

L'errore sull'errore scientifico al vaglio della Corte di Giustizia dell'Unione europea

di Federico Ponte

Title: The error on the scientific under the scrutiny of the EU Court of Justice

Keywords: Scientific error; biodiversity; conservation of natural habitats.

1. – Con la decisione in commento la Corte di Giustizia risolve una questione pregiudiziale sorta nei Paesi Bassi tra la Vereniging Hoekschewaards Landschap, un'associazione a tutela del paesaggio e della natura, e lo Staatssecretaris van Economische Zaken, ovvero il Segretario di Stato agli affari economici del Regno dei Paesi Bassi.

Per comprendere la vicenda è necessario premettere tanto il quadro di diritto eurounitario coinvolto che le caratteristiche delle zone geografiche riguardate.

La direttiva 92/43/CEE del 21 maggio 1992, nota come «direttiva habitat», sorge con il dichiarato scopo di salvaguardare la biodiversità mediante la conservazione degli habitat naturali e, attraverso essi, della flora e della fauna selvatica presente nel territorio dell'Unione europea. A tal fine istituisce la rete «Natura 2000» che, senza intaccare i regimi di proprietà dei singoli territori, vuole garantire la sopravvivenza a lungo termine delle specie e degli habitat più preziosi e minacciati, con una gestione del territorio economicamente ed ecologicamente sostenibile.

Preliminare alla tutela delle aree soggette al regime della rete Natura 2000 è la loro individuazione, e ciò avviene mediante un *iter* a due fasi, regolato dall'articolo 4 della direttiva. In una prima fase gli Stati membri devono proporre alla Commissione, sulla base dei criteri di cui all'allegato III della Direttiva e alle informazioni scientifiche pertinenti, un elenco di siti in cui si individuano gli habitat naturali e le specie previste rispettivamente dall'allegato I e II.

Nella seconda fase la Commissione elaborerà, di concerto coi singoli Stati membri, un progetto di elenco di siti di importanza comunitaria (SIC), individuando habitat e specie di cui, a causa delle minacce che su di essi incombono, si rende necessario garantirne la conservazione.

Così individuati i siti di importanza comunitaria, spetterà agli Stati membri designarli – mediante un atto regolamentare, amministrativo o finanche contrattuale – come zona speciale di conservazione (ZSC), determinando altresì le priorità per la conservazione degli habitat e delle specie al loro interno.

Può essere opportuno dar conto delle conseguenze della designazione di una zona come ZSC. Tanto le misure quanto le modalità di gestione sono lasciate ai singoli Stati membri, in quanto la direttiva si limita ad attribuire ad essi il compito di stabilire «le

priorità in funzione dell'importanza dei siti per il mantenimento o il ripristino, in uno stato di conservazione soddisfacente, di uno o più tipi di habitat naturali [...], nonché alla luce dei rischi di degrado e di distruzione che incombono su detti siti.».

Con riguardo alle modalità di gestione, si va da modelli che prevedono la designazione di un amministratore individuato al momento della realizzazione della ZSC affiancato da un operatore tecnico (persona fisica) e un comitato di controllo comprensivo degli *stakeholders* (produttori del territorio, associazioni a difesa dell'ambiente, etc.) come in Francia (cfr. artt. L414-1 – L414-7 del *Code de l'environnement*) a modelli che prevedono una gestione concertata principalmente tra gli attori istituzionali, come avviene tra *Lander* e Federazione in Germania (diffusamente si veda D. Amirante (cur.), *La conservazione della natura in Europa. La direttiva Habitat e il processo di costruzione della rete "Natura 2000"*, Milano, 2003, e V. Todaro (cur.), *Reti ecologiche e governo del territorio*, Milano, 2010).

Per quanto riguarda le misure esse sono le più varie, dovendosi adattare all'oggetto di protezione (habitat o specie che sia) insistente sul territorio. Tipici sono i vincoli alla destinazione d'uso del territorio, nonché gli obblighi di trasformazione degli stessi (come nel caso in commento), l'obbligo di adozione di *best practices*, i limiti al traffico veicolare, etc.

In ogni caso, un dato che accomuna le misure che derivano dall'attuazione della direttiva, è che queste rappresentano spesso un costo economico ed anche un onere per l'ordinamento: per questa ragione sono state previste possibili forme di cofinanziamento (art. 8), e non risulta indifferente per gli Stati l'inclusione di una certa porzione di territorio nella rete Natura 2000.

L'articolo 9 della Direttiva consente infine alla Commissione la periodica valutazione del contributo di Natura 2000 alla realizzazione degli obiettivi proposti, potendo in quella sede altresì variare le aree individuate quali SIC.

Va precisato che gli Stati godono di una certa discrezionalità nell'individuare i siti da introdurre nell'elenco, a maggior ragione laddove si avvalgano della possibilità – prevista dall'allegato III – di individuare superfici adatte al non già alla conservazione bensì al ripristino di habitat e specie meritevoli di tutela, con ciò intendendo zone che al momento dell'inclusione non hanno al loro interno elementi oggetto di tutela della direttiva ma che, proprio con l'introduzione nella rete Natura 2000, verranno finalizzate al loro ripristino.

2. – Questo è il caso del Leenheerenpolder, un polder – ossia un tratto di mare artificialmente asciugato con dighe e drenaggio e nello specifico caso adibito a attività agricole – che era stato individuato per essere «depolderizzato», e cioè trasformato in un'area naturale ordinariamente soggetta alle maree al fine di svilupparne il potenziale in termini di ripristino degli habitat e delle specie che all'epoca non possedeva. Ciò in ragione della sua contiguità con le zone umide di Beningerwaard, Tiengemetten e di altri polders limitrofi tutti facenti parte del sito di Haringvliet, baia del delta del Reno ritenuta strategica per la regione biogeografica atlantica.

Il Leenheerenpolder era stato originariamente incluso dalla Commissione, su proposta del Regno dei Paesi Bassi, nei confini del sito di interesse comunitario Haringvliet (con la decisione di esecuzione n. 2004/813). Step successivo sarebbe stata la designazione, da parte dello Stato membro, del sito come zona speciale di conservazione.

Ma al momento della designazione della ZSC, avvenuta con decreto del 4 luglio 2013, il Regno dei Paesi Bassi ha escluso da tale zona il Leenheerenpolder, che con i suoi 110 ettari rappresentava poco meno del 10% dei 11.108 ettari di Haringvliet.

Tale decisione fu dichiarata illegittima dal Raad van State (Consiglio di Stato) dei Paesi Bassi, che rilevò un palese contrasto del decreto con l'art. 4, par. 4, della «direttiva habitat» ove impone la trasformazione in zona speciale di conservazione (entro sei anni

dalla designazione) dei siti di importanza comunitaria, senza prevedere in questa fase nessuna possibilità di rimodulazione del territorio, annullando perciò il decreto.

Impossibilitato a procedere per via esclusivamente «interna» il Regno dei Paesi Bassi si è rivolto allora alla Commissione chiedendo di escludere il Leenheerenpolder dal sito di Haringvliet, specificando che l'abbandono del progetto di depolderizzazione era collegato a motivi di carattere politico, sociale e finanziario, stante anche il fatto che il ripristino delle altre zone umide limitrofe era sufficiente a conseguire gli obiettivi di conservazione del SIC.

La Commissione, nella decisione di esecuzione n. 2015/72, ha accolto la richiesta dello Stato membro. Rileva che detta decisione è stata preceduta da una lettera in cui la Commissione ha affermato di accettare la proposta di modifica sulla base delle valutazioni dallo stesso effettuate in ordine alla potenzialità di ripristino delle altre parti del sito e dallo stato di avanzamento delle misure di ripristino già in itinere, qualificando l'originaria inclusione come «errore scientifico».

Si tenga a mente, poiché vi si tornerà, che la qualificazione come errore scientifico della originaria inclusione del polder è stata originariamente prevista dalla Commissione e non dallo Stato membro.

Così, ancora una volta innanzi al Raad van State, con ricorso proposto dal Vereniging Hoekschewaards Landschap che riteneva il polder insostituibile per il ripristino dell'ambiente naturale estauriale, si discute della legittimità della riduzione della superficie del sito Haringvliet mediante l'esclusione del Leenheerenpolder, motivato dal fatto che l'inclusione iniziale dell'area era dipesa da errore scientifico.

Ma sarà solo innanzi alla Corte di Giustizia che la Segreteria di Stato argomenterà in termini di errore scientifico, in quanto aveva «a torto, ritenuto, quando aveva proposto di iscrivere il sito Haringvliet nell'elenco dei SIC, che il Leenheerenpolder fosse non soltanto idoneo, ma anche necessario per raggiungere gli obiettivi di conservazione di tale sito». È pertanto solo in questa fase che le motivazioni a base delle richieste della decisione si allineano con quelle fondanti la concessione.

3. – Il Raad van State, giudice del rinvio, chiede, in sostanza, «se sia valida la riduzione della superficie del sito Haringvliet mediante l'esclusione del Leenheerenpolder, con la motivazione che l'inclusione iniziale di quest'ultimo in tale sito derivava da errore scientifico».

Da queste premesse la Corte coglie l'occasione per rispondere a due distinte domande, strettamente correlate ma la cui risoluzione non sembra integralmente imprescindibile per decidere il caso. Il ragionamento si articola lungo due piani consequenziali, interrogandosi se (1) quello di specie è un errore scientifico, fornendo anche taluni importanti elementi su che cos'è un errore scientifico, e di conseguenza (2) in caso di risposta affermativa, se detto errore sarebbe idoneo alla modifica dei territori inclusioni nelle decisioni di esecuzione della Commissione.

La Corte, nel risolvere la questione pregiudiziale, rileva che è assente una espressa previsione per la rimodulazione dei siti di importanza comunitaria, fatta eccezione per quanto previsto dall'art. 9 della direttiva Habitat. Detto articolo tuttavia si riferisce all'evoluzione naturale del sito e dunque a sopravvenienze che hanno comportato miglioramenti nella conservazione dell'habitat o della specie a seguito della costante vigilanza degli Stati membri su quelle zone.

La fattispecie in esame è ben diversa, poiché apparentemente si discorre della presenza di un vizio all'origine dell'inclusione, per il quale sono state erroneamente valutate le informazioni scientifiche alla base dell'inserimento del sito nella zona speciale di conservazione.

Prima di procedere la Corte richiama ed estende la sua precedente giurisprudenza – pronunciata con riferimento all'altro 'pilastro' della tutela della biodiversità, ovvero la direttiva «uccelli» (Direttiva 79/409/CEE) – in cui si affermato che, in assenza di

disposizioni particolari che dettano regole inerenti le modifiche dell'elenco dei siti di interesse comunitario, esso deve avvenire con le medesime procedure seguite per l'iscrizione del sito in tale elenco (*Cascina Tre Pini*, C-301/12, pt. 26 – In tema S. De Vido, *Tutela della biodiversità e rispetto dei diritti umani. Le sentenze CGUE nei casi Cascina Tre Pini e Deviazione del fiume Acheloo*, in *Riv. giur. amb.*, f. 6, 2014).

Individuato l'iter, la Corte deve determinare le ragioni che consentono il ricorso ad esso. Sempre guardando alla sua giurisprudenza la Corte trova il caso dell'errore amministrativo, rappresentato ad esempio dall'errore di trasmissione/comunicazione collegato all'identificazione di un sito (*Poitou*, C-96/98, pt. 55-57), nonché o quello inerente l'inevitabilità del degrado del medesimo, che impone un vero e proprio obbligo in capo allo Stato di chiedere il declassamento del medesimo (*Cascina Tre Pini*, C-301/12, pt. 27, 30, 32-34).

Ciò in quanto gli elenchi di cui dispone la Commissione devono essere non solo esaustivi, ma anche «pertinenti» con riguardo all'obiettivo della conservazione (*First Corporate Shipping*, C-371/98): un sito non idoneo, o non più idoneo, recherebbe danno tanto alle finalità della direttiva (per cui verrebbero distratte risorse da destinazioni più pertinenti, cfr. *Cascina Tre Pini*, C-301/12, pt. 28) quanto, probabilmente, allo Stato membro.

Alla luce di quanto detto la Corte non può non concludere, sul punto, che l'errore scientifico è destinato a comportare una rivisitazione dell'elenco dei SIC, ed il dettato normativo suffraga questa impostazione poiché tanto l'art. 4, quanto l'allegato III della Direttiva, fanno riferimento a una serie di criteri e di elementi di valutazione che consentono di individuare aree territoriali concretamente funzionali agli scopi della direttiva. A maggior ragione il richiamo alle 'informazioni scientifiche pertinenti' di cui al già citato art. 4, nonché i plurimi richiami alle conoscenze scientifiche nei *considerando* della direttiva, inducono a pensare a una stretta correlazione rigoristiche tra le valutazioni scientifiche e l'individuazione dei SIC.

Così argomentato, e così espressamente introdotto un nuovo motivo di revisione dell'elenco dei SIC, tutto induce a pensare che la Corte ritenga di accogliere l'esclusione del Leenheerenpolder. Tuttavia ciò non avviene. Ma i giudici di Lussemburgo, rifacendosi agli atti della controversia originaria, evidenziano come nel 2011 sia intervenuta nei Paesi Bassi una decisione di riconsiderare la politica nazionale sulla natura, ed essa non comprendeva né l'ammissione di un errore di valutazione scientifica *ab origine*, né tantomeno una presa di posizione fondata su una rivalutazione degli elementi scientifici già esaminati o su quelli sorti successivamente.

Ciò non bastasse, nella lettera alla Commissione del 30 settembre 2014 le autorità dei Paesi Bassi avevano sostenuto che (1) lo sviluppo del potenziale naturale del polder veniva abbandonato per ragioni politiche, sociali e finanziarie e (2) gli sviluppi che avevano avuto luogo nelle altre parti del sito erano sufficienti per consentire il conseguimento degli obiettivi.

Per di più, né la Commissione – e a maggior ragione nemmeno il Regno dei Paesi Bassi – hanno fornito nel corso del processo alcun elemento scientifico probante. La riduzione del SIC effettuata in occasione dell'ottavo aggiornamento dell'elenco per la regione biogeografica atlantica mediante la decisione di esecuzione n. 2015/72 si palesa pertanto come una sorta di decisione '*escamotage*' che ha consentito alla Commissione di accogliere le istanze dei Paesi Bassi senza svolgere ulteriori attività istruttorie, ratificando in maniera quasi integralmente avalutativa la richiesta di questi.

Da qui la dichiarazione di invalidità della decisione di esecuzione n. 2015/72 nella parte in cui inserisce il sito Haringvliet senza che sia incluso il Leenheerenpolder.

4. – È chiaro sia nella ricostruzione della Corte che in quella dell'Avvocato generale che di errore scientifico si è parlato solamente a seguito di una reinterpretazione da parte della Commissione della richiesta del Regno dei Paesi Bassi. Ciò avrebbe potuto indurre

la Corte ad arrestarsi a registrare una sorta di scollamento tra il chiesto dello Stato membro e il pronunciato dell'istituzione eurounitaria, senza svolgere molte delle considerazioni esposte in materia di errore scientifico.

Andare al di là delle richieste presta sovente il fianco a commenti e osservazioni, in quanto le affermazioni ulteriori – proprio in quanto non perfettamente adattabili al contesto – rischiano di alimentare più dubbi che soluzioni.

Sembra infatti emergere dalla Corte che, ove l'errore scientifico fosse stato paventato fin dall'inizio della controversia, gli esiti della pronuncia sarebbero stati differenti. Ma questa affermazione merita di essere precisata. Non è infatti indifferente il criterio di cui all'allegato III della direttiva sulla cui base il sito in questione è stato originariamente selezionato dallo Stato membro per diventare ZSC, ovvero quello che fa espresso riferimento all'idoneità delle aree riguardate a consentire il ripristino della biodiversità. Ciò implica che non è necessario che gli habitat e le specie di interesse comunitario siano già presenti nell'area ma, stante uno stato di conservazione non soddisfacente, l'inclusione di queste nei SIC può consentire il loro sviluppo su di essi.

Ma può effettivamente parlarsi di errore scientifico? Tale sarebbe l'errore *ab origine* sulla possibilità del loco di apportare un supporto al raggiungimento di uno stato di conservazione soddisfacente. In questo caso tuttavia non v'è stato un errore di questo tipo nell'inclusione del polder, poiché esso è tutt'ora virtualmente idoneo a essere riconvertito e a contribuire al ripristino degli habitat e delle specie.

E parimenti non risulta essere stato ritenuto che l'errore sia stato nel considerare necessario il Leenheerenpolder ai fini del ripristino, essendo ciò unicamente un argomento evocato dalle parti in sede di giudizio.

Peraltro con riguardo al criterio del ripristino dell'ambiente l'errore scientifico si atteggia in maniera assai più delicata che con gli altri criteri: in linea generale non mancano incertezze scientifiche in ordine allo stato di conservazione dei tipi di habitat e specie, che attribuiscono agli Stati membri un certo margine di discrezionalità nell'individuazione dei siti da includere nell'elenco dei SIC. Ma una maggiore discrezionalità – che sembra sfociare nella libera valutazione politica – si ha in quei territori che vengono designati, tra i tanti magari possibili, per il ripristino degli habitat e delle specie.

Per dirlo con le parole dell'Avvocato generale: «nella prassi è pertanto improbabile che risultino necessarie *determinate* misure di ripristino» (pt. 58). L'unico limite che si rinviene è quello del divieto di obbligo di degrado, che si violerebbe omettendo di porre in essere azioni di ripristino potenzialmente idonee (*Gibilterra*, C-6/04, pt. 34). Ma laddove c'è la possibilità di scegliere tra più opzioni, la valutazione è integralmente lasciata al singolo Stato membro.

Ecco allora che consentire anche nelle zone destinate al ripristino di avvalersi del richiamo all'errore scientifico – specie in combinato con un atteggiamento della Commissione piuttosto lassista – rischia di spalancare una 'porta larga' alla rimodulazione dei SIC, con quella discrezionalità che in fase di revisione sembrava invece, stando alla Corte, dover essere negata. Ciò a maggior ragione per la considerazione che valutazioni diverse da quelle ambientali non devono aver cittadinanza nella redazione dell'elenco dei SIC (*Stadt Papenburg*, C-226/08, pt. 30-31).

Infatti, sebbene gli Stati membri godano di una certa discrezionalità nell'individuare i siti da introdurre nell'elenco, essi non dovrebbero disporre dello stesso margine di discrezionalità in casi come quelli in esame. La riduzione della superficie – ma ciò varrebbe anche per la cancellazione – di un SIC comporta una duplice valutazione: dapprima dello Stato membro, che dovrà verificare che esso non rivesta più alcun interesse ai fini della conservazione degli habitat, della flora o della fauna. Conseguentemente, anche la Commissione dovrà valutare la non necessità delle zone dal punto di vista dell'Unione europea nel suo complesso.

È proprio questa visione di insieme che spetta alla Commissione per conto dell'Unione europea: quello che può non sembrare necessario per un habitat o una specie

all'interno del singolo territorio può al contrario esserlo per la rete Natura 2000 nel suo complesso che ha tarato le sue determinazioni alla luce delle risultanze prospettate da tutti gli Stati membri.

5. – Vista da altra prospettiva, la sentenza in commento non coglie l'occasione per svolgere importanti precisazioni in materia di motivazione degli atti dell'Unione (sul tema, di recente, A. Maffeo, *L'obbligo di motivazione degli atti delle istituzioni dell'Unione europea letto attraverso la giurisprudenza della Corte di giustizia*, in *Federalismi*, 2018) in quanto nella decisione di esecuzione si manifesta un quasi totale silenzio sulle ragioni che hanno indotto alla modifica delle ZSC a parte il riferimento, contenuto nel quarto *considerando*, al fatto che «gli Stati membri hanno inoltre proposto di modificare le informazioni relative ai siti contenute nell'elenco dei siti di interesse comunitario per la regione biogeografica atlantica».

Questo in evidente contrasto con l'art. 296, co. 2 del TFUE, poiché anche espandendo l'orizzonte al contesto e alle norme giuridiche che disciplinano la materia in questione (Cfr. *Gauweiler e a.*, C-62/14, pt. 70) non è in alcun modo possibile prendere in considerazione le ragioni alla base delle variazioni dei SIC se non con il raffronto tra le migliaia di dati contenuti nelle diverse versioni di volta in volta in vigore della direttiva in esame (anche ove era stata dichiarata la non necessità di una motivazione specifica per la singola scelta tecnica, ben più ampio spazio era stato dato all'emersione dell'obiettivo perseguito dall'istituzione. Cfr. cause riunite C-78/16 e C-79/16, pt. 88-94).

L'obbligo di motivazione non sembrerebbe pertanto essere stato assolto, dovendo al contrario anche la stessa Corte lavorare quasi esclusivamente sulla corrispondenza intercorsa tra la Commissione e il Regno dei Paesi Bassi. La Corte ha tuttavia preferito non affrontare nello specifico il punto – pur stimolata dall'Avvocato generale – ritenendo assorbente la questione delle specifiche motivazioni alla base della decisione. Ciò, se da un lato si spiega con la volontà di dar prevalenza agli aspetti sostanziali della tutela della biodiversità a fronte di questioni più formali, nonché – forse – dal timore porre in capo alla Commissione un obbligo eccessivamente oneroso, dall'altro lascia scoperte 'zone grigie', lacunose di motivazione, negli atti di esecuzione.