

Il giudice amministrativo tra cambiamento climatico e transizione ecologica

Riflessioni a “margine”. Planet boundaries e non regression nella giustizia ambientale.

Nel ringraziare i generosi organizzatori del Convegno per l’invito che mi ha consentito una preziosa occasione di arricchimento, prendo a spunto per l’intervento proprio il termine di “margine”.

Per margine si intende, è vero, una parte laterale rispetto a ciò che è centrale; ma margine è anche il limite che non si deve oltrepassare, ed oggi è il concetto di limite, *limes*, confine, ad aver assunto un ruolo centrale.

Una vera e propria rivoluzione copernicana sta portando finalmente le politiche legislative ed economiche ad abiurare il fideismo cieco in uno sviluppo senza limiti proprio dell’antropocene, e ad occuparsi invece proprio di limiti dello sviluppo e di limiti planetari.

Da Malthus all’IPAT model di Ehrlich e Holdrenⁱ, la scienza ha presto messo in guardia le società umane dagli effetti dell’utilizzo predatorio delle risorse del pianeta, lette in chiave alimentare nella lezione dell’800, ed ora invece ben comprese quali servizi ecosistemici di inestimabile valore economicoⁱⁱ da cui dipende la vita dell’uomo, il suo benessere sociale, ed anche le possibilità stessa di godimento dei diritti fondamentali.

Proprio i limiti sono infatti posti, da ultimo, al centro di una nuova visione del rapporto tra uomo e ecosistema incentrata appunto sui 9 *boundaries* del pianeta: la biodiversità, i cambiamenti climatici, il ciclo dell’azoto e del fosforo, l’acidificazione degli oceani, la deplezione dell’ozono, l’inquinamento atmosferico, la disponibilità di acqua dolce, il cambiamento d’uso del suolo, il rilascio di nuove sostanze chimiche. Sono confini che non possono essere oltrepassati a pena di non poter più fronteggiare il cambiamento che ne deriverebbe, neppure con strategie di mitigazione ed adattamento.

Diviene così centrale la regolazione, come da sempre afferma la scienza che vi vede una risposta all’indiscriminato prelievo di risorse naturali per le varie esigenze antropiche; oggi però quella stessa regolazione, e in primis quella operata normativamente, viene invocata anche dalle nuove teorie economiche, per cui l’economia è “embedded in nature”ⁱⁱⁱ.

Nella partita della transizione ecologica, dunque, le regole in campo le detta da un lato, quale arbitro, il diritto dell’ambiente - secondo il noto approccio autoritativo - dall’altro una serie di codici di condotta - c.d. soft law - corroborata dalla diffusione di una nuova consapevolezza e di modelli culturali ecocentrici, quali nuovi strumenti per rispettare e fissare un “cap” all’accesso indiscriminato alle risorse naturali. Si tratta di un accesso che non può certamente essere universale, nel senso di indiscriminato sotto il profilo quali-quantitativo, come ricorda la lezione rawlsiana, né tanto meno suscettibile di essere abbandonato a pure logiche di libero mercato, se si vuole evitare lo sfondamento di questi limiti, visti non già quali colonne d’Ercole, ma di Sansone.^{iv}

E’ proprio il rispetto di questi confini planetari^v peraltro ad assicurare alle società il godimento dei diritti fondamentali dell’uomo, di quel “floor” minimo che caratterizza tra l’altro gli stati europei a welfare pubblico: ove infatti non si dedicassero risorse alla prevenzione dell’alterazione degli equilibri ambientali globali, per ripiegare su più costose logiche di mera riparazione del danno, le maggiori risorse pubbliche necessarie (5 a 1, mediamente) verrebbero drenate dalla spesa per istruzione, sistema sanitario, sistema previdenziale, sostegno al reddito, social housing^{vi}, con una privatizzazione di molti di questi servizi e conseguenze drastiche, specie per le classi più vulnerabili.

Vivere bene nei limiti di un solo pianeta era lo slogan del Programma generale di azione per l'ambiente UE sino al 2020, quasi un claim commerciale che traduce il concetto di *just and safe space* dell'economia della ciambella^{vii}, teoria che colloca il benessere delle comunità proprio nella capacità di restare in equilibrio in quell'anello intermedio tra diritti fondamentali e limiti del pianeta. Per gli inglesi si chiama ciambella, ma in Italia suona forse meglio come "salvagente", termine più evocativo.

Il compito di garantire questo equilibrio spetta ad un insieme di strumenti e di poteri, che operano come demoltiplicatori degli impatti. Certamente c'è la scienza, ma a fianco della scienza gioca appunto un ruolo sempre più cruciale il diritto, tanto nella sua forma positiva quanto nelle nuove vesti della soft law e del diritto privato dell'ambiente, quanto soprattutto nella sua forma vivente, il processo amministrativo.

Ciò vale soprattutto nell'ambito europeo, in cui la costruzione di un quadro giuridico armonizzato in materia ambientale ha prodotto frutti evidenti: in un contesto globale in cui il tasso di declino degli ecosistemi e della biodiversità ha raggiunto una media del 68%, spicca infatti la differenza^{viii} tra il crollo a picco dell'America Latina -94 % e la tenuta dell'Europa, con un - 24%.

La dimensione unionale è la più vicina ad operare in continua tensione per la costruzione di questo *just and safe space*, e i giudici chiamati a dar voce al diritto amministrativo europeo, al diritto europeo dell'ambiente, sono proprio le *just and strong institutions* indeterminate come obiettivo 16 dell'Agenda ONU 2030, ma che in realtà ne sono al tempo stesso il principale strumento verso il Green Deal.

Accanto a scienza e tecnica, pure basilari per orientare la dimensione produttiva verso la neutralità ambientale climatica, entra nella cabina del manovratore del treno del futuro la giustizia ambientale, quale processo umanistico e culturale che - come dimostrano le neuroscienze e i *bias* cognitivi - si rivela determinante, nella sua formulazione e applicazione, per garantire che l'approccio scientifico, precauzionale, preventivo, sia tenuto in considerazione nel processo decisionale (legislativo ed amministrativo), oltre che per dar voce, con una funzione euristica, ai grandi principi del diritto dell'ambiente a cui assicura efficacia e divulgazione; principi che oggi vedono, a fianco del criterio precauzionale, la comparsa in scena del nuovo principio di "non regression" o non regressione^{ix}.

Che si tratti eminentemente della giustizia amministrativa è evidente: sono i giudici amministrativi i protagonisti del sindacato sull'azione amministrativa: tanto nell'ambito del giudizio di legittimità diretto all'annullamento dell'atto, quanto nell'ambito della giurisdizione esclusiva, dove l'accertamento si addentra ad esempio nella regolazione del servizio idrico integrato (diritto all'acqua a prezzi accessibili, ma anche garanzia del full recovery cost per assicurare piena tutela a un bene comune); quanto infine nel rito del silenzio o ricorso in carenza, per dirla con termini unionali, attraverso il quale i giudici amministrativi guidano l'agire della P.A. non solo nell'ambito di singoli procedimenti puntiformi, ma anche nella pianificazione.^x

Ora, al riguardo del percorso che dalla reificazione della natura evolve verso la sua soggettivizzazione, facendone un soggetto di diritto (*rights of nature*, c.d. RoN) proprio per innalzarne il livello di tutela - verrebbe da dire che il limite esiste dove si incontra l'altro o il divino - un recente studio^{xi} commissionato dal Comitato JURi dell'Unione Europea si addentra in una serie di proposte di riforma del diritto europeo che tocca, oltre all'implementazione di alcuni settori normativi (231, danno ambientale, direttive habitat, permitting) proprio la giustizia amministrativa, a cui la convenzione di Aarhus demanda il compito di assicurare l'informazione, la partecipazione e il sindacato dell'azione pubblica in materia ambientale.^{xii}

Lo studio perviene alla conclusione che (i) legittimazione processuale, (ii) metodo scientifico ed expertise, (iii) ancoraggio ai grandi principi del diritto dell'ambiente, (iv) terzietà e (v) controllo

sulla P.A. sono i cardini attuali attraverso i quali la giustizia ambientale si prende cura dei “rights of nature”, assicurando il rispetto dei “planet boundaries”.

E' così che una breve *promenade* tra le pronunce più significative in tema regala in effetti scorci preziosi, atti a evidenziare come in effetti i giudici amministrativi abbiano da tempo fatto uso del proprio *munus* euristico in questa direzione, anche se talvolta non consapevolmente.

Così, in ordine, quanto alla **legittimazione processuale**, è evidente che attraverso la sua estensione a soggetti portatori di interessi diffusi (Cittadini per l'aria Onlus c. Regione Lombardia, Piano per l'aria, TAR Milano 220/2012 oltre la scrematura dell'individuazione ministeriale) anche appartenenti ad ordinamenti stranieri si dà voce proprio ai diritti della natura di cui le ONG sono una sorta di “curatore speciale”.

E ancora, attraverso il ricorso alla **consulenza tecnica e alla verifica**, si incorporano nel giudizio canoni di valutazione scientifici e naturalistici, che consentono ai giudici amministrativi un approccio consapevole, scientifico, naturalistico e accorto alla complessità.^{xiii} Questa continua elevazione cognitiva è inoltre ulteriormente rafforzata da iniziative di formazione mirate, come quella fornita dal Life SWIPE, ad esempio, come pure dalla convegnistica di alto profilo, che sempre più spesso tocca i temi ambientali e climatici.

Il paradigma della terzietà ed indipendenza che lo studio enuclea come ingredienti fondamentali per una riforma europea dei diritti dell'ambiente emerge soprattutto, in questa disamina focalizzata sulla transizione ecologica e sul limite, attraverso la **modulazione degli effetti dell'annullamento** a cui il giudice amministrativo in materia ambientale fa sempre più ricorso: derogando alla retroattività *ex tunc* della portata caducatoria della pronuncia si dà in effetti voce e corpo ad esigenze di effettività della tutela ambientale, di non regressione, che altrimenti resterebbe pregiudicate da un vuoto pianificatorio. Ebbene, vi possiamo intravedere proprio il riconoscimento dell'esistenza di veri e propri “rights of nature” a cui viene fornita una protezione che travalica in autonomia le stesse richieste dei ricorrenti (Consiglio di Stato, I, parere 1233/2020, WWF c. Regione Toscana, piano antincendio boschivo; TRGA Sicilia 1620/2020, Raffineria di Milazzo c. Regione Sicilia, piano aria e riesame AIA; Ad. Plen., 13/2017).

Attraverso il rapporto di **collaborazione con altre autorità indipendenti** (Commissione tecnica VIA VAS, tra le altre) si rafforza infine la transizione ecologica, in cui il termine ecologica e non antropica è riferito al beneficiario di questa ricostruzione, l'ecosistema, dunque nella prospettiva dei “rights of nature”. In questa angolazione possono essere lette alcune pronunce tanto rese in sede di merito (Consiglio di Stato 3597/2021, Comune di San Donato di Lecce c. Ministero dell'ambiente, emissioni in atmosfera) che nella fase cautelare (Consiglio di Stato, ord. 2397/2021, ITW c. Regione Lazio, Regione Umbria, Presidenza del Consiglio dei Ministri, MITE e MISE, impianto geotermico a proposito del quale si afferma, ad esempio, che “l'interesse particolare di questi impianti è dato dal fatto per cui essi funzionano nella sostanza ad emissioni zero e quindi consentono di produrre energia senza contribuire all'effetto serra”).

E ancora, il giudice amministrativo contribuisce a garantire un equilibrio nel bilanciamento della tutela tra diversi **boundaries**, dai casi in cui la protezione della biodiversità impone dinieghi localizzativi o di realizzazione di impianti FER che pure contribuiscono alla transizione energetica e al contrasto ai cambiamenti climatici (Consiglio di Stato 6775/2015, WPP Uno c. WWF, OAV, Provincia di Bolzano), ai casi della regolazione delle emissioni (TAR Lazio 1422/2010, Ferriere Nord contro Ministero dell'Ambiente e Ministero delle Attività produttive, rel. Sestini, in tema di prima assegnazione delle quote di CO₂, che affronta il conflitto tra *incoming* e *incumbent*, il concetto delle **responsabilità comuni ma differenziate** e, in embrione, il principio di non regressione) temi che ritornano anche in recenti importanti pronunce che legittimano la possibilità di denegare l'autorizzazione di impianti con importati emissioni in atmosfera ove il contesto di riferimento sia

già caratterizzato da una situazione di inquinamento diffuso con superamento dei limiti (Consiglio di Stato 2964/2020, Comune di Rovigo c. Aurora s.p.a. e altri).

In queste fattispecie si osserva che il principio di precauzione ripetutamente invocato potrebbe essere più efficacemente sostituito, o quanto meno affiancato, dal principio di **non regressione**, la cui portata appare in grado di poter scalzare le diverse argomentazioni e posizioni critiche di dottrina e giurisprudenza refrattarie al primato del “saldo zero” e inclini al concetto di BATNEEC (TAR Brescia 543/2019, Comune di Castelleone c. Provincia di Brescia e Codega live s.n.c.).

Da ultimo lo strumento dell'accertamento dell'obbligo di provvedere - o ricorso in carenza, come si dice in ambito europeo - unitamente all'ottemperanza e alla figura del **Commissario ad acta**, si pone come la leva più efficace e penetrante di cui la giustizia ambientale dispone ai fini di un controllo indipendente ed efficace della P.A., come ha di recente riconosciuto proprio lo studio JURI citato poc' anzi.

Il commissariamento, in particolare, si è dimostrato capace di affrontare anche l'inerzia degli enti quanto all'osservanza dei precetti di tutela ambientale derivanti dall'inottemperanza al giudicato o nei casi della c.d. giustizia silenziosa, non solo nel caso di singole attività amministrative connesse al rilascio di provvedimenti o all'esercizio di doveri/poteri di riesame (TAR Lazio, 4579/2021 Da Rio c. Comune di Marino e ARPA, delocalizzazione impianto e controlli sui livelli emissivi), ma anche nel caso di riedizione di piani annullati per violazione delle normative ambientali in tema di valutazione strategica degli impatti: è questo il caso del piano cave della Provincia di Bergamo, in cui i commissari ad acta, nominati autorità procedente, hanno dato vita a una nuova pianificazione, approvata dal Consiglio regionale. Questo esito è stato definito dai giudici come atto formalmente amministrativo, ma sostanzialmente giurisdizionale, con la conseguenza che il suo contenuto può essere censurato solo all'interno del giudizio di esecuzione, che è giudizio a formazione progressiva concluso solo quando la sussistenza dell'interesse accertato nella sentenza di merito trovi piena attuazione, mentre non può essere censurato con un ricorso di annullamento proposto contro la deliberazione (Consiglio di Stato 1184/2010 e TAR Brescia, 611/2013 WWF e altri c. Provincia di Bergamo e Regione Lombardia; Consiglio di Stato, parere 389/2019).

Ed è ancora la “rule of law” a chiudere il cerchio dell'enucleazione dell'effettività della giustizia, anche in campo ambientale. La recente Adunanza Plenaria 8/2021 convalida infatti questo scopo di “controllo giurisdizionale” dell'attività della P.A. svolto dal giudice attraverso il Commissario.

Questa figura non sostituisce l'ente, né si vede trasferire i suoi poteri: la pronuncia esclude infatti che il momento funzionale dell'attività del Commissario ad acta sia la cura dell'interesse pubblico propria della PA inerte che le è attribuito tipicamente dalla normativa, ancorando viceversa il momento genetico dell'attività commissariale alla sentenza, dall'effettività della tutela giurisdizionale e dunque al portato del diritto soggettivo o dell'interesse diffuso azionato, o al “right of nature” curato dall'accesso alla giustizia ambientale da parte dei suoi curatori.

Si legge infatti che è lo strumento atto “a conferire alla parte vittoriosa in giudizio quell'attribuzione che risulta soddisfattiva della propria posizione giuridica per la cui tutela essa ha agito”, e noi potremmo dire, completando l'assunto, anche della posizione giuridica di altri beni e valori per la cui tutela la parte ha legittimazione processuale.

La natura ed il contenuto degli specifici atti adottati dal commissario ad acta (e che non differiscono da quelli che l'amministrazione avrebbe dovuto adottare) dipendono dal contenuto prescrittivo della decisione del giudice, alla quale assicurano attuazione (ottemperanza, esecuzione) secondo quella polisemicità propria di un'attività di controllo sulla conformazione dell'attività amministrativa vocata a garantire il rispetto dell'effettività della tutela giurisdizionale.

E' quest'ultima dunque, per mano dei giudici amministrativi, a dover tracciare già nella sentenza i confini e limiti da rispettare nella riedizione dei provvedimenti di natura discrezionale, perché nella sentenza il commissario possa trovare "ragioni e limiti della valutazione e della scelta che il commissario deve effettuare in luogo dell'amministrazione"; ed è ancora al giudice che il commissario deve rivolgersi in caso di dubbi sulla portata giuridica dei suoi compiti, con esclusione della possibilità di far ricorso alla nomina di un legale esperto, stante la natura pubblica del suo ufficio (TAR Lazio 291272021, R.I.D.A. Ambiente s.r.l. c. Regione Lazio).

Lungi dall'operare una cannibalizzazione processuale dell'azione amministrativa, la giustizia amministrativa diventa così strumento per assicurare controllo diffuso e strumento di *adaptive management*^{xiv}, capace di correggere le antinomie e le aporie di moduli decisionali amministrativi spesso inadeguati a gestire i nuovi scenari liquidi dei nuovi fattori tempo e impatto, cruciali nella lotta ai cambiamenti climatici e nel presidiare efficacemente i limiti planetari.

Paola Brambilla Pievani

ⁱ Ehrlich, Holdren, *Impact of population growth*, 1971.

ⁱⁱ Costanza, *The value of the world's ecosystem services and natural capital*, 1997.

ⁱⁱⁱ The Dasgupta Review, 2020.

^{iv} Li, Rawls, *Climate Change, and Essential Goods*, 2019.

^v Rockström, *Bounding the planetary future: why we need a Great transition*, 2015.

^{vi} Ecofys – WWF, *The Energy Report* 2011.

^{vii} Raworth, *Doughnut Economy* 2017.

^{viii} WWF, *Living Planet Report* 2019.

^{ix} Scovazzi, *Il principio di non regressione nel diritto internazionale dell'ambiente*, in *Il contributo del diritto internazionale e del diritto europeo all'affermazione di una sensibilità ambientale*, a cura di Marrani, 2017.

^x Kramer, *Environmental Justice and European Union law*, 2020.

^{xi} Darpö, *Can Nature get it right?* 2021.

^{xii} Kramer, *Citizens rights and administrations' duties in environmental matters: 20 years of the Aarhus Convention*, 2018.

^{xiii} Manfredi, *Attualità e limiti del metodo acquisitivo nel processo amministrativo*, 2020.

^{xiv} Hasselman, *Adaptive management; adaptive co-management; adaptive governance: what's the difference?* 2017; Frohlich et al., *The relationship between adaptive management of social-ecological systems and law*, 2018.