del provvedimento amministrativo*, su *www.giustamm.it*, n.5/2005; M.L. MADDALENA, *Comportamenti amministrativi e nullità provvedimentale: prospettive di tutela tra g.o. e g.a*., in *Dir. Amm.*, 2007, 586; R. VILLATA - M. RAMAJOLI, *Il provvedimento amministrativo*, Torino, 2006; M. NIGRO, *Giustizia amministrativa*, a cura di E. Cardi e A. Nigro, Bologna, 2002; A. BARTOLINI, *La nullità del provvedimento nel rapporto amministrativo*, Torino, 2002; Id, *Nullità e risultato*, in *Principio di legalità e amministrazione di risultato*, a cura di M. Immordino-A. Police, Torino 2004.

[9] Già precedentemente la giurisprudenza amministrativa aveva ricordato che le eventuali ragioni d'incompatibilità paesaggistica devono essere riversate tassativamente nella conferenza di servizi. In questo senso v. Cons. Stato, 22 febbraio 2010, n. 1020, su *www.giustizia-amministrativa.it*, in cui si era affermato esplicitamente che «le amministrazioni convocate devono esprimere il proprio eventuale dissenso, a pena di inammissibilità, motivatamente e all'interno della conferenza di servizi», con la precisazione che «ove poi il dissenso sia espresso, tra l'altro, da amministrazioni preposte alla tutela ambientale, paesaggistico-territoriale, del patrimonio storico-artistico, sono dettate specifiche norme procedurali per il superamento del dissenso».
Per una rassegna giurisprudenziale in tema di conferenza di servizi cfr. M.SANTINI, *Note sparse sulla giurisprudenza in tema di conferenza di servizi*, in *Urb. e app*., n. 1/2008, p. 20.

La vicenda oggetto di giudizio deriva la sua nascita nell'ambito di alcune procedure per il rilascio dell'autorizzazione unica di cui all'art. 12 del d. lgs 29 dicembre 2003, n. 387 (d'ora in poi solo art. 12)[10], che interessavano delle zone paesaggisticamente vincolate della Regione Molise.

Nelle more del procedimento volto al rilascio della predetta autorizzazione, dopo la positiva conclusione della valutazione di screening ed apportate talune modifiche al progetto originario, la Regione decideva di concedere alle società istanti alcune autorizzazioni paesaggistiche ai sensi della normativa ordinaria del Codice dei beni culturali e del paesaggio, di cui al d.lgs. n. 42 del 2004 (di tutt'altra natura, come evidente, rispetto a quella unica di cui sopra).

Se non che, nella prosecuzione del procedimento dell'art.12, la locale Soprintendenza per i Beni Architettonici e Paesaggistici si esprimeva in sede di conferenza di servizi con un motivato ed espresso dissenso al rilascio dell'autorizzazione unica, paventando così una ben diversa non compatibilità paesaggistica degli impianti "autorizzandi".

Malgrado ciò, l'autorità regionale decideva di rilasciare alle due società private anche l'autorizzazione unica ambita, consentendogli di procedere con la realizzazione di due consistenti parchi elettrici eolici[11].

La Direzione regionale per i beni culturali e paesaggistici interveniva quindi con un formale invito alla Regione Molise a ritirare in autotutela le autorizzazioni in oggetto, accompagnato da una diffida alle società così autorizzate dall'intraprendere i lavori di costruzione degli impianti.

Da qui il contenzioso promosso dalle società eoliche presso il Tribunale Amministrativo Regionale, con impugnazione principale dei suddetti provvedimenti ministeriali ed in via incidentale delle autorizzazioni regionali, nonché il conseguente giudizio presso il Consiglio di stato a riforma delle due sentenze del T.A.R. Molise[12].

---

[10] Sul quale recenti interventi legislativi ad opera del d.lgs. n. 28 del 3 marzo 2011 e del d.lgs. n. 1 del 24 gennaio 2012.

[11] In particolare si trattava di due autorizzazioni uniche per la costruzione e l'esercizio di due impianti eolici: il primo con potenza nominale complessiva di 39MW, con relative infrastrutture e connessione alla Rete di Trasmissione Nazionale nell'area sita nei Comuni di Rotello e Santa Croce di Magliano, ricadente in zona paesaggisticamente vincolata in quanto ricompresa nel P.T.A.A.V. n. 2 classificata come "P1" (area con prevalenza di elemento di interesse percettivo elevato e produttivo agricolo eccezionale); il secondo, dalla potenza complessiva di 30 MW, in località "Tre Croci" nel Comune di San Giuliano di Puglia, con relative infrastrutture e connessioni alla Rete di Trasmissione Nazionale nell'area sita nei Comuni di Rotello e Santa Croce di Magliano, ricadente in zona paesaggisticamente vincolata in quanto ricompresa nel P.T.A.A.V. n. 2 ("Lago di Guardialfiera – Fortore Molisano").

[12] Cfr. T.A.R. Molise-Campobasso, Sez. I, 15 novembre 2011, n. 734 e 735, su *www.giustizia-amministrativa.it*. I giudici di prime cure, con riferimento al ricorso incidentale ministeriale, lo dichiaravano inammissibile per mancanza di accessorietà rispetto a quello principale nonché per la

I termini della questione possono essere così semplificati. Le posizioni delle parti riflettevano essenzialmente una diversa visione e ricostruzione della normativa sul regime autorizzatorio degli impianti da fonti rinnovabili. Il dibattito si incentrava sulle modalità di acquisizione della valutazione di compatibilità paesaggistica: da una parte, si invocavano le norme relative all'autorizzazione unica, di cui al famoso art. 12; dall'altra, le procedure ricavabili dalle disposizioni generali a tutela del paesaggio, di cui al d.lgs. n. 42 del 2004. L'effetto era una commistione di procedimenti e formalità che lasciavano residuare un'evidente confusione in materia.

Entrambe le sentenze T.A.R. accoglievano la posizione dei ricorrenti. Il motivo della scelta era essenzialmente il seguente: il dissenso sulla compatibilità paesaggistica in sede di conferenza di servizi non avrebbe comunque potuto impedire il rilascio da parte della Regione dell'autorizzazione unica interessata. Data la presenza delle due autorizzazioni paesaggistiche ordinarie, già accordate ai sensi del d.lgs. n. 42/2004, la Soprintendenza ai beni architettonici e paesaggistici del Molise avrebbe invece dovuto (al massimo) esercitare nei tempi previsti il diverso potere di annullamento di quest'ultime di cui all'art. 159 del Codice dei beni culturali e del paesaggio (da qui solo art.159). Avrebbe dovuto cioè fare applicazione di quel regime transitorio previsto dalla normativa generale (ad oggi ormai finalmente sostituito dal solo modello autorizzatorio di cui all'art. 146 del Codice[13]), che prevedeva che le Soprintendenze non manifestassero, come oggi, la loro valutazione nell'ambito del procedimento per l'autorizzazione paesaggistica ordinaria, tramite un preventivo parere vincolante (per ora![14]), ma che fossero

sua tardività, ove anche riqualificato come ricorso autonomo, per decorrenza del termine ordinario d'impugnazione; accoglievano quindi quello principale.

[13] Come noto, il regime autorizzatorio in materia paesaggistica si è caratterizzato per la presenza di un modello di autorizzazione paesaggistica transitorio, di cui all'art. 159 del Codice dei beni culturali e del paesaggio, venuto a cessare solo a partire dal 1° gennaio 2010. Tale regime si distingueva da quello attuale per la diversa modalità di composizione della valutazione di compatibilità paesaggistica della Soprintendenza, che non si rispecchiava soltanto in un diverso *modus operandi* procedimentale bensì rifletteva un assetto sostanziale differente. Dal primo punto di vista, ai sensi dell'art. 159, alla Soprintendenza era riservata nell'ambito dell'autorizzazione paesaggistica solo una valutazione *ex post*, da esercitare, entro un rigoroso termine, sotto forma di annullamento dell'autorizzazione già rilasciata. Sotto il secondo profilo, la valutazione non poteva distinguersi da una valutazione di mera legittimità, sufficientemente motivata.
Ad oggi il solo modello procedimentale vigente è quello definito dall'art. 146, in cui la valutazione del Soprintendente è integrata nello stesso procedimento autorizzatorio, sotto forma di parere vincolante. V. G.F. CARTEI, *L'autorizzazione paesaggistica nel codice dei beni culturali e del paesaggio*, in *Giornale dir. amm.*, n. 11/2004, p. 1267.

[14] L'art. 146, così come modificato dalla legge n. 106 del 2011, dispone che tale parere «all'esito dell'approvazione delle prescrizioni d'uso dei beni paesaggistici tutelati, predisposte ai sensi degli articoli 140, comma 2, 141, comma 1, 141-bis e 143, comma 1, lettere b), c) e d), nonché della positiva verifica da parte del Ministero, su richiesta della regione interessata, dell'avvenuto

dotate piuttosto di un potere di annullamento successivo delle stesse, se adottate non conformemente alle prescrizioni paesaggistiche.

A prescindere dal modello autorizzatorio allora o oggi vigente, ciò che quindi veniva così a essere sacramentato era la possibilità di innestare all'interno del procedimento d'autorizzazione del d.lgs. n. 387/2003 altri segmenti procedimentali, afferenti a normative diverse dalla suddetta, quale il Codice dei beni culturali e del paesaggio.

Il Ministero, di contrario, adduceva invece che per questo tipo di procedimenti, quelli aventi ad oggetto impianti di energia rinnovabile, l'unica sede in cui la Soprintendenza può manifestare la valutazione di sua competenza rimane comunque la sola conferenza di servizi di cui all'articolo 12. Al momento in cui un'autorità qualificata, come quella preposta a tutela dell'interesse paesaggistico, esprime poi un dissenso in sede di conferenza di servizi, l'unica normativa applicabile rimarrebbe quella dell'art. 14-*quater* della legge n. 241 del 1990: la rimessione della decisione all'autorità politica rappresenterebbe l'unica strada per superare l'*empasse* di un rifiuto su valutazioni concernenti interessi primari.

Ne traeva quindi la non applicabilità della normativa di cui al d.lgs. n. 42 del 2004, né del relativo art. 159, con il conseguente effetto della nullità di tutte le autorizzazioni comunque rilasciate in difetto di tale procedura.

Si intersecano così tra loro le due problematiche principali della vicenda: la necessità di chiarire a monte quale sia l'iter procedimentale necessario per gli impianti rinnovabili collocati in zone paesaggisticamente vincolate; il dover definire, a valle, la sorte delle autorizzazioni adottate in difetto di tale modello procedimentale.

---

adeguamento degli strumenti urbanistici, assume natura obbligatoria non vincolante e, ove non sia reso entro il termine di novanta giorni dalla ricezione degli atti, si considera favorevole». Il passaggio del parere da "vincolante" a meramente "obbligatorio" è dunque rimesso *in primis* alla realizzazione della c.d. vestizione dei vincoli. Il termine, ben noto per chi si occupa di paesaggio, è diventato in materia l'espressione emblematica del problema della mancanza di prescrizioni di uso per i vincoli paesaggistici (l'espressione è dovuta a P.F. UNGARI, *Spunti per un intervento sul "Quadro conoscitivo critico della legislazione sul paesaggio*, 2004, nel sito *www. giustizia-amministrativa.it*). Si può sul punto sinteticamente ricordare che i vincoli paesaggistici sono nati "nudi". Quando la legge Croce, l. n. 778/1922, li istituì per la prima volta non soltanto vi era un'ampia e totale discrezionalità sui beni sui quali apporre il vincolo ma vi era anche una totale discrezionalità sul contenuto dell'autorizzazione, posto che la dichiarazione di vincolo nulla diceva sul regime giuridico in sostanza applicabile al bene. Una delle più importanti novità introdotte con Codice del 2004 è stata quindi la previsione che la dichiarazione debba nascere "vestita" debba cioè già contenere in sé le prescrizioni d'uso correlate a quel vincolo. Altrettanto si è posto per i c.d. vincoli del terzo tipo, quelli posti tramite piano (art. 143 lett. d). I vincoli *ex lege* di cui all'art 142, nati anche essi come "nudi", devono essere invece "rivestiti" tramite i piani (art.143 lett. b). Cfr. S. AMOROSINO, *Introduzione al diritto del paesaggio*, cit., p. 86 e ss.

3. *La natura speciale del d. lgs n. 387/2003*

Per dipanare la matassa, il Consiglio procede *in primis* ricostruendo sistematicamente l'origine del decreto sugli impianti alimentati da fonti rinnovabili. Viene dunque ricordato come la materia sia il risultato di una normativa *ad hoc,* disegnata dal legislatore nazionale per dare attuazione alla direttiva comunitaria 2001/77/CE del 27 settembre 2001 ("*Direttiva del Parlamento europeo e del Consiglio sulla promozione dell'energia elettrica prodotta da fonti energetiche rinnovabili nel mercato interno dell'elettricità*"). La relativa disciplina procedimentale trova la sua definizione nell'art. 12 del d.lgs. 29 dicembre 2003, n. 387 ("*Attuazione della direttiva 2001/77/CE relativa alla promozione dell'energia elettrica prodotta da fonti energetiche rinnovabili nel mercato interno dell'elettricità*") e culmina nel rilascio della c.d. autorizzazione unica regionale.

Si rammentano in tal modo le vere finalità sottese a questo tipo di procedimento: semplificazione e concentrazione delle forme procedimentali in vista del più generale obiettivo di incentivazione della produzione di energia rinnovabile, conformemente alla normativa comunitaria.

Appare così evidente il perché di un regime autorizzatorio *sui generis* e semplificato nonché della scelta di individuare proprio nella conferenza di servizi il «*modulo procedimentale ordinario essenziale alla formazione del successivo titolo abilitativo*»: solo questa sede si presenta come idonea a consentire di esperire "celermente" il necessario contemperamento tra le menzionate esigenze di un approvvigionamento energetico sostenibile con gli altri interessi pubblici coinvolti, tra cui quello paesaggistico.

Alla luce di queste considerazioni, il collegio giunge così a fissare un dato imprescindibile di partenza: la normativa in esame è *ratione materiae* speciale. Non ha quindi senso o, più correttamente, non è legittimo fare ricorso per la materia degli impianti da fonte rinnovabili ad istituti e procedimenti tratti da altre e diverse discipline, anche afferenti al Codice dei beni culturali e del paesaggio. La procedura di cui all'art. 12 è un sistema a sé, impermeabile a fenomeni di osmosi con modelli procedimentali diversi.

In questa roccaforte inaccessibile non trova quindi sede neanche una valutazione dell'impatto paesaggistico diversa dalle forme a ciò disposte per legge. Non è così applicabile quella invocata norma sull'annullamento delle autorizzazioni paesaggistiche di cui all'art. 159 del Codice dei beni culturali e del paesaggio. Per acquisire la compatibilità paesaggistica non si potrà che seguire il solco tracciato dal legislatore: la conferenza di servizi.

A sostegno delle argomentazioni già ricordate il collegio ricorda poi che se così non fosse si darebbe legittimazione ad una surrettizia parcellizzazione del procedimento amministrativo in segmenti ciascuno dotato di una disciplina procedimentale differenziata, a tutto discapito delle evidenziate esigenze di celerità

e snellezza che si è visto essere invece la *ratio* dell'intero procedimento qui considerato.

Stante questa specialità ed il dettato normativo del richiamato art. 12 del d.lgs. 29 dicembre 2003, n. 387, il Consiglio conclude quindi affermando che «la conferenza di servizi è per la legge la sede propria e esclusiva (senza alcuna "confluenza" parcellizzante il confronto) in cui le amministrazioni interessate (e in particolare il Ministero per i beni e le attività culturali) manifestano – con le forme ivi necessarie - l'assenso o il dissenso rispetto al rilascio del domandato titolo abilitativo regionale alla realizzazione dell'impianto».

Decade così il più importante pilastro che aveva sostenuto l'interpretazione del giudice di primo grado e dei ricorrenti: per gli impianti alimentati da energie rinnovabili non esistono forme di acquisizione della valutazione di incidenza paesaggistica diverse o alternative alla conferenza di servizi di cui all'art. 12 del d.lgs. n. 387/2003. Pertanto non sarà neanche idonea ad impegnarla «un'indebita, precedente attivazione del procedimento di autorizzazione paesaggistica nelle forme, *ultra vires*, del Codice dei beni culturali e del paesaggio».

4. *Come superare il dissenso sulla compatibilità paesaggistica espresso in sede di conferenza di servizi*

Sembra allora assodato che non è sulla normativa del Codice dei beni culturali e del paesaggio che si debba porre l'attenzione per risolvere il caso di specie. Ammesso invece che è al solo decreto del 2003 che si possa volgere lo sguardo, una prima problematica si pone da chiarire: quale sarebbe dovuto essere l'iter procedimentale susseguente al dissenso della Soprintendenza, data per l'altro l'essenza "sensibile" dell'interesse alla protezione e valorizzazione del paesaggio?

Il Consiglio ricorda che ai sensi dell'art. 12 del d.lgs. 387/2003 l'autorizzazione unica vada rilasciata "*nel rispetto delle normative vigenti in materia di tutela dell'ambiente, di tutela del paesaggio e del patrimonio storico-artistico*". Appare dunque evidente che la suddetta compatibilità sia elemento necessario ed indefettibile per il conseguimento dell'autorizzazione.

Lo stesso aggiunge poi che l'imprescindibilità di un esito positivo della valutazione paesaggistica si lega comunque ed indissolubilmente al carattere preminente dell'interesse paesaggistico nel nostro ordinamento[15]. La tutela del

[15] Cfr., tra le molte, le sentenze della Corte Costituzionale n. 359 e n. 94 del 1985, n. 151/ 1986, n. 196/2004, n. 182-183/2006, n. 367/2007, n. 272/2009, su *www.cortecostituzionale.it*. Non vi è dubbio che la tutela del paesaggio sia stata qualificata più volte dalla Corte come un "valore costituzionale primario". La stessa giurisprudenza costituzionale ha tuttavia chiarito che questa primarietà, da intendersi come "insuscettibilità di subordinazione ad ogni altro valore costituzionalmente tutelato, ivi compresi quelli economici" (in questi termini Corte Cost., 27 giugno 1986, n. 151, cit.), «non legittima un primato assoluto in una ipotetica scala gerarchica dei valori costituzionali, ma origina la

paesaggio è infatti principio fondamentale della Costituzione (art. 9): anche in questo speciale procedimento abilitativo occorre pertanto assicurarne la difesa, «*pena il sospetto di incostituzionalità*». La semplificazione procedimentale può d'altronde perseguire l'obiettivo di speditezza del procedimento ma non trasformarsi in un modo per «*surrettiziamente invertire il rapporto sostanziale tra interessi e sottrarre effettività ad un principio fondamentale dell'ordinamento costituzionale*».

Il nodo principale della questione deriva dall'assenza nella normativa speciale del decreto n.387/2003 di una disposizione che preveda espressamente la sorte della procedura autorizzatoria nel caso di dissenso di un'autorità qualificata in sede di conferenza di servizi. Tale assenza, unita invece all'assoluta necessità della compatibilità paesaggistica, a pena il rischio di incostituzionalità della normativa, e unita altresì al carattere, come già visto, speciale della stessa, sembrerebbe poter fondare un vero e proprio potere di veto dei soggetti preposti alla tutela di questi interessi superprimari. Significherebbe, in pratica, che, nell'ambito dei procedimenti di cui al d.lgs. n. 387 del 2003, il loro silenzio non sarebbe in nessun modo superabile dall'autorità procedente.

Il collegio rifugge una risposta positiva e trova una soluzione nelle maglie dello stesso art. 12, che al comma 4 dispone: «*L'autorizzazione di cui al comma 3 è rilasciata a seguito di un procedimento unico, al quale partecipano tutte le Amministrazioni interessate, svolto nel rispetto dei principi di semplificazione e con le modalità stabilite dalla legge 7 agosto 1990, n. 241, e successive modificazioni e integrazioni*». In virtù di questo richiamo, è dunque legittimo fare appello a quelle specifiche norme procedimentali di cui all'art. 14-*quater* della legge n. 241 del 1990 che stabiliscono le forme di superamento dell'eventuale dissenso di amministrazioni preposte, tra l'altro, a tutela paesaggistico-territoriale.

Nello specifico, l'attuale[16] disposizione dell'art. 14-*quater* prevede che, ove venga espresso motivato dissenso da parte di un'amministrazione preposta alla

---

necessità che essi debbano sempre essere presi in considerazione nei concreti bilanciamenti operati dal legislatore ordinario e dalle pubbliche amministrazioni». In altri termini, «la "primarietà" degli interessi che assurgono alla qualifica di "valori costituzionali" non può che implicare l'esigenza di una compiuta ed esplicita rappresentazione di tali interessi nei processi decisionali all'interno dei quali si esprime la discrezionalità delle scelte politiche o amministrative» (Corte Cost., 28 giugno 2004, n. 196, cit.). Cfr. P. CARPENTIERI, *Tutela del paesaggio: un valore di spessore nazionale*, in *Urb. e app.*, n.3/2008.

[16] Nel caso qui considerato si applicava invece la formulazione della norma antecedente, che il Consiglio così ricorda: «se il motivato dissenso è espresso da un'amministrazione preposta alla tutela ambientale, paesaggistico-territoriale, del patrimonio storico-artistico o alla tutela della salute e della pubblica incolumità, la decisione è rimessa dall'amministrazione procedente, entro dieci giorni: a) al Consiglio dei Ministri, in caso di dissenso tra amministrazioni statali; b) alla Conferenza permanente per i rapporti tra lo Stato, le regioni e le province autonome di Trento e di Bolzano, di seguito denominata "Conferenza Stato-regioni", in caso di dissenso tra un'amministrazione statale e una regionale o tra più amministrazioni regionali; c) alla Conferenza unificata, di cui all'articolo 8 del

tutela ambientale, paesaggistico-territoriale, del patrimonio storico-artistico o alla tutela della salute e della pubblica incolumità, la questione sarà rimessa alla deliberazione del Consiglio dei Ministri previa intesa con gli altri enti territoriali, a seconda delle amministrazioni coinvolte nel dissenso[17]. L'unica strada percorribile è quindi quella di deferire la questione dall'amministrazione procedente ad un altro e superiore livello gerarchico e con altre modalità procedimentali.

Qui una delle considerazioni più interessanti della decisione, da cui deriverà la grave patologia dei provvedimenti contestati. Il collegio ricorda che l'effetto di un dissenso qualificato, espresso a tutela di un interesse sensibile, è quello di «spogliare *in toto* la conferenza di servizi della capacità di ulteriormente procedere – o meglio, di spogliare in termini assoluti l'amministrazione procedente della sua competenza a procedere e sulla base del modulo della conferenza di servizi –». Ciò significa che «nessun potere ha l'amministrazione procedente circa il vaglio di quel

---

decreto legislativo 28 agosto 1997, n. 281, in caso di dissenso tra un'amministrazione statale o regionale e un ente locale o tra più enti locali. Verificata la completezza della documentazione inviata ai fini istruttori, la decisione è assunta entro trenta giorni, salvo che il Presidente del Consiglio dei Ministri, della Conferenza Stato-regioni o della Conferenza unificata, valutata la complessità dell'istruttoria, decida di prorogare tale termine per un ulteriore periodo non superiore a sessanta giorni».

[17] Art. 14-*quater*, comma 3, legge n. 241 del 1990: «Al di fuori dei casi di cui all'articolo 117, ottavo comma, della Costituzione, e delle infrastrutture ed insediamenti produttivi strategici e di preminente interesse nazionale, di cui alla parte seconda, titolo terzo, capo quarto del decreto legislativo 12 aprile 2006, n. 163, e successive modificazioni, nonché' dei casi di localizzazione delle opere di interesse statale, ove venga espresso motivato dissenso da parte di un'amministrazione preposta alla tutela ambientale, paesaggistico-territoriale, del patrimonio storico-artistico o alla tutela della salute e della pubblica incolumità, la questione, in attuazione e nel rispetto del principio di leale collaborazione e dell'articolo 120 della Costituzione, è rimessa dall'amministrazione procedente alla deliberazione del Consiglio dei Ministri, che si pronuncia entro sessanta giorni, previa intesa con la Regione o le Regioni e le Province autonome interessate, in caso di dissenso tra un'amministrazione statale e una regionale o tra più amministrazioni regionali, ovvero previa intesa con la Regione e gli enti locali interessati, in caso di dissenso tra un'amministrazione statale o regionale e un ente locale o tra più enti locali. Se l'intesa non è raggiunta entro trenta giorni, la deliberazione del Consiglio dei ministri può essere comunque adottata. Se il motivato dissenso è espresso da una Regione o da una Provincia autonoma in una delle materie di propria competenza, il Consiglio dei Ministri delibera in esercizio del proprio potere sostitutivo con la partecipazione dei Presidenti delle Regioni o delle Province autonome interessate». In merito va tuttavia precisato che la Corte Costituzionale, con sentenza 2 - 11 luglio 2012, n. 179 (in G.U. 1a s.s. 18/7/2012, n. 29), ha dichiarato l'illegittimità costituzionale dell'art. 49, comma 3, lettera b), del decreto-legge 31 maggio 2010, n. 78, convertito con modificazioni dalla L. 30 luglio 2010, n. 122, (che ha modificato il comma 3 del presente articolo) "nella parte in cui prevede che, in caso di dissenso espresso in sede di conferenza di servizi da una Regione o da una Provincia autonoma, in una delle materie di propria competenza, ove non sia stata raggiunta, entro il breve termine di trenta giorni, l'intesa, «il Consiglio dei ministri delibera in esercizio del proprio potere sostitutivo con la partecipazione dei Presidenti delle Regioni o delle Province autonome interessate»".

dissenso qualificato, se non quello formale di presa d'atto e di conseguente propria conformazione, o procedimentale o sostanziale».

In pratica, quando si manifesta un dissenso di questo tipo, si assiste ad una vera e propria successione nel potere: l'amministrazione perde completamente il suo titolo di legittimazione all'esercizio dello stesso, che a sua volta scivola nelle mani dell'autorità politica. La pubblica amministrazione appare così "delegittimata" a procedere, potendo soltanto delle due l'una, rinunciare alla prosecuzione del procedimento e disporre negativamente sull'iniziativa che vi ha dato origine, o l'altra, deferire la questione a diversa autorità per eventualmente perseguire il superamento del dissenso.

Non soltanto quindi il Consiglio fa luce sulla procedura da seguire ma va oltre, chiarendo in che modo la stessa incida sulla titolarità del potere amministrativo esercitato.

5. *La nullità delle autorizzazioni uniche regionali rilasciate in assenza di compatibilità paesaggistica ed inosservanza dell'art. 14-*quater *della legge n. 241 del 1990*

Si giunge in tal modo a quello che tra le considerazioni del collegio è senz'altro il punto nevralgico, essendo il precipitato di tutto il percorso logico argomentativo su cui la decisione si fonda.

Appare evidente che le essenziali regole procedimentali testé esposte non erano state nel caso di specie osservate: le autorizzazioni uniche furono accordate pur nel dissenso della Soprintendenza interessata. Ma vi è di più. Nonostante la normativa speciale del decreto del 2003 prevedesse un'autorizzazione unica, la Regione aveva già precedentemente rilasciato delle autorizzazioni paesaggistiche ordinarie alle società eoliche. *Quid iuris* di tutti questi provvedimenti? Il Consiglio distingue sul punto tra provvedimenti antecedenti e successivi al dissenso espresso in sede di conferenza di servizi.

Con riferimento ai primi, ossia essenzialmente alle autorizzazioni paesaggistiche, che costituiscono i presupposti degli atti impugnati, il collegio ritiene che poiché non si sarebbe potuto neanche iniziare quel procedimento di cui le stesse costituiscono l'esito, essendovi una normativa procedimentale diversa, *ad hoc*, nella forma dell'art. 12, che in loro luogo avrebbe dovuto essere seguita, le stesse sono "irrilevanti" o *rectius* «nulle, e con loro nullo tutto quel procedimento, alla luce dell'art. 21-*septies* della legge 7 agosto 1990, n.241 (…) per difetto assoluto di attribuzione». Si tratta, invero, «non di una questione circa il concreto cattivo uso di un potere dato, ma di uso di un potere non dato dalla legge».

Si ricorda quindi che il procedimento amministrativo rappresenta «non solo la forma dell'azione amministrativa, ma anche la sua sostanza e la sua organizzazione intima». Conseguentemente «le particolari modalità di

interlocuzione – temporali, soggettive, dialettiche - plasmano l'assetto, voluto dalla legge che regola il singolo procedimento, della supremazia pubblica e della sua capacità di incidenza nei comportamenti altrimenti liberi». Il giudizio circa l'azione pubblica non può allora che passare attraverso la rivelazione preliminare dell'attribuzione «di questa specifica capacità ad opera della legge, cioè dell'attribuzione del procedimento».

Il Consiglio chiarisce poi, a scanso di equivoci, che la nullità è tale che avrebbe comunque travolto e reso privo di rilievo anche l'ipotetico annullamento ministeriale ai sensi dell'art. 159 dell'autorizzazione paesaggistica (che dunque correttamente non è stato adottato).

Analogamente, con riguardo alla seconda categoria di provvedimenti, le autorizzazioni uniche incidentalmente impugnate, il collegio ritiene che l'esito non potrà che essere quello della nullità. Le stesse sono *in primis* gravate da un difetto assoluto di attribuzione: il semplice fatto dell'insorgenza del dissenso qualificato in conferenza di servizi poneva infatti irrimediabilmente fine all'attribuzione del potere mediante quel modulo e da parte di quell'autorità per assegnarlo ad un'autorità altra e diversa. Il non aver deferito la questione a ben differente e distante livello di governo[18] rappresenta un esercizio di attività amministrativa ormai senza più alcun titolo di competenza e dunque svolta in carenza dell'attribuzione di legge.

Ancora, sempre alla luce dell'art. 21-*septies*, vi è anche nullità delle stesse autorizzazioni uniche regionali per difetto dell'elemento dell'assenza di dissensi qualificati nella previa conferenza di servizi, che costituisce un'insanabile loro manchevolezza strutturale: una «forma di mancanza di un'essenziale volontà amministrativa a che la conferenza di servizi possa aver seguito nella direzione dell'istanza».

Consegue invece dalle considerazioni antecedenti «la piena legittimità ed anzi il carattere dovuto» di quei provvedimenti monitori e inibitori, nonché della richiesta di autoannullamento dell'autorizzazione unica, adottati in via ministeriale.

In conclusione, capovolgendo la posizione assunta dal giudice di primo grado, il Consiglio offre una lettura della vicenda rigorosa e che non lascia margini ad interpretazioni diverse: taccia di nullità, la forma di maggior gravità di illegittimità di cui il nostro ordinamento dispone, tutte le autorizzazioni rilasciate, a qualunque titolo, nell'inosservanza del procedimento prescritto dalla legge per l'autorizzazione degli impianti rinnovabili.

---

[18] Livello che, a detta del collegio, «è di dignità pari a quella dell'implicazione in esso del corrispondente organo costituzionale, e va posto in relazione alla concreta incidenza, manifestata con questo dissenso qualificato del Soprintendente, sul principio fondamentale dell'art. 9 Cost., norma che costituzionalizza e al massimo rango la tutela del paesaggio e del patrimonio storico e artistico della Nazione»,

Tali violazioni assumono così la forma visibile di un potere amministrativo assente: non imputabile alla Regione *ab origine* (si pensi al caso delle autorizzazioni paesaggistiche ordinarie rilasciate nelle more del procedimento di cui al d.lgs. 387/2003), o perso solo successivamente, a seguito del dissenso espresso in sede di conferenza di servizi da parte di un'autorità qualificata (ed è questo il caso delle autorizzazioni uniche).

6. *Alcune osservazioni conclusive*

Ciò che desta particolare interesse nella decisione in esame è senz'altro la scelta di annoverare le violazioni in oggetto nel paradigma della nullità[19]. Il Consiglio fa ricorso essenzialmente alla categoria del "difetto assoluto di attribuzione" mentre in merito alle autorizzazioni uniche di cui all'art. 12 accenna marginalmente anche alla diversa figura della carenza dell'elemento essenziale della volontà.

Con riferimento alla prima patologia, non si può non prendere atto di una lettura particolarmente ampia della nozione di difetto assoluto di attribuzione[20], atteso che non siamo di fronte alla tradizionale ipotesi di provvedimento adottato da un'amministrazione totalmente estranea, ossia appartenente ad un settore diverso da quello cui sarebbe spettato il potere. Né è evidentemente il caso, ancor più grave, di straripamento del potere amministrativo nei confronti di quello giudiziario o legislativo. Nel caso di specie, pur rimanendo l'amministrazione procedente titolare del potere di disporre sull'istanza che ha dato origine al procedimento vi sarebbe, in pratica, uno spostamento "sostanziale" del potere decisionale ad un livello diverso, quello politico, di tal ché all'amministrazione, svuotata del suddetto potere, non rimane che adeguarsi ad una scelta compiuta ad altro livello o rinunciare ad una decisione di accoglimento dell'istanza.

Sarà quindi interessante osservare se in futuro, nel solco di questa decisione, il Consiglio seguirà quest'interpretazione estensiva della nozione di difetto assoluto di attribuzione.

Con riferimento invece alla seconda categoria di vizio, quello dell'assenza di volontà, sarebbe stato senz'altro interessante se anche questa seconda figura fosse stata maggiormente approfondita. Il difetto dell'elemento della volontà è infatti ormai pacificamente uno degli elementi essenziali del provvedimento per gli effetti

[19] Interessanti considerazioni sul punto sono offerte dal commento alla medesima sentenza di A. BARTOLINI, *Tutela del paesaggio e difetto assoluto di attribuzione*, cit., il quale, pur condividendo la scelta della nullità, ritiene che al caso in esame meglio si attaglia in realtà la figura del difetto dell'elemento causale del potere piuttosto che quello del difetto assoluto di attribuzione.

[20] In merito v. la dottrina citata *sub* nota 4.

dell'art. 21-*septies*, posto che, come noto, il legislatore non ha scelto di definire in via legale il novero degli stessi rimettendo invece all'interprete la loro concreta individuazione[21]. La giurisprudenza ha quindi ravvisato l'assenza della volontà provvedimentale, per esempio, nel caso del funzionario amministrativo complice della falsificazione documentale[22], precisando, in altra decisione, che laddove il comportamento dell'organo agente integri una fattispecie penalmente rilevante si determina l'interruzione del rapporto di immedesimazione organica tra l'organo e l'amministrazione di appartenenza[23]. Si è poi ritenuto affetto da medesima nullità il provvedimento che, per mero errore di coordinamento fra uffici, abbia un effetto dispositivo non corrispondente alla reale volontà espressa dall'amministrazione nel corso del procedimento di istruzione[24].

La decisione in oggetto si sarebbe quindi prestata ad ancor più approfondita indagine attesa la particolarità del caso in esame, trattandosi nella specie di una volontà amministrativa assente non tanto per l'attività illecita o materialmente erronea dei suoi funzionari ma proprio per un difetto nella sua intrinseca formazione. Non essendovi qui una volontà amministrativa "monocorde" ma, al contrario, essendo la stessa il risultato della necessaria sovrapposizione di una pluralità di voci di assenso, imputabili a diversi soggetti pubblici, è l'assenza di una di queste componenti a far sì che l'elemento volitivo non possa dirsi integrato e dunque presente. Sembrerebbe allora che il dissenso della Soprintendenza in conferenza di servizi, non colmato ad altro livello, abbia prodotto non tanto uno

[21] Cfr. da ultimo T.A.R. Lazio Roma, Sez. II *ter*, 18 giugno 2012, n. 5587, su *www.giustizia-ammministrativa.it*, per cui, posto che diventa dirimente quella giurisprudenza che è intervenuta per individuare gli elementi essenziali del provvedimento amministrativo, questo può quindi considerarsi assolutamente nullo o inesistente «solo nelle ipotesi in cui esso sia espressamente qualificato come tale dalla legge, oppure manchi dei connotati essenziali dell'atto amministrativo, necessari ex lege a costituirlo, quali possono essere la radicale carenza di potere da parte dell'Autorità procedente, ovvero il difetto della forma, della volontà, dell'oggetto o del destinatario». V. anche Cons. Stato, Sez. V, 19 settembre 2008 n. 4522, su *www.giustizia-ammministrativa.it*, secondo cui i casi di mancanza di uno degli elementi essenziali dell'atto «vanno individuati, in assenza di una esplicita indicazione legislativa, secondo le nozioni sostanziali di derivazione civilistica, concernenti il contratto e il negozio giuridico»; T.A.R. Abruzzo, 17 luglio 2007, n. 484, *ivi*; T.A.R. Puglia, Bari, Sez. II, 31 gennaio 2011, n.204, *ivi*; Cons. di Stato, Sez. V, 16 febbraio 2012, n. 792, *ivi*, per cui «si tratta, sulla falsariga di quanto previsto dall'art. 1418 c.c. per il contratto, in combinato con l'art. 1325 c.c., della c.d. nullità strutturale».

[22] Mentre è da escludere qualora la volontà sia viziata per effetto dell'induzione in errore derivante da reato (ipotesi riconducibile alla diversa annullabilità). In questo senso Cons. di Stato, Sez. IV, 25 novembre 2008, n. 5809, su *www.giustizia-ammministrativa.it*.

[23] Cfr. Cons. di Stato, sez. V, 4 marzo 2008, n. 890, su *www.giustizia-ammministrativa.it*.

[24] Cfr. T.A.R. Liguria, 2 marzo 2011, n. 344, su *www.giustizia-ammministrativa.it*.

"sdoppiamento" tra la volontà effettiva dell'amministrazione e quella esternata nel provvedimento quanto piuttosto un'assenza *tout court* dell'elemento volitivo[25].

Ciò detto, non si può comunque non apprezzare la decisione per la scelta di riattribuire al procedimento amministrativo un ruolo decisivo nella valutazione della legittimità dell'operato della pubblica amministrazione.

Negli ultimi tempi rinomate esigenze di economia processuale e semplificazione dell'azione amministrativa hanno infatti condotto a scelte di minor rigore nell'accertamento dei vizi di sviamento del procedimento amministrativo. Tale *favor* legislativo per il "sostanzialismo" si è per esempio concretizzato nella ben nota categoria dei "vizi non invalidanti del provvedimento", di cui all'art. 21-*octies* della legge n. 241 del 1990[26], anche se resta naturalmente chiaro che questi ultimi siano ben diversi dalle gravi violazioni compiute nel caso di specie.

---

[25] La lettura in esame si ricollega, evidentemente, alla ben nota problematica della natura della conferenza di servizi come organo autonomo collegiale, espressivo di un'unica volontà, piuttosto che come semplice istituto di semplificazione del procedimento, privo di una propria individualità. La questione dai risvolti pratici notevoli in punto di individuazione degli atti impugnabili, di notificazione del ricorso, di legittimazione processuale attiva e passiva, di esercizio del potere di autotutela da parte dell'amministrazione, sembra esser stata risolta dalla giurisprudenza favorevolmente alla seconda tesi, sia dalla Corte Costituzionale, fin dalla pronuncia 28 luglio 1993, n. 348, sia dal Consiglio di Stato, che, a partire dalla sentenza 8 luglio 1999, n. 1193 della quarta Sezione, ha affermato che "la conferenza di servizi è solo un modulo procedimentale e non costituisce anche un ufficio speciale della P.A. autonomo rispetto ai soggetti che vi partecipano". In materia, senza alcuna pretesa di esaustività, si ricordano R. GAROFOLI, *La conferenza di servizi: novità normative e questioni problematiche*, Relazione al Seminario "Deburocratizzazione" - 16 e 17 marzo 2012 - Matera, su *www.neldiritto.it*; G. ROSSI, *Principi di diritto amministrativo*, cit.; V. CERULLI IRELLI, *Lineamenti del diritto amministrativo*, Torino, 2011; F. CASETTA, *Manuale di diritto amministrativo,* Milano, 2011; F. BASSANINI e L. CARBONE, *La conferenza di servizi. Il modello e i principi,* in *La nuova disciplina generale dell'azione amministrativa,* a cura di V. Cerulli Irelli, Napoli, 2006; G. GARDINI, *La Conferenza di servizi*, in *Giornale di dir. amm*., 2005, p. 488 ss.; F. CARINGELLA, M. SANTINI, *Il nuovo volto della Conferenza di servizi*, in *Le nuove regole dell'azione amministrativa dopo le leggi n. 15/2005 e n. 80 /2005*, a cura di F. Caringella, D. De Carolis, G. De Marzo, Milano, 2005; M. SANTINI, *La Conferenza di servizi*, in *Urb e App.*, 2005, p. 384 ss.; D. D'ORSOGNA, *Conferenza di servizi ed amministrazione della complessità*, Torino, 2002; ID., *Conferenza di servizi*, in *Diritto amministrativo*, a cura di F. G. Scoca, 2008; E. PICCOZZA, *Note minime sull'istituto della Conferenza di servizi e l'evoluzione della realtà*, in *Cons. Stato*, 2001, II, p. 699 ss; P. FORTE, *La Conferenza di servizi*, Padova, 2000; F. G. SCOCA, *Analisi giuridica della Conferenza di servizi*, in *Dir. amm*., 1999, p. 255 ss; G.D. COMPORTI, *Conferenze di servizi ed ordinamento delle autonomie*, in *Dir. amm*., 1998, p. 172 ss; L. TORCHIA, *La Conferenza di servizi e l'accordo di programma ovvero della difficile semplificazione*, in *Gior. dir. amm*., 1997, p. 675 ss; G. PASTORI, *Conferenza di servizi e pluralismo autonomistico*, in *Le Regioni*, 1993, p. 1563 ss.

[26] Cfr. G. ROSSI, *Principi di diritto amministrativo*, cit., p. 332, in cui si sottolinea che l'economia processuale verrebbe lesa se si annullasse un provvedimento destinato ad essere riadottato nello stesso contenuto e lo stesso accadrebbe per l'efficienza dell'operato amministrativo qualora si costringesse l'amministrazione a riavviare un apposito procedimento, con le tempistiche e le formalità che esso richiede, per l'adozione di un atto identico al precedente annullato. Cfr., tra i vari, F. CARINGELLA, *Il nuovo ruolo del G. A.: art. 21-octies della legge 241/1990*, su *www.giustizia-amministrativa.it*, 2005; F. FRACCHIA - M. OCCHIENA, *Teoria dell'invalidità dell'atto amministrativo e art. 21-octies, l. n.*

La sentenza ribadisce invece che il procedimento non è solo la forma della funzione amministrativa[27] ma diventa al contempo la sua sostanza[28] perché le regole procedimentali non sono altro che lo specchio di un assetto di interessi e finalità determinato che nella scelta di comporre il procedimento secondo quella specifica sequenza si riflette.

Si ricorda cioè che, come scriveva Giannini, il procedimento «è il modo di svolgersi dell'attività (potestà) discrezionale, o la forma della funzione amministrativa». Conseguentemente da un lato «il decidente, e anche le altre parti del procedimento in un procedimento complesso si muovono in una rete di interessi pubblici, collettivi, diffusi e privati», dall'altro «quanto più la rete degli interessi è complessa, tanto più il legislatore dovrebbe avere cura di congegnare le fasi del procedimento in modo da permettere una valutazione consapevole degli interessi compresenti: il procedimento amministrativo, sotto l'aspetto funzionale, è uno strumento per disciplinare la "compresenza degli interessi"»[29].

241/1990: quando il legislatore non può e non deve, su *www.giustamm.it*, 2005; E. FOLLIERI, *L'annullabilità dell'atto amministrativo*, in *Urb. e app.*, n. 6/2005, p. 625; G. GRASSO, *La dequotazione dei vizi formali tra procedimento e processo*, su *www.giustizia-amministrativa.it*, 2005; N. PAOLANTONIO, A. POLICE, A. ZITO, *La pubblica amministrazione e la sua azione*, Torino, 2005*;* F. SATTA, *La riforma della legge 241/90: dubbi e perplessità*, su *www.giustamm.it, 2005;* D. GALETTA, *Notazioni critiche sul nuovo art. 21-octies della legge n. 241/90, ivi*, 2005/2, pp. 1-10*;* A M. FRANCAVILLA, *L'atto affetto dal vizio formale o procedimentale non caducante è illegittimo*, in *Il corriere del merito*, n. 8-9/2006; F. CARDARELLI E A. LEONI, *L'articolo 21-octies comma 2 e l'omessa comunicazione di avvio del procedimento*, in *Il corriere del merito*, n. 7/2007, 957.

[27] In questo senso F. BENVENUTI, *Funzione amministrativa, procedimento, processo*, in *Riv. trim. dir. pubb.*, 1952, p.126.

[28] «La regolamentazione del singolo procedimento amministrativo infatti – si rileva da tempo – rappresenta non solo la forma dell'azione amministrativa, ma anche la sua sostanza e la sua organizzazione intima, in particolare per ciò che riguarda la distribuzione del potere, la cooperazione dei soggetti coinvolti nello e dall'esercizio del potere stesso, la formazione del contenuto della decisione» (Cons. Stato, Sez. IV, 23 maggio 2012, n. 3039, cit., qui annotata).

[29] M.S. GIANNINI, *Diritto amministrativo*, III ed., Milano, 1993, vol. II, p.155 e p. 160. Non può sul tema non farsi rinvio anche agli storici studi di A.M. SANDULLI, *Il procedimento amministrativo*, Milano, 1940, che coniò la nozione di procedimento come di insieme di atti che nel loro concatenarsi portano all'adozione e all'acquisto di efficacia del provvedimento. Nell'impossibilità di un'elencazione esaustiva in materia, sia consentito rinviare ai soli F. BENVENUTI, *L'attività amministrativa e la sua disciplina generale*, in *Atti del convivio di studio giuridici*, Trento; 1958; V. CRISAFULLI, *Principio di legalità e «giusto procedimento»*, in *Giur. cost*., 1962, 130; M. NIGRO, *Procedimento amministrativo e tutela giurisdizionale contro la pubblica amministrazione (il problema di una legge generale sul procedimento amministrativo)*, in *Riv. dir. proc*., 1980, 252 ss.; E. CARDI, *Procedimento amministrativo*, in *Enc. Giur*., 1991; R. VILLATA- G. SALA, *Procedimento amministrativo*, in *Dig. disc. pubbl*. 1996; G. MORBIDELLI, *Il procedimento amministrativo*, in *Diritto amministrativo*, a cura di L. Mazzarolli, G. Pericu, A. Romano, F.A. Roversi Monaco, F.G. Scoca, Bologna, 2005, p. 694 ss; V. CERULLI IRELLI (a cura di), *Il procedimento amministrativo*, Napoli,

In conclusione, appare interessante questa "controtendenza" a riportare il vizio sul procedimento in un rango di tutto rispetto nel novero dei vizi amministrativi, soprattutto per quei profili (come la scelta di ricorrere ad una conferenza di servizi) che ne costituiscono l'essenza. Facendo ricorso a termini della linguista moderna, non si nega una certa soddisfazione nel vedere considerato il "significante" oltre che il "significato", evitando che l'iter legale per l'esercizio del pubblico potere si trasformi solo in un'asfissia di norme e cavilli da superare argutamente, quasi come in una corsa ad ostacoli.

2007; R. GAROFOLI, *La nuova disciplina del procedimento e del processo amministrativo: commento organico alla legge 18 giugno 2009, n. 69*, Roma, 2009; F. CARINGELLA - M. PROTTO (a cura di), *Il nuovo procedimento amministrativo: commento organico alla legge 18 giugno 2009, n. 69, di modifica della L. n. 241/1990: con appendice normativa, giurisprudenziale e comparata*, Roma, 2009; P.M. VIPIANA, *Il procedimento amministrativo nella legge n. 241 del 1990, riformata dalla legge n. 69 del 2009*, Padova, 2010; A. SANDULLI - G. PIPERATA (a cura di), *La legge sul procedimento amministrativo: venti anni dopo*, Napoli, 2011; F. PATRONI GRIFFI, *Procedimento amministrativo e responsabilizzazione dei poteri pubblici: a vent'anni dalla legge n. 241/1990*, in *Corr. giur.*, n. 3/2011.

ABSTRACT

Annamaria Gigli- *Energia e paesaggio: nulle le autorizzazioni uniche regionali rilasciate nonostante il dissenso dell'autorità paesaggistica in conferenza di servizi*

La sentenza qui annotata si inserisce nella ben nota dialettica tutela del paesaggio-produzione energetica, ponendo una definitiva luce sul procedimento autorizzatorio cui sono soggetti gli impianti energetici alimentati da fonti rinnovabili collocati in zone paesaggisticamente vincolate. Viene così definito un unico cammino percorribile dall'amministrazione procedente, quello dell'art. 12 del d.lgs. n. 387/2003, così come una sola è la sede cui questo percorso deve condurre: la conferenza di servizi.
Ebbene, alla luce di queste considerazioni, il Consiglio di Stato dichiara "nulle per difetto assoluto di attribuzione" sia delle autorizzazioni uniche rilasciate nonostante il diniego, ritualmente espresso, dell'autorità paesaggistica in sede di conferenza di servizi, sia le precedenti e "sostitutive" autorizzazioni paesaggistiche ordinarie accordate nelle more dello stesso iter autorizzatorio.
In un'epoca caratterizzata dal "sostanzialismo" in tema di vizi procedimentali, sembra così meritevole questa controtendenza a riattribuire un ruolo di primo ordine al procedimento amministrativo che, come il Consiglio ricorda, «rappresenta non solo la forma dell'azione amministrativa, ma anche la sua sostanza e la sua organizzazione intima».

Annamaria Gigli- *Energy and landscape: the authorizations granted by Regioni without the landscape's authority agreement in "conferenza di servizi" must be considered void*

This judgment concerns the well-known issue "landscape protection-energy production". Particularly, it helps to enlighten the procedure that must be respected when the administration is called to authorize same electric plants from renewable sources which are located in areas of landscape's interest.
According to the court verdict, there is only one way to pursue this objective: the administration must comply with the procedure of art. 12 of legislative decree n. 387/2003, taking the decision through a special mechanism named "conferenza di servizi".
Well, on the basis of these considerations, the Consiglio di Stato declared "void for absolute lack of assignment" same authorizations granted to a wind power plant despite the landscape authority denial, ritually expressed in the "conferenza di servizi", as well as it declares null all the "alternate" authorizations released during this process.

As a result, this judgment breaks the traditional principle of giving priority to administrative proceedings "substance" over their "form", introducing a new countertrend: reassign an important role to the administrative procedure that, as the court reminds, «represents not only the form of administrative action, but also its substance and its inherent organization».

T.A.R. Lazio, Roma, Sez. II *bis*, 2 febbraio 2012 n. 1136

Segue nota di Enrica Blasi
Le recenti aperture alla concorrenza del sistema di gestione degli imballaggi e dei rifiuti di imballaggio

Testo della sentenza:

FATTO e DIRITTO

1. Con il ricorso in epigrafe il CONAI - Consorzio Nazionale Imballaggi - ha impugnato il provvedimento dell'Osservatorio Nazionale sui Rifiuti in data 20.11.2008, con cui è stata accolta l'istanza che Aliplast S.p.A. ha presentato, per mezzo del Consorzio CARPI, ai fini dell'attivazione della procedura di riconoscimento del sistema autonomo di gestione dei rifiuti di imballaggio ai sensi dell'art. 221, comma 5, del D. Lgs. n. 152/2006.

Con i successivi due atti recanti motivi aggiunti, il CONAI ha impugnato dapprima gli atti con i quali l'O.N.R. ha attestato l'effettivo funzionamento e l'idoneità del nuovo sistema autonomo, prescrivendo una verifica entro il 15 maggio 2010, e poi gli atti con cui, all'esito delle predette verifiche, l'O.N.R. ha sostanzialmente dato corso al sistema autonomo in questione.

2. Si sono costituiti in giudizio il Ministero dell'Ambiente e della Tutela del Territorio e del Mare, Carpi - Consorzio Autonomo Riciclatori Plastica Imballaggi e Aliplast Spa, resistendo al ricorso.

3. Il ricorso è stato chiamato per la decisione all'udienza pubblica del 15 luglio 2011.

4. La complessa questione che è oggetto del presente giudizio deve essere inquadrata nel contesto normativo e istituzionale di riferimento.

Viene in rilievo, in particolare, la complessa disciplina dei rifiuti di imballaggio, che - pur avendo dei precedenti nazionali (come il decreto Toepfer del 1991) - riveste attualmente una matrice essenzialmente e precipuamente comunitaria (Direttive 94/62/CE del 20 dicembre 1994 e 2004/12/CE dell'11 febbraio 2004), sulla cui base si sono innestati i successivi interventi del legislatore nazionale: in particolare con il D. lgs. 5 febbraio 1997, n. 22 (cd. Decreto Ronchi), seguito poi dalle disposizioni, attualmente vigenti, del Titolo II della Parte IV del D. Lgs. n. 152/2006 (Codice dell'Ambiente, di seguito C. Amb.).

La peculiarità di questa disciplina risiede nel fatto che essa riflette una pluralità di obiettivi, espressamente individuati dall'art. 217, comma 1 C. Amb.: "Il

presente titolo disciplina la gestione degli imballaggi e dei rifiuti di imballaggio sia per prevenirne e ridurne l'impatto sull'ambiente ed assicurare un elevato livello di tutela dell'ambiente, sia per garantire il funzionamento del mercato, nonché per evitare discriminazioni nei confronti dei prodotti importati, prevenire l'insorgere di ostacoli agli scambi e distorsioni della concorrenza e garantire il massimo rendimento possibile degli imballaggi e dei rifiuti di imballaggio": obiettivi evidentemente polarizzati attorno ai due profili essenziali della tutela dell'ambiente e della tutela della concorrenza e del mercato, anche sotto il profilo della non discriminazione intracomunitaria, nelle varie fasi del ciclo del prodotto e del ciclo di gestione degli imballaggi. Profili che non vanno considerati secondo una logica di mero bilanciamento di interessi contrapposti, ma secondo una logica di complementarità, trattandosi di finalità che possono anche essere perseguite – sotto determinati aspetti – in maniera congiunta.

L'ambito oggettivo considerato della disciplina è segnatamente assai ampio, dato che essa "riguarda la gestione di tutti gli imballaggi immessi sul mercato nazionale e di tutti i rifiuti di imballaggio derivanti dal loro impiego, utilizzati o prodotti da industrie, esercizi commerciali, uffici, negozi, servizi, nuclei domestici, a qualsiasi titolo, qualunque siano i materiali che li compongono" (art. 217, comma 2, primo periodo, C. Amb.).

Al fine del raggiungimento dei menzionati obiettivi, la legge stabilisce poi che "gli operatori delle rispettive filiere degli imballaggi nel loro complesso garantiscono, secondo i principi della "responsabilità condivisa", che l'impatto ambientale degli imballaggi e dei rifiuti di imballaggio sia ridotto al minimo possibile per tutto il ciclo di vita." (art. 217, comma 2, secondo periodo, C. Amb.).

Il Consorzio Nazionale Imballaggi, odierno ricorrente, è un consorzio obbligatorio con attività esterna, avente personalità giuridica privata, al quale partecipano "in forma paritaria" le imprese produttrici e utilizzatrici di imballaggi, che ha per scopo "il raggiungimento degli obiettivi globali di recupero e di riciclaggio" dei rifiuti di imballaggio fissati a livello comunitario e rafforzati dalla disciplina nazionale, assicurando nel contempo "il necessario coordinamento dell'attività di raccolta differenziata" dei rifiuti (art. 224, comma 1). Infatti, in linea generale "i produttori e gli utilizzatori sono responsabili della corretta ed efficace gestione ambientale degli imballaggi e dei rifiuti di imballaggio generati dal consumo dei propri prodotti". A tal fine essi "adempiono all'obbligo del ritiro dei rifiuti di imballaggio primari o comunque conferiti al servizio pubblico della stessa natura e raccolti in modo differenziato". A tal fine, "per garantire il necessario raccordo con l'attività di raccolta differenziata organizzata dalle pubbliche amministrazioni e per le altre finalità indicate nell'articolo 224, i produttori e gli utilizzatori partecipano al Consorzio nazionale imballaggi, salvo il caso in cui venga adottato uno dei sistemi di cui al comma 3, lettere a) e c) del presente articolo" (art. 221, comma 1 C. Amb.).

E' infatti previsto che "Per adempiere agli obblighi di riciclaggio e di recupero nonché agli obblighi della ripresa degli imballaggi usati e della raccolta dei rifiuti di imballaggio secondari e terziari su superfici private, e con riferimento all'obbligo del ritiro, su indicazione del Consorzio nazionale imballaggi di cui all'articolo 224, dei rifiuti di imballaggio conferiti dal servizio pubblico, i produttori possono alternativamente, ai sensi del 221 comma 3:

a) organizzare autonomamente la gestione dei propri rifiuti di imballaggio su tutto il territorio nazionale;

b) aderire ad uno dei consorzi di cui all'articolo 223;

c) attestare sotto la propria responsabilità che è stato messo in atto un sistema di restituzione dei propri imballaggi, mediante idonea documentazione che dimostri l'autosufficienza del sistema, nel rispetto dei criteri e delle modalità di cui ai commi 5 e 6". Quindi in linea di principio il sistema si basa sull'adesione al CONAI e correlativamente a "uno o più consorzi per ciascun materiale di imballaggio" (cd. "consorzi di filiera") . In alternativa, i produttori possono provvedere mediante:

a) l'organizzazione autonoma della gestione dei propri rifiuti di imballaggio su tutto il territorio nazionale;

b) la messa in atto di un sistema autosufficiente di restituzione dei propri imballaggi.

Nel caso di specie, la controversia attiene fondamentalmente all'avvenuta attivazione, da parte della controinteressata Aliplast S.p.A., della procedura per il riconoscimento di un "sistema autonomo" (cd. Progetto P.A.R.I.) per la gestione dei rifiuti di imballaggio in plastica flessibile da superficie privata su tutto il territorio nazionale.

L'iniziativa proviene da una società che è principalmente un'impresa di riciclaggio dei rifiuti in plastica, che intende operare anche come produttore mediante la reimmissione nel circuito produttivo dei rifiuti riciclati, con riferimento al settore dei soli rifiuti generati da superficie privata (industriale, commerciale o artigianale), con esclusione degli imballaggi primari o comunque conferiti al servizio pubblico, affidati alla primaria gestione del circuito CONAI-COREPLA. E ciò al fine di porre in essere una cd. "catena chiusa" dell'imballaggio in plastica (LDPE).

Per questo caso, l'art. 221 comma 5, nel testo modificato, da ultimo dall'articolo 5, comma 2-ter del D.L. 30 dicembre 2008, n. 208, prevede un percorso procedurale complesso:

"I produttori che non intendono aderire al Consorzio Nazionale Imballaggi e a un Consorzio di cui all'articolo 223, devono presentare all'Osservatorio nazionale sui rifiuti il progetto del sistema di cui al comma 3, lettere a) o c) richiedendone il riconoscimento sulla base di idonea documentazione. Il progetto va presentato entro novanta giorni dall'assunzione della qualifica di produttore ai sensi dell'articolo 218, comma 1, lettera r) o prima del recesso da uno dei suddetti

Consorzi. Il recesso e', in ogni caso, efficace solo dal momento in cui, intervenuto il riconoscimento, l'Osservatorio accerti il funzionamento del sistema e ne dia comunicazione al Consorzio, permanendo fino a tale momento l'obbligo di corrispondere il contributo ambientale di cui all'articolo 224, comma 3, lettera h). Per ottenere il riconoscimento i produttori devono dimostrare di aver organizzato il sistema secondo criteri di efficienza, efficacia ed economicità, che il sistema sarà effettivamente ed autonomamente funzionante e che è in grado di conseguire, nell'ambito delle attività svolte, gli obiettivi di recupero e di riciclaggio di cui all'articolo 220. I produttori devono inoltre garantire che gli utilizzatori e gli utenti finali degli imballaggi siano informati sulle modalità del sistema adottato. L'Osservatorio, sulla base dei necessari elementi di valutazione forniti dal Consorzio nazionale imballaggi, si esprime entro novanta giorni dalla richiesta. In caso di mancata risposta nel termine sopra indicato, l'interessato chiede al Ministro dell'ambiente e della tutela del territorio l'adozione dei relativi provvedimenti sostitutivi da emanarsi nei successivi sessanta giorni. L'Autorità è tenuta a presentare una relazione annuale di sintesi relativa a tutte le istruttorie esperite. Sono fatti salvi i riconoscimenti già operati ai sensi della previgente normativa".

5. Nella specie, l'atto impugnato con il ricorso originario, adottato a seguito di una complessa istruttoria effettuata assicurando la partecipazione in contraddittorio - anche in conferenza di servizi - del CONAI e del COREPLA oltre ai richiedenti, si concreta nella considerazione che il progetto "riveste interesse per le sue caratteristiche tecniche ed economiche e per gli elementi di innovazione contenuti nel Progetto e relativi alla gestione dei rifiuti di imballaggio in plastica"; e che esso "evidenzia un elevato contenuto ambientale poiché, da un lato si propone di realizzare una filiera definibile "a catena chiusa" nel settore dei materiali plastici e, dall'altro, si pone l'obiettivo di consentire di realizzare imballaggi nuovi utilizzando MPS derivanti dai rifiuti generati dai medesimi imballaggi o dai medesimi materiali". Conseguentemente si ha l'accoglimento dell'istanza "di attivazione della procedura di riconoscimento del sistema autonomo di gestione" con una serie di prescrizioni e precisazioni, le quali rinviano tra l'altro a una successiva fase di accertamento della capacità del sistema di conseguire gli obiettivi nazionali e comunitari di cui all'art. 220 del D. Lgs. 152/2006.

Questo atto è stato contestato sulla base delle seguenti censure:

1) violazione e falsa applicazione del combinato disposto dell'art. 221 e dell'art. 265, comma 5 del d. lgs. n. 152/2006: quest'ultima disposizione transitoria prevede che il passaggio a forme alternative sia disciplinato nella modalità nei presupposti e negli effetti economici da un apposito decreto del Ministro dell'Ambiente di concerto col Ministro delle attività produttive: decreto che nella specie non è stato emanato;

2) violazione e falsa applicazione dell'art. 221 del d. lgs. n. 152/2006; eccesso di potere per difetto di motivazione e carenza di istruttoria sotto molteplici

profili, incluso lo sviamento: il ricorrente ritiene che l'Amministrazione non abbia accertato che il sistema sia stato organizzato secondo criteri di efficienza, efficacia ed economicità, che sarà funzionante e che sia in grado di conseguire i prescritti obiettivi di recupero e di riciclaggio;

3) violazione e falsa applicazione dell'art. 221, comma 3, lett. a) del d. lgs. n. 152/2006; eccesso di potere per difetto di motivazione: la soppressione dell'inciso "anche in forma associata" nel testo della richiamata disposizione ad opera del d. lgs. n. 4/2008 è volta a evitare i consorzi impropri; ma nella realtà il nuovo sistema configura un consorzio improprio;

4) ulteriore violazione e falsa applicazione dell'art. 221 del d. lgs. n. 152/2006; eccesso di potere per difetto e travisamento di presupposti e per difetto, illogicità, incongruità e perplessità dlela motivazione: alla data di presentazione dell'istanza le società partecipanti al progetto PARI erano in posizione irregolare e sanzionabile in quanto, pur avendo versato il contributo ambientale al CONAI erano non tempestivamente o non più iscritte al consorzio di filiera (COREPLA).

5.1 Con il primo atto recante motivi aggiunti, parte ricorrente impugna, unitamente agli atti presupposti e connessi, il provvedimento a firma del Presidente dell'ONR in data 30 giugno 2009, con cui si "accerta e attesta che il progetto di gestione autonoma ex art. 221 D. Lgs 152/06 s.m.i. (denominato convenzionalmente Progetto PARI) presentato in data 7 maggio 2008 […] riconosciuto legittimo e supportato da idonea documentazione con provvedimento di questo Osservatorio Nazionale sui Rifiuti prot. ONR/08/572 risulta effettivamente funzionante ai sensi dell'art. 221 commi 3 e 5 dle D. Lgs. 152/06 e s.m.i. ed è idoneo a che la ditta Aliplast raggiunga gli obiettivi di cui all'art. 220 del D. Lgs. cit., il tutto con ogni conseguenza di legge in forza del citato art. 221 D. Lgs. 152/06 s.m.i.", anche se con la prescrizione di un'ulteriore verifica entro il 15 maggio 2010.

Contro questo atto parte ricorrente propone due censure:

1) violazione e falsa applicazione degli artt. 219 e 221 del d. lgs. n. 152/06; eccesso di potere per travisamento ed errore nei presupposti, difetto di motivazione e istruttori, perplessità, illogicità e irragionevolezza; violazione dei principi di precauzione e di tutela ambientale dell'ordinamento nazionale e comunitario: la ricorrente sostiene che l'ONR avrebbe effettuato verifiche prevalentemente formali e incentrate sul mero "processo di certificazione dei dati" sulla base di campioni limitati e insufficienti, quindi non rilevando l'incapacità del sistema di funzionare come sistema autonomo di gestione sull'intero territorio nazionale;

2) violazione e falsa applicazione dell'art. 221 d. lgs. n. 152/2006; violazione e contrasto con il provvedimento ONR/08/572; eccesso di potere per violazione di autolimitazioni; eccesso di potere per difetto di motivazione e carenza di istruttoria sotto molteplici profili, incluso lo sviamento: l'ONR non avrebbe rispettato neppure le proprie autolimitazioni nel compiere l'istruttoria e non avrebbe neppure coinvolto il CONAI.

5.2 Da ultimo, l'ONR con verbale del 17 gennaio 2011 ha favorevolmente vagliato l'esito delle verifiche effettuate sul sistema PARI.

Al riguardo parte ricorrente propone un ulteriore articolato mezzo di impugnazione, col quale lamenta:

3) violazione e falsa applicazione degli artt. 219 e 221 del d. lgs. n. 152/2006 sotto molteplici profili; violazione e contrasto con il provvedimento ONR/08/572: eccesso di potere per violazione di autolimitazioni, travisamento ed errore nei presupposti, difetto di motivazione, carenza di istruttoria, perplessità, illogicità, incongruità ed irragionevolezza. Sviamento. Violazione dei principi di precauzione e di tutela ambientale dlel'ordinamento nazionale e comunitario:in buona sostanza, la ricorrente articola ulteriori profili di censura riconducibili ad un asserito incompleto (proceduralmente e sostanzialmente) carente accertamento della globalità dei presupposti che la legge richiede per l'attuazione del sistema alternativo.

6. Va anzitutto rilevato che, attesa la novità della procedura che pone complesse problematiche non solo giuridiche ma anche organizzative, l'Amministrazione ha ragionevolmente scelto un modus procedendi "plurifasico". Ciò sul presupposto che l'adeguatezza del sistema non possa - in buona sostanza - essere operata uno actu sulla base di un vaglio esclusivamente cartaceo, richiedendo un periodo di sperimentazione. E al riguardo va anche sottolineato che in realtà il sistema era stato avviato - anche se con modalità non coincidenti - nel 2004, anche se in assenza del formale riconoscimento previsto dalla normativa precedente e quindi con il mantenimento dell'applicazione del Contributo Ambientale Conai (CAC) sugli imballaggi ceduti sul territorio nazionale.

In tale contesto, vanno disattesi i profili di inammissibilità con riferimento all'impugnazione degli atti anteriori al riconoscimento finale, trattandosi di atti non meramente endoprocedimentali e comunque costitutivi di effetti giuridici, sia pure finalizzati alla costituzione di una situazione assimilabile a una sorta di fattispecie a formazione progressiva.

7. Va ora esaminata anzitutto la prima censura, basata sul dato della mancata previa emanazione del decreto attuativo di cui all'art. 265, comma 5, del C.Amb..

Quest'ultima disposizione così stabilisce:

"Con decreto del Ministro dell'ambiente e della tutela del territorio di concerto con il Ministro delle attività produttive sono disciplinati modalità, presupposti ed effetti economici per l'ipotesi in cui i soggetti aderenti ai vigenti consorzi pongano in essere o aderiscano a nuovi consorzi o a forme ad essi alternative, in conformità agli schemi tipo di statuto approvati dai medesimi Ministri, senza che da ciò derivino nuovi o maggiori oneri a carico della finanza pubblica".

Secondo il consorzio ricorrente, si tratterebbe di una disposizione immediatamente applicabile, volta a garantire l'effettiva applicazione della legge.

Il provvedimento dell'Amministrazione fa invece leva:

- sul carattere puntuale della disciplina recata dalla fonte primaria in ordine ai presupposti e all'iter di riconoscimento dei progetti di gestione autonoma;

- sulla necessità di garantire il perseguimento delle finalità di cui all'art. 217, comma 1 C. Amb, garantendo nell'immediato il funzionamento del mercato degli imballaggi con la prevenzione degli ostacoli agli scambi e delle distorsioni concorrenziali;

- sul fatto che sia la normativa comunitaria, sia quella nazionale, sia il parere dell'AGCOM riconoscono la possibilità di avvio dei sistemi autonomi.

La difesa della controinteressata insiste:

- sul carattere transitorio della normativa in questione, la quale era finalizzata a regolamentare il passaggio tra la disciplina prevista dal d. lgs. n. 22/97 e il d. lgs. n. 152/2006 nella versione originaria, mentre essa non rileverebbe nel quadro normativo successivo al d. lgs. n. 4/2008 (che ha soppresso il sistema "pluriconsortile" introdotto nel 2006);

- sul fatto che comunque la disciplina primaria è autonoma e compiuta, non necessitando di norme attuative.

7.1 Va preliminarmente rilevato che la disposizione attuativa richiamata riflette con ogni evidenza la precedente originaria versione del C. Amb., che presupponeva una possibile pluralità di consorzi, ovverosia una "transizione sistemica" complessa, la quale postulava l'emanazione di un'adeguata normativa con una duplice valenza attuativa e transitoria; lo stesso riferimento allo schema - tipo dello statuto approvato riguarda del resto i consorzi (art. 223, comma 2) e non ha senso ove applicato alla realtà dell'organizzazione autonoma di cui all'art 221, comma 3, lettera a) C. Amb..

In assenza di tale transizione sistemica, non basta perciò appellarsi al semplice riferimento testuale della norma transitoria alle "forme alternative" per sostenere la necessità di una disciplina transitoria/attuativa anche con riguardo a chi intende organizzare un proprio sistema di gestione ex comma 3, lettera a) C. Amb..

Ma anche a voler in ipotesi ritenere che la norma transitoria non sia stata implicitamente abrogata o non sia comunque applicabile solamente ai consorzi di cui agli artt. 223 e 224 C. Amb., e che quindi essa non sia superata ma rimanga formalmente in piedi per la parte relativa ai sistemi alternativi di cui si controverte in questa sede, occorre comunque rilevare che la non necessità della disciplina attuativa risulta anche da considerazioni più generali.

E' noto che in linea di principio il problema dell'applicabilità della disciplina primaria in mancanza dell'emanazione della prescritta normativa secondaria di esecuzione/attuazione è complesso ed è passibile di risposte diversificate in relazione al tenore testuale delle disposizioni coinvolte e delle esigenze proprie dei singoli settori dell'ordinamento.

Appare in primo luogo doveroso riconoscere (anche alla stregua di una classica impostazione della giurisprudenza della Cassazione) la formale entrata in

vigore della disposizione di legge, a meno che non vi sia una disposizione contraria (come quella recata dall'art. 1328 del codice della navigazione: "Le disposizioni del codice che richiedono per la loro applicazione l'emanazione di particolari norme regolamentari non entrano in vigore sino a quando dette norme non sono emanate"). Si tratta, del resto, di un criterio conforme al canone della gerarchia delle fonti del diritto e alla distribuzione dei poteri tra legislativo ed esecutivo.

Per quanto attiene poi al distinto profilo dell'individuazione dei casi rientranti ratione temporis nella sfera di applicazione della disposizione, è noto che in alcune ipotesi è il legislatore stesso a farsi carico del problema (cfr. ad es. l'art. 253, commi 1-quater e 1-quinquies del d. Lgs. n. 163/2006, che stabiliscono che determinate disposizioni si applichino alle procedure i cui bandi siano pubblicati successivamente alla data di entrata in vigore del regolamento attuativo).

In assenza di previsioni legislative, la giurisprudenza prospetta soluzioni diversificate: basti pensare ai noti contrasti in tema di fermo amministrativo (CS n. 3259/2004 ord.; Tribunale Parma n. 151/2003; Tribunale Novara n. 388/2003); o alla configurazione, da parte di una risalente giurisprudenza della Cassazione, di soluzioni intermedie (in materia di tariffe) configuranti una sorta di sospensione dell'applicabilità concreta, la quale diventerebbe possibile successivamente anche con riferimento alle situazioni verificatesi nell'intervallo temporale intercorrente tra l'emanazione della legge e l'emanazione del regolamento.

Il Collegio ritiene, per quanto qui interessa, che la questione vada risolta - ferma restando la vigenza formale della norma - con riferimento a un duplice parametro.

Il primo è di tipo strutturale: occorre vedere se la normativa primaria sia "self- executing", ossia se essa rechi una disciplina non lacunosa e immediatamente applicabile (di tale criterio ha fatto applicazione il Consiglio di Stato in sede consultiva nel parere n. 2957/2003, ma anche il TAR Puglia - Lecce nella sentenza n. 184/2002).

Il secondo attiene all'esigenza di tenere conto della necessità di adottare l'interpretazione compatibile con la massima attuazione degli obiettivi del diritto comunitario, sanciti nella specie dagli artt. 1 e 7 della Dir. 94/62 CE che valorizza, oltre alla tutela ambientale, anche i principi di concorrenza e non discriminazione nel funzionamento del mercato: al riguardo la Commissione europea, nella XXXI relazione sulla politica della concorrenza del 2001 ha affermato che le imprese devono "poter scegliere tra diversi sistemi o altre soluzioni conformi", anche nella forma della "autogestione" o di altre "soluzioni individuali".

Ora, quanto al parametro strutturale, il Collegio rileva che le previsioni dei commi 3 e 5 dell' art. 221 C. Amb. soddisfano i criteri di legalità e tipicità enucleando i fondamentali presupposti, contenuti ed effetti del riconoscimento del sistema, anche in ordine ai parametri di riferimento. L'allocazione in capo alla P.A. di una consistente quota di discrezionalità non conduce a mutare conclusione, trattandosi di una discrezionalità a contenuto prevalentemente tecnico.

Sotto il profilo della conformità alla normativa di fonte comunitaria, d'altra parte, è evidente come l'interpretazione in questione si presenti inequivocabilmente più adeguata, consentendo l'immediata attuazione dei principi di cui trattasi nella gestione del settore in questione.

Pertanto il motivo in questione va conclusivamente disatteso.

8. Va ora esaminato il terzo motivo del ricorso originario.

Il ricorrente sostiene che la soppressione dell'inciso "anche in forma associata" nel testo della richiamata disposizione - ad opera del d. lgs. n. 4/2008 - è volta non a una mera operazione di "pulizia" testuale, ma a un vero e proprio intento di evitare la formazione di "consorzi impropri"; mentre nella specie il progetto PARI configurerebbe appunto un consorzio improprio; e su questa questione la PA avrebbe quantomeno dovuto fornire espressa motivazione.

8.1 Sul piano giuridico, il Collegio ritiene che la soppressione dell'inciso in questione non valga certo a escludere l'espletamento di questa attività - intesa come attività rientrante nell'organizzazione dell'impresa - in forma anche associata, sulla base dei principi generali del diritto comune e dell'autonomia imprenditoriale garantita, in ultima analisi, dall'art. 41 della Costituzione.

Ovviamente ciò non significa che l'esercizio associato possa trasmodare nella vera e propria creazione di cripto-consorzi, con modalità tali da comportare la surrettizia reintroduzione nell'ordinamento del sistema pluriconsortile, con ciò disattendendo l'opzione di fondo del legislatore del 2008. Nella specie, comunque, l'Amministrazione ha ragionevolmente motivato sul punto (vedi in particolare i punti 4.2, 4.3, 4.4 della relazione illustrativa approvata dall'ONR nella seduta del 20.11.2008), tenendo conto degli esiti della conferenza del 3.10.2008 e quindi del fatto che il progetto, ancorché presentato da CARPI quale mandatario, riguarda esclusivamente ALIPLAST che ne è responsabile, mentre PARI non è un soggetto giuridico, ma una sigla che identifica il soggetto. Quindi il progetto ha per oggetto i soli rifiuti degli imballaggi in LDPE di Aliplast, mentre gli altri soggetti collaborano con la propria attività di raccolta, alla stregua dei principi generali dell'ordinamento che riconoscono al privato, e in particolare all'operatore economico, il potere di avvalersi di terzi nel compimento di alcune fasi della propria attività. Sotto questo aspetto il dato storico dell'elemento associativo risultante dalla relazione consuntiva del 2007 e dalla documentazione in atti è stato ritenuto superato. E del resto nel contratto di mandato tra Aliplast e CARPI si prefigura solamente una previsione del progetto di consorzio, che allo stato deve ritenersi solamente "gestito da CARPI in nome e per conto di Aliplast". Il problema della gestione associata dei propri rifiuti di imballaggio da parte di più produttori (Umbroplast, Pantoplastic e Cerplast) non si pone e rimane quindi impregiudicato - sotto un profilo più generale - in questa sede.

Correttamente, poi, sotto il profilo sostanziale, l'Amministrazione si è impegnata, nella successiva verifica, a prendere in considerazione i soli dati sul recupero ascrivibili alla ALIPLAST.

9. Anche la quarta censura è poi infondata.

Premesso che, alla stregua di quanto sopra, bisogna far riferimento alla sola società responsabile del progetto che è ALIPLAST, parte ricorrente lamenta che la stessa fosse receduta dal COREPLA il 21.12.2005, pur continuando a essere iscritta al CONAI. Ad avviso del collegio - e a prescindere dalla complessa questione di diritto intertemporale relativa alla legittimità del recesso - questa situazione potrebbe in ipotesi rilevare ai distinti fini sanzionatori ex art. 261, comma 2, ma tuttavia non influisce sulla procedura autorizzatoria di cui si discute in questa sede, in assenza di un'espressa previsione normativa che stabilisca tale nesso.

10. A questo punto bisogna esaminare il secondo motivo del primo ricorso, che reca vari profili di censura attinenti alla verifica dei presupposti tecnici, organizzativi ed economici necessari per l'attuazione del sistema autonomo.

10.1 Avverso il primo provvedimento, il consorzio ricorrente sostiene che l'Amministrazione non abbia accertato e dimostrato con adeguata motivazione che il sistema sia stato organizzato secondo criteri di efficienza, efficacia ed economicità, che esso sarà funzionante e che sarà in grado di conseguire i prescritti obiettivi di recupero e di riciclaggio.

10.1.1 Va anzitutto rilevato che la motivazione dell'atto va integrata, secondo i consolidati principi del diritto amministrativo, dalle risultanze dell'ampia istruttoria, condensate nella relazione conclusiva dell'ONR sopra citata.

A avviso del Collegio, in questa prima fase l'Amministrazione ha ragionevolmente motivato sulle questioni in campo, avuto riguardo al carattere solo sperimentale dell'avvio della procedura.

Bisogna infatti aver presente che la realizzazione di una forma di filiera chiusa nel settore della plastica, con la concentrazione del ruolo del produttore di imballaggi e del riciclatore nello stesso soggetto, rappresenta un obiettivo che ragionevolmente l'Amministrazione ha ritenuto di dover assecondare, in quanto evidentemente diretto sia alla riduzione delle esternalità ambientali, sia a incentivare l'intercettazione e il riciclo degli imballaggi secondari e terziari (provenienti da superfici private): attività rispetto alle quali il sistema CONAI si pone in posizione di sussidiarietà, non solo in linea di principio, ma anche in linea effettiva, trattandosi di materiali che esso intercetta in misura limitata.

Ciò nondimeno deve riconoscersi l'esigenza di effettuare con assoluto rigore la verifica della funzionalità, dell'economicità e dell'adeguatezza del sistema autonomo rispetto alle finalità istituzionali.

10.2 Parte ricorrente lamenta l'ambiguità dell'iniziativa autonoma sotto il profilo soggettivo.

10.2.1. Dette problematiche vanno superate alla stregua di quanto esposto al precedente punto 8.1 in ordine al fatto che il progetto, ancorché presentato da CARPI quale mandatario, riguarda esclusivamente ALIPLAST che ne è responsabile, mentre PARI non è un soggetto giuridico, ma una sigla che identifica il soggetto.

10.3 La ricorrente lamenta il fatto che il sistema preveda la marchiatura non di tutti gli imballaggi, ma solo di quelli per cui vi sia l'autorizzazione degli utilizzatori, col rischio che gli imballaggi non intercettati tornino occultamente a carico del sistema CONAI; e anche una più generale inadeguatezza del procedimento di verifica della quantità di rifiuti intercettati da ALIPLAST.

10.3.1. Va osservato che la relazione ONR rinvia anche su questo a un perfezionamento del progetto, e infatti al punto g) della lista degli impegni c'è quello di una futura certificazione dei dati da parte di un ente riconosciuto a livello internazionale; e comunque questo argomento non può bloccare del tutto il riconoscimento di un sistema autonomo, trattandosi di una difficoltà superabile solo "in progress".

10.4 Si censura poi l'omessa esplicitazione delle modalità attraverso cui ALIPLAST intende adempiere all'obbligo di ritiro dei propri rifiuti di imballaggio che continuino a essere conferiti al servizio pubblico di raccolta differenziata, facendosi rinvio genericamente ad accordi da concludere con le varie municipalizzate d'Italia.

10.4.1 Al riguardo va osservato che il riferimento agli accordi da stipulare è in questa fase sufficiente, salvo verifica, trattandosi di una fase evidentemente propedeutica dell'iniziativa.

10.5 Parte ricorrente lamenta poi alcune carenze in tema di dimostrazione analitica dell'equilibrio economico dell'iniziativa, anche con riferimento ai costi aggiuntivi soprattutto della fase di riciclo.

10.5.1 Il Collegio osserva che Aliplast ha presentato un piano economico la cui interpretazione prospettica presenta dei margini di aleatorietà, correttamente ricondotti dall'ONR alle oscillazioni congiunturali dei valori della materia prima (granulo vergine) e del petrolio; e comunque il rischio di impresa (di cui questa attività è una componente) ricadono a carico di Aliplast, che rischia di produrre imballaggi non competitivi ove il costo dovesse superare quello del CAC; mentre i terzi sono garantiti in questa fase dal permanere dell'obbligo di corresponsione del CAC fino al riconoscimento definitivo.

10.6 Parte ricorrente lamenta che il sistema non tratti tutti i rifiuti di imballaggio di Aliplast, ma solo quelli in LPDE, mentre esclude i materiali e gli imballaggi in PET.

10.6.1 Il Collegio ritiene che consentire anche una gestione solo parziale di quote (determinata peraltro da ragioni inerenti alle obiettive caratteristiche dei distinti prodotti) consenta comunque una migliore realizzazione sia degli obiettivi di tutela ambientale sia dei principi di concorrenza (e infatti detta soluzione non solo è stata espressamente assecondata dalla XXXI relazione sulla politica di concorrenza della DG Concorrenza del 2001, ma neppure appare testualmente preclusa dal tenore testuale della disposizione nazionale).

La relazione dell'ONR evidenzia poi che non vi sono ostacoli tecnici al riguardo, data la semplicità con la quale è possibile distinguere le lastre in PET dai

fogli in LDPE, e data l'esiguità della produzione di PET (assoggettabile a CAC), riservandosi – e questo è molto importante – di valutare analiticamente nella successiva fase di verifica "quantità, destinazione ed obblighi in relazione a tale diversa tipologia di manufatti (lastre in PET)".

10.7 Parte ricorrente fa presente che Aliplast ha accettato un obiettivo di recupero del 60% in contraddizione con i dati che vedono una decrescente capacità di riciclo; e comunque non dimostra una capacità attuale in questo senso.

10.7.1 Il Collegio ritiene che sul punto valga, trattandosi di una fase di avvio, l'impegno ad adeguarsi all'obiettivo, senza pregiudizio per le successive fasi di verifica dell'effettivo funzionamento del sistema.

11. A questo punto vanno esaminati congiuntamente i tre mezzi di impugnazione proposti con il primo e secondo atto recanti motivi aggiunti. Essi sono diretti a sostenere che l'ONR si è basato su verifiche meramente formali e a campione, senza rispettare le proprie autolimitazioni, senza coinvolgere il CONAI e in ultima analisi senza verificare l'effettiva capacità del sistema di funzionare come tale su tutto il territorio nazionale.

In particolare, parte ricorrente sostiene:

A)- il "sistema chiuso" così configurato dovrebbe portare a minori costi e a vantaggi ambientali solo sul presupposto della collaborazione costante degli operatori economici, presenti su tutto il territorio nazionale, diversi dai clienti diretti di Aliplast (data la lunghezza della relativa filiera): il che - in mancanza di appositi vincoli negoziali - appare irrealistico, dato si tratta di selezionare, raccogliere separatamente e restituire gli imballaggi Aliplast separandoli dagli altri. Ciò funzionerebbe solo nelle aree ristrette di insediamento (Veneto, Emilia, Romagna e Lombardia), mentre in pratica sul resto del territorio nazionale gli imballaggi finiscono in altre gestioni ovvero in discarica; quindi non si tratterebbe di un vero sistema alternativo operante su tutto il territorio nazionale;

B) il provvedimento ONR/08/572 aveva previsto un periodo (minimo) di quattro mesi per le necessarie verifiche; la relazione ARPAV è sata predisposta sulla base dei dati di soli tre mesi, dal 1 marzo al 31 maggio 2009, e il parere tecnico dell'ente certificatore si basa sulle risultanze di un mese e mezzo di attività (1 marzo - 15 aprile);

C) l'istruttoria Arpav è anche qualitativamente inadeguata in quanto:

- l'analisi merceologica è stata condotta sulla base di due soli campioni: due balle di imballaggi analizzate rispettivamente esclusivamente presso la sede Aliplast il 17 marzo 2009 e il 7 maggio 2009;

- la relazione sul trimestre marzo – maggio 2009 fa riferimento a un dato non disaggregato per singoli mesi e comunque non coerente con la sequenza storica del 2008, in cui Aliplast non superava il 40%;

- CONAI non è stato coinvolto;

- Deloitte e Touche ha svolto una mera attività di certificazione del processo di generazione del dato, che è comunque carente in quanto essa è una mera società di consulenza non accreditata quale organismo verificatore ai sensi della normativa di settore, che ha operato sulla base di procedure non definitive e sfocianti in una sola pagina non sottoscritta; e che inoltre ha ricoperto in precedenza un ruolo su incarico di Aliplast, con evidente conflitto di interessi.

D) le successive verifiche prospettate nel provvedimento ONR/09/440, da effettuarsi entro il 15 maggio 2010, non sono state poste in essere, a parte un mero sopralluogo da parte di ARPAV nel gennaio 2010;

E) il verbale dell'ONR del 17 gennaio 2011 è stato preceduto da una riunione organizzativa la sera precedente e l'attività ispettiva e deliberativa si è tutta concentrata nella giornata del 17 gennaio 2011;

F) detta attività si è risolta in controlli cartacei integrati da un sopralluogo di un'ora e mezza, che non ha comportato verifiche di campioni, non ha neppure interessato gli uffici del consorzio CARPI coinvolti nell'attività ed è consistito in un'intervista al personale degli uffici integrata da una visita all'area delle analisi merceologiche e degli impianti con modalità insufficienti, nonché da un'autodichiarazione del presidente di Aliplast;

G) Aliplast non ha adempiuto agli obblighi di comunicazione (invio al CONAI del MUD dal 2009 in avanti) e delle altre prescrizioni delle delibere ONR/08/572 e ONR/09/440;

H) risulta confermata la forte caratterizzazione territoriale e settoriale del progetto PARI (che dipende per l'85% dall'attività CERPLAST in Emilia Romagna) a fronte di un'estrema dispersione territoriale dei prodotti dalla stessa.

11.1 Le censure sono fondate nella parte relativa al modus procedendi dell'Amministrazione.

Il Collegio ritiene infatti che gli atti impugnati con i motivi aggiunti siano complessivamente viziati in ragione del fatto che gli accertamenti effettuati dall'Amministrazione appaiono carenti. Alla stregua degli atti risulta quanto segue:

AA) la relazione ARPAV è stata predisposta sulla base dei dati di soli tre mesi, avvalendosi di base di un parere tecnico dell'ente certificatore in data 16.4.2009, che si basa sulle risultanze di un mese e mezzo di attività, e quindi senza utilizzare l'intero periodo di quattro mesi stabilito dal provvedimento ONR/08/572: periodo ivi indicato come limite di possibile completamento della procedura, con previsione dell'eventualità di una deroga motivata (dato, questo, che indica comunque la prevalenza dell'esigenza di completezza e di congruità dell'accertamento sull'esigenza della rapidità, attesa l'evidente complessità tecnica della materia). Al riguardo la difesa di Aliplast afferma che il quarto mese è stato impiegato da ONR per la valutazione dei dati raccolti nel trimestre precedente, ma questa spiegazione non rende ragione dell'ulteriore fatto che la società di consulenza ha valutato solamente un mese e mezzo di attività, con ciò aggravando la rilevata insufficienza metodologica circa la base temporale della raccolta dei

dati, che non risulta coerente con la ratio dell'autolimite prefissato - se non inteso formalisticamente come un mero limite massimo - ed è comunque palesemente e irragionevolmente troppo ristretta.

BB) Il Collegio ritiene inoltre che le modalità delle ulteriori attività di controllo, di cui ai precedenti punti D), E), F), confermino il rilievo che la verifica in questione non si sia svolta secondo criteri tali da assicurare ex ante un adeguato approfondimento sotto il profilo delle modalità sostanziali e temporali del controllo, che quindi essa non si sia rivelata tale da fugare ogni ragionevole possibile dubbio circa il raggiungimento dei prescritti obiettivi da parte del sistema autonomo.

12. Alla luce di quanto esposto in precedenza, il ricorso va accolto in parte, previo assorbimento dei profili di censura non esaminati, limitatamente ai motivi aggiunti e con il conseguente annullamento degli atti impugnati con gli stessi, e segnatamente:

- del provvedimento del Ministero dell'Ambiente e della Tutela del Territorio e del Mare- Osservatorio Nazionale sui Rifiuti, Prot. ONR/09/440 del 30 giugno 2009, a firma del presidente dell'ONR;
- del verbale della seduta dell'ONR del 17 gennaio 2011 nella parte in cui approva il parere dell'ONR sull'andamento del sistema di gestione autonoma Aliplast denominato PARI;
- degli atti procedimentali nei limiti dell'interesse della ricorrente.

Sarà cura dell'Amministrazione, in esito alla presente sentenza, provvedere a verificare la sussistenza dei presupposti per il riconoscimento definitivo del sistema autonomo in questione.

13. La complessità e la novità della questione giustificano la compensazione delle spese di giudizio.

P.Q.M.

Il Tribunale Amministrativo Regionale per il Lazio (Sezione Seconda Bis)

definitivamente pronunciando sul ricorso, come in epigrafe proposto, lo accoglie in parte, limitatamente ai motivi aggiunti e con gli effetti di cui al punto 12 della motivazione.

Spese compensate.

Ordina che la presente sentenza sia eseguita dall'autorità amministrativa.

Così deciso in Roma nelle camere di consiglio dei giorni 15 luglio 2011, 20 ottobre 2011 e 14 dicembre 2011 con l'intervento dei magistrati:

Eduardo Pugliese, Presidente
Antonio Vinciguerra, Consigliere
Francesco Arzillo, Consigliere, Estensore

Enrica Blasi*

Le recenti aperture alla concorrenza del sistema di gestione degli imballaggi e dei rifiuti di imballaggio.

SOMMARIO: 1. *Premessa.* – 2. *I profili di specificità della disciplina degli imballaggi e dei rifiuti di imballaggio: il principio della "responsabilità condivisa" degli operatori economici come declinazione del principio "chi inquina paga".* – 3. *Il sistema di gestione degli imballaggi: il Conai.* – 4. *L'erosione dell'esclusiva centralità del Conai e la valorizzazione dei profili concorrenziali.* – 5. *La vicenda in esame.* – 6. *Considerazioni conclusive.*

1. *Premessa.*

L'evoluzione normativa del diritto amministrativo, non di rado, cela dietro di sé la "mano invisibile" del giudice (amministrativo), che, con la sua costante – e spesso creativa - attività interpretativa, scalfisce progressivamente istituti e discipline obsoleti, indicando al legislatore i sentieri di riforma praticabili[1].

In alcuni casi, l'*incipit* di tale processo evolutivo è rappresentato da pronunce giurisprudenziali che, pur non discostandosi formalmente dall'assetto disciplinare ed interpretativo consolidatosi nel tempo, ed anzi talvolta confermandolo, mettono in luce le criticità di un istituto, di una materia o di un settore, preconizzandone – o almeno segnalando l'opportunità di – una riforma.

Ciò è quanto avvenuto ad opera della sentenza del Tar Lazio in commento, e della recente ordinanza del Consiglio di Stato, che ne ha confermato l'impostazione sostanziale[2]. Con tali pronunce, il giudice amministrativo ha preso posizione per la

*Dottoranda di ricerca in diritto amministrativo, Università degli Studi di Roma Tre.

[1] Moltissimi sono i contributi dedicati al ruolo della giurisprudenza nel diritto amministrativo. *Ex multis* M.S. GIANNINI, *Discorso generale sulla giustizia amministrativa*, parte I, in *Riv. trim. dir. proc. civ*., 1963, pag. 563 ss.; ID., *Discorso generale sulla giustizia amministrativa*, parte II, in *Riv. dir. proc.*, 1964, pag. 18 ss.; P. D'AMELIO, *La formazione giudiziale del diritto amministrativo*, in *Foro amm.*, 1969, III, pag. 118 ss.; M. NIGRO, *Il Consiglio di Stato giudice e amministratore (aspetti di effettività dell'organo)*, in *Riv. trim. dir. proc. civ*., 1974, pag. 1371 ss.; F. MERUSI, *Sullo sviluppo giurisprudenziale del diritto amministrativo italiano*, in AA.VV., *Legge, giudici, politica. Le esperienze italiana e inglese a confronto*, Giuffrè, 1983, pag. 121 ss.; A. SANDULLI, *Il giudice amministrativo e la sua giurisprudenza*, in *Riv. trim. dir. pubbl*, 2001, 4, pag. 1363 ss.; G. ROSSI, *Principi di diritto amministrativo*, Giappichelli, 2010, pag. 103. Con riferimento al ruolo rivestito dalla giurisprudenza nella formazione del diritto dell'ambiente, si veda F. DE LEONARDIS, *Le trasformazioni della legalità nel diritto ambientale*, in G. ROSSI (a cura di), *Diritto dell'ambiente,* Giappichelli, 2011, pag. 117 ss..

[2] Valga anticipare in questa sede la vicenda fattuale da cui è scaturita la sentenza del Tar Lazio, nonché il giudizio d'appello, sinora concluso solo in sede cautelare. Il ricorso promosso dal Conai verte in ordine a due provvedimenti adottati dall'Osservatorio Nazionale sui Rifiuti del Ministero dell'Ambiente, rispettivamente nel 2008 e nel 2009, in favore della società Aliplast S.p.a (una delle

prima volta sul sistema di gestione dei rifiuti da imballaggio, pensato dal legislatore come sistema tendenzialmente concorrenziale, ma nella prassi affidato in via esclusiva al Consorzio nazionale imballaggi (Conai)[3].

Se da un lato il Tar Lazio ha accolto il ricorso proposto dal medesimo Conai, annullando (per vizi formali) i provvedimenti ministeriali con cui si dava riconoscimento ad un sistema consortile alternativo per la gestione di alcune

---

due resistenti in giudizio). Questa società, operante nel settore della produzione di imballaggi secondari e terziari (destinati non alla grande distribuzione, ma a produttori di beni di consumo finiti, nello specifico si tratta di film e bobine di LDPE - polietilene a bassa densità), nel 2008 aveva predisposto un sistema – chiamato P.A.R.I. (Piano per la gestione Autonoma dei Rifiuti di Imballaggio) – per la gestione in forma autonoma e autosufficiente dei propri imballaggi. L'operatività di tale sistema era affidata ad un consorzio terzo, appositamente istituito: il consorzio Carpi (altra parte resistente nel giudizio in esame). La concreta praticabilità del sistema P.A.R.I. affidato al consorzio Carpi, si fondava sull'*escamotage* della marchiatura degli imballaggi prodotti da Aliplast S.p.a., che ne avrebbe consentito la rintracciabilità dopo l'immissione in commercio. Gli imballaggi recanti il marchio P.A.R.I., terminato il loro ciclo di vita e divenuti rifiuti da imballaggio, sarebbero stati raccolti sul territorio nazionale da una rete di operatori autonomamente gestiti dal consorzio Carpi, e, previa verifica della marchiatura, sarebbero stati trattati presso gli impianti di riciclo Carpi. La materia prima secondaria ottenuta dai processi di riciclaggio sarebbe stata nuovamente impiegata da Aliplast S.p.a. nei suoi processi produttivi, oppure immessa sul mercato delle materie prime.
Sottoposto al vaglio dell'Osservatorio Nazionale sui Rifiuti, il sistema P.A.R.I. riceveva giudizio positivo, e nel 2008, con un primo provvedimento (impugnato dal Conai), veniva ammesso alla procedura di riconoscimento prevista dall'art. 221, comma 5 del codice dell'ambiente. Nel 2009, l'Osservatorio attestava l'effettivo funzionamento del sistema, determinando il recesso automatico di Aliplast S.p.a. dal Conai e l'esonero della medesima società dall'obbligo di corrispondere il contributo ambientale. I suddetti provvedimenti sono stati oggetto di impugnazione dinanzi al Tar Lazio da parte del Conai. Il giudice di prime cure, pur accogliendo il ricorso per vizi inerenti l'attività istruttoria svolta dal Ministero in ordine al progetto P.A.R.I., ha chiaramente manifestato il proprio favore nei confronti dell'istituzione di sistemi consortili alternativi al Conai. Peraltro, la sentenza del Tar è stata impugnata (dal consorzio Carpi e dalla società Aliplast S.p.a., resistenti in primo grado) dinanzi al Consiglio di Stato, che ha adottato due ordinanze gemelle di sospensione cautelare, che, sebbene contrastino formalmente con la pronuncia di primo grado, poiché ne dichiarano la sospensione dell'efficacia, non fanno che rafforzare le argomentazioni già proposte dai giudici del Tar Lazio in ordine alla necessaria apertura alla concorrenza del sistema di gestione degli imballaggi. Per questo le due pronunce (la sentenza di primo grado e l'ordinanza dei giudici di Palazzo Spada) paiono formalmente antitetiche, ma sostanzialmente assai consonanti.

[3] Certamente altre sentenze (invero non molte) sono state pronunciate nei confronti dei Conai prima di quella in commento, ma in nessuna di esse fino ad ora il giudice amministrativo aveva preso posizione *expressis verbis* sul sistema operativo facente capo al medesimo consorzio. Riservandosi di fare riferimento ad esse nel corso del presente lavoro, ci si limita in questa sede a riportare in ordine cronologico gli estremi delle più rilevanti pronunce riferite al Conai: T.A.R. Lazio, Roma, Sez. II *bis*, 18 novembre 1999, n. 2214; Tribunale di Milano, 26 giugno 2006; T.A.R. Lazio, Roma, 11 luglio 2006, n. 5769; Tribunale Ordinario di Roma, 5 settembre 2007, n. 16818; Corte di Cassazione, Civile, Sez. I, 2 aprile 2007, n. 8203; Corte d'appello di Milano, Sez. I, 19 settembre 2007; Corte Costituzionale, 24 luglio 2009, n. 247; Tribunale di Milano, Sez. VIII Civile, 9 febbraio 2012, n. 6216.

tipologie di imballaggi (sistema P.A.R.I., adottato dal Consorzio Carpi), dall'altro il giudice di prime cure ha puntato il dito proprio contro l'assetto pressoché monopolistico cristallizzatosi in capo al Conai, che, pur nel pregevole intento di tutelare l'ambiente, finisce per causare un ingiustificato sacrificio delle regole di concorrenza.

La possibilità di scelta «*tra diversi sistemi* (…) *anche nella forma della "autogestione" o di altre "soluzioni individuali"*»[4] costituisce infatti, a detta del giudice amministrativo, espressione dei principi di concorrenza e non discriminazione i quali, al pari della tutela ambientale, rappresentano obiettivi prioritari della disciplina degli imballaggi disegnata dal legislatore europeo.

Come si è anticipato, a consolidare tale interpretazione è intervenuto il Consiglio di Stato, che, chiamato a pronunciarsi in sede cautelare sulla sentenza in commento, ne ha disposto la sospensione, ritenendo opportuno «*consentire la prosecuzione delle attività connesse alla implementazione del sistema autonomo di gestione dei rifiuti generati dai propri imballaggi immessi al consumo (sistema P.A.R.I.)*»[5], che era stata inibita dall'annullamento disposto dal giudice di primo grado.

Le suddette pronunce, impensabili fino a poco tempo fa e solo formalmente antitetiche tra loro[6], costituiscono a ben vedere due importanti tasselli di un percorso di riforma avviato in tempi non molto recenti grazie soprattutto all'Autorità garante per la concorrenza ed il mercato[7], che con le sue indagini conoscitive, i suoi pareri ed in genere la sua attività di vigilanza, è intervenuta in

---

[4] Come verrà più ampiamente esposto nei paragrafi seguenti, è lo stesso legislatore (all'art. 221 del codice dell'ambiente) ad aver previsto la possibilità di realizzare sistemi di gestione degli imballaggi alternativi al Conai, a condizione che ne sia dimostrata l'effettività e l'operatività a livello nazionale. Tale possibilità tuttavia non ha mai (finora) trovato una pratica applicazione.

[5] Contro la sentenza in commento sono stati proposti due distinti ricorsi in appello da parte di Aliplast S.p.a. (R.G. n. 1341/2012) e del consorzio Carpi (R.G. n. 1349/2012), resistenti in primo grado. Su tali ricorsi il Consiglio di Stato si è già pronunciato in sede cautelare con due ordinanze di identico contenuto (ordinanze del 4 aprile 2012, n. 1883 e n. 1885). Con esse i giudici di Palazzo Spada, pur disponendo la sospensione dell'efficacia della sentenza del Tar, ne hanno invero confermato e rafforzato l'*iter* argomentativo. Se il giudice di primo grado, dopo aver dichiarato la bontà del progetto P.A.R.I. e l'opportunità di sistemi di gestione degli imballaggi alternativi al Conai, aveva disposto l'annullamento dei provvedimenti autorizzatori per vizi formali, i giudici d'appello hanno dato ulteriore risalto ai profili sostanziali della vicenda, disponendo la prosecuzione delle attività connesse alla implementazione del sistema di gestione P.A.R.I., proposto da Aliplast tramite il consorzio Carpi.

[6] Si fa riferimento alla sentenza in commento e alle ordinanze gemelle del Consiglio di Stato.

[7] Si consideri che la prima segnalazione dell'Autorità garante della concorrenza e del mercato in ordine alla disciplina degli imballaggi ha ad oggetto lo schema di d.gs. n. 22/1997 con cui si è dato recepimento nel nostro ordinamento alla direttiva 94/62/Ce, prima disciplina europea in materia.

più occasioni ad evidenziare le zone d'ombra del sistema di gestione, talvolta sollecitandone la riforma ed in altri casi contestando persino il disorganico modo di procedere del legislatore nella materia in esame[8]. L'evoluzione normativa tuttavia, è sembrata poco permeabile a tali prese di posizione, intervenendo di frequente ma solo superficialmente (e spesso contraddittoriamente) sul settore in esame.

Solo di recente, l'inserimento nel decreto "Crescitalia" di una norma dedicata alla gestione degli imballaggi (art. 26 del d.l. n. 1/2012)[9] ha catalizzato nuovamente l'attenzione sulla presente tematica.

La pronuncia in commento, appare dunque particolarmente significativa, in quanto rappresenta la prima forte lacerazione giurisprudenziale di un sistema introdotto nel nostro ordinamento con il d.lgs. n. 22/1997 (cd. decreto Ronchi), e che sino ad ora, se si eccettuano le esplicite e forti prese di posizione dell'Antitrust, non era stato messo in dubbio né dal legislatore, né dai giudici, né da potenziali concorrenti del Conai.

Al fine di cogliere la sua reale portata, appare necessario delineare il sistema di gestione degli imballaggi, per poi ripercorrere i tratti essenziali del processo evolutivo in atto, soprattutto con riferimento alla riconsiderazione, in termini di "*complementarità"* piuttosto che di *"bilanciamento*"[10], del rapporto tra la tutela ambientale - di cui il sistema Conai è espressione - e la tutela della concorrenza.

2. *I profili di specificità della disciplina degli imballaggi e dei rifiuti di imballaggio: il principio della "responsabilità condivisa" degli operatori economici come declinazione del principio "chi inquina paga".*

Nel solo 2010 il quantitativo di imballaggi immesso al consumo è stato di 11 milioni di tonnellate per un importo di circa 25 miliardi di euro l'anno[11]. Tali imballaggi si trasformano quasi tutti in rifiuti di imballaggio, andando a costituire

[8] Cfr. la segnalazione AS80 dell'Autorità garante per la concorrenza ed il mercato del 1997 e l'indagine conoscitiva (IC 26), avviata con il provvedimento n. 14162 del 22.3.2005, in Boll. 12/2005 e conclusa, con l'archiviazione, dal provvedimento n. 18585 del 3.7.2008, in Boll. 26/2008. Degna di nota è anche la segnalazione AS500 al Parlamento e al Governo del 24 febbraio 2009, "*Misure straordinarie in materia di risorse idriche e di protezione dell'ambiente*".

[9] L'art. 26 del d.l. n. 24 gennaio 2012, n. 1 (comunemente noto come decreto Crescitalia), convertito con modifiche nella legge 24 marzo 2012, n. 27 è rubricato "*Misure in favore della concorrenza nella gestione degli imballaggi e dei rifiuti da imballaggio e per l'incremento della raccolta e recupero degli imballaggi*". Tale norma sarà esaminata più approfonditamente *infra*.

[10] Cfr. pag. 6 della sentenza in commento.

[11] Cfr. IC 26 dell'Antitrust, avviata con il provvedimento n. 14162 del 22.3.2005 e conclusa, con l'archiviazione, dal provvedimento n. 18585 del 3.7.2008.

più di un terzo della produzione globale di rifiuti urbani[12]. Nello stesso anno sono state avviate al recupero 8,5 milioni di tonnellate di imballaggi, pari al 76% circa degli imballaggi immessi al consumo[13].

Queste poche cifre sono in grado di farci comprendere quale importanza rivesta la corretta gestione degli imballaggi ai fini della tutela ambientale, ma anche quale risorsa essi costituiscano sul piano meramente economico, dal momento che il riciclaggio dei singoli materiali di imballaggio ne consente la reintroduzione nel mercato delle materie prime.

L'esigenza di garantire una gestione efficiente delle grandi quantità di rifiuti di imballaggio prodotti, la rimuneratività di tali attività di gestione, unite ad alcune specificità del settore hanno dato origine ad una disciplina del tutto atipica rispetto a quella tratteggiata con riferimento alla generalità dei rifiuti, sia dal legislatore nazionale che da quello europeo[14].

La prima direttiva europea specificamente dedicata alla materia degli imballaggi risale al 1994 (si tratta della Direttiva 94/62/Ce[15]), ed è stata recepita nel nostro ordinamento dal cd. Decreto Ronchi (d.lgs. n. 22/1997), confluendo poi, dopo alcune modifiche (Direttiva 2004/12/Ce[16]), nel codice dell'ambiente (d.lgs. n. 152/2006, artt. 217 ss.[17]).

---

[12] A conferma di tale presunta coincidenza tra il quantitativo di imballaggi immessi sul mercato e il quantitativo di rifiuti da imballaggio prodotti, si consideri quanto affermato nella Relazione Ispra 2012 sui rifiuti urbani, pag. 270: «*Si assume che la produzione annuale di rifiuti di imballaggio sia equivalente all'immesso al consumo di imballaggi dello stesso periodo*».

[13] Rapporto Ispra sui rifiuti urbani 2012.

[14] Cfr. sentenza T.A.R. Lazio, Roma, Sez. I, 11 luglio 2006, n. 5769, che definisce la normativa sugli imballaggi come "*disciplina parallela, ma non sovrapponibile".*

[15] Direttiva 94/62/Ce del Parlamento europeo e del Consiglio, del 20 dicembre 1994, sugli imballaggi e rifiuti da imballaggio, in GUCE n. L 365 del 31.12.1994.

[16] Direttiva 2004/12/CE del Parlamento europeo e del Consiglio, dell'11 febbraio 2004, che modifica la direttiva 94/62/Ce sugli imballaggi e i rifiuti di imballaggio, in GUCE n. L 47 del 18.2.2004.

[17] Come modificato dal d.lgs. 3 dicembre 2010, n. 205 recante "*Disposizioni di attuazione della direttiva 2008/98/CE del Parlamento europeo e del Consiglio del 19 novembre 2008 relativa ai rifiuti e che abroga alcune direttive*", pubblicato nella GU n. 288 del 10 dicembre 2010 - Suppl. Ordinario n. 269. Sugli articoli 217 e ss. del codice dell'ambiente si è altresì pronunciata la Corte Costituzionale con la sentenza n. 247 del 24 luglio 2009. Il giudice delle leggi ha respinto tutte le censure mosse nei confronti delle norme inerenti la gestione degli imballaggi contenute nel codice dell'ambiente, affermando che l'aver previsto un unico consorzio operante su tutto il territorio nazionale e disciplinato con legge statale, non costituisca violazione né delle competenze legislative regionali (art. 117 Cost.), né del principio di sussidiarietà (art. 118 Cost.). Sotto il primo profilo, la Corte rileva che si tratti di «*materia specificamente assegnata alla competenza legislativa statale esclusiva in tema di tutela dell'ambiente e dell'ecosistema*», mentre con riferimento al principio di sussidiarietà, si afferma che «*la scelta di attribuire a consorzi nazionali le funzioni amministrative trova una non implausibile*

Tale specificità disciplinare costituisce il riflesso di una peculiarità merceologica sia degli imballaggi[18] rispetto alla generalità dei beni di consumo, che dei rifiuti da imballaggio rispetto alla generalità dei rifiuti[19].

Tra i primi (gli imballaggi) e i secondi (i rifiuti da imballaggio) vi è, infatti, una continuità qualitativa del tutto assente per la generalità dei beni di consumo, che si spiega in considerazione della spiccata connotazione funzionale degli imballaggi. Essi, infatti, sono beni "serventi" rispetto ad altri beni di consumo e durano finché sono idonei ad esplicare la loro funzione, trasformandosi in rifiuti da imballaggio non appena il bene rispetto al quale servono da involucro, da strumento di trasporto o di manipolazione, sia stato consumato o trasportato, o comunque nel momento in cui sia venuta meno la loro utilità[20].

---

giustificazione nell'esigenza di assicurare che l'esercizio dei compiti risponda a criteri di uniformità e unitarietà, atteso che il livello di tutela ambientale non può variare da zona a zona e considerato anche il carattere diffusivo e transfrontaliero dei problemi ecologici, in ragione del quale gli effetti del danno ambientale sono difficilmente circoscrivibili entro un preciso e limitato ambito territoriale».

[18] L'art. 218, comma 1, lettera a) definisce l'imballaggio come «*il prodotto, composto di materiali di qualsiasi natura, adibito a contenere determinate merci, dalle materie prime ai prodotti finiti, a proteggerle, a consentire la loro manipolazione e la loro consegna dal produttore al consumatore o all'utilizzatore, ad assicurare la loro presentazione, nonché gli articoli a perdere usati allo stesso scopo*».

[19] L'art. 218, comma 1, lettera f) definisce i rifiuti di imballaggio come «*ogni imballaggio o materiale da imballaggio, rientrante nella definizione di rifiuto di cui all'art. 183, comma 1, lettera a), esclusi i residui di produzione*». L'art. 183 definisce il "rifiuto" come «*qualsiasi sostanza od oggetto di cui il detentore si disfi o abbia l'intenzione o abbia l'obbligo di disfarsi*». La definizione normativa di "rifiuto di imballaggio" è la crasi tra la nozione di "imballaggio" e quella di "rifiuto", in quanto si tratta di tutti gli imballaggi, così come definiti dall'art. 218, comma 1, lettera a), di cui il detentore si disfi o abbia l'intenzione o l'obbligo di disfarsi.

[20] Mentre per la generalità dei beni di consumo, il disfacimento da parte del detentore, che è comunque frutto di una scelta discrezionale, consegue generalmente a processi di deterioramento, che rendono il bene inservibile (perché logoro, rotto, vecchio), nel caso degli imballaggi, la trasformazione in rifiuto da imballaggio non discende dal deterioramento dello stesso, ma dal venir meno della sua funzione iniziale. Dunque il consumatore sarà indotto a disfarsi di una bottiglia di plastica dopo aver consumato la bevanda in essa contenuta, non perché l'assunzione della bevanda ha deteriorato la bottiglia, ma perché ne ha fatto venir meno la funzione di contenitore.
Ne discende che con riferimento ai rifiuti di imballaggio, il profilo volontaristico proprio della definizione di rifiuto risulta fortemente attenuato, perché la loro trasformazione in rifiuto non costituisce il frutto di una scelta libera del consumatore (se non nella misura in cui egli si limiti a constatare la sopravvenuta inservibilità dell'imballaggio), né tantomeno l'adempimento ad un obbligo di legge, bensì è semplicemente una conseguenza inevitabile della sopravvenuta inutilità dell'imballaggio.
Dal punto di vista merceologico, gli imballaggi sono quei beni destinati a svolgere una funzione di protezione, manipolazione, o trasporto rispetto ad altri beni. Accanto a tali originarie funzioni, se ne è poi affiancata una ulteriore di presentazione (cd. *packaging*) delle merci, e di veicolo per la trasmissione di informazioni ai consumatori (cd. *labelling),* sia per esigenze di trasparenza verso i

Se per la generalità dei beni il momento della trasformazione in rifiuto non è prevedibile, né nell'*an*, né nel *quando* (poiché dipende prevalentemente dalla volontà del consumatore[21]), nel caso degli imballaggi non solo il disfacimento non

---

consumatori con riferimento al contenuto dell'imballaggio, sia soprattutto per scopo promozionale e pubblicitario.
La nozione di imballaggio ha carattere funzionale, poiché pone l'accento sulla finalità a cui tali beni sono adibiti, qualificando imballaggio quel «*prodotto, composto di materiali di qualsiasi natura, adibito a contenere determinate merci, dalle materie prime ai prodotti finiti, a proteggerle, a consentire la loro manipolazione e la loro consegna dal produttore al consumatore o all'utilizzatore, ad assicurare la loro presentazione, nonché gli articoli a perdere usati allo stesso scopo*» (art. 218, comma 1, lettera a) del d.lgs. n. 152/2006). Cfr. la già citata sentenza del Tribunale Ordinario di Roma (n. 16818 del 5 settembre 2007), in cui si afferma che «*la qualificazione di un bene come "imballaggio" va effettuata sulla base di un giudizio tecnico prognostico, fondato sulla natura dei beni prodotti: a tal fine deve essere valutata la destinazione intrinseca dello stesso bene, a prescindere dalle varie possibili modalità di utilizzo del bene o dagli usi secondari verificabili in concreto (...). Ai fini della qualificazione di un prodotto come imballaggio, è attribuito un ruolo centrale alla sua funzione di contenimento, protezione, manipolazione delle merci indipendentemente dalla fase di commercializzazione delle stesse*».
In sintesi, se gli imballaggi sono qualificabili come tali nella misura in cui e fino a quando siano asserviti allo svolgimento di determinate funzioni, una volta che queste risultino assolte essi si trasformano in rifiuti di imballaggio: la differenza tra gli uni e gli altri consiste proprio nell'idoneità o non idoneità allo svolgimento delle funzioni per cui sono stati creati. Questo spiega perché il Legislatore abbia ritenuto opportuno focalizzare l'attenzione sulla definizione di "imballaggio" piuttosto che di "rifiuto di imballaggio", in quanto la seconda è desumibile, in negativo, dalla prima.
Sulla nozione di imballaggio si veda la sentenza della Corte di Giustizia Europea, 29 aprile 2004, resa nella controversia C-341/01, *Plato Plastik Robert Frank GmbH c. Cariopack Handelgesellschaft mbH*, che si riferisce in particolar modo agli imballaggi di plastica.
Sul carattere funzionale degli imballaggi cfr. la già citata sentenza del Tribunale Ordinario di Roma (del 5 settembre 2007, n. 16818), in cui si afferma che «*la qualificazione di un bene come "imballaggio" va effettuata sulla base di un giudizio tecnico prognostico, fondato sulla natura dei beni prodotti: a tal fine deve essere valutata la destinazione intrinseca dello stesso bene, a prescindere dalle varie possibili modalità di utilizzo del bene o dagli usi secondari verificabili in concreto (...). Ai fini della qualificazione di un prodotto come imballaggio, è attribuito un ruolo centrale alla sua funzione di contenimento, protezione, manipolazione delle merci indipendentemente dalla fase di commercializzazione delle stesse*».

[21] La nozione di rifiuto è attualmente contenuta nell'art. 183, comma 1, lettera a) del codice dell'ambiente. Si tratta di «*qualsiasi sostanza od oggetto di cui il detentore si disfi o abbia l'intenzione o abbia l'obbligo di disfarsi*». Tale nozione è di derivazione europea ed è stata elaborata per la prima volta nella Direttiva 75/442/Cee, e mantenuta poi nelle successive direttive (Direttiva 2006/12/Ce e Direttiva 2008/98/Ce) in materia di rifiuti. *Ex multis* Corte di Giustizia Europea, sentenza 18 aprile 2002, in C-9/00, *Palin Granit*; Id. 11 novembre 2004,in C-457/02, *Niselli*.
Sulla nozione di rifiuto v. F. DE LEONARDIS, *I rifiuti: dallo smaltimento alla prevenzione, cit.;* A. FARÌ, *Nozione di rifiuto e sottoprodotto,* in F. GIAMPIETRO (a cura di), *La nuova disciplina dei rifiuti*, Ipsoa, 2011; M. TAINA, *Rifiuto o non rifiuto: la prova certa del riutilizzo* (nota a Cass. Pen., n. 6266/2010), in *Amb. e svil,* 2010, 6; M. MAGRI, *Rifiuto e sottoprodotto nell'epoca della prevenzione: una prospettiva di* soft law, in *Amb. e svil.,* 2010, 1; S. MAGLIA, *Ancora in materia di assimilazione dei rifiuti speciali agli urbani,* in *Amb. e svil.*, 2009, 4, pag. 315; E. POMINI**,** *Rifiuti e sottoprodotti: la "trasformazione preliminare",* in *Riv. giur. amb.* 2009, 5, pag. 709; F. GIAMPIETRO, *La nuova Direttiva Quadro sui rifiuti ed il TUA dopo il D.Lgs. n. 4/2008: le nozioni di rifiuto, sottoprodotto,*

dipende (se non in minima parte) dall'intenzione del detentore, ma è facilmente prevedibile persino il momento in cui lo stesso avverrà (perché coincide con l'esaurimento della funzione dell'imballaggio). Nella nozione di rifiuto da imballaggio, risulta fortemente attenuato il profilo volontaristico, essenziale nella definizione di rifiuto, in quanto il disfacimento non costituisce il frutto di una libera scelta del possessore (se non nella misura in cui egli si limiti a constatare la sopravvenuta inutilizzabilità dell'imballaggio), né tantomeno l'adempimento di un obbligo di legge, bensì è semplicemente la conseguenza inevitabile della sopravvenuta inservibilità dell'imballaggio.

Tale caratterizzazione influisce sulla ripartizione degli oneri di gestione, in quanto, se la responsabilità per la produzione dei rifiuti "comuni" viene fatta ricadere sul consumatore, il quale, in conformità al principio "chi inquina paga"[22], è tenuto a sostenerne i relativi costi di gestione[23], nel caso degli imballaggi, la

---

m.p.s., in *Amb. e svil*., 2008, 11; G. AMENDOLA, *Il testo unico ambientale e la nozione di rifiuto. A che punto siamo?*, in *Dir. Giuris. agraria, alimentare e ambiente*, 2007, 3, pag. 145; A. BORZÌ, *La nozione di rifiuto tra applicazione comunitaria e (DIS)applicazione interna*, in *Riv. it. dir. pubbl. comunit.*, 2004, 3-4, 759; L. BUTTI, *Diritto europeo e normativa italiana di fronte al problema della "definizione di rifiuto"*, in *Riv. giur. amb.* 2003, 6, pag. 996.

[22] Questo principio ha origine europea, e trova oggi previsione nell'art. 191, par. 2 del TFUE, mentre a livello interno, esso è contemplato dall'art. 3 *ter* del codice dell'ambiente. In materia di rifiuti esso è espressamente menzionato, tra i principi, nell'art. 179 del d.lgs. n. 152/2006. Cfr. F. DE LEONARDIS, *I rifiuti: dallo smaltimento alla prevenzione*, in G. ROSSI (a cura di), *Diritto dell'ambiente*, Giappichelli, 2011, pag. 313 ss.; C. VERRIGNI, *La rilevanza del principio comunitario "chi inquina paga " nei tributi ambientali*, in *Rass. trib*., 2003, 1614; F. GOISIS, *Caratteri e rilevanza del principio comunitario «chi inquina paga» nell'ordinamento nazionale*, in *Foro amm. CdS*, 2009, 2724; F. GIAMPIETRO – F. LALLI, *Ancora sul principio comunitario «chi inquina paga»* (nota a T.A.R. Campania n. 3727/2009), in *Amb. svil.*, 2010, 220 ss.; F. M. PALOMBINO, *Il significato del principio "chi inquina paga " nel diritto internazionale*, in *Riv. giur. amb.*, 2003, pag. 871; G. TARANTINI, *Il principio "chi inquina paga " tra fonti comunitarie e competenze regionali*, in *Riv. giur. amb.*, 1990, pag. 728.

[23] Mediante il pagamento di una tariffa, ovvero la TIA. Cfr. G. ROSSI, *Profili contrattuali e fiscali nella prestazione di servizi pubblici. Il limite delle "idee chiare e distinte",* in *Foro amm. CdS*, 2010, 2, pag. 463; M. PROCOPIO, *La natura tributaria della tariffa di igiene ambientale*,in *Dir. econ. assicurazione* 2010, 3, pag. 797; M. GREGGI, *La tariffa di igiene ambientale al vaglio della consulta: nuovi orientamenti giurisprudenziali sulla nozione di tributo e sull'applicabilità dell'IVA*, in *Le nuove leggi civili e commentate*, 2010, n. 1, pag. 3; A. BUSCEMA, *La determinazione della tariffa di igiene ambientale non è delegabile a un soggetto privato*, in *Dir. e Giust*., 2010, 0, 201; F. CASTOLDI, *Dalla Corte di Giustizia e dalla Corte Costituzionale: chiarimenti sulla disciplina della tariffa di igiene urbana*, in *Riv. giur. amb.*, 2010, 1, 122; E. DE MITA, *Per la Tia un* identikit *da tributo*, in *Dir. prat. trib.*, 2009, n. 6, pag. 1317; M. BEGHIN, *Corte Costituzionale e TIA : un'occasione per riflettere sulla nozione di tributo*, in *Corr. Trib.*, 2009, pag. 3097; M. LOVISETTI, *Per la Corte Costituzionale la TIA è un tributo. Ma le SS.UU. della Corte di Cassazione la pensano diversamente*, in *G.T. - Riv. Giur. trib.*, 2009, pag. 855; V. GUIDO, *Considerazioni a margine della recente qualificazione tributaria della TIA operata dalla Corte Costituzionale*, in *Rass. Trib.*, 2009, pag. 1107; R. LUPI, *La fattura TIA*

responsabilità retrocede in capo ai produttori e/o distributori degli imballaggi, esonerando completamente il consumatore[24].

Nel sistema in esame, infatti, "chi inquina" non è il consumatore finale – il quale non può far altro che disfarsi di un imballaggio divenuto inservibile - ma sono i produttori e/o distributori che lo hanno introdotto sul mercato, a cui spetterà sostenerne i costi di gestione.

Uno dei tratti essenziali della disciplina in esame risiede, dunque, nel diverso risvolto applicativo del principio "chi inquina paga", che determina una differente ripartizione dei costi di gestione e la «*responsabilizzazione degli operatori economici (...) nonché la cooperazione degli stessi secondo i principi della «responsabilità condivisa»*[25].

D'altro canto, la più accentuata omogeneità merceologica degli imballaggi rispetto alla variegata tipologia dei rifiuti e il valore di mercato degli stessi, facilitano il loro recupero mediante riciclaggio (in distinte filiere mono - materiale), consentendo la reintroduzione nel circuito produttivo delle materie prime secondarie[26] così ottenute, con elevati margini di rimuneratività[27].

---

come atto impositivo, in *GT - Riv. giur. trib.*, n. 1, 2008, pag. 64; A. VOZZA, *Dalla TARSU alla TIA* , in *Corr. Trib.* n. 17, 2008, pag. 1368.

[24] Cfr. art. 221, ultimo comma del d.lgs. n. 152/2006, ai sensi del quale «*la restituzione di imballaggi usati o di rifiuti di imballaggio, ivi compreso il conferimento di rifiuti in raccolta differenziata, non deve comportare oneri economici per il consumatore*».

[25] Cfr. art. 219, comma 2. L'art. 217, comma 2, del d.lgs. n. 152/2006, dispone che «*Gli operatori delle rispettive filiere degli imballaggi nel loro complesso garantiscono, secondo i principi della "responsabilità condivisa", che l'impatto ambientale degli imballaggi e dei rifiuti di imballaggio sia ridotto al minimo possibile per tutto il ciclo di vita*». L'art. 219, comma 2, lettera a) del d.lgs. n. 152/2006 prevede tra i principi ispiratori della materia *«l'individuazione degli obblighi di ciascun operatore economico, garantendo che il costo della raccolta differenziata, della valorizzazione e dell'eliminazione dei rifiuti da imballaggio sia sostenuto dai produttori e dagli utilizzatori in proporzione alle quantità di imballaggi immessi sul mercato nazionale e che la pubblica amministrazione organizzi la raccolta differenziata»*. Ed ancora, l'art. 220 prevede che «*I produttori e gli utilizzatori devono conseguire gli obiettivi finali di riciclaggio e recupero dei rifiuti di imballaggio*», mentre l'art. 221, comma 1 dispone che «*i produttori e gli utilizzatori sono responsabili della corretta ed efficace gestione ambientale degli imballaggi e dei rifiuti di imballaggio generati dal consumo dei propri prodotti*». In dottrina cfr. R.S. CERRUTO, *La disciplina giuridica degli imballaggi e dei rifiuti di imballaggio,* in *Riv. giur. ambiente,* 2009, 1, pag. 79.

[26] Il sistema di gestione degli imballaggi è stato infatti pensato dal legislatore del 1997, come un perfetto circuito chiuso per ogni filiera mono–materiale: la materia prima utilizzata per la produzione degli imballaggi viene recuperata, a spese dei produttori, nella forma del riciclaggio o del recupero energetico, dando origine a nuova materia prima (secondaria, *recte:* end of waste) che verrà nuovamente introdotta sul mercato.
Con riferimento alla "materia prima secondaria", essa è disciplinata dall'art. 184 *ter* del codice dell'ambiente, come modificato dal d.lgs. n. 205/2010. Per approfondimenti sulla nozione, v. D. RÖTTGEN, *Cessazione della qualifica di rifiuto (end of waste),* in F. GIAMPIETRO (a cura di), *La nuova disciplina dei rifiuti,* Ipsoa, 2011; M.A. LABARILE, *Mps e Eow: questo è il problema*….(nota a

La difficoltà di scindere l'imballaggio-bene dall'imballaggio-rifiuto[28], entrambi dotati di valore economico, è alla base della forte convergenza, nella disciplina in esame, dell'interesse alla tutela dell'ambiente e di quello al rispetto delle regole concorrenziali[29].

Se da un lato la disciplina degli imballaggi, come del resto la disciplina dei rifiuti *lato sensu*, persegue l'obiettivo di «*prevenirne e ridurne l'impatto sull'ambiente ed assicurare un elevato livello di tutela dell'ambiente*», dall'altro

---

Cass.Pen. n. 24427/2011), in *Amb. e svil.*, 2011, 11; M. MEDUGNO, *Mps e sottoprodotto: cambia lo scenario ma non la gestione operativa,* in *Amb. e svil,* 2008, 4.

[27] Cfr. par. 19 dell'indagine conoscitiva riguardante il settore dei rifiuti da imballaggio (IC 26), avviata dall'Autorità garante per la concorrenza ed il mercato con il provvedimento n. 14162 del 22.3.2005, in Boll. 12/2005 (e conclusa con l'archiviazione con il provvedimento n. 18585 del 3.7.2008, in Boll. 26/2008), in cui si afferma che «*caratteristica precipua degli imballaggi – e di conseguenza dei loro rifiuti – sia l'essere fabbricati con materiali diversi ma tutti, seppur in misura diversa, suscettibili di apprezzamento economico e redditività all'interno di dinamiche di mercato. La raccolta dei rifiuti finalizzata al recupero dei materiali di produzione, del resto, ha costituito un'attività storicamente radicata e organizzata imprenditorialmente seguendo l'andamento di specifici valori di mercato, con il conseguente assoggettamento dei materiali oggetto di processi di recupero al principio comunitario della libera circolazione delle merci*». Analogamente la Segnalazione AS80 dell'Autorità Garante della Concorrenza e del Mercato, del 28.11.1996, in cui si afferma che «*l'attività di raccolta di tali rifiuti può presentare profili di redditività sia per lo svolgimento del servizio, sia per l'attività di rivendita dei prodotti* (…). *D'altra parte, considerato che i prodotti recuperati rappresentano le c.d. materie prime seconde, i soggetti che hanno curato la raccolta possono vendere alle imprese tali materie prime*».

[28] Si consideri, anche sul piano meramente formale, che il Titolo II, rubricato "*Gestione degli imballaggi"*, in cui l'oggetto della gestione sembrano dei beni piuttosto che dei rifiuti, sia collocato nella Parte IV del Codice dell'Ambiente, contenente le "*Norme in materia di gestione dei rifiuti*". L'articolo di apertura del Titolo II prevede peraltro che l'intera disciplina si applichi indifferentemente nei confronti di «*tutti gli imballaggi immessi sul mercato nazionale e di tutti i rifiuti di imballaggio derivanti dal loro impiego, utilizzati o prodotti da industrie, esercizi commerciali, uffici, negozi, servizi, nuclei domestici, a qualsiasi titolo, qualunque siano i materiali che li compongono*» (cfr. art. 217, d.lgs. n. 152/2006).

[29] L'art. 217 del d.lgs. n. 152/2006, individua, infatti, come obiettivi della disciplina in materia di imballaggi, quello di «*prevenirne e ridurne l'impatto sull'ambiente ed assicurare un elevato livello di tutela dell'ambiente, sia per garantire il funzionamento del mercato, nonché per evitare discriminazioni nei confronti dei prodotti importati, prevenire l'insorgere di ostacoli agli scambi e distorsioni della concorrenza e garantire il massimo rendimento possibile degli imballaggi e dei rifiuti di imballaggio*».
Sotto questo profilo, peraltro, la disciplina degli imballaggi è stata antesignana anche di importanti riforme intervenute nella più ampia materia dei rifiuti. La Direttiva 2008/98/Ce, recepita nel nostro ordinamento con il d.lgs. n. 205/2010 di riforma del codice dell'ambiente, ha comportato un radicale mutamento di prospettiva in materia di rifiuti, conferendo a questi ultimi la connotazione di risorsa, e non più quella di mero residuo di produzione o di consumo di cui assicurare una corretta gestione. Sul punto si vedano F. GIAMPIETRO – D. RÖTTGEN – A. MURATORI, *Il d.lgs. 205/2010 sui rifiuti: prima lettura….*, in *Amb. e svil,* 2011, 2; F. GIAMPIETRO (a cura di), *La nuova disciplina dei rifiuti,* Ipsoa, 2011.

essa si preoccupa che sia garantito «*il funzionamento del mercato,* [evitate le] *discriminazioni nei confronti dei prodotti importati, l'insorgere di ostacoli agli scambi e distorsioni della concorrenza e* [garantito] *il massimo rendimento possibile degli imballaggi e dei rifiuti di imballaggio*»[30], che presentano un preciso valore economico. Proprio l'esigenza di dare risalto anche ai profili concorrenziali, oltre che alla tutela dell'ambiente, è alla base del processo di erosione del sistema di gestione degli imballaggi, di cui la pronuncia in esame costituisce certamente il più importante (sebbene non l'unico) punto di riferimento.

3. *Il sistema di gestione degli imballaggi: il Conai.*

Individuati i caratteri salienti della disciplina predisposta per la gestione degli imballaggi, è possibile passare ora all'analisi dei profili organizzativi del sistema tracciato dal legislatore, anticipando sin d'ora che esso, sino alla pronuncia in commento, ha visto quale unico protagonista il Conai.

I capisaldi intorno ai quali ruota il sistema di gestione degli imballaggi sono la prevenzione e il riciclaggio, con imputazione dei costi sugli operatori economici, in base al principio della "responsabilità condivisa"[31].

Se l'obiettivo della prevenzione implica semplicemente, ai fini del suo soddisfacimento, specifiche scelte imprenditoriali[32], la gestione nelle forme del riciclaggio rende necessaria una risposta di tipo organizzativo[33].

---

[30] art. 217, comma 1 del d.lgs. n. 152/2006.

[31] Sotto entrambi i profili la disciplina degli imballaggi delineata sin dal cd. decreto Ronchi ha anticipato le tendenze manifestatesi solo di recente con riferimento alla disciplina dei rifiuti. Già si è detto in ordine alla responsabilità condivisa, rispetto alla quale la responsabilità estesa del produttore di cui all'art. 178 *bis* del codice dell'ambiente (come modificato dal d.lgs. n. 205/2010) presenta molte affinità. Anche con riferimento al principio di prevenzione, la Direttiva 2008/98/Ce recepita con il d.lgs. n. 205/2010, l'ha valorizzato quale prima fase nella gerarchia dei rifiuti di cui all'art. 179.

[32] Il principio di prevenzione, partendo dal presupposto per cui il modo più efficace di gestire i rifiuti è quello di evitare a monte la loro produzione, si rivolge non al consumatore finale, ma alle istituzioni pubbliche e agli operatori economici, affinché, gli uni attraverso strumenti di mercato e incentivi economici, gli altri modificando i loro processi produttivi, riducano *ab origine* la produzione di beni destinati a divenire rifiuti in tempi brevi, privilegiando altresì beni scomponibili, riutilizzabili, recuperabili e comunque durevoli. Stante la stretta rispondenza (quantitativa e qualitativa) tra gli imballaggi prodotti e i rifiuti di imballaggio da gestire, il modo più efficace per ridurre i rifiuti di imballaggio è proprio quello di ridurre gli imballaggi immessi sul mercato. Come si legge in uno dei considerando della Direttiva 94/62/Ce «*il modo migliore per prevenire la creazione dei rifiuti di imballaggio è quello di ridurre la quantità globale di imballaggi*».
Ai sensi dell'art. 218, comma 1, lettera h), nel settore degli imballaggi la prevenzione consiste nella «*riduzione, in particolare attraverso lo sviluppo di prodotti e di tecnologie non inquinanti, della quantità e della nocività per l'ambiente sia delle materie e delle sostanze utilizzate negli imballaggi e nei rifiuti di imballaggio, sia degli imballaggi e rifiuti di imballaggio nella fase de processo di*

A tale proposito il legislatore ha elaborato un sistema di tipo consortile, differenziato a seconda che si faccia riferimento al flusso domestico-primario dei rifiuti di imballaggio, oppure al flusso non domestico-secondario e terziario[34]. I rifiuti di imballaggio primari infatti, riferendosi a singole unità di vendita nella disponibilità del consumatore finale, fanno parte del flusso domestico dei rifiuti e vengono conferiti nel sistema pubblico di raccolta dei rifiuti urbani; i rifiuti di imballaggio secondari e terziari, essendo rifiuti speciali, possono essere conferiti nel sistema pubblico in qualità di rifiuti assimilati[35], oppure rimanere esterni a tale sistema ed essere gestiti dai singoli produttori o utilizzatori[36].

---

produzione, nonché in quella della commercializzazione, della distribuzione, dell'utilizzazione e della gestione post- consumo».
L'art. 219, comma 1, lettera a) inoltre, pone come obiettivo prioritario nell'attività della gestione dei rifiuti «*l'incentivazione e promozione della prevenzione alla fonte della quantità e della pericolosità nella fabbricazione degli imballaggi e dei rifiuti di imballaggio, soprattutto attraverso iniziative, anche di natura economica in conformità ai principi del diritto a ridurre a monte la produzione e l'utilizzazione degli imballaggi, nonché a favorire la produzione di imballaggi riutilizzabili ed il loro concreto riutilizzo*». Cfr. F. DE LEONARDIS, *Principio di prevenzione e novità normative in materia di rifiuti*, in *Riv. quad. dir. amb.*, Giappichelli, 2, 2011.

[33] Il singolo produttore di imballaggi non è infatti necessariamente in grado di svolgere operazioni di riciclaggio, e, quand'anche sia anche riciclatore, non è necessariamente in grado di effettuare tutte le attività che precedono il riciclaggio, soprattutto la raccolta dei rifiuti di imballaggio presso i gestori pubblici o le superfici private (a seconda che si tratti di imballaggi primari o secondari e terziari). Al riciclaggio fa riferimento l'art. 218, comma 1, lettera l), che lo definisce come «*ritrattamento in un processo di produzione dei rifiuti di imballaggio per la loro funzione originaria o per altri fini, incluso il riciclaggio organico e ad esclusione del recupero di energia*»; e l'art. 219, comma 1, lettera b).

[34] Ai sensi dell'art. 218 del codice dell'ambiente, la categoria di imballaggio si articola in tre diverse sottocategorie, a seconda della funzione economico-commerciale assolta dagli stessi:
- *imballaggi per la vendita o imballaggi primari*: unità di vendita inscindibili dal prodotto venduto (come ad esempio la bottiglia rispetto alla bevanda venduta). Si tratta di rifiuti tipicamente domestici, poiché derivano da imballaggi finalizzati a consentire la vendita al dettaglio di beni di consumo;
- *imballaggi multipli o imballaggi secondari*: consentono il raggruppamento di più unità di vendita e possono essere separati dal prodotto senza alterarne le caratteristiche (come ad esempio una scatola che contiene più bottiglie di vino). Si può trattare di un rifiuto urbano domestico o speciale;
- *imballaggi per il trasporto o imballaggi terziari*: sono volti a facilitare la manipolazione o il trasporto delle merci. Si tratta di rifiuti generalmente speciali, anche se l'esempio più noto di imballaggio terziario è rappresentato dalle buste per l'asporto delle merci, che invece sono un rifiuto tipicamente domestico.

Per maggior chiarezza è possibile far riferimento all'Allegato E alla Parte IV del codice dell'ambiente.

[35] I rifiuti assimilati sono quei rifiuti speciali (dunque non domestici) provenienti da locali e luoghi adibiti ad usi diversi dalle abitazioni civili, ma assimilati ai rifiuti urbani per qualità, in quanto non pericolosi, e quantità, entro determinati limiti di legge (v. art. 184, comma 2, lettera b) del d.lgs. n.

La raccolta dei rifiuti di imballaggio (siano essi primari-domestici o secondari/terziari-assimilati), è comunque affidata all'amministrazione, che, ai sensi dell'art. 222 del codice dell'ambiente, deve predisporre sistemi adeguati e uniformi su tutto il territorio nazionale, residuando in questa fase al Conai un ruolo meramente sussidiario[37].

Appare evidente che la presenza, nella filiera della gestione dei rifiuti di imballaggio, di una fase di competenza pubblica, ovvero quella della raccolta dei rifiuti urbani, rende imprescindibile l'individuazione di un soggetto che rivesta un ruolo di intermediazione tra gli operatori economici responsabili delle successive fasi di gestione e la pubblica amministrazione.

A tale proposito il legislatore, all'art. 221, comma 3 del d.lgs. n. 152/2006, ha offerto ai produttori e distributori di imballaggi tre possibili opzioni: a) organizzare autonomamente, anche in forma collettiva, la gestione dei propri imballaggi sull'intero territorio nazionale[38]; b) aderire al Conai e ad uno dei

---

152/2006). In ordine a tale categoria, lungo è stato il dibattito, soprattutto con riferimento ai criteri da adottare per l'assimilazione, che ha come conseguenza la sottoposizione all'obbligo di pagamento della tariffa per la gestione dei rifiuti urbani. Per approfondimenti v. S. MAGLIA, *Ancora in materia di assimilazione dei rifiuti speciali agli urbani,* in *Amb.e e svil,* 2009, 4; A. MURATORI, *L'assimilazione dei rifiuti speciali ai rifiuti urbani riveduta e corretta dal nuovo "correttivo",* in *Amb. e svil.*, 2008, 4; C. VIVANI, *In tema di assimilabilità dei rifiuti speciali ai rifiuti urbani,* in *Riv. giur. amb.*1996, 5, 673.

[36] Cfr. art. 226 comma 2, del d.lgs. n. 152/2006: «*è vietato immettere nel normale circuito di raccolta dei rifiuti urbani imballaggi terziari di qualsiasi natura. Eventuali imballaggi secondari non restituiti all'utilizzatore dal commerciante al dettaglio possono essere conferiti al servizio pubblico di raccolta differenziata, ove la stessa non sia attivata nei limiti previsti dall'art. 221, comma 4*». Con riferimento alla differenza tra imballaggi primari da un lato e secondari/terziari dall'altro, è molto chiaro quanto riportato a pag. 296 della Relazione Ispra 2012 sui rifiuti urbani: «*l'art. 221 del d.lgs. 152/2006, prevede che le imprese produttrici di imballaggi organizzino luoghi di raccolta da concordare con le imprese utilizzatrici, ove queste ultime possano conferire i rifiuti di imballaggio secondari e terziari, eventualmente non conferiti al servizio pubblico di raccolta. In pratica, mentre per i rifiuti di imballaggio primari o, comunque, conferiti al servizio pubblico, è previsto che io produttori e utilizzatori di imballaggi assicurino la copertura dei costi aggiuntivi della raccolta differenziata che viene svolta dai comuni, per quelli di imballaggi secondari e terziari, la gestione dell'intero ciclo resta di competenza del sistema delle imprese*».

[37] L'art. 222 del codice dell'ambiente dispone infatti che «N*el caso in cui l'Osservatorio nazionale sui rifiuti accerti che le pubbliche amministrazioni non abbiano attivato sistemi adeguati di raccolta differenziata dei rifiuti di imballaggio (...) può richiedere al Consorzio nazionale imballaggi di sostituirsi ai gestori dei servizi di raccolta differenziata*». Il carattere sussidiario di tali interventi è confermato dalla sentenza del T.A.R. Lazio, Roma, n. 5769 dell'11 luglio 2006 con cui si è ritenuta legittima l'assegnazione al Conai di competenze relative anche alla fase di raccolta, in considerazione dello stato di emergenza dichiarato nella Regione Campania con riferimento alla gestione dei rifiuti.

[38] Questa è la formulazione dell'art. 221, comma 3 dopo le modifiche introdotte dalla legge 24 marzo 2012, n. 27 di conversione del d.l. n. 1/2012.
Per completezza espositiva e con riguardo invece al citato Osservatorio nazionale, si rinvia alla sentenza del Consiglio di Stato, Sez. VI, 12 dicembre 2011, n. 6498, che ha chiarito che l'art. 9 del

consorzi di filiera; c) attestare sotto la propria responsabilità che è stato messo in atto un sistema di restituzione dei propri imballaggi, mediante idonea documentazione che dimostri l'autosufficienza del sistema.

Di questi tre sistemi, solo quello facente capo al Conai è stato effettivamente reso operativo, sia in ragione dell'evidente *favor legis* che lo rende modello prioritario di gestione[39], sia per l'incertezza normativa derivata dalla mancata adozione del decreto interministeriale che avrebbe dovuto disciplinare modalità, presupposti ed effetti economici della nascita di consorzi alternativi al Conai[40], sia da ultimo per la difficoltà di predisporre sistemi parimenti idonei ad operare sull'intero territorio nazionale[41].

Il Conai è sorto proprio con il fine di «*garantire il necessario raccordo*» e «*coordinamento*» tra i produttori e gli utilizzatori di imballaggi e il pubblico gestore del servizio di raccolta differenziata[42].

Si tratta di un consorzio obbligatorio per legge, dotato di personalità giuridica di diritto privato[43], senza fini di lucro, retto da uno statuto approvato con

---

d.p.r. n. 140/2009, in quanto fonte regolamentare, non ha soppresso l'Osservatorio (previsto dall'art. 206 *bis* del codice dell'ambiente), ma ha previsto la cessazione dell'incarico in corso.

[39] V. art. 221, comma 2 del d.lgs. n. 152/2005 nella parte in cui si afferma che «*per garantire il necessario raccordo con l'attività di raccolta differenziata organizzata dalle pubbliche amministrazioni e per le altre finalità indicate nell'art. 224, i produttori e gli utilizzatori partecipano al Consorzio nazionale imballaggi, salvo il caso in cui venga adottato uno dei sistemi di cui al comma 3, lettere a) e c) del presente articolo*».

[40] art. 265, comma 5 del d.lgs. n. 152/2006.

[41] Secondo quanto previsto dal legislatore, infatti, l'adesione al Conai per i produttori e distributori di imballaggi si rende necessaria «*per garantire il necessario raccordo con l'attività di raccolta differenziata organizzata dalle pubbliche amministrazioni*». Con riferimento agli imballaggi primari, ovvero quelli immessi al consumo, l'inevitabile dispersione (territoriale) degli imballaggi e quindi dei rifiuti da imballaggio, comporta che gli stessi siano conferiti nel sistema pubblico di raccolta dei rifiuti urbani, rendendo pressoché impossibile per ogni singolo produttore poter gestire gli imballaggi dal medesimo immessi sul mercato e al tempo stesso rendendo necessario affidare una fase della filiera di gestione ai pubblici gestori del servizio di raccolta. Diverso è il caso degli imballaggi secondari e terziari, riguardo i quali la raccolta avviene presso superfici private, aprendo più ampi margini di controllo circa la provenienza dei rifiuti di imballaggio e dunque la possibilità che il singolo produttore/fornitore, possa raccogliere e recuperare i propri imballaggi dall'acquirente a cui li abbia inizialmente ceduti.

[42] Cfr. art. 221, comma 2 e art. 224 comma 1 e comma 3, lettera g) del codice dell'ambiente.

[43] Circa la natura giuridica del Conai, il giudice si è pronunciato in due occasioni, giungendo a conclusioni diametralmente opposte. Con la prima sentenza (T.A.R. Lazio – Roma, Sez. II *bis*, n. 2214 del 18 novembre 1999), il giudice amministrativo, chiamato a decidere in ordine alla sussistenza della propria giurisdizione, ha dichiarato la natura pubblicistica del Conai, quale concessionario *ex lege* di un pubblico servizio. Le funzioni attribuite al Conai dalla legge (inerenti il recupero, il riciclaggio e la raccolta differenziata dei rifiuti da imballaggio, da esercitarsi in accordo con le regioni

decreto ministeriale[44] e articolato a sua volta in sei consorzi di filiera, ciascuno dei quali competente per uno dei materiali da imballaggio[45].

Sono proprio questi consorzi di filiera ad assicurare la concreta gestione dei rifiuti da imballaggio, a partire dal ritiro di quelli provenienti dalla raccolta differenziata o dalla raccolta dei rifiuti di imballaggio secondari e terziari su superfici private, fino alla vendita della materia prima secondaria ricavata da ogni filiera di recupero, passando per la selezione, il recupero energetico o il riciclaggio[46].

---

e le pubbliche amministrazioni, la possibilità di promuovere accordi di programma con gli enti locali e di stipulare un accordo con l'Anci) apparivano, infatti, tali da conferire al medesimo consorzio una connotazione pubblicistica, quale "*organo indiretto della pubblica amministrazione*". Conseguenza di tale qualificazione giuridica era il carattere provvedi mentale riconosciuto agli atti adottati dal Conai, e dunque la loro sottoposizione alla giurisdizione del giudice amministrativo. Diversa sorte era, invece, riservata dal tribunale regionale ai consorzi di filiera, qualificati come soggetti con personalità giuridica di diritto privato. Per un commento a questa sentenza si veda S. MAGLIA, *Conai: concessionario di pubblico servizio,* in *www.tuttoambiente.it.*

[44] Cfr. art. 224 del codice dell'ambiente.

[45] L'ambito di competenza del Conai è delimitato dalla stessa estensione della nozione di imballaggio. A tale proposito, nel 2007 il Tribunale Ordinario di Roma (sentenza n. 16818 del 5 settembre 2007) ha chiarito che il criterio di riparto di competenze tra il Corepla - competente alla gestione degli imballaggi di plastica - e il Polieco – Consorzio per il riciclaggio dei rifiuti dei beni in polietilene – è di tipo merceologico, spettando al Polieco la gestione di ogni rifiuto in polietilene non qualificabile come rifiuto da imballaggio.
I consorzi di filiera ad oggi esistenti sono il CNA (acciaio), CIAL (alluminio), COMIECO (carta), RILEGNO (legno), COREPLA (plastica), COREVE (vetro). Secondo quanto previsto dall'art. 223 del codice dell'ambiente, ai consorzi di filiera partecipano «*i recuperatori, i riciclatori che non corrispondono alla categoria dei produttori, previo accordo con gli altri consorziati ed unitamente agli stessi*». Essi sono disciplinati dall'art. 223 del codice dell'ambiente.
I rapporti tra il Conai ed i singoli consorzi di filiera sono di reciproca indipendenza e collaborazione. Come risulta dagli atti dell'indagine conoscitiva (IC26) avviata dall'AGCM nel 2005 e conclusa nel 2008, «*il sistema Conai-Consorzi di filiera è dunque un sistema – integrato ma costituito da soggetti giuridici autonomi e indipendenti – interamente costituito dagli imprenditori che producono e utilizzano gli imballaggi (...). Lo strumento consortile previsto dal codice civile, utilizzato sul duplice piano del coordinamento e dell'operatività, ha fornito una risposta dello stesso mondo imprenditoriale alle esigenze ambientali relative al recupero e al riciclaggio dei rifiuti di imballaggio, come sollecitato dalla direttiva 94/62/Ce all'atr. 7, superando l'altrimenti inevitabile intervento autoritativo della pubblica amministrazione. Conai e Consorzi sono dunque enti di diritto privato di natura imprenditoriale che agiscono senza fini di lucro ma secondo criteri di efficienza, efficacia ed economicità sulla base di regole di tipo privatistico, pur dovendo perseguire funzioni di interesse per l'intera collettività, e dunque di rilievo pubblicistico, nel campo ambientale*».

[46] Come chiarito dallo stesso Conai in una lettera datata 9.6.2005 «*Con la raccolta si ottengono materiali che possono acquistare valore economico ed essere negoziati sul mercato o, se questa soluzione è preferita dai Comuni, trasferiti ai consorzi di filiera che sono obbligati dalla legge a ritirarli a fronte di un corrispettivo determinato in funzione di parametri quali/quantitativi*». Spesso, soprattutto negli ultimi anni, dopo la fase di selezione, le frazioni ottenute vengono collocate da

Il Conai, invece, svolge un fondamentale ruolo di dialogo con l'amministrazione centrale (mediante la comunicazione annuale dei dati inerenti le attività di recupero degli imballaggi al Catasto dei rifiuti[47]), con le amministrazioni locali (mediante l'accordo Anci-Conai[48]), con i gestori dei servizi pubblici (di raccolta), con i consorziati (tenuti a corrispondere il Contributo ambientale Conai – Cac[49]) e con i singoli consorzi di filiera (tra i quali ripartisce il Cac)[50].

La chiave di volta su cui poggia il sistema Conai è rappresentata dal contributo ambientale che i produttori ed utilizzatori sono tenuti a corrispondere al consorzio, adempiendo in tal modo ai loro obblighi di gestione, conformemente al principio di responsabilità condivisa.

Tale contributo viene pagato al momento della cd. "prima cessione", ovvero il trasferimento, anche temporaneo e a qualunque titolo, nel territorio nazionale dell'imballaggio finito (nel caso di vendita dal produttore al primo utilizzatore) o del materiale di imballaggio (nel caso di vendita dal produttore di materia prima o di semilavorati)[51]. L'ammontare del contributo ambientale è proporzionale alla quantità totale, al peso e alla tipologia del materiale di imballaggio immesso al consumo[52], tenendo altresì conto del corrispettivo spettante al gestore pubblico per la fase di raccolta e dei costi di riciclaggio e recupero per ciascun materiale[53].

---

consorzio sul mercato attraverso il sistema delle aste telematiche. I consorzi di filiera in questo modo assegnano al riciclatore miglior offerente il materiale selezionato (e dunque omogeneo e facilmente trattabile) affinché venga avviato al riciclo. Le regola di svolgimento delle aste vengono definite in un regolamento d'asta (recante i criteri di accreditamento per accedere all'asta) e nel bando d'asta, contenente le specifiche tecniche e di svolgimento dell'asta.

[47] Art. 220 del d.lgs. n. 152/2006.

[48] Art. 224, comma 5 del d.lgs. n. 152/2006.

[49] Art. 224, comma 3, lettera h) del d.lgs. n. 152/2006.

[50] Art. 224, comma 3, lettera e) e comma 8 del d.lgs. n. 152/2006.

[51] Ai sensi dell'art. 14, comma 1, lettera c) dello Statuto del Conai «*le somme dovute da tutti i consorziati, produttori e utilizzatori, sono sempre prelevate, sulla base di una specifica indicazione in fattura dell'ammontare del contributo ambientale Conai dovuto e della tipologia del materiale di imballaggio oggetto della cessione, dal consorziato che effettua nel territorio nazionale la prima cessione a un utilizzatore. In occasione di tutte le eventuali successive cessioni, con esclusione di quelle ai consumatori finali, nelle fatture il cedente può alternativamente indicare, con riferimento al prelievo effettuato in occasione della prima cessione, l'ammontare del contributo applicato, unitariamente per singola "referenza», secondo le modalità indicate dal Conai, ovvero la sola dicitura «Contributo ambientale Conai assolto»*.

[52] Per questo motivo infatti, esiste un sistema di monitoraggio della quantità di imballaggi di ogni singolo materiale immessi sul mercato per ogni anno solare. L'art. 220 del d.lgs. n. 152/2006 prevede infatti che «*Per garantire il controllo del raggiungimento degli obiettivi di riciclaggio e di recupero, il Consorzio nazionale degli imballaggi di cui all'art. 224 comunica annualmente alla Sezione*

Il Conai, sulla base di apposite convenzioni, ripartisce il contributo ambientale riscosso tra i singoli consorzi di filiera in proporzione alla quantità totale degli imballaggi immessi al consumo durante l'anno precedente per ciascun materiale, affinché tali consorzi predispongano le opportune attività di gestione e altresì compensino le amministrazioni dei maggiori oneri sostenuti per la raccolta differenziata dei rifiuti da imballaggio[54].

A tale ultimo proposito, lo strumento essenziale per la definizione dei rapporti tra il Conai e le amministrazioni locali è l'Accordo Anci-Conai[55], che oltre a quantificare il corrispettivo spettante ai Comuni per gli oneri di raccolta differenziata degli imballaggi, individua gli obblighi reciproci del consorzio e delle amministrazioni comunali e le specifiche disposizioni tecniche per le filiere di ogni materiale.[56]

---

nazionale del Catasto dei rifiuti, utilizzando il modello unico di dichiarazione di cui all'art. 1 della legge 25 gennaio 1994, n. 70, i dati, riferiti all'anno solare precedente, relativi al quantitativo degli imballaggi per ciascun materiale e per tipo di imballaggio immesso sul mercato, nonché, per ciascun materiale, la quantità degli imballaggi utilizzati e dei rifiuti di imballaggio riciclati e recuperati provenienti dal mercato nazionale».

[53] L'ammontare del contributo ambientale per ciascun materiale di imballaggio è definito all'art. 4 del Regolamento del Conai, da ultimo aggiornato il 23.11.2011. Lo Statuto del Conai prevede, all'art. 3, comma 3, lettera h), che «*il Conai ripartisce tra i produttori i costi della raccolta differenziata, del riciclaggio e del recupero dei rifiuti di imballaggio primari, o comunque conferiti al servizio di raccolta differenziata, in proporzione alla quantità totale, al peso e alla tipologia del materiale di imballaggio immesso sul mercato nazionale, al netto delle quantità di imballaggi usati riutilizzati nell'anno precedente per ciascuna tipologia di materiale*». Le somme prelevate sono incassate dal Conai a nome e per conto dei consorzi di filiera, e vengono poi trasferite a questi ultimi per essere impiegate in parte nel rimborso alle amministrazioni locali dei maggiori oneri sostenuti per la raccolta differenziata degli imballaggi, in parte destinate a sostenere i costi delle varie attività di gestione (variabili a seconda della filiera).

[54] Nel solo 2010 i maggiori oneri corrisposti dai consorzi di filiera agli enti locali per la raccolta dei rifiuti di imballaggio sono stati pari a 142 milioni di euro.
Secondo quanto disposto dallo statuto del Conai «*Sono a carico dei consorziati i maggiori oneri relativi alla raccolta differenziata dei rifiuti di imballaggio conferiti al servizio pubblico per i quali venga chiesto (...) dalla competente amministrazione di procedere al ritiro, nonché gli oneri per il loro riciclaggio e recupero, inclusi i costi della selezione delle frazioni merceologiche omogenee*». Cfr. anche l'art. 2, par. 2.1. e 2.2. dell'Accordo quadro Anci-Conai.

[55] Il vigente accordo quadro Anci-Conai è stato siglato il 23 dicembre 2008 ed ha validità dal 1° gennaio 2009 al 31 dicembre 2013. In attuazione dello stesso, ciascun Comune può stipulare ulteriori convenzioni con i singoli consorzi di filiera. Ad oggi le convenzioni complessivamente stipulate sono 3.125, come emerge dalla Relazione Ispra sui rifiuti urbani del 2012, pag. 269.

[56] Cfr. art. 224, comma 8, del d.lgs. n. 152/2006: «*il contributo ambientale Conai è utilizzato in via prioritaria per il ritiro degli imballaggi primari o comunque conferiti al servizio pubblico e, in via accessoria, per l'organizzazione dei sistemi di raccolta, recupero e riciclaggio dei rifiuti di imballaggio secondari e terziari. A tali fini, tale contributo è attribuito dal Conai, sulla base di apposite convenzioni, ai soggetti di cui all'articolo 223* (i consorzi di filiera *ndr*) *in proporzione alla*

Proprio questa costante e indispensabile funzione di interlocutore dei soggetti pubblici ha reso assai remota la possibilità che altre strutture consortili analoghe si andassero ad affiancare al Conai[57], che in tal modo è rimasto unico protagonista di un sistema pressoché monopolistico. Tale assetto non ha però mancato di suscitare perplessità, soprattutto in ordine al rispetto della concorrenza in un settore così redditizio come quello in considerazione.

4. *L'erosione dell'esclusiva centralità del Conai e la valorizzazione dei profili concorrenziali.*

Come si è anticipato in conclusione del precedente paragrafo, il sistema facente capo (nella prassi) in via esclusiva al Conai è stato oggetto di alcuni interventi dell'Autorità garante della concorrenza e del mercato, che hanno progressivamente eroso la sua solidità, aprendo la strada ad un processo evolutivo di cui le pronunce in commento costituiscono un esempio emblematico.

Ad uno sguardo d'insieme, la disciplina degli imballaggi è stata caratterizzata da un accentuato andamento altalenante, in cui gli slanci pro-concorrenziali sono stati di volta in volta vanificati da contrapposte spinte "restauratrici". A ben vedere, le maggiori aperture al mercato si sono manifestate proprio in risposta alle più aspre polemiche mosse nei confronti del sistema facente unicamente capo al Conai e sono state tutte seguite da interventi di segno opposto, che hanno ripristinato esattamente il contesto disciplinare *quo ante.*

Già prima dell'entrata in vigore del d.lgs. n. 22/1997, l'Autorità garante della concorrenza e del mercato aveva segnalato l'inesistenza di fallimenti di mercato idonei a giustificare l'obbligatorietà del sistema consortile, così come prevista nel progetto preliminare di decreto legislativo[58]. Dal momento che le dinamiche

---

quantità totale, al peso e alla tipologia del materiale di imballaggio immessi sul territorio nazionale, al netto delle quantità di imballaggi usati riutilizzati nell'anno precedente per ciascuna tipologia di materiale. Il Conai provvede ai mezzi finanziari necessari per lo svolgimento delle proprie funzioni con i proventi dell'attività, con i contributi dei consorziati e con una quota del contributo ambientale Conai, determinata nella misura necessaria a far fronte alle spese derivanti dall'espletamento, nel rispetto dei criteri di contenimento dei costi e di efficienza della gestione, delle funzioni conferitegli dal presente titolo nonché con altri contributi e proventi di consorziati e di terzi, compresi quelli dei soggetti di cui all'art. 221, lettere a) e c), per le attività svolte in loro favore in adempimento alle prescrizioni di legge».

[57] Peraltro, come si è detto, in assenza del decreto interministeriale di attuazione di cui all'art. 265, comma 5 del d.lgs. n. 152/2006.

[58] Nella suddetta segnalazione si legge che: «*in assenza di tale necessità, appare più conforme ai principi di tutela del mercato, che la direttiva comunitaria ha comunque inteso riaffermare, che le imprese su cui gravano gli obblighi di riciclaggio possano scegliere se organizzare autonomamente i propri sistemi di smaltimento, rivolgendosi ad apposite imprese raccoglitrici, ovvero consorziarsi con*

concorrenziali, a parere dell'Autorità, potevano determinare un incremento dell'efficienza del sistema, esso appariva gravato da «*ingiustificate barriere all'ingresso nello svolgimento non solo delle attività oggetto di esclusiva ma anche nella contigua e libera attività della raccolta dei rifiuti riciclabili presso i locali privati delle imprese*»[59].

Allineandosi alle suddette osservazioni, il d.lgs. n. 22/1997 nella sua versione definitiva aveva previsto due modalità di gestione alternative al Conai[60], la cui concreta praticabilità appariva però alquanto difficile sin dall'inizio[61].

---

altre imprese produttrici di rifiuti per beneficiare di eventuali economie di gamma, dato peraltro che proprio la libera iniziativa delle singole imprese appare sicuramente strumento più adeguato ed agile rispetto ad una struttura a partecipazione obbligatoria, di dimensione nazionale, che non potrà tenere conto né della particolare efficacia di servizi offerti in specifiche realtà locali né della particolare capacità di singoli soggetti produttori, ad assolvere, in modo conveniente, ai propri obblighi di riciclaggio». Cfr. P. MASCIOCCHI, *I consorzi di riciclaggio,* in *Foro amm.* 1997, 3, 999.

[59] AGCM, Segnalazione AS80 del 28.11.1996 inviata al Presidente del Consiglio dei Ministri, Ministro dell'ambiente e Presidente della Commissione Ambiente della Camera dei Deputati, "*Recepimento direttive comunitarie in materia di rifiuti".* Nella segnalazione, l'Autorità puntualizzava che «*Il delicato equilibrio che si pone fra la tutela degli interessi generali connessi alla salubrità del territorio e, in ultima analisi, alla salute dei cittadini e la tutela della libertà di esercizio dell'attività economica nei mercati coinvolti dalle attività di raccolta e smaltimento di rifiuti, è stato oggetto di attenta considerazione da parte del legislatore comunitario il quale, pur ammettendo deroghe, soprattutto in tema di circolazione dei rifiuti, alla libera esplicazione delle dinamiche concorrenziali, ha ribadito, comunque, la centralità della tutela delle leggi di mercato, assumendo che proprio queste ultime possono indurre gli operatori ad effettuare in modo più efficiente i vari servizi di raccolta e smaltimento*».

[60] L'art. 38, comma 3 del d.lgs. n. 22/1997 disponeva che «*Per adempiere agli obblighi di riciclaggio e di recupero nonché agli obblighi della ripresa degli imballaggi usati e della raccolta dei rifiuti di imballaggio secondari e terziari su superfici private, nonché all'obbligo del ritiro, su indicazione del Consorzio Nazionale Imballaggi di cui all'art. 41, dei rifiuti di imballaggio conferiti dal servizio pubblico, i produttori, entro sei mesi dalla data di entrata in vigore delle disposizioni del presente titolo, possono:*
a) organizzare autonomamente la raccolta, il riutilizzo, il riciclaggio ed il recupero dei rifiuti di imballaggio;
b) aderire ad uno dei consorzi di cui all'art. 40;
c) mettere in atto un sistema cauzionale».
Anche sotto questo aspetto vi furono voci discordanti, in quanto il termine di sei mesi entro i quali predisporre un eventuale sistema di gestione alternativo al Conai, era stata da alcuni interpretato come un modo per rendere obbligatoria l'adesione al Conai per tutti gli operatori sorti successivamente a quella data.

[61] Si consideri ad esempio, come osservato dall'AGCM, il sistema "sanzionatorio" consistente in misure di carattere economico conseguenti al mancato raggiungimento degli obiettivi complessivi di riciclaggio e recupero. Tali misure sarebbero ricadute anche «*sul singolo produttore che, al di fuori dell'organizzazione consortile, [avesse rispettato] gli obblighi percentuali di riciclaggio. (…) La conseguenza del sistema degli obiettivi globali fissati per i consorzi obbligatori è che il singolo produttore preferirà sempre provvedere alla raccolta differenziata dei propri rifiuti utilizzando le*

Nel 2006 spettava alla Commissione parlamentare d'inchiesta sul ciclo dei rifiuti e sulle attività illecite ad esso connesse puntare il dito contro la "*posizione monopolistica dei consorzi",* ritenuta causa di inefficienze nel settore[62].

Facendo tesoro di tali osservazioni, il d.lgs. n. 152/2006, approvato pochi mesi dopo, recava una (seppur marginale) apertura alla concorrenza, mediante la previsione di sistemi di gestione dei rifiuti da imballaggio autonomi, posti in essere dagli operatori economici "*anche in forma associata*", purché operativi "*su tutto il territorio nazionale*"[63]. Sono questi i due requisiti intorno ai quali ruota l'intera disciplina, in quanto la loro presenza o assenza è in grado di stravolgerne completamente la *ratio* della norma in direzione pro o anti-concorrenziale.

L'apertura al mercato voluta dal codice dell'ambiente, veniva di lì a poco vanificata dall'abolizione (disposta con il d.lgs. n. 284/2006) dell'autorità competente ad autorizzare proprio i sistemi alternativi (AVRIR – Autorità di Vigilanza sulle Risorse Idriche e i Rifiuti), frustrando in radice le novità del d.lgs. 152/2006[64].

A complicare ulteriormente il quadro normativo, contribuiva il vuoto normativo derivante dalla mancata adozione del decreto interministeriale previsto all'art. 265, comma 5 del d.lgs. n. 152/2006, che avrebbe dovuto disciplinare "*modalità, presupposti ed effetti economici per l'ipotesi in cui i soggetti aderenti ai vigenti consorzi pongano in essere o aderiscano a nuovi consorzi o a forme ad essi*

---

strutture del consorzio obbligatorio, non avendo alcun interesse a perseguire in via autonoma obiettivi di riciclaggio la cui domanda sia soddisfatta da operatori indipendenti» (v. AGCM AS80).

[62] Cfr. pag. 44 della Relazione finale della Commissione parlamentare d'inchiesta presentata il 15 febbraio 2006: «*deve costituire, pertanto, motivo di adeguato approfondimento, sia a livello legislativo che imprenditoriale, l'eventualità di una graduale trasformazione degli attuali consorzi da obbligatori in volontari, per un verso aprendo l'esperienza consortile ai beneficiari della concorrenza e, per altro, facendo attenzione a che ciò non comporti facili scorciatoie fondate sull'impropria quanto perniciosa equivalenza tra volontarietà e riduzione dei costi di sostenibilità ambientale*».

[63] L'originaria formulazione dell'art. 221 del d.lgs. n. 152/2006 prevedeva che «*Per adempiere agli obblighi di riciclaggio e di recupero nonché agli obblighi della ripresa degli imballaggi usati e della raccolta dei rifiuti di imballaggio secondari e terziari su superfici private, e con riferimento all'obbligo del ritiro, su indicazione del Consorzio nazionale imballaggi di cui all'articolo 224, dei rifiuti di imballaggio conferiti dal servizio pubblico, i produttori possono alternativamente:*
a) organizzare autonomamente, anche in forma associata, la gestione dei propri rifiuti di imballaggio su tutto il territorio nazionale;
b) aderire ad uno dei consorzi di cui all'articolo 223;
c) attestare sotto la propria responsabilità che è stato messo in atto un sistema di restituzione dei propri imballaggi, mediante idonea documentazione che dimostri l'autosufficienza del sistema, nel rispetto dei criteri e delle modalità di cui ai commi 5 e 6».

[64] Cfr. AGCM (IC 26), avviata dall'Autorità garante per la concorrenza ed il mercato con il provvedimento n. 14162 del 22.3.2005, par. 62.

alternative", la cui assenza induceva a dubitare persino della praticabilità di tali soluzioni di gestione alternative.

Il d.lgs. n. 4/2008 ha ulteriormente rafforzato la chiusura, eliminando dall'art. 221 l'inciso "*anche in forma associata"*[65], e lasciando ai produttori ed utilizzatori la sola possibilità di "*organizzare autonomamente la gestione dei propri rifiuti di imballaggio su tutto il territorio nazionale*". Come è facile intuire, tale possibilità era nei fatti di così difficile realizzazione, da risultare lettera morta sin dal principio.

Tale compressione, induceva l'Autorità garante della concorrenza del mercato ad un nuovo intervento (nel 2008), in chiusura di una indagine conoscitiva avviata in precedenza, con cui la stessa prendeva espressamente posizione non solo sul sistema *de qua*, ma anche sul *modus operandi* del legislatore, che «*in alcuni casi* [ha contribuito a vanificare] *precedenti interventi legislativi volti a introdurre un grado maggiore di concorrenza o a porre sotto controllo prassi suscettibili di determinare rilevanti compressioni del confronto concorrenziale. Appare evidente come una simile evoluzione della disciplina vada considerata tra i principali elementi di disagio e disturbo operativo del settore, suscettibile di pregiudicare le prospettive di sviluppo delle industrie interessate*».

Da ultimo, è stato il cd. decreto "Crescitalia" (d.l. n. 1/2012), all'art. 26 a restituire vitalità all'opzione di cui al punto a) del comma 3, dell'art. 221 del codice dell'ambiente vanificata dal d.lgs. n. 4/2008, consentendo di organizzare sistemi alternativi al Conai "*anche in forma collettiva",* purché operanti "*sull'intero territorio nazionale*"[66].

Tale disposizione ha sicuramente ampliato i margini della concorrenza nel settore in esame, e tuttavia non fa che ridar vita alla formulazione normativa già elaborata dal legislatore del 2006 e così poco duratura. Il dubbio più spontaneo, dinanzi alle descritte cicliche evoluzioni normative, è se anche la recentissima riforma non stia per essere cancellata da un rapido tratto di penna.

Tuttavia, un elemento del tutto nuovo in grado di scongiurare tale evenienza è costituito proprio dalla vicenda in esame, dalla quale emerge la presenza di un certo sostegno, sia da parte dell'amministrazione che del giudice amministrativo, verso l'apertura del sistema di gestione degli imballaggi a nuovi operatori economici.

---

[65] Cfr. art. 221, comma 3, lettera a) del d.lgs. n. 152/2006.

[66] Come si legge nella relazione illustrativa al d.l. n. 1/2012, l'obiettivo perseguito è quello di «*assicurare che i nuovi mercati creati nel settore del recupero e riciclaggio dei rifiuti di imballaggio siano aperti alla concorrenza (….) per consentire ai produttori di organizzare autonomamente, anche in forma collettiva, la gestione dei propri rifiuti di imballaggio*».

5. *La vicenda in esame.*

Con la pronuncia in commento, il Tar Lazio ha colto con pienezza l'occasione offerta dalla vicenda in esame, per cristallizzare quelli che possono definirsi i capisaldi in materia di gestione degli imballaggi, sia dal punto di vista disciplinare (chiarendo l'irrilevanza della mancata adozione del decreto di attuazione, stante il carattere dettagliato della disciplina primaria), che sul piano organizzativo (esplicitando i rapporti intercorrenti tra il Conai e gli eventuali consorzi alternativi di nuova istituzione), nonché infine sotto il profilo degli interessi perseguiti (quello alla tutela ambientale congiuntamente a quello di non discriminazione nel funzionamento del mercato).

Dal punto di vista disciplinare, il giudice amministrativo ha superato le obiezioni formali sollevate dal ricorrente Conai in ordine alla concreta possibilità di predisporre sistemi alternativi di gestione degli imballaggi, stante la mancata adozione del decreto interministeriale di cui all'art. 265, comma 5[67].

A tale proposito il Tar Lazio ha affermato che il carattere dettagliato delle norme primarie e la loro rispondenza agli obiettivi perseguiti dal legislatore comunitario, ne consente la diretta applicazione anche in assenza di una disciplina di attuazione[68].

---

[67] A parere del ricorrente, la mancata adozione del decreto ministeriale di cui all'art. 265, comma 5 del d.lgs. n. 152/2006 comporta l'impossibilità di ritenere operativi nel nostro ordinamento sistemi alternativi al Conai. A tale proposito il Tar, rigettando il motivo, argomenta invece che non sia necessaria una disciplina di attuazione per due ordini di ragioni: in primo luogo in quanto le disposizioni del codice dell'ambiente sono comunque sufficientemente dettagliate da non necessitare di un decreto di attuazione, ed in secondo luogo dal momento che a voler diversamente ragionale si configgerebbe con l'intento perseguito dal legislatore europeo, volto a valorizzare la tutela dell'ambiente e contestualmente anche la concorrenzialità del mercato.
La conferma della bontà della posizione interpretativa sostenuta del giudice amministrativo è giunta con il d.l. 1/2012, così come convertito in legge n. 27/2012, che ha abrogato proprio il comma 5 dell'art. 265.

[68] Pare interessante riportare alcuni brani significativi della sentenza del Tar Lazio in commento, con riferimento al motivo di ricorso inerente la mancata adozione del decreto interministeriale come elemento impediente dell'istituzione di consorzi alternativi al Conai: «*occorre vedere se la normativa primaria sia "self executing", ossia se essa rechi una disciplina non lacunosa e immediatamente applicabile. (...) Ora, quanto al parametro strutturale, il Collegio rileva che le previsioni dei commi 3 e 5 dell'art. 221 C. Amb. soddisfano i criteri di legalità e tipicità enucleando i fondamentali presupposti, contenuti ed effetti del riconoscimento del sistema, anche in ordine ai parametri di riferimento. L'allocazione in capo alla P.A. di una consistente quota di discrezionalità non conduce a mutare conclusione, trattandosi di una discrezionalità a contenuto prevalentemente tecnico*». Inoltre vi è «*l'esigenza di tener conto della necessità di adottare l'interpretazione compatibile con la massima attuazione degli obiettivi del diritto comunitario, sanciti nella specie dagli artt. 1 e 7 della Dir. 94/62/CE che valorizza, oltre alla tutela ambientale, anche i principi di concorrenza e non discriminazione nel funzionamento del mercato*».

Sul piano organizzativo, il giudice ha valorizzato la libertà imprenditoriale di cui all'art. 41 della Costituzione, come fondamento per la costituzione di consorzi alternativi al Conai, ritenendo irrilevante l'avvenuta abrogazione, dell'inciso "*anche in forma associata*" (come si è detto recentemente reintrodotto dal d.l. n. 1/2012).

Forte dei valori costituzionali, l'attività di gestione degli imballaggi, intesa come attività imprenditoriale, rientra pienamente nell'ambito di applicazione delle regole di concorrenza, che rivestono un ruolo complementare e non conflittuale rispetto alle esigenze di tutela ambientale. La presenza di più operatori economici e di strumenti incentivanti al raggiungimento di più alte percentuali di riciclo può favorire – non ostacolare - il conseguimento efficiente degli obiettivi ambientali.

Peraltro il caso esaminato fa riferimento ad una filiera di gestione, quella degli imballaggi secondari, in cui il conseguimento di obiettivi concorrenziali è favorito dall'assenza di una fase necessariamente pubblicistica.

Il consorzio Carpi (resistente nel giudizio da cui è scaturita la pronuncia in esame), costituisce una *longa manus* della società Aliplast S.p.a., produttrice di imballaggi secondari e terziari in LDPE. Trattandosi di imballaggi costituenti rifiuti speciali, generalmente non conferiti nella filiera di raccolta pubblica, ma ritirati presso superfici private, il sistema autonomo di gestione apprestato per gli stessi non si relaziona necessariamente con la pubblica amministrazione, come invece accade nelle altre filiere, in cui il ruolo del Conai è assai più rilevante.

A tale proposito, è lo stesso giudice a chiarire che la funzione del Conai con riferimento alle filiere degli imballaggi secondari e terziari è meramente sussidiaria, in consonanza, peraltro, con quanto la stessa Autorità garante aveva espressamente puntualizzato: «*il sistema Conai-Consorzi di filiera si caratterizza per l'applicazione di un principio di sussidiarietà rispetto al mercato e agli altri operatori privati nell'attività effettuata per il ritiro e il riciclo dei rifiuti di imballaggio. Ogni qual volta vi sia un intervento del mercato o un interesse di questo a intervenire, che beninteso non si ponga in contrasto con gli obiettivi di recupero e riciclaggio, il sistema consortile non opera o si ritira dopo aver svolto, eventualmente funzioni di start-up o di consolidamento di una risposta alle esigenze ambientali di tipo imprenditoriale e concorrenziale. In questo modo viene garantito un sistema capace di commisurare intervento e costi alla capacità del mercato di far fronte alle esigenze ambientali, gli uni e gli altri determinati alla luce di tali capacità e ridotti man mano che queste si incrementano*».

Inoltre, come sottolinea il Tar, «*non vi sono ostacoli tecnici data la semplicità con la quale è possibile distinguere le lastre in PET dai fogli in LDPE e data l'esiguità della produzione di PET*».

Dopo aver posto questi punti fermi sul piano della disciplina sostanziale, il giudice di prime cure ha comunque accolto il ricorso del Conai, annullando i provvedimenti ministeriali per ragioni meramente procedimentali, ritenendo

carente l'attività istruttoria di accertamento dell'effettiva operatività del sistema P.A.R.I..

Contro la sentenza di primo grado, le parti resistenti hanno proposto ricorso in appello, instaurando un giudizio tuttora pendente dinanzi al Consiglio di Stato, conclusosi solo nella fase cautelare mediante l'adozione di due ordinanze gemelle (n. 1883 e 1885 del 4 aprile 2012). Con esse, i giudici di Palazzo Spada hanno disposto la sospensione dell'efficacia della sentenza del Tar, consentendo al consorzio Capi la prosecuzione delle attività connesse all'implementazione del sistema autonomo di gestione dei rifiuti generati dai propri imballaggi immessi al consumo (dunque, di fatto rafforzando le argomentazioni già esposte dal giudice di prime cure in ordine alla realizzabilità di sistemi di gestione alternativi al Conai). Sarà dunque di estrema importanza, a completamento del quadro esposto, la sentenza di merito del Consiglio di Stato, che, peraltro, potrebbe intervenire in un momento successivo al completamento delle attività istruttorie ulteriormente necessarie ai fini dell'operatività del sistema P.A.R.I..

6. *Considerazioni conclusive.*

La pronuncia in esame, oltre a rivestire particolare interesse in termini evolutivi per le ragioni esposte, appare pienamente condivisibile, sia sotto il profilo sostanziale, che sotto quello formale.

Come si è più volte sottolineato, il settore della gestione degli imballaggi è ormai sottoposto a pressioni da più fronti, nella direzione di una maggiore apertura concorrenziale. Il giudice amministrativo, respingendo tutte le motivazioni di carattere sistematico addotte dal Conai, si è inserito pienamente in questo filone.

Tuttavia, altrettanto apprezzabile è la cautela con cui lo stesso giudice si è mosso in ordine alle concrete modalità di riconoscimento di un nuovo consorzio di gestione degli imballaggi. Il Tar, infatti, consapevole dell'assoluta novità di tale riconoscimento, plaude al *modus procedendi* progressivo e "plurifasico" dell'amministrazione, consigliando altresì una maggiore accuratezza nell'attività istruttoria preordinata al riconoscimento dei nuovi consorzi.

Tale cautela è certamente condivisibile, oltre che necessaria. Sebbene la tutela della concorrenza non possa che giovarsi dell'apertura del settore in esame a nuovi operatori economici ed anche la tutela dell'ambiente possa risultarne favorita in termini di maggiore efficienza di gestione, molte sono le incognite sul piano organizzativo, soprattutto riguardo gli obiettivi di riciclo al cui raggiungimento il nostro ordinamento è tenuto in via unitaria.

Il sistema facente capo al Conai, sebbene non del tutto confacente alle regole di mercato, si è mostrato sinora in grado di raggiungere con pienezza tali

obiettivi di riciclaggio e recupero, come del resto ha riconosciuto la stessa Autorità[69].

Se dunque apertura al mercato vi deve essere - ed è auspicabile che vi sia - essa dovrà avvenire non solo gradualmente, ma sotto una rigorosa e severa supervisione da parte dell'amministrazione, al fine di evitare che il rafforzamento della concorrenza si traduca in un indebolimento della tutela ambientale. Come è lo stesso giudice a rimarcare, tutela dell'ambiente e tutela del mercato sono due obiettivi da perseguire non in termini di conflittualità, ma di complementarietà.

[69] Cfr. par. 20 IC 26 AGCM: «*Sotto il profilo operativo va dato atto al c.d. sistema Conai di aver costituito una risposta efficace alle necessità organizzative di numerose industrie nazionali a fronte dell'emergere normativo di inedite responsabilità dei produttori stando ai dati forniti da Conai, in effetti, nei dieci anni decorsi dall'avvio del sistema consortile si è verificata una crescita significativa della raccolta dei rifiuti da imballaggio, con positivi effetti ambientali e industriale, al punto che già nel 2006 risultano essere stati superati gli obiettivi prefissati al 2008 dalla legge europea e nazionale per le attività di recupero e di riciclo, sia a livello complessivo che per singolo materiale*».
Con riferimento agli obiettivi di recupero e riciclaggio previsti a livello normativo, l'Allegato E alla Parte IV del Codice dell'ambiente, richiamato dall'art. 220, prevede entro il 31 dicembre 2008 il recupero di almeno il 60%, in termini di peso, dei rifiuti di imballaggio, il riciclaggio – entro la stessa data – di almeno il 55% del peso, con specifiche percentuali per ogni singolo materiale. La Relazione Ispra 2012 sui rifiuti urbani, pag. 277, prevede che «*gli obiettivi di recupero e riciclaggio stabiliti dalla legislazione europea, nonché quelli fissati dalla legislazione nazionale con riferimento alle singole frazioni merceologiche, da conseguire entro il 31 dicembre 2008, sono stati ampiamente raggiunti e superati con anticipo rispetto al termine stabilito (obiettivo di recupero conseguito nel 2004, quello di riciclo nel 2006) e nessun nuovo obiettivo di recupero e riciclo è stato ad oggi definito in sede europea e nazionale. Nel 2010 il recupero complessivo dei rifiuti di imballaggio raggiunge il 76,8% dell'immesso al consumo, il riciclaggio sia attesta al 66,2%*».

ABSTRACT

Enrica Blasi - *Le recenti aperture alla concorrenza del sistema di gestione degli imballaggi*

Con la sentenza in commento, il giudice amministrativo si è pronunciato per la prima volta sul sistema di gestione dei rifiuti da imballaggio, evidenziandone l'esigenza di una maggiore apertura concorrenziale e così collocandosi all'interno di un percorso evolutivo avviato, in tempi meno recenti, dall'Autorità garante della concorrenza e del mercato. Sebbene formalmente disciplinato nel rispetto delle regole di mercato, il sistema di gestione degli imballaggi e dei rifiuti di imballaggi, ha visto affermarsi, in via di prassi, la presenza pressoché esclusiva del Consorzio nazionale imballaggi (Conai). Con la decisione in esame, la tutela della concorrenza viene riaffermata come obiettivo complementare – e non conflittuale – rispetto alla tutela dell'ambiente.

Enrica Blasi - *The recent opening to competition of the management system for packaging*

The examined judgment it's the first decision about Italian packaging waste management system. The administrative judge asserts that in this field, aside from reducing the environmental impact caused by packaging and packaging waste, one of the most important objectives is to ensure the functioning of the internal market so as to avoid obstacles to trade. In accordance to this prevision, the decision clarifies that other traders are required to operate in competition with Conai (the Italian consortium operating in the field of packaging waste management).

OSSERVATORIO

LUCA PARDI*, NICOLA COSENTINO**

It's something unpredictable but who shall set it right? Change in law in RES support schemes and investment protection instruments under EU law and the ECT

SOMMARIO: 1. Introduction. – 2. RES Investors Protection Under The EU Treaty And At The Member States Level. – a. Treaty level and secondary legislation. – b. Scope of RES support under FIT schemes. – c. Changes in law affecting investments. – 3. Changes in law affecting investments. – a. The ECT. – b. Standards of investments protection under the ECT. – c. Changes in law: potential protection under the fair and equitable treatment and expropriation standards. – d. Dispute resolution. – 4. Conclusion.

1. *Introduction*

As the energy markets open up all across the world and regulation becomes the method to promote and manage energy markets, States reduce their presence as market actors but maintain their role of regulators. EU member states are subject to EU obligations, international treaties such as the ECT, in an increasingly mixed international legal order, whereby influential soft laws, such as the environmental and sustainable development obligations, promote greener energy productions.

The EU institutions agreed to maximize their efforts to promote the production of energy from renewable sources (RES), as well as keeping up to a regulated market for the production and distribution of energy[1] The energy mix choices, at times of

* Ricercatore, Università di Salerno, Dipartimento di Giurisprudenza.

** LLM in International Environmental Law, University of Nottingham (UK).

[1] Directive 2009/28/EC of the European Parliament and of the Council of 23 April 2009 on the promotion of the use of energy from renewable sources and amending and subsequently repealing Directives 2001/77/EC and 2003/30/EC (Text with EEA relevance), OJ L 140, 5.6.2009, 16; Directive 2009/72/EC of the European Parliament and of the Council of 13 July 2009 concerning common rules for the internal market in electricity and repealing Directive 2003/54/EC (Text with EEA relevance), OJ L 211, 14.8.2009, 55: Communication from the Commission to the European Parliament, the Council, the European Economic and Social Committee and the Committee of the Regions, *Energy Roadmap 2050*,

financial and economic crises and constantly growing crude oil prices are strategic in a view to ensure a stable and acceptable amount of energy production, as well as maintaining a regulated market in which competition drives innovation, resilience and price reduction on thw whole system. In this context, the endeavour to develop appropriate RES production becomes crucial in a view to address economic, environmental and energy security concerns, while building resilience by diversification and microgeneration. Also, the construction of smart grids is essential to ensure the stability of the distribution system and of the grid in general, especially with reference to non-programmable energy sources such as solar and wind. Supported by the EU policy choices, member states decided to incentivize the production of RES energy and power setting up different schemes at the administrative, regulatory and financial level. The main focus of the present paper will be feed-in tariffs, one of the potential and allegedly the most stable (for both the production and consumption markets) method to promote the development of solar photovoltaic (PV) energy production. The reason for introducing such scheme is that the state of technology does not appear capable to bear all of the energy production needs with renewables, if needed, and the *grid parity* has not been reached at a global level yet, therefore making the kWh produced with renewables more expensive than the kWh produced from conventional spurces[2]. Regulators deemed necessary thus to stimulate renewable energy productions that the market itself would not undertake and bear due to the unaffordable prices of capital for such long term and capital intensive initiatives. Artificial subsidies have been created, then, with a view to have the less invasive effects possible on the market, above all in the solar photovoltaic sector. These incentives have two forms, and in both cases are market-based: subsidies based on and proportionate to the amount of energy produced or subsidies based on the amount of energy produced without carbon intensive technologies. These subsidies are believed, conceived and expected to reduce the scope for market distortions deriving from the promotion of RES in the production of energy. They exist also in a world were subsidies are afforded to fossil fuels, and where electricity market prices form mainly on the basis of the prices of crude oil[3].

COM (2011) 885 final, 15 December 2011; Communication from the Commission to the European Parliament, the Council, *Energy 2020 - A strategy for competitive, sustainable and secure energy*, COM(2010) 639, November 2010.

[2] C.J. YANG, *Reconsidering solar grid parity*, Energy Policy, 38 (2010) 3270.

[3] For a comprehensive review of subsidies to energy sources, see IEA (2011) World Energy Outlook 2011. Paris: IEA.

One of the most influential factors leading to the choice to develop certain subsidies policies is the need to comply with environmental goals and climate change policies, which took off at the international and internal level mainly from market instruments. Incentives are then a regulatory measure aimed at ensuring the most neutral achievement of emissions reductions targets by placing a burden on the impact of energy production and paying up a subsidy to cleaner productions. Feed-in tariffs (FITs) have been used to subsidize the PV production in many jurisdictions[4]. FITs are a market instrument by means of which the public sector pays a price higher than that usually paid for energy production to the energy sold to the grid and originated by PV plants, with the aim of promoting production and incentivising research and development and market expansion towards the achievement of the *grid parity*. To promote the maximum possible production, FITs are guaranteed for a period of 20 to 25 years, and their level is higher for the plants entered into operation earlier, assuming that the prices of the PV plants equipment and components decreases with the entry into operation of more PV plants. This has proven true in most markets, but the private and public finance economic crises triggered ever since 2008 have urged some FITs paying States to re-assess their programmes, mainly because of the unexpected growth of plants.

Major controversies on FIT cuts arose then within and against EU member States, as governments chose to slash subsidies in a view of reducing public expenditure. This affected operators with initiatives whose costs of equipment and capital were pegged to the expected FIT level to be achieved, so that the markets affected by the cuts saw mainly foreign capital investors reacting against measures seen as unfair, above all since the governments had committed themselves to pay up the incentives at certain rates for plants entered into operation at a certain time and for a number of years to come[5].

The adoption of measures reducing FIT levels at a pace quicker than envisaged in previous legislative or formal government measures was seen as hindering ongoing investments in RES in the whole EU. In most cases legitimate expectations of investors were defined as the main concern and ground for claiming the measures as

[4] International Energy Agency's Database Addressing Climate Change: Policies and Measures, available at: *www.iea.org/textbase/pm/?mode=cc*.

[5] T. COUTURE-Y. GAGNON, *An analysis of feed-in tariff remuneration models: Implications for renewable energy investment*. Energy Policy, (2010) 38 (2), 955; SEC (2008) 57 EC Commission Staff Working Document, *The support of electricity from renewable energy sources*, Accompanying document to COM (2008) 19 proposal for a Directive of the European Parliament and of the Council on the promotion of the use of electricity from renewable energy sources.

FITs schemes granted certain FITs rates levels to all plants that could meet certain conditions within a certain timeframe. Instead subsidies were slashed with consequences on the whole investment planning and deployment as FITs generally are designed to last around 20 years, and the policies to which they are pegged are designed to give decreasing subsidies by the time the plants become eligible for the subsidies. Cuts proved particularly detrimental when impacting on plants which already meet or are in the course of obtaining the necessary eligibility criteria in the form of authorisations or project design. Such plants were exposed to an almost certain project failure or saw a sharp decrease of heir financial expected outcomes as lower than planned or no expected FITs cause economic losses with respect to supplies (prices of solar panels and inverters tend to be pegged to the incentives levels) and economic returns. The effects of cuts induced rapid contractions on the major PV plants market, and propagated also upstream to weaker and smaller equipments and components producers and to smaller enterprises involved in the development of RES plants, causing them to shut down production lines or to go bankrupt. The reaction of the more affected RES investors producers and investors with ongoing development plants seeking redress has been directed first to the administrative measures implementing directly such cuts and then to the relevant legislation, with different effects depending on the country where judicial protection has been sought. Legal actions have been undertaken also at the EU and international level, mainly at the ECT level. The above *fora* have different but potentially overlapping rules which may not represent effective remedies.

The forums where investors could seek protection following the cuts, especially when the alleged violation concerned their legitimate expectations rather than only their rights, include the internal jurisdictions, the EU courts, and a number of human rights and investment arbitration courts pursuant to bilateral investments treaties and the Energy Charter framework (the ECT). At the internal level, the main variable to decide whether to act or not depended mainly on the court having jurisdiction, its speed in taking definitive decisions, its willingness to address controversies affecting public budgets at times of economic crisis while privileging the interests of investors, even though affected by a breach of the rule of law in the form of potential legitimate expectations.

One option for all entities qualified for investors protection under the ECT and the EU has bee, as an alternative to the EU Treaty, resorting to an ECT arbitration under, in general, ICSID rules. This will raise the issue of compatibility of the potential ICSID statement with the EU provisions. This is a slower and potentially more

expensive mechanism[6]. The rules of these panels are known only to a certain number of academics and counsels, energy regulation has not been a major concern of such panels therefore investors doubt on the effectiveness of such potential remedy.

Question is, then, which of the remedies granted in the different legal orders proved or can prove effective for issues of changes in law and forms of indirect expropriation as those at stake when a country is changing significantly the investments climate. Legal stability and reasonability of measures are elements of both the rules on foreign investments and promotion of RES, and both public (domestic and EU) and private policies may be impaired by the lack of effective remedies.

2. *RES Investors Protection Under The EU Treaty And At The Member States Level*

Under Directive 2009/28/EC, the production of green energy shall achieve binding reduction targets by 2020 (Annex I). The methods envisaged to this aim include subsidies, admitted under the competition rules with specific derogations and domestic as well as transboundary support schemes (art. 2.(k), art. 3 and art. 6). In the EU intentions, support schemes shall sustain a greener growth also creating new jobs and sustaining smaller enterprises.

The structure of investments in the RES sector is one of the major obstacles to the development of plants in a cost effective manner at a time when technology is not fully cost-efficient and subsidies are needed. Raising funds for these capital intensive projects and obtaining credit from financial institutions is a major challenge of developers. The guarantees requested by financial institutions, project finance being the preferred solution, penalize investments with the higher financial leverage as they are based on the profitability of the PV plant i.e. on the possibility to provide a stable energy output and subsidy, consisting of both the price of the energy sold to the grid and the related incentive. It is in consideration of this that the EU deems subsidies as a necessary tool for promoting investments in renewable energy sources even beyond 2020 and that a stable and predictable regulatory environment is also essential for ensuring the stability of investments and the achievement of the RES production

[6] ICSID rules amount easily to tens of thousands of dollars. See ICSID schedule of fees available at *http://icsid.worldbank.org/ICSID/FrontServlet?requestType=ICSIDDocRH&actionVal=scheduledFees&reqFrom=Main*.

goals[7].

Recently such tenets, which seem to be pretty straightforward in the academic community, have been challenged by several States domestic decisions in the aftermath of the 2008 economic crisis. Spain first, followed by Czech Republic, Italy and the UK have implemented, among other measures aimed at reducing public expenditure, cuts to the subsidies previously ensured to the RES sector. The cuts operated in such different jurisdictions, spanning from feed-in tariffs reductions, green certificates cuts, tax increases, has been justified in the protection of a sustained and stable growth of the RES sector, the necessity to deploy public funds in more essential economic sectors or economic policy reasons. The cuts have different juridical nature depending on the jurisdiction, but their general effect has been impacting on ongoing PV investments, causing the annulment of contracts due to the impossibility to perform successfully the underlying activities.

Investors with ongoing developments have seen their investments hindered or terminated, and have sought for redress in several *fora*. The main forum has been the national one, but referrals to the ECJ and other courts have been undertaken in a view of obtaining a wider statement from the courts. So far, the only judicial statement giving some accounts of the illegitimacy of retroactive rules came from the UK[8].

Depending on the jurisdiction involved the investors choose to resort for example to action under Article 258 (ex Article 226) of the Treaty on the Functioning of the European Union (TFEU), soliciting a formal complaint to the EU Commission and direct action by the Commission itself. This has been so far only partially taken up as a matter by the Commission REF letters from Oettinger to the Italian Minister of Economic Development[9].

Recourse to the EUCJ through the domestic court was not a major option as the necessity of the referral for a preliminary ruling by a national judge under TFEU art. 267 would nevertheless represent a filter, above all in countries where the judiciary has a case-law track seen as not willing to challenge government's financial decision in times of general austerity. Claims against the UK FITs cuts have represented a

[7] See above at 1.

[8] SECRETARY OF STATE FOR ENERGY & CLIMATE CHANGE v FRIENDS OF THE EARTH & ORS [2012] EWCA Civ 28, CA (Civ Div), Judgement of 25 January 2012. Available at: *http://www.judiciary.gov.uk/NR/exeres/8A486ED5-F340-497C-A9EE-4C5A1970036F*. The Supreme Court rejected a request to appeal on 23 March 2012.

[9] G. OETTINGER, Letter to Italian Minister of Economic Development Paolo Romani, 15/04/2011. Available at: *http://ec.europa.eu/commission_2010-2014/oettinger/headlines/letters/doc/20110415.pdf*

major exception to this tendencies, as a final statement on the 2012 cuts envisaged by the government has been reached in a few months from the claim[10]. Time is crucial FITs claims as certainty of admission to FITs for an ongoing PV admission in due course shall decide its survival or definitive abandonment, with consequences to contracts and supplies, payment of penalties as well as the more general effect of a decrease of the willingness to invest regardless of the commitments of to protect investors. Lack of certainty means, in the cases described in this paper, the abrupt debarment from access to previously granted credit lines while tariff nevertheless decrease, therefore a late advantageous statement would not repay the investment as expected.

In this sense the internal legal orders and EU overlap of *fora* are of greater relevance the quicker judgments are issued and the more satisfactory are the expected final statements in terms of compensation for damages. Both the EU and its member states are signatories of the ECT, and investors affected by the FITs cuts belonged most of the times to EU capital exporting countries, but also to non-EU and non ECT countries.

In this sense, the protection of foreign investors can be referred to as a matter of conflict with the ECT due to the entry into force of the Lisbon Treaty[11]. The ECT is a multilateral investment treaty (MIT) that fell within the competences of the EU member states as a mixed agreement. Following the entry into force of the Lisbon Treaty foreign direct investment (FDI) protection falls under the EU Common Commercial Policy (art. 207 TFEU). With reference to Bilateral Investment Treaties (BITs) FDI has been analyzed by the EUCJ as a matter of restriction of the free movement of capital under the now TFEU articles 64, 66 and 75. The EUCJ seemed to opt out for the primacy of EU law, though the fact that the BITs at hand had been negotiated prior to the accession to the EU of the states involved implied the need to renegotiate them in the light of the entry into force of the EC Treaties also for the respondent States[12]. Therefore, the ECT has become a mixed MIT with potential conflicting implications on the jurisdiction of the EU depending on the origin of the investor or individual raising the claim and its belonging to the scope of both the EU

[10] Reuters US, *UK top court ends govt bid to cut solar subsidy early*, available at *http://www.reuters.com/article/2012/03/23/britain-solar-idUSL6E8EN6ID20120323*.

[11] T. ROE-M. HAPPOLD-J. DINGEMANS, *Settlement of investment disputes under the Energy Charter Treaty* Cambridge: CUP, 2011.

[12] Case C-205/06, *Commission v Republic of Austria*; Case C-249/06, *Commission v Kingdom of Sweden*.

and the ECT or being an investor of outside the EU and belonging to the ECT or an investor of outside both the ECT and the EU[13].

Since speed in obtaining a definitive statement on access to FITs is crucial for a PV development, in the cases of the analyzed changes in law, whatever is the outcome of the claims and the *forum*, the complexity of the legal orders creates high levels of uncertainty, as an international award may come months, if no years, after the claim has been lodged.

Where a definitive measure by an EU member State is taken, and no action at the EU level or at the internal administrative level has been effective, then it is for the investor to choose whether to choose for alternative financial sources or to follow the the domestic courts and eventually EU courts path, or, alternatively, activate an arbitration under the ECT, as described below, or under any existent BIT between the two countries.

a. Treaty level and secondary legislation

Energy policy has been for long a field to international agreements at the EU level (the ECSC and EURATOM were two of the Communities under the 1957 Treaty of Rome) but, on the other hand, each single national market has attempted to protect its own energy mix against external interferences. One reason for this is national sovereignty and energy security: Europe is heavily dependent on hydrocarbons and coal for keeping the standards of life and rights promised in the Treaties. Procuring oil and coal supplies is a matter of national security and stability and few states would be willing to withdraw from this lacking reciprocity. The idea of regulation as the new tool for governing the markets has had an impact on policy decisions in the energy field, and opened up the production to individual producers and foreign investors.

Most of the GDP related to energy comes from the proceeds of national industrial

[13] J. KLEINHEISTERKAMP, *Investment protection and EU Law: the intra- and extra-EU dimension of the Energy Charter Treaty*, J Int Economic Law (2012) 15 (1) 85 – 109; N. LAVRANOS, *Bilateral Investment Treaty (BITS) and EU Law* (September 27, 2010). ESIL Conference 2010. Available at SSRN: *http://ssrn.com/abstract=1683348* or *http://dx.doi.org/10.2139/ssrn.1683348*; R. TORRENT, *The Contradictory Overlapping of National, EU, Bilateral, and the Multilateral Rules on Foreign Direct Investment: Who is Guilty of Such a Mess*, 34 Fordham Int'l L.J. 1377 (2011), *http://ir.lawnet.fordham.edu/ilj/vol34/iss5/9*; H. WEHLAND, *Intra-EU Investment Agreements and Arbitration: Is European Community Law an Obstacle?*, ICLQ 58 (2009) 2, pp. 297–320; A. VAN AAKEN, *International Investment Law between Commitment and Flexibility: A Contract Theory Analysis* (June 2009). Journal of International Economic Law, Vol. 12, Issue 2, pp. 507-538, 2009. Available at SSRN: *http://ssrn.com/abstract=1418396* or *http://dx.doi.org/jgp022*; G. COOP, *Energy Charter Treaty and the European Union: Is Conflict Inevitable?*, 27 J. Energy & Nat. Resources L. 404 2009.

"champions" involved in the oil sector. Energy security concerns are also at the centre of the debate, as the appropriate use of RES determines a diffused generation all across territories, local jobs, less grid transportation costs and risks and power generation can determine higher communities resilience to changes**.** However, following greater g a time of relatively affordable oil prices, RES (except for hydropower and geothermal, whose technologies had been developed long time before the current stream of RES technology) become a tool for developing national energy production and excellences through mainly public subsidies to consumption, seen as more market neutral. The market of components, nevertheless, is influenced by non-EU market choices conditions (price of silicon, Chinese productions, etc.) as well as by endogenous conditions, such as obsolete networks fit for energy sources with programmable production but inadequate for RES, whose main feature is the impossibility to program their production. Resort to RES is also strategic to reduce carbon emissions and comply with the emissions reductions imposed by the Kyoto Protocol to the United Nations Framework Convention on Climate Change.

RES stands at the brink between industrial policy and environmental policy, therefore it is subject to the sustainable development obligations (art. 3, para. 3 TEU; art. 21. para. 2 TEU). Under the TFEU, instead, environmental obligations, including the protection of the environment under title XX of the TFEU, are closely linked to the rules on energy as of title XXI thereof.

The entry into force of the Lisbon Treaty has increased the rules on production of low carbon energy, and, together with its sustainable development regime in art. 11 of the TFEU, the EU has established that, without prejudice to the right of member States to «determine the conditions for exploiting its energy resources, choice between different energy sources and the general structure of its energy supply», abiding to the environmental obligations under art. 192 (2) TFEU. It is then for the EU Commission to «promote energy efficiency and energy saving and the development of new and renewable forms of energy» within the framework of the internal market, so to ensure environmental protection and in a spirit of "solidarity" amongst the member States. It is clear that the powers of the Commission in the energy field have been clarified finally with the Lisbon Treaty, and the present rules are subject no more to the TFEU title on Environment, as they were before, but to the specific Energy title, where the Commission has consistent powers of setting the rule and agenda of the energy policy. The decision making is under shared competences governed by art. 2, para. 2 TFEU, but a country may choose to retain its own competences only in the tax field, where unanimous voting is necessary to approve a measure, and only if a measure is taken «significantly affecting a member state's choice between different energy sources and

the general structure of its energy supply». Thus, only the broad architecture of the national energy mix and the overall structure of the energy sector seem to remain for the national regulators[14].

In a view of achieving the above policy targets, the EU has set its RES production targets together with the emissions reduction standards at an ambitious 20% based on 1990 emissions by 2020 and it has showed to be the only international actor with a serious commitment to the promotion of RES, derogating to the basic competition rules which are an essential part of the Community's policies. States are called to implement the 2020 obligations and submit RES action plans to the EU Commission. To provide a clear roadmap to the achievement of such aim, the States have submitted their action plans to the EU Commission so to show commitment to achieving the targets. The title of Directive 2009/28/EC itself «Directive on the promotion of the use of energy from renewable energy sources» shows that the EU commitment is to a stable support to green energy.

Support to RES has been developed at different levels in the EU, including grants for research and development. However, the main and more successful instruments are those "support mechanisms" that included green certificates, feed-in tariffs, white certificates for energy efficiency purposes and others. It is generally the case of demand side measures, be they incentives to the production of energy or compulsory quotas. The Italian Government, in view of an early meeting of the grid parity has circulated in December 2011 a draft decree indicating that from 2013 the incentives to energy produced by PV plants shall be incentivized by auctioned amounts of electricity.

The support mechanisms adopted are national, and this makes the investments climate different from country to country in the EU as to the level of investments and the methods to implement above all FIT schemes, their timing the level of tariffs awarded, the level of expenditure. The EU Commission is called to make this uniform, and claims that it would be necessary to have EU wide support mechanisms have been put forward as an element of investments stability and of competition neutrality[15]. The EU Commission itself entered the debate following the implementation of the 2001/77/EC Directive, with regular reports and analyzing the scope and impacts of

---

[14] A. DORSMAN-W. WESTERMAN-M. BAHA KARAN-Ö. ARSLAN-Z. R. ARSLAN (eds), *Financial Aspects in Energy: A European Perspective*, Springer, 2011.

[15] C. EGENHOFER, J. C. JANSEN, *A timetable for harmonisation of support schemes for renewable electricity in the EU*, European Review of Energy Markets, V. 1, I. 2, April 2006. Available at: *http://www.eeinstitute.org/european-review-of-energy-market/issue-2-article-egenhofer*.

support mechanisms in the EU. Together with the quantitative and qualitative methods, a number of administrative mechanisms are necessary to maintain a sustained renewable energy use, such as priority construction titles, fast-track and simplified administrative procedures, etc.[16].

b. Scope of RES support under FIT schemes.

Under EU case law electricity is a good which shall be subject to the Community freedoms. covered by the Treaty provisions on the free movement of goods. In some Member States, support schemes foresee a purchase obligation, which obliges suppliers to purchase all renewable electricity produced in a certain region at a fixed price.

In *PreussenElektra*, the European Court of Justice (ECJ, now EUCJ) held that purchase obligations imposed to local energy distributors under the German laws on renewable energy of 1990 an 1998 could in theory impair the free movement of goods (Article 28 of the EC Treaty), but they were nevertheless justified and proportionate as they were adopted in a view to achieve environmental protection goals (Articles 6 and 174 of the EC Treaty). At that time markets were in the process of full scale liberalization not achieved yet, therefore the ECJ tested the proportionality of the measure under the aims to open the electric markets to competition and to the achievement of harmonization and found the measure proportionate[17]. In other cases the EU Commission ruled out the possibility that these subsidies constituted state aid[18].

Although it might be argued that support schemes to specific energy sources are not adequate or proportionate under the aims of competition support and the opening of markets. As we will see later, the test of proportionality shall correctly apply to the

[16] Communication from the Commission "The support of electricity from renewable energy sources", COM(2005) 627 final. Available at: *http://eur-lex.europa.eu/LexUriServ/LexUriServ.do?uri=COM:2005:0627:FIN:EN:PDF*; Proposal for a Directive of the European Parliament and of the Council on the promotion of the use of energy from renewable sources COM(2008) 19 final, {COM(2008) 30 final} {SEC(2008) 57} {SEC(2008) 85} /* COM/2008/0019 final - COD 2008/0016 */, available at *http://eur-lex.europa.eu/LexUriServ/LexUriServ.do?uri=COM:2008:0019:FIN:EN:HTML*.

[17] Judgment of the European Court of Justice of 13 March 2001 in Case C-379/98 *PreussenElektra AG and Schleswag AG*.

[18] Decisions of 4.7.2006 in cases N 317a/2006 and N 317b/2006, OJ 2006 C 221. Decisions of 22.5.2002 in cases NN 27/2000 and NN 68/2000, OJ 2002 C 164.

measures granting support measures, but is should *mutatis mutandis* apply to measures who seek to remove certain measures.

Quantity-based instruments aim at creating an "environmental market" to price environmentally-sensitive activities or behavior. In this way, internalization of environmental externalities is achieved through a price which enters into the assessments performed by agents and which are at the basis of their behavior. The instruments consist in both establishing a market and defining the level of one "side" of such market, either demand or supply[19]. Scientific evidence shows the importance and efficacy of feed-in tariff schemes in the early stages of renewable energy production, and the necessity to move to more competitive and market based activities once the energy market becomes more mature[20]. The most common schemes so far include feed-in tariffs, feed-in premiums and green certificates or other obligation systems. The EU commission is aware of the challenge of ensuring a stable regulatory context, and the RES Directive addresses the financing issues as well as the necessary planning and building regulatory amendments and the electricity grid challenges ahead[21]. The challenge is spending resources in a cost effective manner until the market reaches the *grid parity*. The blueprint towards a fully working renewable energy sector is believed to be a driver of energy security and safety (an insurance against ever growing fossil fuels costs), of emissions reductions and job creation. Grid parity in the EU Commission intentions should be reached by 2020.

It is undisputed that incentives may be crucial elements in the financing of a RES plant, above all solar and wind energy plants. The incentive schemes act on several sides of the investments: the technology used (with effects also on revamping), the areas where the plants are located (be they, as in Italy, abandoned lands, agricultural areas, industrial areas, rooftops). The more the incentives progress, moving from R&D, regulatory incentives, support to project finance, grants and other. Empirical evidence drawn by the EU Commission shows how RES support when the market has

---

[19] A. POTOTSCHNIG, *The use of market-based instruments for the implementation of environmental policy in the power sector*, European Review of Energy Markets, V. 3, I. 3, October 2009. Available at *http://www.eeinstitute.org/european-review-of-energy-market/EREM_9-Article_Alberto_Pototschnig.pdf.*

[20] J. CANTON-Å. JOHANNESSON LINDÉN, *Support schemes for renewable electricity in the EU*, European Commission, European Economy. Economic Papers, 408, April 2010. Available at *http://ec.europa.eu/economy_finance/publications/economic_paper/2010/pdf/ecp408_en.pdf*.

[21] EU Commission, Communication, Renewable Energy: Progressing towards the 2020 target; Brussels, COM(2011) 31 final, 31 Jnuary 2011. Available at: *http://eur-lex.europa.eu/LexUriServ/LexUriServ.do?uri=COM:2011:0031:FIN:EN:PDF*.

reached a certain level of maturity is better made, up to a certain level with capital incentives and later on with operational incentives. In all these cases the importance of stable policies is crucial for the correct deployment of the policy and to ensure the correct renewal of the stock in time. Not all the support instruments live on their own, mostly they concur with market mechanisms (again green certificates) and tax incentives, as well as supported planning rules and incentives to industries to develop domestic production of components. However, with major reference to solar and wind power plant development, financing at an early stage is needed, therefore raising high amounts of equity and debt at the same time is necessary, though operational costs are low, to ensure returns adequate to the expectations and counterbalance the project risks. Thus, decisions taken at a certain point in the present are of paramount importance on the carbon emissions and energy production profiles of the future, as well as on the industry proceeds for economic actors on the ground. A sound and stable policy is therefore necessary to ensure that the targets of production of energy obtained from RES by 2020 is met.

Germany has established its policy in 1990, amended it in 2000 introducing the FIT system, and followed by other countries has stabilized such method. Other countries have adopted similar FIT schemes based on the German success, so for example in Spain, Italy and the UK the RES sector has increased its shares on the overall energy production following the EU commitment to emissions reduction.

The provisions of Directive 2009/28/EC aim at achieving such renewable energy investments. In its framework each member State is called to comply with such obligations under its own legal order and it shall continue its efforts following the implementation of 2001/77/EC Directive. More specifically, recital 25 to the 2009/28/EC Directive states that investors confidence in the stability of the different member States support mechanisms shall be ensured and that the promotion of support mechanisms should have also cross border effects, and the provision of statistical transfer to achieve the proposed targets of production serves this purpose (Article 6, Directive 2009/28/EC). As seen above, it is considered equally important to set up cross border support schemes, following the example of the international experience with the Kyoto Protocol flexible mechanisms.

c. Changes in law affecting investments

The stability of investments has been, however, hindered by the recent changes in law due mainly to public budgets concerns, but justified with other concerns. Spain

was the first to implement cuts, and lastly in 2010, by its Royal Decree (RD) no. 1565/2010 cut the FIT rates granted under RD no. 661/2007. Italy changed recently implemented cuts and its conditions by Legislative Decree no. 28/2011 and subsequently established a competitive regime to access to FIT so that it is impossible to predict whether bigger plants may access to incentives (Ministerial Decree of 5 May 2011). Some operators have appealed the rules on grounds that they had been adopted without previously advising the market and claiming that the Government was acting disproportionately and in contrast with the previous programme of incentives that provided for constantly decreasing FIT rates and a specific access mechanism, envisaging a review only following 2016 or having reached a certain level of FITs expenditure (Ministerial Decree of 6 August 2010). In 2011 also the UK launched a consultation to reduce FIT rates, which resulted in a dispute still under judicial scrutiny. In the last judgment the Court of Appeal held that the Secretary of State for Energy and Climate Change did not have a power to modify the conditions upon which the investment had to be made once the capital expenditure was made and the FIT license obtained. Under the applicable rules the judges found no grounds for launching a consultation as it was done to reduce the FITs from April 2012, and that "retrospective changes" to law varying the returns in capital «would have to be clearly shown» in the legislation[22].

If the applicants deem the above measures in breach of EU law, they could solicit a referral for preliminary ruling on whether or not such measures violate EU law and how internal law should be interpreted according to EU law. The spirit and aim of Directive 2009/28/EC and the aims of the EU Treaties of pursuing sustainable development and the protection of the environment as a policy integrated in EU law, as well as substantive provisions of the Directive are hindered by such measures which reduce first confidence in the stability of government rules and in the ability to abide to the rule of law when implementing EU law. This is one of the underlying reasons of the communications sent between 2010 and 2011 by the EU Commissioner for Energy to the Spanish, Czech and Italian Ministers competent to deploy the support mechanisms policies[23].

---

[22] See above at 8.

[23] In addition to the letter sent to the Italian Minister referred to above at 9, see Letter to Miguel Sebastián, Spanish Minister for Industry, Tourism and Commerce, 08/03/2011. Available at: *http://ec.europa.eu/commission_2010-2014/oettinger/headlines/letters/doc/20110308_sebastian.pd*; Letter to Mr Martin Kuba, Minister of Industry and Trade Ministry of Industry and Trade of the Czech Republic, 12/12/2011. Available at: *http://ec.europa.eu/commission_2010-2014/oettinger/headlines/letters/doc/20111212.pdf*; and Letter to Martin Kocourek, Czech Minister for

Furthermore, the application of the above measures should be subject to a proportionality test, as requested by EU general principles applicable also to domestic law, as well as the principle of the protection of legitimate expectations as an instrument to ensure the application of the rule of law[24]. Also, the application of the principles of EU law could be supplemented by the consideration that human rights law as interpreted by the ECHR application of the principles of legitimate expectations[25].

3. *RES Investors Protection Under The ECT*

a. The ECT

As of 17 December 1994 the Energy Charter Treaty (ECT) was signed by most states of both sides of the former Iron Curtain and now it includes the EU, its member States and the EU itself. The ECT aimed at promoting investments in the energy sector and fostering economic cooperation between the Eurasian countries. The EU has also promoted the development of neighborhood policies trying to expand the scope of the ECT[26].

Trade and Industry, 08/03/2011. Available at: *http://ec.europa.eu/commission_2010-2014/oettinger/headlines/letters/doc/20110308_kocourek.pdf*.

[24] P. CRAIG, *EU Administrative Law*, Oxford: OUP, 2006; G. DE BÚRCA, *The Principle of Proportionality and its Application in EC Law*, Yearbook of European Law, 1993, p. 105; E. ELLIS, *The Principle of Proportionality in the Laws of Europe*, Oxford: Hart Legal Publishers, 1999; J.H. JANS, *Proportionality Revisited*, Legal Issues of European Integration 27(3), 2000; T. TRIDIMAS, *The General Principles of EC Law*, Oxford: OUP, 2006; Judgment of the European Court of Justice in Case C-112/77 *Toepfer v Commission* [1978] ECR 1019; Advocate General's opinion in Case C-31/91 to C-44/91 *SpA Alois Lageder and others v Amministrazione delle Finanze dello Stato* [1993] ECR 1761; P. CRAIG, *Substantive Legitimate Expectations in Domestic and Community Law*, 55 CAMB. L. J. 289 (1996) at 306.

[25] European Court on Human Rights, Judgement no. 16021 of 18 May 2010, *Plalam*; European Court on Human Rights, Judgement of 20 November 1995, *Pressos Compania Naviera*.

[26] T. WÄLDE, *Investment Arbitration Under the Energy Charter Treaty – From Dispute Settlement to Treaty Implementation*, 12 Arb Int'l (1996) 429; BAMBERGER and others, *The Energy Charter Treaty in 2000: In a New Phase Energy Law in Europe*, in Martha M. ROGGENKAMP and others (eds) *Energy Law in Europe*, OUP, Oxford 2001; Y. SELIVANOVA (ed.), *Regulation of Energy in International Trade Law: WTO, NAFTA and Energy Charter*, Kluwer Law International, 2011.

The ECT is a multilateral investment treaty, generally associated with regional policy targets for capital investments in energy, particularly at the European/Asian level. Other countries with strategic energy interests in the region have been granted observers status[27]. The ECT aims at creating a predictable investments regime and forum for investors states disputes to the point that States unilaterally accept that arbitration notices may be served to them by investors claiming that their rights have been impaired by the actions or behaviors of their signatories.

The territorial scope of the ECT is much broader than the EU, it includes countries from the former Eastern and Western sides of the former Iron Curtain and countries like Japan. Cross-investments between signatory countries are frequent and since the entry into force of the ECT most of its signatories adopted liberalization policies in the production of energy. In time, as knowledge of the possibilities enshrined in the ECT and investors increase the scope of their actions in energy, e.g. acting in the RES sector, disputes tend to increases as each host country pursues its policies in terms of energy regulation, each of them has its own standards of treatment of investors and the promotion of RES.

b. Standards of investments protection under the ECT

Beyond the hortatory provision of in Article 3 of the ECT, investments in energy are protected under Part III of the ECT. Foreign investments (defined in art. 1(6) of the ECT) as made by investors (as defined in Article 1 of the ECT) of a county subject to the ECT are to be kept stable and they shall be subject to rules common to other investments treaties all over the world. Investments protection standards under the ECT are no different than the investments protection standards commonly applied in

[27] MEMBERS OF THE ENERGY CHARTER CONFERENCE Albania, Armenia, Australia, Austria, Azerbaijan, Belarus, Belgium, Bosnia and Herzegovina, Bulgaria, Croatia, Cyprus, Czech Republic, Denmark, Estonia, European Community (now part of the European Union) and Euratom, Finland, France, Georgia, Germany, Greece, Hungary, Iceland, Ireland, Italy, Japan, Kazakhstan, Kyrgyzstan, Latvia, Liechtenstein, Lithuania, Luxembourg, Malta, Moldova, Mongolia, the Netherlands, Norway, Poland, Portugal, Romania, Russian Federation, Slovakia, Slovenia, Spain, Sweden, Switzerland, Tajikistan, The former Yugoslav Republic of Macedonia, Turkey, Turkmenistan, Ukraine, United Kingdom, Uzbekistan. OBSERVERS TO THE ENERGY CHARTER CONFERENCE: Afghanistan, Algeria, Bahrain, Canada, China, Egypt, Indonesia, Iran, Jordan, Korea, Kuwait, Morocco, Nigeria, Oman, Pakistan, Palestinian National Authority, Qatar, Saudi Arabia, Serbia, Syria, Tunisia, United Arab Emirates, United States of America, Venezuela. International Organisations with Observer Status: ASEAN, BASREC, BSEC, CIS Electric Power Council, EBRD, IEA, OECD, UN-ECE, World Bank, WTO.

BITs[28]. The difference with traditional BITs is in the specificity of the investments carried out and how the protection standards apply to projects and the investments defined in the ECT.

The ECT applies to energy investments, broadly intended, the substantive principles of protection under the rules on non-discrimination, the principle of national treatment and the most favored national treatment (treatment granted to the nationals of the host country shall be applied to those of other countries or the most favored regime between those applied in the two countries at issue shall be applied) to those nationals who carried out investments in the energy sector. The provisions also impose certain non-contingent protection standards to be applied regardless of the principle of reciprocity or National Treatment (NT) or the Most Favored Nation. Thus crucial obligations of signatories are those to ensure the fair and equitable treatment of investments, the most constant protection and security of investments and the prohibition of expropriation and of discriminatory measures.

These standards are the most likely, within the limits of how they are understood and applied in international law, to lead to a greater accountability of States before ECT signatories investors. It has to be borne in mind that the rule on interpretation of the ECT clauses are those of international law, and they shall be interpreted according to the customary international rules applicable and under the Vienna Convention on the Law of Treaties.

The EU Treaties and the ECT overlap when it comes to the regulation of energy and investors disputes, but also with reference to the said EU FDI rules and as both the EU Treaties system and the ECT are international treaties, they may represent competitive forums it comes to their application[29]. Although one may try to solve the issue in logical terms and excluding resort to one or the other treaty, it is still for the claimant to choose the jurisdiction where it prefers its case to be treated. The ECT lacks any rule on exhaustion of internal remedies, unless signatories expressly commit to it, as we will see. On the other hand, the EU gives centripetal signs with reference to external *fora*, denying the reality of fragmentation in international law, above all when considering officially that the EU is a *municipal legal order* of a transnational

[28] P. CAMERON, *International Energy Investment Law. The Pursuit of Stability*, OUP: Oxford, 2010; R. DOLZER-C. SCHREUER, *Principles of International Investment Law*, New York: Oxford. University Press, 2008.

[29] ILC, *Fragmentation of international law: difficulties arising from the diversification and expansion of international law*. Available at *http://untreaty.un.org/ilc/guide/1_9.htm*; M. KOSKENNIEMI-P. LEINO, *Fragmentation of International Law? Postmodern Anxieties*, Leiden Journal of International Law (2002), 15, 553.

dimension. Such opinions seem not fully in line with the reality of many arbitrations brought about by investors from the EU jurisdiction before arbitral courts also under the ECT, whereby parties choosing to apply international law to settle their disputes rather than using only the EU jurisdiction to obtain satisfaction. One simple consideration is that there will be no court of last instance settling competences as it happens in domestic jurisdictions.

Foreign investors may seek for protection under the common international investments rules standards as applied by and to the ECT signatories. More specifically, protection may be sought under Title III of the ECT, which replicates some of the standards already applied under most of the BITs in place so far[30].

The ECT, as said, affords energy investors the same level of protection afforded under international law, in particular the law relating to expropriation.

Part III of the ECT sets out the provisions relating to the promotion, protection and treatment of investments in the energy sector. An "investment" includes a very broad definition including all economic activities in the energy sector (including the exploration, extraction, refining, production, storage, land transport, transmission, distribution, trade, marketing or sale of energy materials and products, and also tangible and intangible, moveable and immovable property related to energy activities).

Part III may be sub-divided into two parts: one dealing with pre-investments and the second on post-investments. At an early stage ECT signatories are subject to general obligations and to place their "best efforts" in enacting nondiscriminatory national and most-favoured nation treatment. If in a way the host state enjoys a certain degree of discretion in admitting investors without discrimination, these rules could be used to redress issues of exclusion of foreign investors, though this has to be assessed against the treatment of the host state nationals. In the post-investment phase, the investment is in place (e.g. the PV plant is operating) and the investor enjoys a stronger protection. The grounds for complaint by investors in this case include discrimination, expropriation, breach of contract and other commitments, destruction and impediments to transfer of earnings and capital. In this phase the host country is

[30] P. MUCHLINSKI-F. ORTINO-C. SCHREUER (eds.), *Oxford Handbook of International Investment Law*, Oxford OUP, 2008 at 259 and 407; Soren. J. *Schonberg*, *Legitimate Expectations* in Administrative. Law, Oxford: OUP, 2000; A. NEWCOMBE-L. PARADELL, Law and practice of investment treaties: standards of treatment, Kluwers Law, 2009; E. SNODGRASS, *Protecting Investors' Legitimate Expectations – Recognizing and Delimiting a General Principle,* 21 ICSID REV. - FOREIGN INV. L.J. 1, 11 (2006); R. DOLZER, "Indirect Expropriation, New Developments?" *Environmental Law Journal*, vol. 11, 2002, p. 65. See also Técnicas Medioambientales Tecmed, S.A. v. Mexico, ICSID Case No. ARB(AF)/00/2, Award 29 May 2003.

directly responsible for the behavior of its local and other public authorities. Contracts protected under the ECT Part III rules include sale and purchase of power agreements, contracts for the supply of transit pipelines and contracts for the construction of oil exploration plants.

Articles 12 and mainly 13 of the ECT protect foreign investors from expropriation, be it direct or indirect, but nevertheless still under the common international rules, as the fair and equitable treatment (FET) requirements under ECT Article 10 (1).

With reference to expropriation, the threshold for protection of legitimate expectations appears to be high in international practice even under the indirect expropriation standards, i.e. with reference to measures equivalent to expropriations. Outside the principles laid donw in written agreements (such as the NAFTA) it is difficult to seek and find redress of legitimate expectations, and the ECT does not provide a specific protection when, in its guidelines, it promotes a sort of respect of the business environment of host countries.[31] Under FET, instead, it can be argued that it refers to more general principles of fairness and due process, but it has still to be verified in the reality of the merits, and a progressive interpretation ought to interpret FET in light of the promotion of investments aims of the ECT under Article 3. However, this is still not conclusive, and the actions brought about by investors against Spain will be an interesting test for the ECT as a system and for its place in the international investments law arena[32].

c. Changes in law: potential protection under the fair and equitable treatment and expropriation standards

The meaning of protection standards under the ECT is to be addressed looking at the international BITs applicable standards of protection under the principles of the ECT, i.e. the investments promotion and protection under Title III of the ECT.

The protection of investments is functional to their promotion regarding policy, whereas their legal content differs. The ECT Art. 1(8) may be used to define the scope of the protection of investments whereas under art. 1(10) the standards of protection are defined including: fair and equitable treatment, most constant protection and

---

[31] ECT Secretariat, *Expropriation Regime under the Energy Charter Treaty*, 2012. Available at *http://www.encharter.org/index.php?id=556&L=0*. Generation Ukraine Inc. v. Ukraine (ICSID Case No. ARB/00/9).

[32] MILES JOHNSON, *Investors seek compensation for Spanish solar cuts*, Financial Times, 17 November 2011. Available at: *http://www.ft.com/cms/s/0/19088742-1117-11e1-ad22-00144feabdc0.html*.

security, protection against discriminatory measures, granting to investments a treatment no less favorable than that ensured under international law including treaty obligations, and the respect by host countries of obligations entered into with investors.

d. Dispute resolution

In the last decade resort to arbitration to redress alleged breaches of the ECT has increased due also to increased awareness in investors of the role of arbitral tribunals in redressing hindrances to investments protection.

In the hypothesis of investors feeling as having been treated unfairly under the ECT standards, the arbitration shall evaluate first the origin of the investor and define whether it has jurisdiction or not. The rules on jurisdiction of the ECT exclude resort to other means of action if an action is served before the ECT.

Disputes between investors and the host ECT signatories for alleged breaches are settled under Art. 26 of the ECT. The procedure is structured so to reduce the scope of disputes and promote a mediated phase before entering a trial.

Amicable settlement of disputes is the first step to be undertaken (ECT 26(1) and (4)) when an investment is involved. In case of failure of an amicable settlement within 3 months from the request of an amicable settlement notified to the Contracting Party, the plaintiff may choose to sue the State before different judges. Parties who resort to the internal judges are not admitted before arbitrators.

The ECT signatories agree unconditionally to be respondents in arbitration proceedings brought about under the ECT, though they may opt out arbitral or conciliation procedures under ECT Article 26(3). The dispute shall be solved before either the ICSID panels or a sole or more arbitrators under the UNCITRAL rules or under the Stockholm ICC rules. The grounds for bringing a claim are very broad, as the definition of Investment provided for under art. 1(6) of the ECT is very broad, and it is surely including claims under renewable energy investments.

The reference to be applied under the ECT lies, as for all the cases involving any form of State responsibility under international law, under the International Law Commission (ILC) Draft Rules on State Responsibility will be the standard applied by the arbitrators to solve the cases brought before them.

However, the potential overlap of the provisions of the ECT and the EU Treaties still remains. As seen above the EU seems to claim its primacy on intra-EU BITs. First, for intra-EU investment claims, supremacy of EU law as a *municipal legal order*

(as defined e.g. in *Kadi*)[33] may not be considered as a valid argument by applicants for seeking to raise an arbitral claim under the ECT, as jurisdiction under art. 1(7) of the ECT is not in principle to be excluded in such cases[34]. On the other hand, when the investor seeking for protection does not belong to the EU, the EU undertook to extend under certain conditions the principles of MFN and national treatment to certain entities with specific links to its territory, as state under the European Communities and its member states declaration attached to art. 25 of the ECT. Finally, the European Communities submitted to its courts system rather than to arbitration the controversies under art. 26, not being party to the ICSID, including the submission of a question of interpretation for preliminary ruling. This might raise further conflicts, provided that even if investors could obtain a statement by the ICSID, a State could still raise the issue of compatibility of such statement with Community law before the EU jurisdiction.

4. *Conclusion*

Beyond what has been referred to above, a claim against the use of FITs as subsidies violating the WTO Agreement on Subsidies based on the national treatment standard was lodged. A Canadian FIT scheme is challenged, in the case at hand, by Japan based on the principles of national treatment. It is not the first time that measures intended to protect the environment are brought before the WTO. It is not even the first time a measure accused of being a hidden subsidy is appealed against. However, the standards against to which these measures are challenged do not match with the standards violated by changes in law affecting both domestic and foreign investors[35]. Energy subsidies, and in particular demand side promotion measures such as FITs have not been challenged or discussed in any solved international case, as far as it appears in the literature and judgment published.

At the domestic level, the Spanish 2007 FIT cuts did not lead, to our knowledge, to awards in favor of investors as they were deemed as justified under the Spanish

[33] ECJ Case T-315/01, Yassin Abdullah Kadi v. Council of the European Union and Commission of the European Communities.

[34] ICSID, AES Summit Generation Ltd. v. Republic of Hungary, ICSID. Case No. ARB/07/22, (Sept. 23, 2010).; See also *http://www.encharter.org/fileadmin/user_upload/document/EN.pdf*.

[35] M. WILKE, *Feed-in Tariffs for Renewable Energy and WTO Subsidy Rules, An Initial Legal Review*, 2011. Available at: *http://ictsd.org/i/publications/110845/*.

Constitution Articles 9.3, defining the principle of non-retroactivity of the law and of negative measures affecting individual rights, and Article . The claims brought about in Italy at present (end of January 2012) have been adjudicated only partially: the administrative judges have suspended retroactive cuts to greenhouse incentives only with respect to their effects for the claimants, considering that the (sudden and unplanned) change in the rules on PV greenhouses whose energy is eligible to incentives should have not hindered ongoing investments [64]. The concept of ongoing investment which had not to be impaired by change in law has been interpreted as a PV plant whose construction was authorized. Question is which authorization has been considered sufficient and by what time the plant should have been authorized, i.e. before the entry into force of the law repealing *de facto* the previous incentives or once the law has been effectively enacted (the latter seems to the authors the solution that the judges might have adopted). It shall be seen how the merits will be dealt with, as the hearing was scheduled to take place by the end of February 2012[36]. The hearing took place and due to a further change in law it was discontinued to July 2012.

Also the UK FITs cuts have been proposed under a consultation which caused great discontent in the PV operators and environmental groups. The solution proposed envisaged a reduction in order to «*to maximise the number of installations that are possible within the available budget rather than use available money to pay a higher tariff to half the number of installations*» based only on internal standards, also due to the fact that the claim was brought by domestic claimants. At the time of writing an application to appeal by the Secretary of State for Energy and Climate Change was dismissed on 23 March 2012, therefore signing a landmark for other UK cases, thus only partial conclusions may be drawn.

The only specific sources of reference for initiatives of enforcement under EU law are contained in the letters mentioned above sent by the EU Commission to the states which introduced retroactive FIT tariff cuts or other unfair measures by the Commissioner for Energy and the Commissioner for Climate Change, which provide a limited amount of information as to the adjudication of eventual claims. It is submitted that the principles of proportionality of measures with respect to the adjudication of the measures will be the main driver of the decisions, if any, taken by the EU courts or by the internal courts based on the previous EUCJ case law.

It remains to be seen how the involved judges will solve the cases at hand to see whether a specific standard will arise, or whether the measures will be judged based

[36] Interim Relief Order no. N. 02890/2011 REG.PROV.CAU. of the TAR del Lazio III-ter section, Rome.

on the traditional international investments law standards, which seems at the moment the most likely outcome.

On the international hand, instead, the situation seems much more open as no authority has expressed its views on the above issues under the ECT, at least not publicly. The only known case has been served under the UNCITRAL rules to the Spanish Government on 17 November 2011 as a request for conciliation was unsuccessful, therefore it remains to be seen how the arbitrators will respond to the claim brought about by several investors.

ABSTRACT

Luca Pardi, Nicola Cosentino - *It's something unpredictable but who shall set it right? Change in law in RES support schemes and investment protection instruments under EU law and the ECT*

EU law promotes the use of renewable energy sources (RES) in Member States as a tool for sustainable development. Directive 2009/28/CE is the secondary legislation tool focused at promoting investments in RES technology and production. At the state level, legal instruments to promote the use of renewable energy include, obligations of minimum quotas of renewable energy production, feed-in tariffs (FITs), green certificates, mandatory purchase prices for energy distribution enterprises. States may revoke such measures or reduce the support even significantly but, depending on the actual actions undertaken, have the capacity to hinder, as a consequence, ongoing investments.
The question of who shall bear the costs of such interventions may depend on the forum of resolution of the subsequent possible disputes. Sate measures adversely affecting investments may be challenged by private actors in several fora, at the State, EU and supra-national level. The paper investigates different protection options for investors following changes in law affecting renewable energy support schemes in Europe. The potential remedies are analyzed under both EU law and ECT.

Luca Pardi, Nicola Cosentino -*Chi può rimettere ordine nell'imprevedibile? Cambiamenti legislativi nei regimi di sostegno alle FER (fonti energetiche rinnovabili) e strumenti di tutela degli investimenti nella normativa UE e nella Carta dell'Energia (Energy Charter Treaty)*

Il diritto europeo promuove l'uso di fonti energetiche rinnovabili negli Stati Membri come strumento per lo sviluppo sostenibile. La Direttiva 2009/28/CE è lo strumento di legislazione secondaria dedicato alla promozione degli investimenti in sviluppo della tecnologia e produzione da fonti energetiche rinnovabili. A livello nazionale gli istituti per lo stimolo alla produzione di energia verde comprendono fissazione di obblighi per gli operatori di raggiungimento di determinate soglie minime di produzione da fonti rinnovabili, tariffe incentivanti, certificati verdi, livelli di prezzo minimi per l'acquisto

di energia da fonti rinnovabili per le imprese di distribuzione. Gli Stati Membri possono revocare tali misure o ridurre il supporto anche in maniera significativa ma, a seconda delle modalità utilizzate, hanno la capacità di minare, come conseguenza la sostenibilità e la prosecuzione degli investimenti in corso. La questione relativa a chi debba sopportare il costo finale di tali interventi può dipendere dal foro di risoluzione delle possibili controversie che ne scaturiscano. Le misure nazionali in grado di pregiudicare gli investimenti possono infatti essere contestate dagli operatori innanzi a diverse giurisdizioni, a livello statale, comunitario ed internazionale. Il lavoro è dedicato allo studio delle diverse opzioni disponibili, a livello europeo, per ottenere protezione nei confronti dei pregiudizi arrecati dai mutamenti nelle politiche di supporto alle energie rinnovabili. I potenziali rimedi sono analizzati tanto a livello comunitario che a livello internazionale sotto l'imperio dell'Energy Charter Treaty.

KAROLINA SZUMA*

Tutela giuridica delle acque in Polonia nell'aspetto quantitativo e qualitativo

SOMMARIO: - 1. Il problema. - 2. Gli strumenti di tutela quantitativa e qualitativa delle acque. Pianificazione in gestione delle acque. 2.1. Concessioni per l'utilizzo delle acque. 2.2. I canoni e le tariffe in gestione delle acque. 2.3. Catasto idrico. 2.4. Il controllo di gestione delle acque. 2.5. Il monitoraggio delle acque. – 3. Considerazioni finali.

1. *Il problema*

In Polonia l'atto normativo più importante in materia di tutela delle acque è la "legge sull'acqua" del 18 luglio 2001[1]. Tale legge è stata emanata in attuazione, fra l'altro, delle seguenti direttive: la direttiva 75/440/CEE del Consiglio, concernente la qualità delle acque superficiali destinate alla produzione di acqua potabile negli Stati Membri[2]; la direttiva 76/160/CEE del Consiglio, concernente la qualità delle acque di balneazione[3], la direttiva 80/68/CEE del Consiglio, concernente la protezione delle acque sotterranee dall'inquinamento provocato da determinate sostanze pericolose[4], la direttiva 2000/60/CE del Parlamento europeo e del Consiglio, che istituisce un quadro per l'azione comunitaria in materia di acque[5].

Bisogna sottolineare gli evidenti legami della legge sull'acqua con gli altri rami del diritto, incluso il diritto amministrativo. Tuttavia, non è possibile inquadrare tale normativa solo nell'ambito del diritto amministrativo. La peculiarità della legge sull'acqua risiede nel fatto che la

* Dottore di ricerca in Diritto Ambientale e *Assistant Professor* presso *l'European School of Law and Administration* in Varsavia.

[1] Dz. U. del 2005.239. 2019; di seguito citata come "La legge sull'acqua".

[2] Direttiva 75/444/CEE del Consiglio, del 25 luglio 1975.

[3] Direttiva 76/160/CE del Consiglio, dell'8 dicembre 1976.

[4] Direttiva 80/68/CEE del Consiglio, del 17 dicembre 1979.

[5] Direttiva 2000/60/CE del Parlamento europeo e del Consiglio, del 23 ottobre 2000, di seguito citata come "Direttiva quadro".

normativa in essa contenuta viene adeguata alle altre discipline oppure usufruisce dei risultati degli altri rami del diritto (ad esempio del diritto amministrativo e del diritto finanziario). Nel sistema giuridico polacco la normativa sull'acqua non costituisce un ramo separato, però questo dato sicuramente non ne indebolisce la funzione dal punto di vista del suo impatto sulla tutela delle acque.

Scopo di questo studio è analizzare il sistema di tutela delle acque nella legislazione polacca, sia nel suo aspetto qualitativi che quantitativi. In particolare, saranno esaminati gli strumenti per la tutela delle risorse idriche e ne saranno mostrate le principali caratteristiche, anche avendo riguardo all'impatto della normativa comunitaria su tale disciplina.

2. *Gli strumenti di tutela quantitativa e qualitativa delle acque. Pianificazione in gestione delle acque*

Secondo la Direttiva quadro del 2000, anche in Polonia, per ciascun distretto idrografico, devono essere predisposti dei piani di gestione che tengano conto dei risultati delle analisi e degli studi effettuati. Questi piani coprono il periodo 2009-2015; saranno riesaminati nel 2015 e successivamente ogni sei anni.

In Polonia i piani di gestione dovranno essere attuati nell'anno corrente e mirano a: impedire il deterioramento, migliorare e ripristinare le condizioni dei corpi idrici superficiali, fare in modo che raggiungano un buono stato chimico ed ecologico entro la fine del 2015 e ridurre l'inquinamento dovuto agli scarichi e alle emissioni di sostanze pericolose; proteggere, migliorare e ripristinare le condizioni delle acque sotterranee, evitarne l'inquinamento e il deterioramento e garantire un equilibrio fra l'estrazione e il ravvenamento; preservare le aree protette.

Ai sensi dell'art. 112 della legge sull'acqua, la pianificazione è uno degli strumenti per la gestione delle acque. Le disposizioni per la pianificazione nell'ambito della gestione delle acque sono state inserite dal legislatore polacco nel capitolo 3 del Titolo VI della legge sull'acqua sotto il titolo: «*Gestione delle risorse idriche*».

In primo luogo, occorre spiegare il significato del concetto di "gestione delle risorse idriche" e il motivo per il quale gli elementi di esso servono alla tutela qualitativa e quantitativa delle acque. Ebbene, l'art. 1 della legge sull'acqua afferma che «*La legge disciplina la gestione delle acque secondo il principio dello sviluppo sostenibile, ed in particolare la formazione e la protezione delle risorse idriche, l'utilizzo e la gestione delle*

acque». La gestione delle acque costituisce «*un impegno sistematico nella gestione razionale delle risorse idriche (...) in modo tale da ottenere i benefici sociali desiderati, escludendo ogni forma di spreco*»[6]. Il concetto di gestione è stato formulato da vari autori. La definizione più razionale sembra essere quella che afferma che «*la gestione è un'azione conducente al corretto funzionamento delle cose, delle organizzazioni o delle persone, come previsto dall'obiettivo di gestione: la base della gestione consiste nel formulare il progetto d'azione, l'acquisizione e la distribuzione degli obiettivi delle risorse, la pianificazione ed il controllo*»[7]. Secondo altri autori, il problema centrale è quello di determinare la destinazione e la direzione della sua attuazione. Per quanto concerne l'attuazione degli obiettivi vi sono varie opinioni e teorie, a seconda del tipo di organizzazione socioeconomica e del sistema di gestione[8].

L'art. 2, comma 1, della legge sull'acqua definisce il campo di applicazione della gestione delle acque. «*La gestione delle risorse idriche serve a soddisfare le esigenze della popolazione, dell'economia, nonché a proteggere le acque e l'ambiente associato a queste risorse, in particolare mediante:*

1) l'assicurazione della giusta quantità e qualità dell'acqua per la popolazione;

2)la protezione delle risorse idriche dall'inquinamento e dall' eccessivo o improprio sfruttamento;

3) il mantenimento o il miglioramento di ecosistemi acquatici e da acqua-dipendenti;

4) la protezione contro le inondazioni e contro la siccità;

5) la soddisfazione del fabbisogno dell'acqua per l'agricoltura e l'industria;

6) la soddisfazione delle esigenze del turismo, dello sport e della ricreazione;

7) la creazione delle condizioni favorevoli all'utilizzo dell'acqua nell'ambito dell'energia, dei trasporti e della pesca».

---

[6] J. SZACHUŁOWICZ, *Prawo wodne. Komentarz*, Warszawa, 2010, p. 12.

[7] I. ANTOS, E. BACHARA, A. BARCIKOWSKA e altri.; J. KOFMAN (a cura di), *Encyklopedia Popularna PWN*, Warszawa, 1993, p. 976.

[8] J.A.F. STONER, *Kierowanie*, Warszawa, 2001; R. MANTEUFFEL, *Zarządzanie i kierowanie przedsiębiorstwem rolniczym*, Warszawa, 1981; J. KORTAN, *Podstawy ekonomiki i zarządzania przedsiębiorstwem*, Warszawa, 1979.

Vale la pena notare che la gestione viene utilizzata, tra l'altro, al fine di proteggere le acque e l'ambiente a esse associato. I punti chiave sono i punti 1-3 dell'art. 2, comma 1 della legge sull'acqua. Pertanto, è necessario tenere presente che i vari strumenti di gestione garantiscono un adeguato stato delle acque per la popolazione sia sotto profilo quantitativo che sotto quello qualitativo, la protezione delle risorse idriche dall'inquinamento (protezione qualitativa) e dall'eccessivo o improprio sfruttamento (protezione quantitativa), il mantenimento o il miglioramento dello stato degli ecosistemi acquatici. A norma dell'art. 2, comma 2, della legge sull'acqua gli strumenti per la gestione delle acque sono: la pianificazione della gestione, le concessioni per l'utilizzo, i canoni e le tasse per la gestione, il catasto ed il controllo di gestione delle acque.

Occorre prestare attenzione al fatto che il presente studio si riferisce agli strumenti di tutela qualitativa e quantitativa delle acque. Pertanto, la discussione riguarderà non solo gli strumenti di gestione delle acque, ma anche le altre misure che contribuiscono alla protezione di queste e, in particolare, il monitoraggio della qualità delle acque e la riparazione dei danni causati dalla loro cattiva gestione.

In conformità all'art. 112 della legge sull'acqua: «*La pianificazione nella gestione dell'acqua serve alla programmazione e al coordinamento delle attività finalizzate a: 1) il raggiungimento o il mantenimento di almeno un buono stato delle acque e degli ecosistemi d'acqua da essa dipendenti; 2) il miglioramento delle risorse idriche; 3) il miglioramento della possibilità di utilizzo delle acque; 4) la riduzione della quantità delle sostanze che vengono immesse nell'acqua o nel suolo e dell'energia che potrebbe incidere negativamente sulle acque; 5) il miglioramento della protezione contro le inondazioni*».

Vale la pena notare che la pianificazione è necessaria per la programmazione ed il coordinamento delle attività a lungo termine, laddove la loro prestazione entro breve tempo non sia possibile. Perciò è importante suddividere queste attività in modo tale da migliorare la qualità delle acque. I suddetti cinque punti d' interesse riguardano il miglioramento della qualità delle risorse idriche[9], tuttavia allo stesso tempo ciascuna attività determina l'obiettivo da perseguire. I piani di gestione dovrebbero

[9] L'argomento è stato discusso più volte nella letteratura di T. WALCZYKIEWICZ (a cura di), *Wybrane problemy planowania w gospodarowaniu wodami w świetle Ramowej Dyrektywy Wodnej 2000/60/WE na przykładzie zlewni Prosny*, Warszawa, 2006; R. PACZUSKI, *Dysponowanie zasobami wód w PRL: zagadnienia administracyjno-prawne*, Poznań 1968.

realizzare tutti gli obiettivi specificati nell'art. 112 della legge sull'acqua. L'impossibilità del loro raggiungimento può portare alla formazione di difetti[10].

La pianificazione nella gestione delle acque comprende i documenti di pianificazione, come il programma idro-ambientale nazionale, inclusa la suddivisione dei bacini, il piano di gestione del bacino, il piano di protezione contro le inondazioni e per contrastare gli effetti della siccità nel paese, tenendo in conto della suddivisione dei bacini idrografici, del piano di protezione contro le inondazioni della regione, delle condizioni di utilizzo delle acque nella regione, delle condizioni per l'utilizzazione di bacini idrografici.

Con riguardo al programma idro-ambientale nazionale, la legge prevede che esso determini sia le misure di base che quelle complementari al fine di migliorare o mantenere il buono stato delle acque in diverse aree del bacino. Le misure primarie sono orientate a soddisfare i requisiti minimi[11], mentre le misure complementari sono rivolte sopratutto al perseguimento degli obiettivi ambientali[12].

La redazione del programma idro-ambientale richiede la preparazione di un'analisi economica relativa all'uso dell'acqua, compresa la sua economicità e la possibilità di utilizzare risorse idriche nel bacino. Sembra rilevante la disposizione secondo la quale, nel caso in cui nel corso della redazione del programma idro-ambientale nazionale venga stabilito, sulla base dei risultati di monitoraggio delle acque o di altri dati, che il perseguimento degli obiettivi ambientali è a rischio, occorre analizzare le cause di questi pericoli, riesaminare e adeguare i programmi di monitoraggio delle acque, nonché, completare il programma idro-

[10] Così osserva J. ROTKO (a cura di), *Prawo wodne. Komentarz*, Wrocław, 2002, p. 290.

[11] Queste attività includono azioni per attuare la normativa UE sulla protezione delle acque, le misure per attuare il principio del rimborso dei costi dei servizi idrici, misure per promuovere l'uso efficiente e sostenibile di acqua per evitare il rischio di obiettivi ambientali, le attività per soddisfare gli attuali bisogni idrici e le future esigenze nel campo della fornitura pubblica di acqua destinata al consumo umano, la prevenzione, protezione ed il controllo relativi alla protezione delle acque contro l'inquinamento da fonti concentrate e diffuse, gli sforzi per ottimizzare le politiche di sviluppo delle risorse acqua e termini di utilizzo di essi, comprese le misure per il controllo del prelievo dell'acqua.

[12] Queste azioni possono indicare gli accordi giuridici, amministrativi e dei costi necessari per garantire l'esecuzione ottimale delle misure adottate, negoziati contratti per l'uso dell'ambiente, le misure per ridurre le emissioni, le buone prassi, il ripristino delle zone umide, le attività per un uso efficiente dell'acqua e il suo riutilizzo, tra l'altro, la promozione di tecnologie che prevedono l'uso efficiente delle risorse idriche nell'industria e tecniche di irrigazione, e di ricerca, sviluppo, dimostrazione e formazione.

ambientale nazionale mediante ulteriori azioni. Va notato che il legislatore si occupa della realizzazione degli obiettivi del programma, introducendo non solo le attività connesse al monitoraggio, ma anche una modifica da apportare a tutte le azioni per poter raggiungere gli obiettivi, nel caso in cui la realizzazione di questi obiettivi sia minacciata.

Un'altra espressione di un'adeguata cura da parte del legislatore in merito agli obiettivi del programma, è l'aggiornamento periodico del programma idro-ambientale nazionale effettuato ogni 6 anni, il che consente un continuo orientamento in direzione dei cambiamenti delle circostanze e delle condizioni del bacino d'utenza.

Il secondo documento di pianificazione è il piano di gestione delle acque. Esso riguarda il bacino idrografico. Le disposizioni di cui all'art. 114 della legge sull'acqua indicano gli elementi che devono essere contenuti nel piano. Il piano comprende, tra gli altri: una descrizione generale delle caratteristiche del bacino idrografico, e in particolare l'elenco dei corpi idrici superficiali, con i loro tipi e condizioni di riferimento stabilite, nonché un elenco dei corpi idrici sotterranei, un riassunto dell' identificazione di importanti interazioni antropogeniche e la valutazione del loro impatto sullo stato delle acque superficiali e sotterranee. Il piano di gestione degli aggiornamenti del bacino idrografico deve contenere, oltre ai dati necessari per la sua creazione, una sintesi di eventuali modifiche, il giorno della pubblicazione del piano di gestione dei bacini idrografici, la valutazione dei progressi compiuti durante il perseguimento degli obiettivi ambientali, le caratteristiche e la spiegazione di tutte le misure previste dalla versione precedente del piano di gestione dei bacini idrografici che non sono state applicate e le caratteristiche delle misure aggiuntive necessarie determinate durante l'attuazione del piano. Va notato che questa disposizione è da considerare come una conferma del controllo di corretta gestione delle acque. È inoltre previsto un aggiornamento ogni 6 anni a causa di vari cambiamenti che si sono verificati nella zona del bacino.

L'articolo 114 della legge sull'acqua costituisce la base per l'utilizzo delle misure meno drastiche al fine di raggiungere gli obiettivi ambientali nel caso in cui i corpi idrici scelti siano modificati dalle attività umane o dalle loro condizioni naturali in modo tale da rendere impossibile oppure economicamente ingiustificato il perseguimento degli obiettivi previsti dalla legge e nel contempo ai sensi di questa disposizione:

«1) i bisogni ambientali, sociali o economici, soddisfatti da tali attività umane non possono essere soddisfatti attraverso altre

misure, che siano più vantaggiose dal punto di vista ambientale ed economico e senza incorrere in costi eccessivi;

2) per le acque superficiali viene raggiunto il migliore status ecologico e chimico possibile e con determinate interazioni, le quali non possono essere ragionevolmente evitate a causa della natura dell'attività condotta dell'uomo o della natura della contaminazione;

3) per le acque sotterranee avvengono le minori variazioni possibili riguardanti il buono stato quantitativo e chimico con determinate interazioni, che non possono essere ragionevolmente evitate a causa della natura dell'attività condotta dall'uomo o della natura della contaminazione;

4) non sussiste un'ulteriore deterioramento dei corpi idrici».

La base, ai fini della determinazione delle condizioni d'utilizzo delle acque, è costituita dal piano d'acqua per il bacino idrografico all'interno di una regione. Attualmente per elaborare le condizioni per l'utilizzo delle acque della regione, vengono prese in considerazione i progetti di pianificazione territoriale e le conclusioni contenute nella documentazione idrogeologica che concernono in particolare la determinazione delle risorse sotterranee e delle condizioni idrogeologiche in connessione con l'istituzione nelle aree protette dei serbatoi delle acque sotterranee. Le presenti condizioni inoltre determinano i requisiti dettagliati riguardanti: lo stato delle acque derivante dagli obiettivi ambientali concordati, le priorità nel soddisfare le esigenze delle acque, le limitazioni nell'uso delle acque all'interno della regione o di una sua parte, oppure le limitazioni per gli specifici corpi idrici necessari per il perseguimento degli obiettivi ambientali, in particolare in materia di: raccolta delle acque superficiali o sotterranee, immissione delle acque reflue nell'acqua o nel suolo, immissione delle sostanze particolarmente nocive per l'ambiente acquatico nell'acqua, nel suolo o nelle fogne e costruzione di nuovi impianti idrici.

Le condizioni per l'utilizzo dei bacini idrografici vengono determinate nelle aree per le quali, in conseguenza del rilascio delle decisioni in merito alla creazione di un piano di protezione contro le inondazioni e di un piano di contrasto agli effetti della siccità nel Paese, tenuto conto della suddivisione dei bacini idrografici, è necessario definire le regole specifiche per la protezione delle risorse idriche, in particolare con riferimento alla loro quantità e qualità, al fine di raggiungere un buono stato idrico. Le condizioni per l'utilizzo dei bacini idrografici contengono dati che sono indispensabili per la determinazione delle condizioni d' uso dell'acqua della regione.

Infine, il piano di protezione contro le inondazioni e di contrasto agli effetti della siccità nel Paese dovrebbe particolarmente tener conto di un aumento delle risorse idriche disponibili[13] e dei serbatoi di ritenzione [14], del miglioramento della gestione dei serbatoi di ritenzione e dei serbatoi per alluvione, della formazione di valli fluviali[15] e dell'utilizzo della ritenzione naturale, della costruzione, dell'espansione e della ricostruzione di impianti idrici, dell'indicazione delle aree che richiedono protezione, nonché della proposta di eventuali modifiche da apporre al piano già esistente.

Il piano di protezione della regione idrica dalle alluvioni dovrebbe tenere conto dei risultati del piano di protezione dalle inondazioni e di contrasto agli effetti della siccità nel Paese e degli studi di cui all'art. 79, comma 2 della legge sull'acqua[16]. Il piano di protezione dalle inondazioni consiste nella redazione di un piano regionale di protezione dalle inondazioni e di contrasto agli effetti della della siccità nel paese.

2.1. *Concessioni per l'utilizzo delle acque*

Le acque costituiscono una risorsa limitata che va tutelata ed utilizzata secondo criteri di solidarietà. Qualsiasi loro uso è effettuato salvaguardando le aspettative ed i diritti delle generazioni future a fruire di un integro patrimonio ambientale**.** Per questo, il legislatore ha previsto il rilascio della concessione per l'utilizzo delle acque.

Il rilascio della concessione per l'utilizzo delle acque è previsto dalla legge sull'acqua nei casi da essa indicati. Il catalogo di questi casi è a carattere chiuso, ma va notato che nei casi in cui la concessione sia necessaria per un particolare utilizzo dell'acqua, e questo caso non sia

---

[13] Si tratta della creazione di risorse idriche, che possono essere smaltite in qualunque momento e per consentire l'utilizzo idrico.

[14] Con questo termine si intende la costruzione p.es. di bacini di ritenzione.

[15] Si tratta di aumentare i benefici economici.

[16] Art. 79, comma 2 della legge sull'acqua «Ai fini di pianificazione della protezione contro le inondazioni il direttore regionale di gestione delle acque deve elaborare uno studio di protezione contro le inondazioni, che fissa i confini dei terreni a rischio di allagamento, e le linee guida per la protezione contro le inondazioni che, a seconda della formazione del terreno, delle pianure alluvionali, delle aree di depressione e dei bacini, divide le aree in:

1) aree di protezione contro le inondazioni dovuta alla loro evoluzione, al valore economico o culturale;

2) aree per il passaggio di acque di piena, in seguito denominate "aree a rischio di inondazione";

3) aree a rischio di inondazione potenziale».

compreso nel catalogo, non si tiene conto del carattere chiuso del catalogo.

La concessione all'utilizzo delle acque è inoltre uno strumento che serve per imporre la necessità di stabilire una disciplina legale in materia di utilizzo idrico. L'uso incontrollato dell'acqua potrebbe provocare un peggioramento della sua qualità e quantità.

L'art. 122 della legge sull'acqua indica i casi in cui è richiesta la concessione. Nei casi in cui la legge non disponga altrimenti, la concessione è necessaria per il particolare utilizzo delle acque, per la regolazione delle acque e per la variazione della forma del suolo nei terreni adiacenti all'acqua, che influisce sulle condizioni della circolazione dell'acqua. Queste ultime azioni possono determinare dei cambiamenti nella formazione naturale degli argini e possono comportare anche conseguenze negative, sotto forma di inondazioni. Inoltre, questa concessione serve alla costruzione degli impianti idrici, in quanto le azioni di cui sopra possano comportare restrizioni in materia di smaltimento delle acque, a causa di un loro eccessivo utilizzo ai fini di investimento. In questo caso, il suddetto strumento contribuisce alla protezione della quantità dell'acqua. Un altro caso in cui è necessario ottenere questo tipo di concessione è l'esercizio di un'attività legata all'uso agricolo delle acque reflue nell'ambito in cui essa non copre il normale utilizzo delle acque. In questo caso bisogna prendere in considerazione il fatto che se la quantità dell' acqua raccolta nel settore agricolo richiede una concessione allora lo scarico di acque reflue, proveniente dalle acque raccolte, anch'esso richiede tale concessione. Questo caso contribuisce alla protezione dell'ambiente acquatico sia dal punto di vista quantitativo che qualitativo. La riduzione a lungo termine del livello della falda sotterranea e l'arginamento delle acque sotterranee possono incidere sulle relazioni idriche, quindi occorre ottenere una concessione. La raccolta delle acque reflue e dei rifiuti all'interno delle aree minerarie creata per le acque curative richiede una concessione a causa della loro maggiore protezione. L'immissione nelle acque superficiali delle sostanze che inibiscono la crescita di alghe e l'immissione nel sistema fognario, che sia di proprietà delle terze parti, di acque reflue industriali contenenti sostanze particolarmente nocive per l'ambiente acquatico, richiede la concessione, non solo al fine di proteggere l'ambiente acquatico contro l'inquinamento, ma anche per controllare la quantità di queste sostanze che entrano nell'acqua.

La concessione per l'utilizzo delle acque è necessaria anche nelle aree a rischio di inondazione, per l'accumulo di rifiuti e altri materiali di recupero, per il recupero o lo smaltimento dei rifiuti, per i lavori di

costruzione e altre opere, per l'estrazione di pietre, ghiaia, sabbia ed altri materiali e per il loro stoccaggio.

L'art. 123 della legge sull'acqua riconosce il diritto di precedenza nel richiedere la concessione agli enti che forniscono acqua alla popolazione. Al secondo posto ci sono gli enti, i cui utilizzo delle acque può contribuire alla maggiore ritenzione idrica naturale o artificiale oppure al miglioramento delle relazioni biologiche all'interno dell'ecosistema acquatico[17].

I casi in cui viene rifiutata la concessione vengono confermate dal principio dell'uso razionale dell'acqua e aiutano a proteggere la quantità delle risorse idriche. In particolare, l'art. 126 punto 2 della legge sull'acqua riveste una grande importanza per la protezione della quantità delle risorse idriche. Esso afferma che la concessione può essere rifiutata se l'uso delle acque previsto ai fini dell'energia idroelettrica non assicurerà l'utilizzo del potenziale idroelettrico in modo tecnicamente ed economicamente giustificato.

La concessione per l'utilizzo delle acque è una decisione di carattere amministrativo[18] e viene emanata a tempo determinato. Il possesso della concessione a tempo determinato consente di controllare l'attività che viene svolta in quanto la concessione esercita anche un'ulteriore funzione di controllo dell'ambiente acquatico, sia in termini di quantità che qualità. La determinazione del periodo per il quale viene rilasciata la concessione non rientra nell'ambito delle responsabilità delle autorità e non è associata solamente alla protezione delle acque. Gli organi competenti per il suo rilascio devono tenere conto dell'interesse del soggetto, il quale manifesta la necessità di recupero dei costi legati all'assunzione di determinate azioni.

Il periodo per il quale viene rilasciata la concessione dipende dal tipo di attività svolta. La concessione per l'utilizzo speciale dell'acqua viene rilasciata per un periodo non superiore ai 20 anni, la concessione che permette l'immissione delle acque reflue nell'acqua o nel suolo viene rilasciata per un periodo non superiore ai 10 anni. Invece la concessione che permette l'immissione delle acque

[17] L'art. 123, comma 1 della legge sull'acqua: «In caso in cui al rilascio della concessione concorrono diverse società le cui attività si escludono mutuamente, a causa dello stato delle risorse idriche, la priorità nell'ottenere la concessione spetta agli enti di approvvigionamento idrico della popolazione, e poi agli enti, i quali in conseguenza della loro attività porteranno ad un aumento naturale o artificiale della ritenzione idrica o alla valorizzazione delle relazioni biologiche per l'ambiente acquatico».

[18] v. J. CIECHANOWICZ – MC LEAN, *Prawo ochrony środowiska*, Koszalin, 1995, p. 224.

reflue industriali, contenenti sostanze particolarmente nocive per l'ambiente acquatico, nelle acque o negli impianti di canalizzazione, che siano di proprietà delle terze parti, viene rilasciata per un periodo non superiore ai 4 anni, la concessione per la recisione delle piante acquatiche o di quelle che crescono lungo le sponde e per l'estrazione di pietre, ghiaia, sabbia e di altri materiali provenienti dalle acque o da aree a rischio di inondazione viene concessa per un periodo non superiore ai 5 anni. La durata di questo periodo dipende dal grado di problematicità dell'attività soggetta alla concessione. L'obbligo di stabilire la durata non si applica alle concessioni che hanno come oggetto la realizzazione degli impianti acquatici. Questa eccezione è giustificata dalla tipologia degli investimenti e dalle condizioni naturali difficili derivanti dalla loro localizzazione[19].

La concessione indica le finalità e l'ambito di utilizzo dell'acqua, l'esercizio dei poteri e dei doveri necessari per la tutela delle risorse ambientali, la popolazione e gli interessi economici. La legge elenca in più punti gli elementi della concessione. Questi elementi hanno un' impatto sulla protezione, sia quantitativa che qualitativa, dell'ambiente acquatico. Si può citare per esempio, l'affermazione che nella concessione può essere determinata la quantità dell'acqua prelevata o scaricata, compresa la quantità massima di m³ all'ora e la quantità media di m3 al giorno. Una determinazione di questo tipo influisce sulla protezione delle acque. A sua volta, per esempio, la determinazione della quantità, della condizione e della composizione delle acque reflue utilizzate per l'agricoltura hanno un impatto sulla protezione della qualità delle acque.

Nei casi in cui sia necessario[20], la concessione deve contenere i seguenti obblighi: l'obbligo di effettuare misurazioni della qualità delle acque sotterranee, l'obbligo di esecuzione delle opere oppure l'obbligo di partecipazione ai costi di mantenimento degli impianti idrici, in proporzione all'aumento di questi in conseguenza alla realizzazione della concessione. Tutte queste disposizioni consentono l'uso delle acque e al tempo stesso, nonostante il fatto che le acque siano intensamente utilizzate, la loro qualità rimane immutata.

Nel corso di procedimento che porta al rilascio della concessione, il documento più importante è la relazione sull'utilizzo dell'acqua, la quale

[19] J. SZACHUŁOWICZ, *op. cit.*, p. 288.
[20] Pare che questa esigenza possa essere giustificata dallo stato delle risorse idriche e dalle considerazioni riguardanti la loro salvaguardia.

viene stesa in forma descrittiva e in forma grafica. Analizzando i requisiti riguardanti la relazione, si osserva che alcuni di essi richiedono degli studi approfonditi a carattere specialistico. La parte descrittiva deve comprendere, tra gli altri: le caratteristiche delle acque coperte dalla concessione, oppure la stabilizzazione delle condizioni per l'utilizzo delle acque all'interno della regione idrica nonché la determinazione dell'influenza dell'economia idrica esercitata dall'ente sulle acque superficiali e sotterranee. Un contenuto delle disposizioni così preciso causa un'implementazione dei mezzi di sicurezza sia dal punto di vista quantitativo che qualitativo.

Se si dovessero manifestare effetti negativi nella regione idrica, l'organo competente al rilascio della concessione, può imporre all'ente l'obbligo di rispettare le disposizioni in essa contenute ed effettuare una perizia, sviluppare o aggiornare le istruzioni per la gestione delle acque. L'obbligo di effettuare una perizia comporta una verifica dettagliata degli eventuali rischi relativi alla quantità o alla qualità delle acque e successivamente alle modalità della loro eliminazione. Lo sviluppo o l'aggiornamento delle istruzioni in materia di gestione delle acque, contribuisce al monitoraggio dello stato attuale delle risorse idriche. Le istruzioni in materia di gestione delle risorse idriche sono state inserite dal legislatore nel regolamento del Ministro dell'Ambiente del 17 agosto 2006, concernente il campo di applicazione delle istruzioni in materia di gestione delle acque[21]. Ciò significa che le decisioni del legislatore non rimangono infondate, in quanto nella legge vengano inserite le disposizioni riguardanti la necessità di aggiornare le istruzioni sovra menzionate. Tale regolamento definisce il campo di applicazione delle istruzioni in materia di gestione delle acque.

La concessione per l'utilizzo delle acque può essere revocata o ridotta senza alcun risarcimento, oppure può essere revocata o limitata mediante il pagamento di un risarcimento. Per quanto riguarda la revoca o la limitazione senza il risarcimento, essa può essere attuata[22] nel caso in cui l'impianto cambi lo scopo e l'ambito dell'utilizzazione dell'acqua oppure le condizioni dell'esercizio dei poteri stabiliti dalla concessione. Si deve prestare attenzione al fatto che la revoca o la limitazione della concessione non sono sempre dovuti al comportamento dell'operatore e si verificano

[21] Dz. U. del 2006.150.1087.
[22] Ciò ha carattere facoltativo. Pare che l'organo decidendo della revoca o della restrizione debba considerare il preciso scopo di questa azione sia dal punto di vista della protezione delle acque che dalla portata dell'eventuale carenza di protezione.

anche quando le risorse idriche diminuiscono in modo naturale [23] oppure quando sono state apportate modifiche alle disposizioni, per esempio, i requisiti relativi alla protezione delle acque diventano più severi.

Va sottolineato che la revisione delle concessioni concernenti i prelievi d'acqua o l'immissione delle acque reflue nell'acqua o nel suolo o nelle reti di fognatura, nonché l'attuazione di tali concessioni, viene effettuata dall'organo competente almeno volta ogni 4 anni. In caso di circostanze giustificative, sarà l'organo competente a pronunciarsi, attraverso l'emanazione di una decisione, in tema della revoca o della limitazione della concessione.

La revisione delle concessioni che viene effettuata ogni 4 anni garantisce la corretta attuazione della stessa.

Infine, la concessione può essere revocata o limitata attraverso il pagamento di un risarcimento, nel caso in cui questa cosa sia giustificata dall'interesse pubblico o dalle importanti considerazioni economiche. L'autore di questa ricerca è d'accordo con la visione di J. Szachułowicz, il quale ha affermato che «*una violazione dell' interesse pubblico può essere considerata come un deterioramento della qualità dell'acqua ad uso potabile, o quando i problemi si rivelano dannosi per la salute umana e per la vita. Le considerazioni economiche possono essere menzionate ogni volta che le concessioni si rivelino di essere dannose per gli interessi o per la proprietà o quando potrebbero comportare la limitazione nell'utilizzo dell'ambiente*»[24]. Bisogna sottolineare che la violazione degli importanti interessi pubblici o economici, viene considerata dal legislatore come la più dannosa per l'ambiente. Pertanto, in questo caso la revoca o la limitazione delle concessioni viene effettuata previo il risarcimento.

Si deve prestare attenzione al fatto che la decisione di sospendere o revocare la concessione non si può limitare solo alla manifestazione delle conseguenze che si sono verificate. Ebbene, il legislatore nell'art. 138, comma 2, della legge sull'acqua stabilisce che «*Attraverso la decisione in merito alla cessazione o sospensione della concessione può essere imposto l'obbligo di rimuovere gli effetti negativi sull'ambiente derivanti dall'esercizio dei poteri o derivanti dall'esercizio dell'attività in contrasto con le condizioni specificate nella concessione, nonché definito il campo di applicazione e la data di realizzazione di questo dovere*». Ciò indica

[23] Per esempio, a causa della siccità.
[24] J. SZACHUŁOWICZ, *op. cit.*, p. 305.

che l'ente che non rispetta le disposizioni contenute nella concessione, può non solo perdere il diritto all'esercizio dell'attività, ma può anche essere tenuto a rimuovere gli effetti negativi causati all'ambiente acquatico. Si può concludere che in alcuni casi il legislatore, può permettere di utilizzare le risorse idriche, a condizione dell'adempimento ai determinati requisiti. Tuttavia, in caso di violazione della concessione da parte dell'ente interessato, esso potrebbe incorrere nelle gravi sanzioni sopra richiamate.

Tuttavia, il legislatore ha trattato il concetto di «*obbligo di rimuovere gli effetti negativi sull'ambiente*» in modo molto ampio, in quanto si riscontra la possibilità di effetti multipli. Nell'art. 139, comma 1 della legge sull'acqua, è stato chiarito il significato di tale obbligo. Così, ai sensi di questo articolo, attraverso una decisione di cessazione o di revoca della concessione, si possono definire i compiti indispensabili per l'istituzione e lo sviluppo delle risorse idriche[25] e, in particolare, è possibile richiedere all'ente di rimuovere gli impianti idrici e le altre strutture che sono state realizzate o gestite in base a questa concessione.

2.2. *I canoni e le tariffe in gestione delle acque*

La legge sull'acqua relativa agli strumenti economici per la gestione delle acque, comprende i canoni[26] e le tasse. Questi ultimi costituiscono le entrate del Fondo nazionale per la protezione dell'ambiente e delle risorse idriche e vengono utilizzate per la manutenzione del catasto idrico, lo sviluppo dei piani di gestione delle acque, il ripristino di ecosistemi degradati dallo sfruttamento improprio delle risorse idriche, l'elaborazione ed il rilascio delle informazioni e le pubblicazioni sulle infrastrutture della navigazione interna. L'ammontare dei canoni ha come scopo il mantenimento del catasto idrico e contribuisce indirettamente alla protezione delle risorse idriche, in quanto nel catasto idrico vengano raccolti e aggiornati, tra gli altri: i dati sulla quantità e qualità delle risorse idriche o le dimensioni della raccolta delle acque superficiali e sotterranee. La raccolta di tali informazioni ed il loro aggiornamento aiuta a prendere le

[25] v. J. ROTKO (a cura di), *op. cit*., p. 363. L'autore ha concluso che la formazione delle risorse idriche consiste tra gli altri: nel loro uso razionale, e questo è a sua volta, la base di tutto il sistema di protezione delle risorse naturali.

[26] I canoni dovrebbero essere identificate con le spese pubbliche, e le tasse sono considerate una raccolta di beneficio monetario civile derivante da un rapporto contrattuale. Il nome collettivo, usato nella legge sull'acqua per entrambi i gruppi di strumenti, è "strumenti economici". In argomento v. J. ROTKO (a cura di), *op. cit*., p. 379.

misure al fine di migliorare la qualità e la quantità di queste risorse, in quanto i dati raccolti indicano lo stato al di sotto dello standard richiesto. Si deve prestare attenzione al fatto che i mezzi finanziari sono destinati al mantenimento del catasto idrico per un intero paese, non solo per acqua di una regione[27].

La destinazione dei canoni e delle tasse allo sviluppo dei piani di gestione dei bacini fluviali significa che vengono perseguiti gli obiettivi fissati da questi piani.

La ricostruzione degli ecosistemi degradati a causa dell'improprio sfruttamento delle risorse idriche è un'altra fonte alla quale sono destinate le risorse provenienti dai canoni e dalle tasse.

Essa costituisce l'unica fonte di acquisizione delle entrate. In altre parole, le entrate non sono destinate al ripristino di tutti gli ecosistemi degradati ma solo a quelli il cui degrado è un risultato dell'improprio sfruttamento delle risorse idriche. L'improprio sfruttamento improprio delle risorse idriche consiste nell'uso dell'acqua in un modo incompatibile con i principi di conservazione dell'acqua.

Infine, i ricavi provenienti dalle tasse e dai canoni sono stanziati al fine dello sviluppo e del rilascio delle informazioni e pubblicazioni che riguardano le infrastrutture delle vie navigabili interne. Questo a sua volta permette la specificazione dell'attività della struttura, la cui esistenza è indispensabile per la corretta gestione delle acque. Lo sviluppo di queste informazioni svolge un ruolo di controllo sull' attuale stato delle infrastrutture e consente di mantenerle in una condizione favorevole al corretto uso dell'acqua.

2.3. *Catasto idrico*

La raccolta e l'aggiornamento delle informazioni ha influenzato profondamente il monitoraggio della qualità e della quantità delle risorse idriche. Nient'altro che una regolare raccolta delle informazioni ha un impatto sulla migliore conoscenza dei dati riguardanti l'ambiente acquatico. Bisogna ammettere che sia giusta l'affermazione di J. Szachułowicz, il quale ha scritto che «*il catasto, come una fonte integrata di informazioni, compresi i dati sulle acque, costituisce uno strumento giuridico utilizzato per gestire le acque. Esso è essenziale per la pianificazione della gestione*

[27] Così osservano J. ROTKO (a cura di) *op.cit.*, p. 386, e J. SZACHUŁOWICZ, *op. cit.*, p. 322.

delle acque, per l'uso dell'acqua e l'uso di impianti idrici»[28].

Il catasto idrico è un sistema informativo per la gestione delle acque. In conformità con l'art. 153, comma 1, della legge sull'acqua, il catasto è composto da due sezioni (Sezione I e Sezione II). I dati, che vengono raccolti e aggiornati nella sezione I contribuiscono al suddetto controllo della quantità e della qualità delle acque. Sono dati riguardanti fra gli altri: la quantità e la qualità delle risorse idriche superficiali e sotterranee, le acque superficiali e la dimensione del loro prelievo, le fonti di inquinamento sotterraneo e le caratteristiche d'inquinamento locale e settoriale.

Le pubbliche amministrazioni, gli enti di ricerca e sviluppo, gli impianti e i proprietari degli impianti idrici sono obbligati alla trasmissione gratuita dei dati indispensabili per la conduzione del catasto idrico[29]. È importante che la raccolta di dati sia precisa ed affidabile. L'obbligo di trasmissione dei dati necessari per il catasto è confermato dalla decisione del legislatore di considerarli utili e importanti in modo tale da ritenere la loro trasmissione come un dovere e non solo come la possibilità della loro condivisione. Inoltre, va notato che tale dovere è gratuito, cioè le suddette autorità devono fornire le informazioni senza chiedere alcun pagamento. Questo fatto rafforza ulteriormente il riconoscimento del catasto come una base per ulteriori misure adottate al fine di proteggere le risorse idriche.

Ai sensi dell'art. 155, comma 2, della legge sull'acqua il catasto idrico è disponibile per l'ispezione gratuitamente. Questo dato di atto di mostra anche la possibilità di creare e agevolare l'accesso all'informazione in materia di ambiente acquatico. Il titolo gratuito ha come scopo il favoreggiamento alla partecipazione dei cittadini allo sviluppo dei principi di una gestione razionale delle acque. La ricerca di informazioni, la redazione di copie dei documenti e la loro trasmissione vengono effettuate in base alle disposizioni della legge sulla protezione dell'ambiente e delle norme che disciplinano l'accesso alle informazioni sull'ambiente e la sua tutela.

La tassa per la preparazione e per la fornitura delle informazioni sul catasto al pubblico, contemplati dal suddetto regolamento, costituisce una delle entrate del Fondo nazionale per la protezione

[28] J. SZACHUŁOWICZ, *op. cit.*, p. 324.

[29] L'atto esecutivo è Il Regolamento del Ministro dell'Ambiente del 12 luglio 2006, riguardante il campo di applicazione delle informazioni del catasto idrico, per quanto riguarda la condivisione sul metodo della loro preparazione e del loro costo per la preparazione, Dz. U. del 2006.132. 927.

dell'ambiente e delle risorse idriche. Le entrate del Fondo sono destinate al finanziamento della tutela ambientale e gestione delle acque al fine di attuare i principi dello sviluppo sostenibile.

2.4. *Il controllo di gestione delle acque*

Il corretto trattamento delle acque è uno sforzo molto importante per tutte le imprese industriali e pubbliche. Ciò è particolarmente vero per qualsiasi applicazione nei pressi di una diga di un fiume, oppure di un lago. Tutti si aspettano che l'acqua quotidiana sia di buona qualità. Un controllo centralizzato ed un sistema di monitoraggio devono essere organizzati in modo da fornire gli stessi livelli di acqua per ogni utente ed in ogni momento.

Il controllo di gestione delle acque è regolato nel capitolo 7 del Titolo VI della legge sull'acqua sottotitolato «*Il controllo di gestione delle acque*» Inoltre, questo strumento aiuta a proteggere la qualità e la quantità delle acque. Il legislatore, nell'art. 156, comma 1, della legge sull'acqua afferma che «*il controllo di gestione delle acque riguarda: lo stato di attuazione dei piani e dei programmi in materia di acqua, che vengono determinati in base alla legge, la protezione delle acque dall'inquinamento, lo stato di qualità dell'acqua prelevata per l'uso da parte della popolazione e delle strutture di balneazione*».

Il collocamento delle disposizioni relative al controllo di gestione delle acque all'interno della sezione "Gestione delle risorse idriche" significa che il legislatore ha deciso di includere queste disposizioni negli strumenti sopra menzionati. Tuttavia, secondo alcuni rappresentanti della dottrina «*il controllo non è uno strumento, ma l'attività esercitata dalle autorità pubbliche*»[30].

Il termine «*controllo*» può essere definito come un tipo di attenzione e di assistenza implementata mediante i mezzi di organizzazione. Esso consiste nel descrivere l'attuale stato delle cose in modo da poterlo confrontare con lo stato desiderato. Il confronto porta alla formulazione delle proposte e alla determinazione delle modalità per porre rimedio alle carenze. Il controllo di questo approccio non è vincolante[31]. I controlli previsti dagli art. 156-163 sono vincolanti, vale a dire che costituiscono

[30] Così osserva ad. es. J. ROTKO (a cura di), *op. cit.*, p. 392.
[31] In modo più ampio v. ad. es. J. JAGIELSKI, *Kontrola administracji publicznej*, Warszawa, 1999, pp. 11 e succ.

strumenti giuridici finalizzati a rimuovere le irregolarità. Questa tendenza «*porta ad adottare una posizione sulla formulazione statutaria della sorveglianza, erroneamente chiamata "il controllo*"»[32].

Il fatto che si tratti di sorveglianza e non di controllo viene confermato dall'art. 160, comma 1, punto 1, della legge sull'acqua concernente la possibilità di rilascio, in base di verifica e dei risultati del controllo", di un regolamento post controllo.

Un'ulteriore rafforzamento dell'efficacia di questo strumento, in base all'art. 160, comma 1, punto 2, della legge sull'acqua, consiste nella possibilità di proporre una richiesta diretta all'organo competente in materia di avviare un procedimento amministrativo previsto dalle disposizioni della legge, a condizione che tale organo possa imporre determinati obblighi o controllare, limitare o revocare la concessione per l'utilizzo delle acque.

L'art. 161, comma 1, della legge sull'acqua afferma che «*il Presidente del Consiglio Nazionale e il Direttore Regionale del Consiglio collaborano nello svolgimento delle attività di controllo con gli altri organi di controllo, le amministrazioni pubbliche, le autorità di protezione civile e le organizzazioni sociali*». L'interoperabilità consiste nel garantire le adeguate condizioni per un'ispezione più approfondita e una valutazione degli esiti di tale ispezione. Essa comprende in particolare l'analisi delle domande di verifica, la comunicazione alle autorità competenti, i risultati dei controlli effettuati e lo scambio di informazioni dei rispettivi risultati, nonché la cooperazione con la Guardia alla Frontiera nell'esercizio del controllo nella zona di confine. Bisogna dare ragione a J. Szachułowicz nell'opinione che «*la partecipazione della pubblica amministrazione al controllo che fornisce una base per la valutazione delle azioni dell'autorità, la quale agisce nel pubblico interesse, e la partecipazione delle organizzazioni della società civile - come una struttura indipendente degli organi di amministrazione di governo - potrebbero pregiudicare l'imparzialità della valutazione e della responsabilità individuale di colui che viola gli obblighi individuati ai sensi della legge*»[33].

Nell'art. 162 della legge sull'acqua viene prevista l'istituzione di una diffida che invita l'ente a rimuovere, entro un determinato periodo, la negligenza commessa nel campo della gestione delle acque. L'organo dotato

[32] v. J. SZACHUŁOWICZ, *op. cit.*, p. 333.
[33] J. SZACHUŁOWICZ, *op. cit.*, p. 338.

di potere di richiesta di rimozione della negligenza è lo stesso organo competente in materia di rilascio della concessione per l'utilizzo delle acque. Va notato che il legislatore ha descritto questo invito come un dovere dell'organo. Tale dovere ha luogo nel caso in cui nel campo della gestione delle acque vengono riscontrate delle negligenze che possono provocare una minaccia per la vita o per la salute dell'uomo , degli animali oppure per l'ambiente. Pertanto non tutte le negligenze costituiscono il presupposto dell'invito alla loro rimozione.

Un mezzo di controllo con il maggiore campo di applicazione, che determina ulteriori conseguenze rispetto a quelle precedentemente menzionate, è la decisione di sospendere l'attività dell'ente o delle parti di esso. Se la negligenza commessa dall'ente non verrà rimossa entro un termine stabilito, l'organo richiedente la rimozione della negligenza, può decidere di sospendere l'attività di tale ente o delle parti di esso, fino alla rimozione della negligenza. Questo strumento aiuta a proteggere l'ambiente acquatico nel caso in cui la negligenza non venga rimossa. Si deve prestare attenzione al fatto che l' attività sospesa può essere ripresa mediante il consenso dell'organo che ha richiesto la rimozione della negligenza, ed il quale agisce in accordo con il competente direttore regionale del consiglio, dopo aver constatato che la negligenza commessa nel campo della gestione delle acque e la quale ha comportato il pericolo alla vita o alla salute dell'uomo, degli animali o all'ambiente, sia stata rimossa.

Questi strumenti non si applicano nel caso in cui la negligenza riguardi l'immissione delle acque reflue nell'acqua o nel suolo. L'immissione delle acque reflue nell'acqua o nel suolo è irreversibile, quindi non è possibile presentare richiesta di rimozione della suddetta negligenza, compresa la decisione della sospensione dell'attività dell'ente.

Nel capitolo 7 del titolo VI della legge sull'acqua che riguarda il controllo della gestione delle acque, vi è anche una disposizione che afferma che nel caso di un controllo, se viene riscontrato il fatto che le acque di balneazione non soddisfano le condizioni di cui all'art. 50, comma 3 della legge sull'acqua, l'organo nazionale di controllo sanitario (Ispezione Sanitaria) decide di introdurre il divieto di nuoto e ne informa la popolazione locale in modo comunemente ammesso in tale città. Tale obbligo è giustificato dalla necessità di tutela della salute pubblica.

2.5. *Il monitoraggio delle acque*

Il monitoraggio delle acque è finalizzato alla verifica dello stato ambientale dei corpi idrici, alla loro classificazione ed alla verifica del raggiungimento degli obiettivi stabiliti dalla normativa. Il monitoraggio delle acque si attua per le diverse componenti: acque superficiali interne, acque marino costiere e di transizione, acque a specifica destinazione funzionale e acque sotterranee. La conoscenza dello stato dei corpi idrici permette la loro classificazione e conseguentemente di pianificare il loro risanamento al fine del raggiungimento degli obiettivi di qualità ambientale. La qualità delle acque, la protezione delle risorse superficiali, sotterranee e costiere rappresentano, quindi, un'esigenza primaria ai fini della prevenzione e della mitigazione dei fenomeni di inquinamento, del miglioramento delle caratteristiche dei corpi idrici della garanzia di un uso sostenibile delle risorse.

Il monitoraggio delle acque contribuisce alla loro protezione e costituisce anche l'introduzione degli obiettivi della legislazione polacca nella direttiva quadro in materia. Il monitoraggio permette di osservare i cambiamenti nell'ambiente. Questo a sua volta permette di rispondere all'inquinamento delle acque. Lo scopo del monitoraggio è quello di ottenere informazioni sullo stato delle acque superficiali e sotterranee per la pianificazione e gestione delle risorse idriche e la valutazione degli obiettivi ambientali. Il monitoraggio viene eseguito dalle varie agenzie specializzate in materia. Ognuna di queste unità esegue il monitoraggio in diversi settori. Questa specializzazione garantisce la precisione nelle azioni. Il tema della ricerca sono le acque superficiali e sotterranee. Il legislatore prevede anche l'interoperabilità tra l'ispettore provinciale di tutela ambientale ed il servizio idrico di Stato. L'azione congiunta avviene nei casi giustificati e consiste in un'effettuazione degli studi complementari delle acque sotterranee nell'ambito degli elementi fisico-chimici. I suddetti studi consistono nell'analisi dettagliata dell'acqua, eseguita sia in termini di purezza che in termini di potenziali impurità.

Il Regolamento del Ministro dell'Ambiente del 15 novembre 2011 in tema di forme e modalità di effettuazione del monitoraggio dei corpi idrici superficiali e sotterranei [34], definisce la forma e le modalità di

[34] Dz. U. del 2011.258.1550. Di seguito citato come il regolamento del Ministro dell'Ambiente del 15 novembre 2011.

monitoraggio dei corpi idrici superficiali e sotterranei. Per quanto riguarda le acque di superficie, vengono stabiliti tra gli altri: i tipi di monitoraggio gli obiettivi della loro attuazione, i criteri di selezione dei corpi idrici da monitorare oppure i tipi dei punti di misura e di controllo ed i criteri per la loro stabilizzazione. Infine, al fine di determinare i tipi di monitoraggio delle acque sotterranee e gli obiettivi della loro istituzione, i criteri della selezione dei corpi idrici alla fine del monitoraggio, i criteri per determinare i punti di misura, il campo di applicazione e la frequenza del monitoraggio, metodologie di riferimento e infine le condizioni che assicurano il monitoraggio di alta qualità.

La rete di monitoraggio permette di determinare lo stato dell'acqua e di tenere traccia delle modifiche apportate nell'ambiente. In conformità alle esigenze espresse nel § 5, comma 1 del Regolamento del Ministro dell'Ambiente del 15 novembre 2011, il legislatore prevede il monitoraggio diagnostico, il quale fornisce informazioni sui cambiamenti a lungo termine che si verificano nell'ambiente acquatico, permette di determinare lo stato delle acque, nonché la progettazione di futuri programmi di monitoraggio e di determinazione dei tipi delle maggiori interazioni dell'attività dell' uomo, a quale vengono esposte le acque superficiali nella zona.

D'altra parte, ai sensi del § 5, comma 2 del Regolamento del Ministro dell'Ambiente del 15 novembre 2011, il monitoraggio operativo dell'acqua è utilizzato ai fini della valutazione dei cambiamenti avvenuti nei corpi idrici e derivanti dall'attuazione dei programmi e delle attività sui corpi idrici individuati come a rischio di non soddisfare gli obiettivi ambientali. Inoltre esso serve ad effettuare la valutazione dei corpi idrici superficiali, per i quali è stato specificato lo scopo dell' utilizzo, e infine, consente la determinazione delle acque superficiali nelle aree che sono state identificate negli elenchi specifici (gli elenchi di cui all'art. 113, comma 4 della legge sull'acqua) e la stabilizzazione dello stato dei corpi idrici superficiali che sono stati identificati come a rischio di non soddisfare gli obiettivi ambientali.

Infine il monitoraggio della ricerca, ai sensi del § 5, comma 3 del Regolamento del Ministro dell'Ambiente del 15 novembre 2011, viene utilizzato per spiegare i motivi per i quali gli obiettivi ambientali per i corpi idrici non verranno raggiunti quando non è possibile spiegare tali motivi basandosi sul monitoraggio diagnostico e operativo, oppure nel caso in cui la causa del deterioramento dei corpi idrici rimane ignota ed esiste la necessità di valutare l'impatto dell'inquinamento accidentale. Tale

monitoraggio serve anche per determinare la dimensione e gli impatti dell'inquinamento accidentale. Questo tipo di monitoraggio viene utilizzato anche per determinare le cause delle notevoli discrepanze tra i vari risultati della valutazione dello stato ecologico in base agli elementi di qualità biologica e fisico-chimica.

Per quanto riguarda le forme di monitoraggio dei corpi idrici sotterranei, si possono individuare due tipi: il monitoraggio dello stato chimico e quello quantitativo. Le suddette forme aiutano a proteggere sia la quantità che la qualità dell'acqua.

L'utilizzo dei risultati ottenuti da i tutti tre tipi di monitoraggio permette di gestire le acque sotterranee e superficiali in modo razionale, prendere le misure per migliorare la qualità dell'acqua nelle zone dove essa non è elevata e formulare le proposte al fine di adottare le misure necessarie per la massima protezione di queste acque. Questi risultati devono essere anche alla base della pianificazione di ulteriori indagini, soprattutto nelle aree dove c'è carenza di acque sotterranee.

3. *Considerazioni finali*

L'analisi della problematica sollevata in questa elaborazione porta alla conclusione che l'ipotesi alla base della gestione delle acque è quella di condurre le azioni di cui sopra, mantenendo il principio della gestione razionale e completa delle risorse idriche superficiali e sotterranee, tenendo conto della loro quantità e qualità e del principio degli interessi comuni. La gestione delle acque viene realizzata attraverso la cooperazione tra la pubblica amministrazione e gli utenti dell'acqua, in modo tale da ottenere il massimo beneficio. Inoltre, la gestione dell'acqua deve essere condotta in conformità con l'interesse pubblico, non si può permettere un evitabile degrado delle funzioni ecologiche dell'acqua ed un deterioramento degli ecosistemi acquatici e delle zone umide direttamente dipendenti dalle acque sotterranee. Al fine di ottenere il massimo uso razionale delle risorse idriche indispensabili per lo sviluppo del paese, con salvaguardia dell'ambiente, occorre adottare le misure per la sua protezione, per aumentare le risorse e per migliorarne la qualità.

La pianificazione della gestione delle acque è uno strumento importante per la tutela delle acque. I piani devono rispondere a tutti gli obiettivi che sono indicati nell'art. 112 della legge sull'acqua. Va sottolineato che il mancato raggiungimento anche di uno degli obiettivi può

comportare il loro difetto. Si deve prestare attenzione al fatto che molti piani possono portare a conflitti d' interesse, come le condizioni d'uso dell'acqua stabilite in una determinata regione, che possono provocare il sorgere di molti pareri divergenti, ciò rende difficile attuazione tali piani in vigore. Inoltre, ai sensi dell'art. 13, comma 7 della direttiva quadro in materia di acque, i piani di gestione dei bacini idrografici vengono riesaminati e aggiornati entro 15 anni dalla data di entrata in vigore della presente direttiva, e successivamente ogni 6 anni. Tuttavia la legge sull'acqua, nell' art. 114, comma 3, stabilisce che i piani di gestione del bacino devono essere riesaminati ogni 6 anni. Così, l'obbligo previsto dalla legge polacca è più rigoroso rispetto a quello richiesto dalla direttiva quadro sulle acque. In primo luogo, può sollevare dubbi la possibilità di soddisfare gli obblighi previsti dalla legislazione nazionale a causa della situazione finanziaria nella gestione dell'acqua[35]. In secondo luogo, il legislatore non ha specificato sanzioni per mancato rispetto dell'obbligo di verifica precedentemente menzionato.

L'istituzione dell'obbligo della concessione ad una determinata attività è legato alla ricerca eseguita dall'autorità pubblica competente finalizzata alla verifica se l'ente soddisfa le condizioni che si applicano all'esercizio dell'attività. Queste regole si applicano anche, naturalmente, alle risorse idriche. La funzione protettiva delle concessioni permette l'introduzione di restrizioni e di regole sull'utilizzo delle risorse idriche al fine di proteggere le acque dall'eccessivo inquinamento (protezione di qualità) e la protezione contro l'uso dell'acqua in quantità non controllate (protezione quantitativa).

I canoni e le tasse per gli enti di gestione dell'acqua, hanno la funzione coercitiva sui soggetti beneficiari dell'ambiente acquatico con scopo di minimizzare tale impatto. Tuttavia, la loro funzione di reddito contribuisce alla protezione delle acque quando i fondi accumulati sono destinati a fini di sicurezza.

Bisogna sottolineare che ogni adozione di una direttiva al livello comunitario nel settore dell'ambiente dell'acqua impone agli stati membri di adottare molte operazioni complesse, che comprendono principalmente: traduzione delle disposizioni della direttiva a livello nazionale adottata al fine di perseguire gli obiettivi comunitari; applicazione da parte dei tribunali e delle autorità nazionali delle disposizioni di recepimento della direttiva in modo tale da attuare in

[35] v. http://orka.sejm.gov.pl/Druki6ka.nsf/0/8B61243D90991D15C1257481004218B3/$file/723.pdf

modo efficace gli obiettivi stabiliti, controllo e azioni dirette al fine di far rispettare la conformità della legislazione nazionale con l'attuazione della direttiva comunitaria.

La validità dei numerosi regolamenti nel campo della legge sull'acqua sembra essere una soluzione corretta, perché il processo della loro emanazione è più breve e semplice, ma anche perché il cambiamento nella legislazione nazionale, per via di nuove circostanze, diventa meno complicato rispetto a quello delle leggi.

Si deve prestare attenzione al fatto che secondo la direttiva quadro, l'obiettivo principale della gestione delle acque è quello di mantenere / migliorare un buono stato degli ecosistemi acquatici e acqua-dipendenti. L'elenco completo degli obiettivi è disciplinato dall'art. 1 della direttiva quadro. Tuttavia l'art. 2 della legge sull'acqua stabilisce alcuni obiettivi di gestione dell'acqua, che non sono presenti nella direttiva quadro sulle acque. Gli obiettivi sono quelli di fornire acqua per l'agricoltura e l'industria per soddisfare le esigenze del turismo, dello sport e della ricreazione, creando le condizioni favorevoli per l'energia, il trasporto e l'uso delle acque da pesca. Ciò dimostra la non corretta interpretazione della direttiva quadro, e questo a sua volta provoca l'adozione di un atto che non corrisponde ai suoi obiettivi. La ragione di questo è, ad esempio, la mancanza di competenze dei professionisti coinvolti nell'attuazione delle direttive o della scarsa qualità degli standard comunitari delle norme giuridiche contenute nelle direttive.

ABSTRACT

Karolina Szuma - *Tutela giuridica delle acque in Polonia nell'aspetto quantitativo e qualitativo.*

Il ruolo dei singoli strumenti di tutela delle acque in Polonia è diverso. In ogni caso, l'importanza di tutti gli strumenti di protezione dell'acqua (pianificazione in gestione delle acque, concessioni per l'utilizzo delle acque, i canoni e le tasse nella gestione delle acque, catasto idrico, il controllo di gestione delle acque, il monitoraggio delle acque) è tale da riflettere sulle proprie caratteristiche contenute nella legislazione, e la loro presentazione fornisce una base per indicare il quadro generale che contribuisce alla conservazione dell'acqua. Gli strumenti per la protezione delle acque, per così dire, impongono nei diversi piani una forma di obbligo come gli strumenti finanziari e giuridici, le concessioni, le regole di responsabilità, ecc. L'applicazione di tali obblighi è giustificata dal dovere costituzionale da parte delle autorità pubbliche seguito dalla protezione, tra gli altri: delle risorse idriche, intesa come un'interferenza con l'utilizzo di queste risorse. Non è consentito lasciare le risorse idriche alle regole del libero mercato, e perciò l'elemento di protezione speciale, sotto forma di dazi supplementari è indispensabile in quanto il legislatore non ha la possibilità di svolgere attività nel campo della tutela delle acque in modi diversi.

Karolina Szuma - *The quantitative and qualitative aspects of the legal safeguard of water in Poland*

The role of each instrument of protection of waters in Poland is not the same. In any case, the meaning of all the instruments of protection of waters (Water Management Planning, authorization for the use of water rates and charges in water management, land of water, control of water management and water monitoring) is so relevant that the characteristics of each instrument are reflected in the legislation, and their presentation provides a basis to indicate the general propriety that contributes to water conservation. The instruments for the protection of waters, can be said that imposes, in various areas, obligations in the form offinancial and legal instruments,

obtaining permits, principles of liability, etc. The imposing of such obligations is justified by the constitutional duty which lies on the side ofthe public authorities and which consist, among othersof the protection of water resources, understood as an interference with the usage of these resources. It is not allowed to leave the water resources to the rules of the free market, hence the element of special protection in the form of additional duties is necessary because the legislator has no possibility of making activities forwater protection in a different way.

STEFANO CIVITARESE MATTEUCCI*

Recensione del volume "Aree Protette", a cura di G. Cocco, L. Degrassi, A. Marzanati, Milano, 2011

Il volume, che esce nella collana del Dipartimento di diritto per l'economia dell'Università degli studi di Milano-Bicocca, raccoglie gli atti del convegno tenutosi a Grado il 16 ottobre 2010.

L'idea ispiratrice del convegno, si legge nella presentazione redatta dai curatori del volume, era quella «secondo cui le aree protette, i parchi e le aree transfrontaliere, costitutuiscono forme di tutela territoriale essenziali, da un lato, per la realizzazione di nuove modalità di gestione di risorse condivise, dall'altro, per la stabilità, la sicurezza, ma anche lo sviluppo di intere aree regionali».

Nell'ambito di questa direttrice che indica un profilo più generale, quello delle modalità di gestione delle aree protette, e uno più specifico, quello del ruolo dei parchi in determinate aree regionali, si collocano le due parti in cui il libro è suddiviso, una generale, appunto, e una speciale.

I contributi presenti nella prima parte, tutti opera di valenti giuspubblicisti, restituiscono brillantemente il quadro dei principi e degli strumenti dell'ordinamento italiano in materia di aree protette, allo stesso tempo individuando i punti problematici e le prospettive evolutive della disciplina.

Al tema in senso stretto della disciplina dei parchi sono dedicati gli interventi di Angelo Mattioni, aree protette e valori costituzionali, Giovanni Cocco, Il difficile rapporto tra aree protette e territorio: dal modello originario dell'insularizzazione alla concezione matura dell'integrazione, di Anna Marzanati, Protezione delle aree naturali: l'azione dell'Unione Europea e gli strumenti di conservazione e valorizzazione dell'ordinamento interno, e Paolo Giangaspero, Corte costituzionale e autonomie speciali in materia di aree protette.

Su due aspetti, per così dire orizzontali al tema, si soffermano Maurizio Cafagno, utilizzo di strumenti di soft law nella protezione del patrimonio naturalistico e il sistema di Ramsar, e Lidianna De Grassi, l'idea di paesaggio tra natura e culture in rapporto con le aree protette.

La parte speciale, introdotta da Sandro Amorosino, e gli interventi, offrono a loro volta un interessante punto di vista sulle peculiarità ed esperienze applicative in materia di aree protette nel Friuli Venezia Giulia, in particolare quanto al rapporto con la disciplina degli usi del territorio (Giulia Milo) e alla tutela delle zone umide (Luciano Salomoni). Completano il volume alcuni scritti che si

* Professore ordinario di Diritto Amministrativo presso l'Università degli studi "Gabriele D'Annunzio" di Chieti – Pescara.

concentrano sulla tutela del mare e del litorale (Luigi Franzati, Antonio Brambati e Ruggero Marocco) e sul rapporto tra aree protette ed energia nucleare (Emilia Scaglione)

Non è ovviamente possibile in questa sede dare conto della ricchezza delle analisi e della pluralità di spunti di riflessione che questi contributi ingenerano nel lettore.

A mio avviso, volendo tentare di individuare un tratto che accomuna i lavori presenti nel volume questo è nell'idea – condivisa da chi scrive – che la questione delle aree protette è al tempo stesso parte di un più ampio problema ambientale e disciplina specifica e differenziata il cui fine ultimo è la tutela della biodiversità. Fine ambientale quant'altri mai, ma che ha regole e obiettivi diversi per esempio dalla tutela del paesaggio o dei beni culturali, e che non può essere semplicemente ricondotta allo slogan dello sviluppo sostenibile.

Da questo punto di vista, oltre al saggio di Degrassi sulla specificità della protezione della natura rispetto alla tutela del paesaggio, e quello di Giangaspero sulla unitarietà e non frazionabilità dell'interesse alla protezione della natura nella giurisprudenza della Corte costituzionale, particolarmente utili mi sembrano le precisazioni di Cocco sulla necessità di superare la "insularizzazione" delle aree protette, ma tenendo ben presente che non sempre protezione della diversità e sviluppo (sia pure) sostenibile sono conciliabili. Scrive l'autore che «alla base della istituzione di un'area protetta ... è dato un elemento di rigidità, un nucleo di valori non negoziabili... legato ad ovvie esigenze di gestione del parco» (p. 24).

Le aree protette, pur non potendo essere dei "musei" (se non altro perché gli animali e le piante che vi abitano sono vivi e si muovono liberamente senza considerarne, ahi loro, i confini amministrativi) sono luoghi in cui la regola di fondo che regge i nostri normali rapporti con il territorio si inverte: in questo lo sviluppo deve fare i conti con la sostenibilità sull'ambiente circostante (si pensi a strumenti come la V.I.A.), nei primi è l'esigenza primaria di protezione degli ecosistemi che deve essere messa a raffronto con le attività umane. Può sembrare dissonante con questa impostazione la posizione di Marzanati, la cui tesi di fondo è che, partite da ispirazioni diverse, la legge quadro nazionale sui parchi del 1991 e le direttive europee sulla tutela degli habitat naturali finiscono per riallinearsi proprio dinanzi al comune obiettivo dello sviluppo sostenibile, o in altri termini alla ricerca di un continuo equilibrio tra politiche di "conservazione" e "valorizzazione". Tuttavia anche questa autrice mette in luce la rilevanza del diverso punto di partenza, che è dato da un'«esigenza e da un obiettivo di protezione integrale di determinate aree», coniando la suggestiva espressione di "protezione sostenibile" (p. 81). Allo stesso modo Amorosino, parlando di correlazioni tra le discipline delle aree protette, del paesaggio e del territorio, mette in luce che «il governo del territorio – anche nel senso più ampio che gli si voglia dare – *non* comprende, *non* assorbe, *non* ingloba la tutela del paesaggio, né, tanto meno, la tutela delle aree naturali» (p. 143, corsivi dell'autore).

Quanto osservato non implica né, ovviamente, che adottare una politica dei parchi in cui la protezione sia tendenzialmente "integrale", significa abbandonare alla speculazione selvaggia il resto del territorio, proprio perché è "là fuori" che il mantra dello sviluppo sostenibile dovrebbe specialmente operare, né che un'efficace politica di protezione della biodiversità possa limitarsi alla visione insulare criticata da Cocco. Nello sviluppo sostenibile entra evidentemente anche la tutela della biodiversità e come mostra l'approccio europeo alla tutela degli habitat e delle specie la consapevolezza della esigenza di individuare e proteggere reti e corridoi ecologici è matura sia sul piano culturale sia, in parte, su quello normativo. Se si guarda ai risultati di queste politiche in Italia non si può dire, purtroppo, che la classe politica e le burocrazie pubbliche abbiano maturato altrettanta consapevolezza sul tema.

Nemmeno mi sembra in contraddizione con l'impostazione della integralità tendenziale della protezione della biodiversità all'interno delle aree protette il saggio di Cafagno sulle zone umide. L'autore considera appropriato l'approccio di *soft law* della convenzione di Ramsar al livello del diritto internazionale in considerazione della complessità e incertezza che caratterizza le interazioni tra ambiente e dinamiche sociali che quindi richiedono un approccio adattativo, di apprendimento, ipotesi più che soluzioni, ma considera del tutto inappropriato il modo come si è data (o non data) attuazione alla convenzione in Italia proprio sul piano dell'assenza sia di una disciplina nazionale specifica per le zone umide e sia di amministrazioni specializzate (p. 41).

Mi pare, in conclusione, che la consapevolezza di una specificità degli strumenti e delle politiche di tutela delle aree naturali protette, pur tenendo conto della esigenza di fare i conti con la forte antropizzazione che in Italia – e non da ora – caratterizza anche i recessi apparentemente più selvaggi, sia quel tanto o poco che la dottrina del diritto pubblico possa offrire al legislatore – giace in Parlamento una brutta ipotesi di riforma della legge 394 del 1991 – e a quella parte della società italiana che guarda ai parchi ancora come una fondamentale conquista di civiltà. Non so se un visitatore straniero dell'Italia di oggi condividerebbe l'affermazione di Ansel Hall, un naturalista del National Park Service, che dopo essere stato nel Parco Nazionale d'Abruzzo scrisse nel 1924 che l' «Italia sembra di gran lunga il paese europeo più avanzato nel suo entusiasmo per i parchi nazionali»[1]. Ma sarebbe bello poterlo sperare.

[1] L'aneddoto è citato da JAMES SIEVERT, *L'esperienza americana e il Parco Nazionale d'Abruzzo*, in L. Piccioni, a cura di, *Parco Nazionale d'Abruzzo, novant'anni: 1922-2012*, ETS Pisa, 2012, p. 55.