

UNIVERSITA' DEGLI STUDI "SAPIENZA"

DOTTORATO DI RICERCA

IN DIRITTO PUBBLICO COMPARATO E INTERNAZIONALE

- Curriculum Diritto Amministrativo Europeo dell'Ambiente -

Resoconto dell'incontro di studi del 27 marzo 2018:

Prof. Gianluca Maria Esposito

(Professore ordinario di Diritto Amministrativo – Università degli Studi di Salerno)

### **Le procedure di valutazione ambientale strategica**

L'incontro di studi tenutosi il 27 marzo nella sede dell'Università "Sapienza" di Roma (Dipartimento di Scienze Politiche) ha ospitato la lezione del prof. Gianluca Maria Esposito sul tema de "Le procedure di valutazione ambientale strategica". Il relatore ha esordito con una premessa storica sulla nascita ed evoluzione del diritto dell'ambiente, ponendo in luce le rilevanti modifiche che questa nuova disciplina ha prodotto sul tessuto normativo preesistente, a partire dalla base stessa dei principi ordinamentali. La genesi delle norme del settore ambientale, diversamente dal diritto civile, commerciale, tributario, penale ecc., variamente formatasi nel corso di molti secoli, è frutto di una maturazione riconducibile - salvo "eccezioni" delle quali ci dà testimonianza soprattutto la letteratura *extra*-giuridica - agli ultimi quattro decenni. Tuttavia, sia pure nel volgere di un lasso così ristretto, il diritto ambientale ha in breve assunto una configurazione imponente, non solo – citando il prof. Picozza – a livello nazionale, ma anche comunitario ed internazionale. Il professor Esposito richiama perciò l'attenzione sul fatto che il diritto dell'ambiente ha formato oggetto di un rapido processo di codificazione, accompagnato dalla nascita di istituti giuridici del tutto inediti (dalla valutazione ambientale, al diritto all'informazione, dal permesso di inquinare, al piano delle emissioni e così via) con un impatto trasversale su altri settori del diritto. Anche rispetto alla ripartizione interna del diritto amministrativo, la progressiva espansione degli interessi ambientali ha largamente modificato la struttura

di settori normativi contermini al cosiddetto “governo del territorio”, e che anteriormente alla riforma del titolo V della Costituzione potevano per lo più ricondursi all’urbanistica. Infatti, la spinta della tutela ambientale ha favorito l’unificazione di ambiti in passato tenuti distinti (urbanistica, paesaggio, beni culturali, edilizia ecc.) dando luogo, in tal modo, ad una sorta di super materia in grado di ritrovare unità in relazione al suo oggetto: il territorio nei diversi suoi aspetti, forme e contenuti. L’unità è d’altra parte un principio generale della scienza giuridica, che sovente il legislatore ha perso di vista causando frammenti materiali, settoriali ed intersettoriali (specie nella tendenza alla separazione tra diritto pubblico e diritto privato) non sempre utili alla tutela delle situazioni giuridiche soggettive. Attuale è il richiamo che oltre mezzo secolo fa Giannini faceva all’unità della scienza giuridica “sotto pena di perdere una delle chiavi per comprendere il nostro tempo”, rischio che, in effetti, si è verificato almeno in parte: basta porre mente al formalismo che ha divaricato, pur disciplinando le medesime fattispecie, le normative denominate, rispettivamente, di diritto pubblico e di diritto privato, “sol perché le rispettive cattedre universitarie sono distinte”. Il relatore ritiene ancor più urgente di ieri, perciò, la necessità di ricondurre la scienza giuridica ad un metodo unitario, poiché solo ciò consente di evitare la scissione del diritto in quei sovrabbondanti compartimenti stagni - anche all’interno di una singola materia, come nel caso del diritto amministrativo – che finiscono per ridurre, anziché aumentare, l’effettività dei diritti e la certezza del diritto.

Proprio a quelle ragioni di unità si è ispirata la dottrina, protesa sin dal principio alla ricerca dell’identità della materia ambientale, con maggior difficoltà per la simultanea rispondenza alla teoresi sia del diritto amministrativo che del diritto civile, a causa di un regime di convivenza, non ultimo, anche di assetti giurisdizionali bipartisan. Nella prima fase, l’interesse scientifico si è concentrato sulla nozione di ambiente, costruita attraverso la ricognizione dell’ampia pluralità dei suoi contenuti. Di questi ultimi, e del nascente settore, ne è stato subito colto il radicamento nei tre differenti ambiti della salute, del paesaggio e dell’urbanistica, avvertendosi circa i rischi di «smagliature del tessuto» per la mancanza di raccordo interno, in special modo tra la sovrastante materia dell’urbanistica e gli altri settori di intervento sul territorio. Senza mai allontanarsi dagli esiti di questa prima indagine, alla quale ha ampiamente seguito a ispirarsi, l’interesse scientifico, in larga misura sorretto

dalla giurisprudenza, si è spinto oltre nella ricerca della possibile unitarietà disciplinare, ma con il permanere della difficoltà di oltrepassare il dualismo originario tra i valori della tutela della salute e della tutela del paesaggio, nel silenzio della Costituzione.

Il dibattito, molto presto, si è ulteriormente arricchito, per più ragioni.

In primo luogo, nell'ordinamento comunitario, un anno più tardi della direttiva sulla valutazione ambientale n. 337/1985, l'Atto Unico Europeo ha annesso l'ambiente - fino ad allora governato con programmi atipici - nelle originarie attribuzioni delle istituzioni europee, regolando il riparto di competenze con le istituzioni statali attraverso un nuovo principio, la sussidiarietà.

In secondo luogo, nell'ordinamento interno la l. 8 luglio 1986, n. 349, ha istituito il Ministero dell'ambiente, disciplinando un'ipotesi risarcitoria tipica di danno ambientale.

L'ordinamento internazionale, frattanto, ha seguito a produrre fonti normative in quantità superiore a qualunque previsione (se ne indicano oltre 9000), per ampia misura recepite nell'ordinamento statale, anche se fuori di un quadro di sistema; sovente gli accordi internazionali sono confluiti a livello interno per la via mediata del diritto europeo, come nel caso del protocollo di Kyoto.

Pochi anni dopo, la codificazione dei principi comunitari ambientali, avviata dall'Atto Unico, è stata ripresa dal Trattato di Maastricht, che ha aggiunto i principi di prevenzione, di precauzione, di correzione dei danni alla fonte e di chi inquina paga e, successivamente, dal Trattato di Amsterdam, con l'introduzione del principio di integrazione.

A tale imponente normazione per principi è seguita, in certi casi, anche una regolazione puntuale, non sempre coerente con le linee ordinatrici della materia o dotata di sufficiente funzionalità.

Già queste novità hanno intensificato l'interesse della scienza giuridica che, a partire dagli anni '80, ha visto abbinarsi agli studi di diritto civile sulla responsabilità ambientale i contributi sulla organizzazione e sui procedimenti per la tutela ambientale, in continuità con la tradizione di studi sul paesaggio e sui beni culturali.

A conservare desta l'attenzione della dottrina nell'ultimo quinquennio, dall'area post-nazionale sono approdate all'area interna, le discipline sull'informazione, sulla valutazione strategica e sulla responsabilità ambientali. Queste, in un'ampia risonanza di effetti, hanno

a loro volta dato vita all'ennesima generazione di istituti ambientali tra cui molti «diritti»: il diritto di accedere alle informazioni ambientali, il diritto di partecipare ai piani e ai programmi ambientali, il diritto di ricorrere alla *judicial review*, il diritto di inquinare.

Infine, sempre in area nazionale, il riformatore costituente ha previsto e rimesso allo Stato, con clausola di esclusività, la materia della “tutela dell'ambiente, dell'ecosistema e dei beni culturali”. Nel loro complesso tutte queste innovazioni, già ampiamente recepite nel codice dell'ambiente - a sua volta sottoposto a più interventi correttivi - hanno provocato l'ulteriore dilatazione del settore degli interventi per la cura del territorio, mettendo in discussione originari equilibri.

Sorge una domanda: qual è l'impatto del sistema giuridico ambientale sulla gestione degli interessi territoriali da parte dell'Amministrazione?

L'incessante moltiplicarsi delle competenze ambientali, con organizzazioni parallele e autonome, sembra aggravare la crisi - presente nel pensiero dei primi studiosi - delle politiche di intervento sul territorio, primariamente per la impossibilità di raccordare a sintesi materie e compiti vecchi e nuovi, dandosi, così, luogo ad una pluralità di funzioni di gestione del territorio. Queste, infatti, sono ora ambientali, ora urbanistiche, ora paesistiche, ora delle aree protette, quasi come se esistessero tanti territori quante le corrispondenti funzioni previste dal legislatore e allocate ovunque nell'amministrazione.

A loro volta, le attribuzioni ambientali sono frammentate in altrettanti sub-settori (suolo, acque, rifiuti, energia, inquinamenti, aree protette ecc.) con altrettante strutture, forme e strumenti di intervento. Per di più l'ambiente, con i suoi numerosi oggetti, è materia nuova alla quale molte altre, a cominciare dall'urbanistica, oggi governo del territorio, seguitano a sopravvivere nell'ontologia di organizzazioni e attività.

Sul piano organizzativo la Repubblica conta un apparato ambientale che, sebbene sorto da pochi decenni, si è esteso sino a risultare, oggi, sovradimensionato. La sensazione è che l'amministrazione, in un sistema così irregolare e affollato, agisca fuori da un disegno organico, con strutture e attività sempre diverse, per convergere verso un interesse che, nella varietà di vedute, è e resta comunque unico. L'effetto è una proliferazione di quelle «smagliature del tessuto» di cui aveva avvertito Giannini nel suo saggio, nonostante la

teorica unità valutativa sopraggiunta con il principio di integrazione delle funzioni e delle materie (art. 6 Trattato Ue).

La valutazione strategica ambientale (v.a.s.) degli atti generali vorrebbe risolvere questo limite. In proposito, il professore si sofferma su una delle più rilevanti modifiche apportate al Codice dell'ambiente: circa un anno dopo l'emanazione, il Governo ha esercitato il proprio potere correttivo sulla sua primissima versione - apprezzata dal relatore per la sua portata - eliminando la sanzione della nullità per i procedimenti conclusi in mancanza della valutazione di impatto ambientale (VIA) o della VAS, e sostituendola con quella classica dell'annullabilità. Rispetto alla nullità civilistica, che è la massima espressione della tutela dell'ordinamento di fronte alla patologia come causa di invalidità di una fattispecie, la nullità amministrativa è, per certi aspetti, un'ipotesi eccezionale e parzialmente diversa. Il sistema amministrativo nasce alla luce di un principio diametralmente inverso, quello della *continuità amministrativa*: fatti salvi i casi residuali e tipici, se gli effetti della decisione fossero fermati, ciò causerebbe un'intermittenza dell'azione amministrativa.

Oggi, per espressa previsione codicistica (art. 11, comma 5, d.lgs 152/06), il procedimento di approvazione dell'opera non può essere completato senza la celebrazione del procedimento ambientale, che, sebbene ne rappresenti una variabile, è dotato di rilevanza tale da condizionare l'esito stesso del più ampio procedimento all'interno del quale si iscrive: qualora, anche in mancanza del *sub* procedimento, si proceda all'approvazione, il provvedimento finale è illegittimo, per invalidità derivata.

Rispetto alla VIA, che ha natura di procedimento e provvedimento particolare, la VAS ha una portata generale: l'oggetto è la *valutazione complessiva e preventiva* di piani e programmi, che si svolge «a monte» e che consente «a valle» lo svolgimento di procedimenti di valutazione ambientale estremamente alleggeriti e semplificati. In questo modo, dunque, trovano attuazione sia il principio di integrazione, che i principi di razionalizzazione e semplificazione. Peraltro, la coordinazione tra i due strumenti di valutazione ambientale è perseguita attraverso il divieto di aggravamento, per effetto del quale, l'esperimento della VAS, esclude la VIA, se non per i casi in cui è strettamente necessaria alla luce di modifiche e varianti alla programmazione stessa.

In una lettura integrata dei valori fondamentali europei e costituzionali, dunque, è la VAS il vero *ius novum*. In quest'ottica, la partecipazione del cittadino assume fondamentale rilevanza. Trattasi del principio che, nel dominare l'attività pubblica nel suo complesso, sorregge la democrazia stessa del sistema di fronte a interessi superiori e sensibili.

Nel complesso, trattasi comunque di un rimedio sottodimensionato alla più ampia portata del problema ambientale, che ha origine nella scarsa valutazione, già a partire dalla sede ordinatrice e fino all'attività amministrativa, dei rapporti tra governo del territorio, tutela dell'ambiente e ulteriori settori contermini.

Compromessa l'architettura generale degli apparati, è l'indirizzo che, in teoria, potrebbe ripristinare una visione sistemica degli interessi territoriali e ambientali. Ma, nei fatti, neanche la pianificazione vi riesce per la moltitudine dei procedimenti e delle formule di piano; si pensi alle varietà di programmi urbanistici, ambientali e paesistici.

Il territorio, non correttamente interpretato dal legislatore come valore unitario e globale, è affidato a troppe amministrazioni come se fosse una materia allungabile o restringibile a seconda della funzione che, di volta in volta, si tratta di esercitare. Nonostante i moniti della dottrina nel suggerire prospettive di unità, il legislatore ha continuato a tener distinte le pianificazioni urbanistica, ambientale, paesaggistica, dei beni culturali, ecc. affidate a insufficienti meccanismi di raccordo, tanto più che dispersi tra gerarchie e vincoli. Nell'insieme, ancora oggi, può seguitarsi a ritenere che la questione non sia tanto legislativa, quanto amministrativa, perché chiama in causa il (dis)funzionamento degli apparati.

Alla fine dei conti, tutto si traduce nella diminuzione di effettività della tutela degli interessi ambientali e del territorio, coincidenti, perché la disorganizzazione genera disfunzione a partire dall'attività di indirizzo.

Al fondo, l'analisi delle questioni ambientali intreccia il problema di un (non) governo del territorio, scontando l'emergere, rispetto ad uno stesso bene, di troppi punti di approdo, sia del legislatore sia, di riflesso, della stessa amministrazione, privi di un baricentro unitario e di adeguati sistemi di coordinamento.

D'altra parte, a fronte di questi elementi di criticità si registra, all'attivo, il formarsi di un corpo giuridico globale con un ricco *instrumentarium* di istituti, più a difesa dei singoli che dell'amministrazione.

Ritorna, allora, utile e necessaria l'elaborazione scientifica, dipendendo dai criteri e dai valori della interpretazione teorica anche l'effettività del sistema nell'insieme. Dal valore riconosciuto alle nuove situazioni soggettive, ad esempio, dipende la possibilità di trasferire, dal campo dell'interesse al campo del diritto, la relazione giuridica tra poteri pubblici e cittadino. Se così fosse, alle carenze organizzative, sarebbe tenuta a rimediare la stessa amministrazione nell'esercizio dei suoi compiti, non più meramente discrezionali ma doverosi. Questo, evidentemente, rimetterebbe in discussione il tutto. In un tale multiforme scenario, è necessario andare alla ricerca di possibili condizioni di effettività del sistema giuridico ambientale.