

La regolarizzazione postuma dell'omessa procedura di Via: Successione delle leggi nazionali nel tempo e divieto di elusione o disapplicazione del diritto europeo

di Francesco Monceri

Title: Posthumous regularization of the omitted procedure of Via: succession of national laws over time and prohibition of circumvention or non-application of european law

Keywords: Environmental impact assessment; Regularisation; Electricity, Biogas.

1. – Con la pronuncia in commento la Corte di Giustizia torna ad occuparsi del rapporto tra normativa nazionale e normativa europea in materia di Valutazione di Impatto Ambientale (A. Police, *La valutazione di impatto ambientale, in Trattato di diritto dell'ambiente*, diretto da P. Dell'Anno-E. Picozza, vol.II, Padova, 2013, 527 ss.; P. Dell'Anno, *Valutazione d'impatto ambientale*, in R. Ferrara-P. Vipiana, *I "nuovi diritti" nello Stato sociale in trasformazione*, Padova, 2002, 208. Per i rapporti tra diritto nazionale e diritto europeo v., più in generale, G. Rossi (a cura di), *Diritto dell'ambiente*, Torino, 2017; E. Picozza (a cura di), *Nozioni fondamentali di diritto dell'ambiente*, Roma, 2016), la cui disciplina, tanto in ambito interno che europeo, è stata investita da recenti riforme (dlgs 16 giugno 2017 n. 104, che attua la direttiva europea 2014/52/UE e modifica l'attuale procedura di Valutazione Impatto Ambientale e la disciplina concernente la verifica di assoggettabilità a valutazione di impatto ambientale).

Il caso da cui prende origine la richiesta di pronuncia pregiudiziale riguarda la decisione della Regione Marche di non assoggettare alla procedura di VIA un intervento diretto al potenziamento di un impianto per la produzione di energia elettrica da biomasse fino a 999 KW.

Il presupposto di tale esenzione era stato ricondotto alle previsioni della L.R. Marche n.3/2012 che consentiva il rilascio dell'autorizzazione sulla sola base di un criterio «quantitativo» (la potenza nominale dell'impianto inferiore a 1 MW), circostanza che permetteva di non sottoporre il progetto a VIA e «nemmeno alla previa verifica dell'assoggettabilità a siffatta valutazione» (rispetto alla supremazia della disciplina della legge statale di tutela uniforme dell'ambiente sulla legge regionale che si sostanzia in una riforma *in peius* dei livelli di tutela ambientale v. Corte cost., sent. 127/2010. In ordine all'obbligo di sottoporre il progetto alla procedura di VIA o, nei casi previsti, alla preliminare verifica di assoggettabilità alla procedura di VIA, quale diretta espressione della tutela del valore ambientale v. Corte cost., sentt. 225 e 234 del 2009). L'*escamotage* utilizzato può, dunque, essere identificato dalla decisione di potenziare l'impianto in misura (di poco) rientrante nei limiti richiesti dalla disciplina regionale vigente per l'esenzione.

Fondando il proprio indirizzo su tali presupposti la Regione Marche provvedeva ad autorizzare la Società agricola 4C a potenziare un impianto per la produzione di energia elettrica da biomasse, senza procedere alla preventiva verifica dell'assoggettabilità dell'intervento alla procedura di Via.

Rispetto a ciò, le doglianze del ricorrente Comune di Castelbellino si concentrano sul fatto che la normativa europea, ed in particolare l'art.2, paragrafo 1, direttiva 2011/92, fanno riferimento ad un concetto più ampio di impatto ambientale che tiene conto della natura dell'insediamento (oltre che della dimensione, dell'ubicazione dello stesso, etc.) che, nel caso specifico, rientra tra quelli presi in esame all'allegato II, punto 3, lett.a) di tale direttiva. Con la conseguenza che il diritto europeo applicabile richiederebbe, per verificare la compatibilità dell'impatto ambientale, la valutazione specifica di parametri quali «le dimensioni del progetto», «il cumulo con altri progetti», «l'utilizzazione di risorse naturali», «la produzione di rifiuti», «il pericolo di inquinamento», «la capacità di carico dell'ambiente naturale» e degli altri aspetti, tassativamente indicati nel richiamato diritto europeo, considerati rilevanti per l'analisi del c.d. rischio ambientale (sulla impossibilità per gli Stati membri di prevedere esenzioni fondate sulle dimensioni dei progetti v. Corte cost., sent. 218/2017).

Dal momento che l'autorizzazione ricevuta dalla Società 4 C riguardava la gestione di un impianto che produceva una quantità di energia inferiore, seppur di poco, ai limiti di legge, in data 22 febbraio 2013 il Tar Marche rigettava la domanda di annullamento dell'autorizzazione *de quo* presentata dal Comune di Castelbellino.

Nelle more delle controversia principale, la Corte costituzionale, con sentenza n.93/2013 provvedeva, in effetti, a dichiarare l'incostituzionalità parziale della legge Regione Marche n.3/2012 proprio nella parte in cui ometteva di richiamare tutti i parametri fissati nell'allegato III della direttiva 2011/92, la cui osservanza era imposta dall'art.4 paragrafo 3 della direttiva, per l'identificazione dei progetti sottoposti a VIA (cfr. Corte cost., sent.93/2013, punto 1.2.3. «i predetti allegati contengono elenchi puntuali e tassativi di progetti sottoposti a VIA regionale e provinciale o a verifica di assoggettabilità regionale e provinciale molti dei quali sono individuati in base al solo criterio dimensionale, senza che vi sia alcuna disposizione (come quelle, peraltro, introdotte all'art. 3 ed all'allegato C della medesima legge regionale n. 3 del 2012, solo a seguito della proposizione del ricorso, con la già richiamata legge regionale n. 30 del 2012) che imponga di tener conto, caso per caso, in via sistematica, anche degli altri criteri di selezione dei progetti, tassativamente prescritti negli allegati alla citata direttiva UE, come imposto dall'art. 4, paragrafo 3, della medesima»).

In seguito a ciò il gestore dell'impianto, in data 16 aprile 2015, presentava alla Regione Marche una nuova istanza di conformità dell'impianto alle prescrizioni contenute nella direttiva di riferimento.

A seguito di ciò, e nonostante l'abrogazione della legge regionale colpita dalla dichiarazione d'incostituzionalità, la Regione Marche «convalidava» con provvedimento del 3 giugno 2015 la precedente autorizzazione del 20 giugno 2012, sulla base di nuove disposizioni, che avevano seguito la pronuncia di incostituzionalità della l.3/2012, persistendo nell'indirizzo di far riferimento, per l'esenzione, a criteri di natura esclusivamente quantitativa. La nuova disciplina aveva, infatti, provveduto a ridefinire a livello nazionale il quadro giuridico di riferimento delle condizioni di esenzione da Via per i progetti regionali del tipo di quello dedotto in giudizio.

Nella sostanza la nuova disciplina, innalzando la soglia di assoggettabilità a Via da 1 MW a 50 MW, replicava la possibilità di consentire l'esenzione dalla procedura di Via per il progetto in discorso. Ai sensi della nuova disciplina vigente, dunque, il progetto doveva essere considerato come pienamente rientrante nelle soglie di esenzione nonostante che i nuovi criteri adottati continuavano a riferirsi ad un criterio meramente quantitativo.

In tale quadro, il giudice del rinvio provvedeva prima ad annullare la prima autorizzazione rilasciata dalla Regione Marche e, a seguito di nuovo ricorso contro la

seconda decisione della Regione, sostanzialmente confermativa della prima, a pronunciare sentenza non definitiva sollevando domanda di pronuncia pregiudiziale.

2. – Le due questioni sollevate, dunque, che la Corte ritiene di esaminare congiuntamente si riferiscono non tanto ai casi in cui la VIA risulti obbligatoria ai sensi del diritto europeo, circostanza questa risolta in senso positivo dalla sentenza della Corte costituzionale 93/2013, quanto ai possibili effetti materialmente elusivi del diritto europeo di una normativa nazionale che ammetta il mancato ricorso alla VIA nel periodo di vigenza di una norma nazionale contraria al diritto europeo.

Sul punto il giudice del rinvio interroga la Corte di giustizia su una questione come vedremo invero non ignota ai giudici del Lussemburgo, ossia sulla possibilità che un istituto avente natura eminentemente preventiva possa eccezionalmente essere applicato successivamente alla realizzazione del progetto con effetti sananti il vizio procedurale.

3. – Con la prima delle suddette questioni viene, quindi, richiesto alla Corte di Giustizia se il diritto europeo osti alla espletazione postuma di una procedura di VIA rispetto ad un progetto che sia già stato realizzato sulla base di una legge nazionale, poi dichiarata incostituzionale che legittimava il mancato esperimento della verifica preventiva di assoggettabilità a procedura di VIA.

Con la seconda questione, invero più sottile, il giudice del rinvio chiede se le autorità competenti possano «considerare, in base alle disposizioni di diritto nazionale in vigore alla data in cui esse sono chiamate a pronunciarsi, che una tale VIA non è obbligatoria».

Sullo sfondo della questione, come detto, sembra potersi così rilevare che si ponga un problema relativo alla natura stessa della procedura di VIA, e della sua obbligatorietà come strumento preventivo di protezione dell'ambiente. Cosicché, a seconda della portata che si intenda dare alla normativa nazionale contrastante con le prescrizioni europee, potrebbero verificarsi interstizi elusivi legati alla realizzazione del progetto nelle more dell'annullamento di detta normativa, rendendo sostanzialmente inutile, almeno rispetto al singolo caso, l'accertamento dell'illegittimità della normativa nazionale.

Ponendosi sul solco appena accennato, la Corte affronta le due questioni sollevate ricostruendo in termini di «strumentalità» il rapporto tra progetti che possono avere un significativo impatto ambientale e rilascio della relativa autorizzazione.

Il carattere preventivo della valutazione sull'impatto ambientale, anche per ovvi motivi di economicità, è infatti logicamente connessa alla decisione amministrativa sul rilascio dell'autorizzazione. In aggiunta a ciò, il carattere preventivo di tale valutazione è, altresì giustificato da motivi di coerenza che consigliano di valutare eventuali esternalità negative in maniera preventiva anziché attivarsi successivamente per ripararne gli effetti.

In questo modo trova, altresì, conferma la natura sostanziale della VIA quale procedimento che si rende necessario, nei casi previsti, per valutare i possibili effetti negativi sull'ambiente che possano scaturire dalla realizzazione di un progetto, sì da eliminarli alla radice rinunciando, quando ritenuto necessario, a portarlo a compimento. Una tutela «forte» dell'ambiente come valore cardine del diritto europeo.

4. – Nonostante ciò, risolvendo la prima delle due questioni poste all'attenzione, la Corte di Giustizia, osserva che la natura per così dire sostanziale dell'accertamento non osta alla possibilità di procedere a forme di «regolarizzazione» postume (v. già Corte Giust., Sez. V, 7.01.2004 C-201/02 in *Urb. App.*, 2004, 415 ss., con nota di E. Boscolo, *Nozione comunitaria di autorizzazione e v.i.a. In Ambito nazionale v. Cons. Stato*, Sez. VI, sent. 22.11.2006 n. 6831 in *Guida al Diritto*, 2007, 74 ss. con nota di O. Forlenza, *La valutazione d'impatto ambientale dell'opera può essere successiva al progetto approvato*, che pur si riferivano a progetti approvati ma non ancora realizzati. Orientamento, peraltro, recentemente

ripreso in Corte Giust., 26.07.2017, C-196/16. Infine, relativamente ai limiti all'applicabilità della procedura di Via a progetti realizzati prima della prima entrata in vigore della disciplina che l'ha resa obbligatoria v. Corte giustizia, sent. 17 marzo 2011, in causa C-275/09 e Corte cost., sent. 4 luglio 2011, n.209).

La Corte, dunque, sottolinea, estendendo un ragionamento già svolto in passato relativo ai progetti approvati e ancora non realizzati, che anche rispetto ai progetti già realizzati sia possibile in qualche modo sanare l'omissione di verifica di compatibilità ambientale, sulla base dell'assunto che, in tali casi, è onere dell'ordinamento nazionale eliminare le conseguenze illecite (alla luce del diritto europeo) dell'omissione.

Nel medesimo senso la già citata sentenza della Corte costituzionale n.93/2013, rifiutava la richiesta della Regione Marche di dichiarare la cessazione della materia del contendere a causa di un sopravvenuto adeguamento legislativo alla disciplina europea proprio perché *ratione temporis* la normativa impugnata, data la sua immediata efficacia esecutiva, avrebbe potuto già produrre effetti lesivi dell'ambiente (cfr. Corte cost., sent. 93/2013, punto 1.2.2. «non vi è, tuttavia, alcuna dimostrazione del fatto che la normativa impugnata non abbia avuto, medio tempore, applicazione, mentre deve rilevarsi che la stessa contiene previsioni dotate di immediata efficacia: pertanto, deve affermarsi che non ricorrono, nella specie, le condizioni richieste dalla giurisprudenza di questa Corte perché possa essere dichiarata la cessazione della materia del contendere»).

La Corte di giustizia si preoccupa, tuttavia, di precisare i limiti di tale processo postumo, assoggettando tale possibilità a due condizioni. In primo luogo si richiede che le norme nazionali che consentano la «regolarizzazione» della verifica ambientale non costituiscano un modo per eludere o disapplicare la disciplina europea. Sottolineando così la necessità di una tutela forte del valore ambientale, di cui la Via, la cui disciplina originaria si deve appunto al diritto europeo (v. R. Rota, *Profili comunitari di diritto dell'ambiente*, in *Trattato di diritto dell'ambiente*, diretto da P. Dell'Anno-E. Picozza, vol. I, Padova, 2012, 216; v. anche F. Fonderico, *Valutazione d'impatto ambientale*, in *Codice dell'Ambiente a cura di S. Nespor-A.L. De Cesaris*, Milano, 1999, 1429), è diretta espressione.

Il problema della normativa sopravvenuta e, nel caso, della individuazione di nuove autorità competenti viene, dunque, risolto in maniera, invero ambigua, dal momento che la Corte di Giustizia articola la soluzione indicata statuendo che 1) gli Stati membri sono obbligati ad eliminare le eventuali illecità determinate dalla mancata valutazione delle conseguenze del progetto di potenziamento di una centrale elettrica pubblica o privata come preconditione strumentale alla positiva conclusione dell'autorizzazione all'intervento; 2) la procedura di regolarizzazione possa essere posta in essere dalle «nuove» autorità competenti, in ipotesi per l'effetto di una normativa nazionale sopravvenuta; 3) in questo ultimo caso la procedura di verifica postuma della compatibilità ambientale, consentita da (sopravvenute) norme nazionali non deve costituire l'occasione per eludere o disapplicare le norme europee.

Queste indicazioni, sembrano riaffermare la stretta coerenza della direttiva 2011/92/CE del Parlamento europeo e del Consiglio e la natura preventiva della valutazione di verifica di assoggettabilità a procedura di Via dei progetti che possono avere effetti negativi sull'ambiente.

Emerge, infatti, che la «regolarizzazione» sarà ritenuta compatibile con il diritto europeo solo nel caso in cui se tale valutazione fosse stata eseguita prima dell'autorizzazione del progetto, essa avrebbe avuto esito positivo. In questo modo si tende, all'un tempo, ad evitare che tanto la realizzazione del progetto, quanto l'emanazione successiva di normative più permissive possa finire per eludere le rigide prescrizioni che avrebbero dovuto essere rispettate in fase di valutazione dell'impatto ambientale. In aggiunta a ciò la Corte sottolinea che ai fini della corretta procedura di valutazione si dovrà, altresì, tener conto dell'impatto ambientale prodotto dalla (illegittima) realizzazione del progetto.

Dunque, la Corte prescrive che la verifica della compatibilità ambientale non si può risolvere in un'analisi *pro futuro* ma debba prendere in considerazione la situazione di fatto esistente al momento della realizzazione dell'impianto.

Di tal che si deve anche concludere, pur di fronte ad un'impostazione della Corte non sempre chiarissima della questione degli effetti della *lex posterior* sull'obbligatorietà della procedura di valutazione dell'impatto ambientale, che il giudice europeo privilegia un'impostazione volta comunque alla «salvaguardia sostanziale» del rispetto delle prescrizioni della direttiva.

Difatti la Corte, pur non affrontando direttamente il tema della legge applicabile dal giudice qualora sia intervenuta una disciplina che elimina l'obbligatorietà della Via per il caso di specie, sembra propendere per la soluzione positiva, ma solamente quando tali norme non siano lesive del diritto europeo.

In questo modo la Corte consente che la successione delle leggi nel tempo permetta allo Stato membro di considerare come non obbligatoria una verifica di assoggettabilità alla valutazione di impatto ambientale che lo sarebbe stata nella vigenza della legge precedente, ma solo quando la *lex posterior* sia comunque compatibile con le prescrizioni della direttiva 2011/92/CE.

5. – In conclusione la decisione annotata si mostra coerente con i precedenti indirizzi giurisprudenziali e normativi europei che includono la protezione dell'ambiente tra i valori fondanti dell'Unione europea. Sul piano del rapporto tra disciplina nazionale e disciplina europea l'assunto si mostra particolarmente rilevante soprattutto rispetto alle recenti tendenze della semplificazione amministrativa nazionale, innescate dalla crisi economica, che in funzione della crescita sembrano, per certi versi, correre il rischio di depotenziare la già intricata normativa dedicata a Via, Vas, e Aia dal Codice dell'Ambiente (artt. 7 *bis*, 8 *bis*, 11 dlgs. 152/2006).

La fase dell'«urgenza» che la semplificazione amministrativa sta attraversando, soprattutto nel diritto nazionale (sul tema v. F. Monceri, *La semplificazione dell'amministrazione nella crisi delle economie di mercato*, Napoli, 2016. Rispetto alla necessità di provvedere anche in materia ambientale ad interventi di semplificazione procedurale v. già M. Renna, *Semplificazione e ambiente*, in G. Scialoja (a cura di), *La semplificazione nelle leggi e nell'amministrazione*, Bologna, 2008), come modo per stimolare la ripresa economica, ha, infatti, esitato nella tendenza a far, in certo modo, prevalere il momento economico sul complesso degli altri valori tutelati dall'ordinamento. Tra questi la protezione ambientale (in ordine a tale problema v. già E. Boscolo, *La VIA "accelerata" per le grandi opere: l'interesse ambientale quale limite alla semplificazione*, in *Urb. App.*, 2003, che rilevava l'inammissibilità di forme di subordinazione dell'interesse ambientale alle necessità connesse alla crescita economica), come testimoniato tra l'altro dalle recenti norme in tema di silenzio-assenso tra pubbliche amministrazioni (art.17 *bis*, l.241/90), dalla transizione del principio di unanimità al principio di prevalenza in sede di conferenza di servizi (art.14 *quater* l.241/90. In argomento v. M. Clarich, G. Fonderico, *Procedimento amministrativo*, Milano, 2015, par.6), dai meccanismi di superamento del dissenso delle amministrazioni qualificate in sede di conferenza di servizi (art.14 *quinquies* l.241/90, procedura che oggi può essere innescata dalle amministrazioni preposte alla tutela ambientale «a condizione che abbiano espresso in modo inequivoco il proprio motivato dissenso prima della conclusione dei lavori della conferenza»). Per le criticità in materia ambientale che già avevano cominciato a caratterizzare l'istituto nell'assetto immediatamente precedente v. E. Casetta, *Manuale di diritto amministrativo*, a cura di F. Fracchia, Milano, 2015, 489), dalla nuova ponderazione tra tutela dell'ambiente e tutela dell'industria ad esempio elaborate nella giurisprudenza costituzionale sul caso Ilva (v. Corte cost., sent. 85/2013 nella quale la Corte costituzionale esprime una posizione poi parzialmente rivista nella successiva sent.58/2018).

Nell'equilibrio instabile tra i valori fondamentali protetti dall'ordinamento nazionale che va faticosamente rideterminandosi in conseguenza di tali recenti tendenze, la tutela del valore ambientale sembra, dunque, ancora trovare nel diritto sovranazionale il suo più sicuro caposaldo.