MATTEO BENOZZO e FRANCESCO BRUNO (*)

Impresa e ambiente: la valutazione di incidenza tra sviluppo sostenibile e tutela della biodiversità

SOMMARIO: 1. Introduzione. - 2. Tutela della biodiversità ed interventi sul territorio: un sistema multilivello tra direttiva *habitat*, norme nazionali e regole regionali. - 3. Tutela dei pSIC e autotutela della pubblica amministrazione. - 4. La normativa applicabile sulla valutazione di incidenza alla luce dello *jus superveniens*. - 5. La sindacabilità della "discrezionalità tecnica" da parte del giudice amministrativo nella valutazione di incidenza. - 6. Valutazione di incidenza e VIA - 7. Valutazione di incidenza e Codice dei beni culturali e del paesaggio. - 8. Conclusioni.

1. Introduzione.

Al fine di tutelare la biodiversità e proteggere le specie animali e vegetali in via di estinzione, l'Unione europea ha istituito un sistema sovranazionale di protezione di determinate aree sensibili, individuate per caratteristiche, specie vegetali ed animali ed *habitat* naturali. Esse sono scelte dalla Commissione ed inserite in appositi elenchi destinati a costituire, in aggregazione, la c.d. rete "Natura 2000"([1]). Si tratta di zone in cui la natura è tutelata e le attività umane per essa invasive, pur se esercitabili, devono risultare compatibili con la biodiversità protetta. La realizzazione di progetti, piani o programmi e l'esecuzione di determinate tipologie di attività, infatti, possono aver luogo solo a seguito di previa valutazione positiva della loro incidenza sulla peculiarità naturale del sito.

Siffatto sistema, che si presenta multilivello, interessando istituzioni, sia comunitarie, sia nazionali, sia locali, trova nelle direttive 2 aprile 1979, n. 79/409 (la c.d. direttiva uccelli) e 21 maggio 1992, n. 92/43 (la c.d. direttiva *habitat*) ([2]) la disciplina di riferimento a tutela delle biodiversità e delle specie selvatiche animali e vegetali anche in via di estinzione ([3]). Le aree di tutela individuate sono di tre tipi: le zone di tutela speciale (ZTS) previste dalla direttiva uccelli ([4]) e i siti di interesse comunitario (SIC) e le zone speciali di conservazione (ZSC) previste dalla direttiva *habitat*.

Il legislatore comunitario ha previsto, accanto ad uno strumento pianificatorio gestionale di tipo tradizionale, un procedimento amministrativo complesso a carattere preventivo di nuova concezione, destinato a verificare la compatibilità delle attività antropiche con la biodiversità: la *valutazione di incidenza*, procedura finalizzata ad

---

*(*) Il presente lavoro è frutto del lavoro comune dei due autori. Ad ogni modo, Francesco Bruno ha curato la redazione dei paragrafi 3, 4, 7 e 8; mentre Matteo Benozzo ha curato la redazione dei paragrafi 1, 2, 5 e 6.

[1]() Le aree della rete "Natura 2000" sono di tre tipi: le zone di tutela speciale, i siti di interesse comunitario e le zone speciali di conservazione sulle quali v. *infra* nel testo.

[2]() Provvedimento modificato negli allegati dalla direttiva del Consiglio CE 27 ottobre 1997, n. 97/62.

[3]() In particolare, nella direttiva *habitat*, le disposizioni sono «intese ad assicurare il mantenimento o il ripristino in uno stato di conservazione soddisfacente, degli habitat naturali e delle specie di fauna e flora selvatiche di interesse comunitario» (art. 2, par. 2).

[4]() In particolare, le ZTS, che non sono oggetto di questo lavoro, sono siti che ospitano popolazioni significative di specie ornitiche d'interesse comunitario, individuate a livello nazionale in quanto dovrebbero contribuire in modo significativo a mantenere o a ripristinare una o più delle specie elencate nell'Allegato I della direttiva uccelli in uno stato di conservazione soddisfacente.

accertare i limiti dell'intervento umano negli habitat tutelati ed a individuare le prescrizioni necessarie per consentire in tali aree la realizzazione di progetti, piani o programmi economici ([5]).

2. Tutela della biodiversità ed interventi sul territorio: un sistema multilivello tra direttiva *habitat*, norme nazionali e regole regionali.

Il sistema multilivello originato dalla direttiva *habitat* si estrinseca in due momenti: l'individuazione dell'oggetto di tutela (l'area naturale sensibile) e la predisposizione e l'applicazione degli strumenti di tutela. In entrambi istituzioni comunitarie, Stati membri ed enti territoriali svolgono un ruolo attivo.

L'individuazione dell'oggetto di tutela avviene attraverso la stretta cooperazione tra Commissione, singoli stati ed enti locali. Vi è una pluralità di atti susseguenti e provenienti da diversi soggetti che provvedono in eguale misura alla formazione dell'atto finale: l'individuazione di un'area in cui la biodiversità è tutelata. Il provvedimento finale di qualificazione è un atto complesso, cioè un atto adottato da una pluralità di organi che perseguono un unico fine ed esprimono un'unica volontà all'esterno ([6]).

La predisposizione e l'applicazione degli strumenti di tutela, poi, avvengono in concreto a livello locale (terzo livello), previo intervento di indirizzo del legislatore nazionale (secondo livello) sulla base della direttiva comunitaria (primo livello). Vi deve essere, dunque, una regolamentazione regionale che, in attuazione di un provvedimento statale di recepimento della disciplina sovranazionale, garantisca l'operatività e la messa a regime dei meccanismi di preservazione degli *habitat*.

La tutela della biodiversità e la difesa degli *habitat* naturali a protezione delle specie selvatiche animali e vegetali sono assicurate nel diritto comunitario dalla direttiva n. 92/43, le cui disposizioni sono «intese ad assicurare il mantenimento o il ripristino in uno stato di conservazione soddisfacente, degli *habitat* naturali e delle specie di fauna e flora selvatiche di interesse comunitario» (art. 2, par. 2).

Tali obiettivi non sono perseguiti in modo illimitato. Non vi è una tutela assoluta ed incondizionata della biodiversità a scapito di ogni altro interesse o diritto, ma gli *habitat* naturali devono essere preservati nell'ottica delle «esigenze economiche, sociali e culturali, nonché nelle particolarità regionali e locali» dei singoli territori protetti (art. 2, par. 3). Il diritto comunitario introduce sì nell'ordinamento un complesso normativo finalizzato a preservare la conservazione e il ripristino della biodiversità, ma nell'interesse dei territori coinvolti, che proprio di tale natura possono approfittare come volano di sviluppo sostenibile[7].

---

[5]() La letteratura sulla direttiva *habitat* e i suoi strumenti di tutela è ancora limitata. Si segnala il volume curato da AMIRANTE, *La conservazione della natura in Europa. La direttiva Habitat ed il processo di costruzione della rete "Natura 2000",* Milano, 2003.

[6]() Si tratta, in particolare di un "atto a complessità esterna" in cui gli organi che partecipano alla sua formazione appartengono a differenti persone giuridiche e se uno degli atti con cui si forma l'unica volontà è invalido sarà pregiudicata la regolarità di tutto il procedimento (SATTA, voce *Atto amministrativo I) Dir. amm.,* in *Enc. giur. Treccani*, vol. IV, Roma, 1988).

[7]() Sullo sviluppo sostenibile ci permettiamo di segnalare, per tutti, LANZA, *Lo sviluppo sostenibile*, Bologna, 2002.

Siffatto sistema si incentra su un reticolo di aree SIC scelte dalla Commissione tra quelle incluse in liste nazionali, predisposte dai singoli Stati membri, in base al particolare ecosistema presente.

Il procedimento di scelta si articola in due momenti: quello nazionale e quello comunitario. Nella prima fase, agli Stati membri è demandato il compito di individuare sul proprio territorio le zone suscettibili di essere protette dalla normativa *habitat* per i particolari parametri naturalistici che le caratterizzano o per la presenza di una o più specie animali o vegetali elencate nel provvedimento. Gli Stati membri predispongono un elenco delle zone individuate e lo sottopongono alla Commissione, specificando, per ogni sito proposto (ossia per ogni pSIC - proposta di sito di interesse comunitario), quali tipi di *habitat* prioritari e quali specie locali vi si trovano, la denominazione, l'ubicazione, l'estensione, nonché ogni altro dato necessario per consentirne la valutazione ed, eventualmente, la scelta da parte dell'istituzione comunitario (l'Italia ha adottato la sua lista di pSIC con una serie di provvedimenti, tra i quali si ricordano il d.m. 3 aprile 2000 e il d.m. 25 marzo 2005) ([8]).

Con l'invio degli elenchi nazionali dei pSIC, si apre la seconda fase del procedimento di scelta, in cui la Commissione, ricevute le liste, ne valuta il contenuto e ne verifica l'effettivo interesse comunitario in una visione d'insieme del territorio europeo. Conclusa tale attività e diviso il territorio comunitario per settori, le c.d. macroaree geografiche, la Commissione elabora un elenco definitivo per ogni macroarea. In tali elenchi sono iscritti unicamente i siti che, oltre a rispondere ai requisiti indicati nella direttiva, sono valutati strategici e necessari alla creazione della rete "Natura 2000".

Con l'inserimento negli elenchi, i pSIC acquistano lo *status* di SIC e, come tali, divengono suscettibili di tutela da parte del diritto comunitario. Entro sei anni dall'acquisto di tale *status*, poi, gli Stati membri possono chiedere che i SIC diventino ZSC e possano gestirli in relazione a determinate funzioni di tutela della biodiversità locale ([9]).

Con l'iscrizione negli elenchi comunitari e solo con essa (e da quel momento), l'area diviene oggetto di una serie di disposizioni di salvaguardia.

Le misure sono precisate nell'art. 6, parr. 1, 2 e 3 della direttiva. Tali norme sono finalizzate a tutelare le ZSC, ma sono applicabili ai SIC su indirizzo e a cura dei Paesi membri. Invero, questi sono chiamati ad adottare, «all'occorrenza, appropriati piani di gestione specifici o integrati ad altri piani di sviluppo» (par. 1), come pure «opportune misure per evitare… il degrado degli *habitat* naturali e degli *habitat* di specie, nonché la perturbazione delle specie per cui le zone sono state designate» (par. 2 dell'art. 6). Per cui in tali zone, «qualsiasi piano o progetto non direttamente connesso e necessario alla gestione del sito… che possa avere incidenze significative su [di esso]… forma oggetto di una opportuna valutazione dell'incidenza che ha sul sito, tenendo conto degli obiettivi di conservazione del medesimo» (par. 3).

L'art. 6 della direttiva, quindi, rappresenta la disposizione centrale nel sistema, in quanto introduce le due tipologie di strumenti menzionate, una pianificatoria gestionale

---

[8](Tale decreto è stato sospeso in via cautelare con l'ordinanza del TAR Lazio 24 novembre 2005, n. 6856, in *Giurisprudenza di merito*, 2006, 1265, con nota di PIRRUCCIO, *ZSC e ZPS: quale inquadramento e quale tutela?*.

[9]() Gli elenchi della Commissione sono in continua emissione in quanto provvisori, e in funzione delle richieste dei Paesi membri.

ed una di valutazione specifica, volti a verificare la compatibilità di un piano o progetto con l'ecosistema della zona in cui deve essere realizzato e designandone gli aspetti applicativi. Il primo strumento, quello pianificatorio gestionale, è destinato a predisporre un piano di gestione specifico per le singole aree, in cui prevedere gli interventi da attuare per il mantenimento del loro stato di conservazione e gli interventi che, pur non destinati a tale scopo, sono comunque attuabili a determinate condizioni (par. 1). Il secondo, invece, è volto a verificare, in presenza di una probabile incidenza negativa *significativa* di singoli interventi da attuare sulle aree tutelate, la compatibilità di tali interventi (quando non previsti nei piani gestionali dei siti nemmeno tra quelli attuabili a determinate condizioni ovvero connessi e necessari alla gestione) con gli *habitat* e le specie ivi presenti (parr. 2 e 3).

Tralasciando il primo strumento e concentrando l'attenzione sul secondo, per la sua particolare natura e funzione nell'ordinario andamento del mercato e nello sviluppo sostenibile, la Commissione ha pubblicato un documento interpretativo di tali paragrafi, "*La gestione dei siti della rete Natura 2000: guida all'interpretazione dell'articolo 6 della direttiva 'Habitat' 92/43/CEE*" ([10]), contenente una sorta di "linee guida" esplicative della disposizione, a cui i singoli Stati membri e gli interpreti chiamati ad applicare la disciplina possono guardare per recepire correttamente la direttiva ed attuare lo strumento della valutazione di incidenza nel diritto nazionale.

Nel documento di indirizzo della Commissione si legge che per valutare se un piano o un progetto possa avere incidenze *significative* ([11]) su di un SIC o su di una ZSC, e quindi debba essere sottoposto a valutazione di incidenza, si devono considerare «le particolarità e le condizioni ambientali del sito protetto cui si riferisce il piano o il progetto» (pag. 34 del documento); al riguardo - specifica la Commissione -, «gli obiettivi di conservazione di un sito, nonché le informazioni preliminari o di riferimento su di esso possono essere molto importanti per determinare in maniera più precisa le sensibilità di conservazione» (pag. 35).

Nel documento è approfondito (al punto 4.4.1) cosa debba intendersi per "incidenza significativa". L'istituzione europea precisa che il concetto di "conseguenza significativa" non può essere trattato in maniera "arbitraria" e deve essere collegato alle particolarità e alle condizioni ambientali del sito protetto. Per utilizzare le parole della Commissione «il concetto di ciò che è significativo deve essere interpretato in modo obiettivo. Al tempo stesso, bisogna determinare la significatività in relazione alle particolarità ed alle condizioni ambientali del sito protetto cui si riferisce il piano o il progetto, tenendo particolarmente conto degli obiettivi di conservazione del sito».

Il passaggio del rapporto tra "incidenza significativa" del progetto e "obiettivi di conservazione del sito" è stato anche oggetto di analisi della Corte di giustizia nella sentenza 7 settembre 2004, in causa C-127/02, *Landelijke Vereniging tot Behoud van de Waddenzee e Nederlandse Vereniging tot Bescherming van Vogels* ([12]), in cui la Corte ha precisato che «come emerge dal combinato disposto dell'articolo 6, n. 3, prima frase, della direttiva *Habitat*, e del decimo 'considerando' della stessa, la significatività dell'incidenza su un sito di un piano o di un progetto non direttamente connesso e

[10]() Lussemburgo, 2000, disponibile in *http://www.europa.eu.int*

[11]() Nel senso che l'obbligo di valutazione nasce non già con la certezza di una siffatta incidenza, bensì con la semplice probabilità di un suo verificarsi.

[12]() Disponibile in *http://curia.europa.eu.int* e in *Diritto pubblico comparato ed europeo*, 2005, 488 con nota di AMIRANTE, *La direttiva habitat fra valutazione di incidenza e principio precauzionale*.

necessario alla gestione del sito viene messo in relazione con gli obiettivi di conservazione di quest'ultimo» ([13]). Pertanto, quando un tale piano o progetto, pur avendo un'incidenza sul detto sito non rischia di compromettere gli obiettivi di conservazione dello stesso, esso non può essere considerato idoneo a pregiudicare significativamente il sito in questione. E la valutazione del rischio deve essere effettuata in particolare alla luce delle caratteristiche e delle condizioni ambientali specifiche dello stesso sito interessato.

Il ragionamento della Corte di giustizia è stato ripreso altresì dal Consiglio di Stato, il quale ha posto in rilievo come sia «la stessa disposizione comunitaria… a richiedere che le incidenze sul sito, per essere giuridicamente rilevanti, siano "significative"». E aggiunge: «sul piano del diritto interno… [ciò] si traduce nella necessità che l'amministrazione prenda in specifica considerazione l'incidenza ambientale dell'intervento sui siti protetti procedendo ad accertare, in prima valutazione, il carattere significativo di siffatta incidenza, in relazione al rischio di compromissione dell'integrità del sito» che si deve desumere da «un'esatta rappresentazione dello stato dei luoghi… [ed una valutazione] adeguata… di tutti gli elementi idonei a influire sul giudizio di non pericolosità dell'intervento rispetto agli obiettivi di conservazione» ([14]).

Da tali riflessioni non può che desumersi che l'incidenza di un progetto su un sito "Natura 2000" (condizione essenziale affinché l'intervento sia sottoposto obbligatoriamente alla specifica procedura di valutazione di incidenza) deve essere valutata non in maniera arbitraria, ma in concreto e in relazione agli obiettivi di conservazione di siffatta area.

Rispetto alla forma e al contenuto della valutazione di incidenza, poi, la Commissione precisa che essa deve essere documentata e motivata, per cui se il parere conclusivo sulla valutazione «si tratta semplicemente di un giudizio positivo o negativo di un piano o progetto non corredato da motivazioni… la valutazione non soddisfa il suo scopo e non può essere considerata "opportuna"» e, quindi, valida e legittima (pag. 37). Inoltre - prosegue la Commissione -, «è anche importante il fattore tempo», ossia la tempistica con cui si inizia e si giunge alla valutazione. Essa è considerata il primo *step* che «precede altre tappe alle quali fornisce una base» e le «autorità non dovrebbero avere le facoltà di aggiungere a posteriori elementi ad una valutazione, una volta che si è passati alle tappe successive» (pag. 37).

La valutazione deve avere «una portata più limitata rispetto ad una valutazione ai sensi della direttiva 85/337/CEE [la direttiva sulla valutazione d'impatto ambientale (VIA) - ndr], in quanto limitata alle implicazioni per il sito con riferimento agli obiettivi di conservazione del medesimo». Inoltre, prima di arrivare a conclusioni negative, nella valutazione di incidenza di un piano o di un progetto, deve essere esaminata la possibilità di "soluzioni alternative" o concrete "misure di attenuazione", consentendo così ugualmente la realizzazione del piano o del progetto reso compatibile, qualora inevitabile, con specifiche prescrizioni.

Entrambe ("soluzioni alternative" e "misure di attenuazione") possono essere proposte direttamente dal proponente il piano o progetto in valutazione, ovvero imposte dalle autorità in sede di valutazione qualora rese necessarie a verifica compiuta.

---

[13]() Punto 47.

[14]() Consiglio di Stato 22 luglio 2005, n. 3917 in *http://www.giustizia-amministrativa.it.*

Riguardo al loro significato concreto, mentre la locuzione "soluzioni alternative" non sembrerebbe porre (almeno in apparenza) problemi interpretativi, quella di "misure di attenuazione", invece, sembrerebbe presentare qualche difficoltà. Su tale rimedio è intervenuta la stessa Commissione europea, la quale ha specificato che si tratterebbe di «misure intese a ridurre al minimo o addirittura a sopprimere l'impatto negativo di un piano o progetto durante o dopo la sua realizzazione» (cfr. le già citate linee guida sull'articolo 6 della direttiva *habitat*).

Di entrambi i rimedi delle "soluzioni alternative" e delle "misure di attenuazione", infine, la Commissione ha riportato nel documento una serie di esempi, che ci permettiamo di riportare testualmente in quanto emblematici: «- date e tempi di realizzazione (ad esempio, divieto di interventi durante il periodo di riproduzione di una data specie); - tipo di strumenti ed interventi da realizzare (ad esempio, uso di una draga speciale ad una distanza stabilita dalla riva per non incidere su un *habitat* fragile); - zone rigorosamente inaccessibili all'interno di un sito (ad esempio, tane di ibernazione di una specie animale)».

A livello nazionale, la direttiva n. 92/43 è stata recepita con il d.p.r. 8 settembre 1997, n. 357, poi modificato dal d.p.r. 12 marzo 2003, n. 120 ([15]). La norma, sia nella sua versione originaria, sia nella versione novellata, è di mero indirizzo e rimette alle regioni l'onere di predisporre il regime di salvaguardia dei SIC.

Nella prima versione della disposizione nazionale di recepimento, la valutazione d'incidenza non si presentava quale strumento autonomo, ma era disciplinata come una sorta di appendice della più ampia VIA, per cui la valutazione di incidenza era richiesta solo per le tipologie progettuali ricomprese negli elenchi dell'art. 1 del d.p.r. 10 agosto 1988, n. 377 (ovvero allegati A e B del d.p.r. 12 aprile 1996), e solo qualora la realizzazione avesse potuto avere effetti significativi sugli *habitat* tutelati (cfr. art. 5 del d.p.r. n. 357/1997).

In ossequio alle scelte comunitarie di protezione dei soli siti inclusi negli elenchi comunitari, poi, il d.p.r. n. 357/1997 prima versione limitava la tutela alle sole ZCS e ai SIC, lasciandone sprovvisti di protezione i pSIC e rimettendo comunque alle regioni il compito di «adottare per i siti di importanza comunitaria, entro tre mesi dall'inclusione nell'elenco definitivo dalla Commissione europea, le opportune misure per evitare il degrado degli *habitat* naturali e degli *habitat* di specie, nonché la perturbazione delle specie per cui le zone sono state designate» (art. 4).

Fino alla predisposizione di siffatte regole regionali specifiche, la tutela dei siti, anche se divenuti definitivamente SIC, non era quindi funzionante e per renderla tale, le regioni avrebbero dovuto emanare le norme di attuazione nel rispetto delle indicazioni nazionali, le quali, tra l'altro, limitavano la possibile discrezionalità regionale predeterminando una serie di "paletti" normativi e regole che le regioni avrebbero dovuto rispettare nel predisporre la disciplina specifica ([16]).

Con il d.p.r. del 2003 sono state introdotte due rilevanti novità: l'estensione della valutazione d'incidenza anche agli interventi non ricompresi nelle tipologie progettuali

---

[15]() Su cui v. MENEGAZZI MUNARI, *La tutela della biodiversità nella direttiva habitat*, in *Diritto e giurisprudenza agraria e dell'ambiente*, 2006, 580.

[16]() Ad esempio, a livello statale era fissato in un massimo di novanta giorni il termine entro il quale le autorità avrebbero dovuto concludere il procedimento di valutazione (art. 5, comma 6) e le regioni, nell'adozione della normativa, avrebbero dovuto rispettare tale termine inserendolo direttamente nella disciplina.

sottoposte a VIA (cfr. comma 4 dell'art. 5) e un richiamo esplicito alla tutela dei pSIC. Il comma 3 dell'art. 5 del d.p.r. n. 357/1997 novellato, infatti, precisa che i proponenti di interventi non direttamente connessi e necessari al mantenimento in uno stato di conservazione soddisfacente delle specie e degli *habitat* presenti nel sito, ma che «possono avere incidenze significative sul sito stesso, singolarmente o congiuntamente ad altri interventi, presentano, ai fini della valutazione di incidenza, uno studio volto ad individuare e valutare… i principali effetti che detti interventi possono avere sul *proposto sito di importanza comunitaria*, sul sito di importanza comunitaria o sulla zona speciale di conservazione, tenuto conto degli obiettivi di conservazione dei medesimi [enfasi aggiunta - ndr]».

Anche il decreto di modifica conferma che debbano essere le regioni a predisporre le regole di attuazione e funzionamento della gestione dei siti "Natura 2000", ivi compresa la procedura di valutazione di incidenza. Sul punto, le regioni sono state chiamate a definire le modalità di presentazione dei relativi studi, ad individuare gli uffici locali cui rivolgersi per la verifica degli stessi e a stabilire i tempi per l'effettuazione della verifica (comma 5 dell'art. 5), attività, queste, a discrezionalità limitata, dovendo le regioni ad esempio - al pari di quanto previsto nella precedente versione del decreto - garantire la conclusione delle attività di valutazione entro - questa volta - «sessanta giorni dal ricevimento dello studio» di incidenza da parte del proponente.

Infine, nella normativa nazionale si demanda sempre alle regioni la predisposizione di misure di conservazione per i pSIC, ossia per quei siti non ancora valutati dalla Commissione, ma ad essa proposti dai singoli Stati membri. Difatti, l'art. 4 dispone che «le regioni… assicurano per i proposti siti di importanza comunitaria opportune misure per evitare il degrado degli *habitat* naturali e degli *habitat* di specie, nonché la perturbazione delle specie per cui le zone sono state designate, nella misura in cui tale perturbazione potrebbe avere conseguenze significative per quanto riguarda gli obiettivi del presente regolamento».

Infine, a livello locale, le regole comunitarie, recepite dal legislatore nazionale con meri indirizzi e linee guida per le regioni, trovano attuazione in disposizioni regolamentari di funzionamento della procedura di valutazione di incidenza.

Nel panorama delle molteplici discipline regionali d'attuazione, le varie normative possono essere tutte facilmente riconducibili a due modelli di governo degli *habitat*: quello centralizzato e quello a rete. Il primo si caratterizza per la scelta della singola regione di arrogare a sé la competenza pianificatoria gestionale e valutativa della tutela delle aree "Natura 2000", il secondo per la scelta di attribuire agli stessi enti locali già competenti per l'autorizzazione dei singoli progetti, la competenza anche in materia di tutela della biodiversità.

Dei due modelli, vi sono molteplici esempi attuativi, tra cui la Sicilia e la Calabria[17] per quello centralizzato, e la Toscana, la Liguria e l'Emilia Romagna[18] per quello a rete ([19]). In Lombardia[20], invece, vi è stata la peculiare scelta di attuare la normativa *habitat*

[17] Deliberazione della Giunta regionale 27 giugno 2005, n. 604

[18] Legge regionale 14 aprile 2004, n. 7 e deliberazione della Giunta regionale 30 luglio 2007, n. 1191.

[19]() Una rassegna della legislazione regionale di attuazione della normativa *habitat* prima della novella del 2003 del provvedimento di recepimento della direttiva si trova in IMPARATO, *La Direttiva Habitat: il regime provvisorio in Italia,* in AMIRANTE (a cura di), *La conservazione della natura in Europa cit.,* 97.

[20] Deliberazioni della Giunta regionale 8 agosto 2003, n. VII/14106 e 30 luglio 2004, n. VII/18453

in due *step*, seguendo in via transitoria un modello semi-centralizzato, per poi renderne esecutivo uno definitivo a rete.

3. Tutela dei pSIC e autotutela della pubblica amministrazione

Il sistema di protezione multilivello esaminato, come abbiamo già avuto modo di precisare, diviene operativo solo a conclusione di una complessa e particolare procedura in cui si trovano coinvolti, in stretta cooperazione tra loro, Commissione, Stati membri ed enti locali. Il procedimento si articola in una pluralità di atti susseguenti e provenienti dai diversi soggetti indicati, i quali provvedono in eguale misura alla formazione dell'atto finale: l'elezione di un'area a SIC. Il provvedimento conclusivo di designazione, quindi, si presenta come un atto complesso, ossia un atto adottato da una pluralità di organi che perseguono un unico fine, esprimendo un'unica volontà ([21]). Finché manca l'atto finale di individuazione del sito da parte della Commissione, il sistema di tutela europeo non prevede alcuna protezione per gli *habitat*. Così, si è data la possibilità ai medesimi Stati membri di adottare la normativa comunitaria prevedendo regimi transitori di tutela per le aree individuate suscettibili di protezione. Come visto, infatti, l'art. 4 par. 5 della direttiva non prevede che le misure di conservazione (ossia quelle disposte nei commi da 2 a 6 dell'art. 6 della direttiva n. 92/43/CEE) si applichino ai pSIC, ma consente agli Stati membri di prevedere misure idonee di tutela qualora ciò fosse ritenuto opportuno a livello locale.

Tale ricostruzione è propria della Corte di giustizia nella sentenza 13 gennaio 2005, causa C-117/03, *Società Italiana Dragaggi s.p.a.* ([22]), in cui il Supremo Collegio europeo ha rigettato l'interpretazione di alcune corti amministrative italiane che avevano applicato in modo diretto l'art. 6 della direttiva *habitat*, obbligando alla valutazione di incidenza i progetti che interessavano pSIC, anche se non ancora riconosciuti formalmente dalla UE e non prevista alcuna normativa *ad hoc* a livello nazionale. Ebbene, i giudici europei hanno precisato che l'attività della Commissione, che consiste - si ricorda - nell'individuare i siti proposti dagli Stati membri e ad iscriverli in un apposito elenco, ha una *efficacia costitutiva*, in quanto essa non è vincolata alle proposte nazionali e può ben negare l'inserimento nell'apposito elenco, essendo l'istituzione comunitaria l'unica ad avere una visione unitaria del territorio europeo e l'unica a poter valutare concretamente quali aree necessitino di tutela per i fini perseguiti. Compete agli Stati membri l'eventuale adozione di misure di tutela per siffatte aree, nelle more del riconoscimento da parte della Commissione. Invero, «per quanto riguarda i siti atti ad essere individuati quali siti di importanza comunitaria, compresi negli elenchi nazionali trasmessi alla Commissione, e segnatamente i siti ospitanti tipi di *habitat* naturali prioritari o specie prioritarie, gli Stati membri sono… [chiamati] ad adottare misure di salvaguardia idonee, con riguardo all'obiettivo di conservazione contemplato da quest'ultima, a salvaguardare il pertinente interesse ecologico rivestito dai detti siti a livello nazionale» ([23]).

Quindi, la Corte di giustizia ha precisato che la tutela di siffatte aree è in capo agli Stati membri, salvo poi non delimitarne la discrezionalità, per cui non appare chiaro fin

[21]() Atto, questo, a complessità esterna, in quanto gli organi appartengono a diverse persone giuridiche.
[22]() Disponibile in *http://curia.europa.eu* e in *Dir. Giur. agr. e ambiente*, 2005, 224, con nota di DI DIO, *La Corte Europea e le misure di salvaguardia nei siti di importanza comunitaria proposti dall'Italia*.
[23]() Punto 31 della sentenza.

dove può arrivare, in positivo e in negativo, l'intervento legislativo nazionale e in cosa, quindi, possano consistere concretamente le "misure di salvaguardia idonee" indicate dalla direttiva (ad esempio l'estensione della valutazione di incidenza, ovvero anche interventi meno restrittivi rispetto alle attività che possono esercitarsi sul sito).

Ad ogni modo, i giudici comunitari hanno statuito che senza una normativa nazionale specifica sul punto, i pSIC non possono essere considerati inclusi nella rete "Natura 2000", e dunque non vi è alcun obbligo di richiedere la valutazione di incidenza per i progetti che li interessano. E una siffatta norma nell'ordinamento italiano nasce solo con il decreto del Presidente della Repubblica del 2003 (che peraltro attribuisce alle regioni l'obbligo di disciplinare la procedura per la tutela dei siti proposti), in quanto il d.p.r. n. 357/1997, nella sua versione originaria, prevedeva norme di salvaguardia all'art. 4 solo ed esclusivamente per SIC e ZSC (non menzionando i pSIC).

Ciò non toglie che la pubblica amministrazione, quando un sito è stato individuato come proposto sito di interesse comunitario e ancora non è in vigore alcuna norma di tutela, possa eventualmente preservare tali aree anche annullando provvedimenti già emessi in forza dei poteri di autotutela ([24]). Un'autotutela questa, che, dopo il rinvio seguente alla citata sentenza della Corte di Giustizia del 13 gennaio 2005, è stata meglio precisata nei confini dal Consiglio di Stato il quale ha chiarito come essa non debba integrare «un atto adottato solo con riguardo al fine di sottoporre a valutazione di incidenza il progetto, ma con tutta evidenza, di un atto adottato al fine di proteggere il bene ambientale… in considerazione dell'effetto di manifesta violazione del vincolo istituendo che sarebbe derivato dall'esecuzione dei lavori». E prosegue il Supremo Consiglio, nel caso oggetto dell'appello l'atto di autotutela sarebbe stato giustificato dal «eloquente riferimento alla irrealizzabilità del progetto, che avrebbe comportato l'eliminazione totale della zona umida del SIC» ([25]). In altre parole, l'autotutela cui può ricorrere la pubblica amministrazione è limitata all'evidenza che il progetto incidente sul pSIC sia di grave e irreparabile danno sulla biodiversità da tutelare, in applicazione

---

[24]() Come è noto, un atto amministrativo può essere eliminato attraverso una sentenza dell'autorità giurisdizionale amministrativa, una decisione amministrativa provocata da un ricorso dell'interessato o con un atto amministrativo della pubblica amministrazione diretto a ritirare l'atto divenuto viziato (chiamato atto di ritiro). Gli atti di ritiro sono provvedimenti amministrativi a contenuto negativo, emanati in base ad un riesame dell'atto, compiuto nell'esercizio del medesimo potere amministrativo esercitato con l'emanazione dell'atto, al fine di eliminare l'atto viziato. Per tutti: CORAGGIO, voce *Autotutela I) Dir. amm.,* in *Enc giur. Treccani,* vol. IV, Roma, 1988.

[25]() Si tratta della decisione della quarta sezione del Consiglio di Stato, 5 maggio 2006, n. 5328 (in *Guida al diritto*, 2006, n. 39, 85, con nota di RUSSO dal titolo *Habitat naturali sottoposti a salvaguardia se iscritti nell'elenco di rilevanza comunitaria*), emessa nell'ambito di un giudizio i cui fatti di causa, peculiari nella loro concretezza, aiutano la comprensione del ragionamento dei supremi giudici. Una ditta (la dragaggi s.p.a. appunto) aveva vinto una gara per l'affidamento di lavori di dragaggio nel porto di Monfalcone, anche se i lavori erano situati all'interno di un pSIC. Dopo l'aggiudicazione l'amministrazione appaltante non aveva però approvato gli atti di gara e, invocando l'autotutela, aveva annullato la procedura di aggiudicazione sulla base delle considerazioni della regione in ordine alla necessità di sottoporre il progetto ad una preventiva valutazione di incidenza. L'atto di autotutela era motivato proprio dal danno grave ed irreparabile che tale progetto avrebbe potuto avere per la biodiversità del proposto sito. Invero, si legge nella motivazione della decisione che si ravvisava una «irrealizzabilità del progetto, posto a base di gara, che avrebbe comportato l'imbonimento di tutta la cassa di colmata e, quindi, la completa ed irreversibile distruzione della flora e della fauna protette dalla proposta di istituzione del SIC».

del principio di coerenza e di non contraddittorietà dell'agire della medesima pubblica amministrazione, la quale, altrimenti, si troverebbe, da un lato, a sollecitare e a farsi promotrice di una protezione specifica di una determinata area e, dall'altro, consentirne la totale distruzione nelle more di un procedimento da lei stessa avviato.

4. La normativa applicabile sulla valutazione di incidenza alla luce dello *jus superveniens*

In tale contesto sorgono alcuni dubbi interpretativi; innanzitutto, vanno analizzate le conseguenze della modifica del 2003 sui procedimenti di autorizzazione per l'attuazione di piani, progetti o interventi già in corso alla sua entrata in vigore; in secondo luogo, ci si chiede quale siano i limiti di sindacabilità del giudice amministrativo sulle decisioni compiute dalle singole commissioni di valutazione della incidenza di un progetto (o piano, ovvero intervento) su un sito di interesse comunitario.

Rispetto alla prima questione, per decidere quale legge applicare nei procedimenti in corso all'entrata in vigore del d.p.r. n. 120/2003 occorre fare ricorso ai principi generali di regolazione dei casi di sopravvenienza normativa durante un procedimento amministrativo.

Ebbene, in tali ipotesi, si contrappongono i principi antitetici *prior in tempore* e *tempus regit actum*, espressione, il primo, del diritto comune, nel quale domina il principio della buona fede e dell'affidamento del privato cittadino che dà avvio ad una procedura e, il secondo, della conseguente prevalenza delle norme imposte dalla legge.

La giurisprudenza maggioritaria fino a non poco tempo fa (fine anni '90) aveva perlopiù statuito che lo *jus superveniens* legislativo trovasse applicazione laddove il procedimento amministrativo fosse ancora pendente allorché gli effetti dello stesso non si fossero ancora compiutamente prodotti.

La giurisprudenza più recente, però, è venuta mitigando tale severo disposto a carico del privato, precisando che talvolta si debba applicare la norma esistente al momento in cui l'azione amministrativa è iniziata, in quanto è su di essa che il cittadino ha fatto affidamento.

Tipologia procedimentale su cui le Corti si sono soffermate ed hanno statuito l'applicazione di tale principio nell'espressione più mitigata verso il cittadino, ad esempio, riguarda l'espletazione dei concorsi pubblici. In simili procedimenti, la certezza della legge risponde «a esigenze di tutela dell'affidamento», che appare principio inviolabile ed interesse da tutelare ove non può concretizzarsi il caso di «una legge la quale prescriva per la prima volta e per determinati soggetti un divieto di partecipazione a concorsi pubblici in concorsi per i quali la partecipazione sia già avvenuta, anche se l'Amministrazione, non avendo ancora proceduto all'approvazione della graduatoria, e alla nomina dei vincitori, non abbia definitivamente concluso il procedimento» ([26]).

Nella suprema giurisprudenza amministrativa è oramai opinione costante considerare anche i bandi di gara "impermeabili" alla sopravvenienza normativa, collegando alla

[26]() Così testualmente il Consiglio di Giustizia amministrativa della regione siciliana 3 luglio 2001, n. 302, disponibile in *http://www.giustizia-amministrativa.it*.

loro semplice pubblicazione l'effetto di "cristallizzazione" della disciplina e, quindi, l'irrilevanza per essi delle eventuali successive modifiche legislative ([27]).

A tale indirizzo giurisprudenziale si aggiunge altresì la tesi di recente dottrina che nell'analisi e ricostruzione dei principi a governo degli effetti per i procedimenti amministrativi dell'avvicendamento delle norme nel tempo, ha ritenuto il principio *tempus regit actum* non più applicabile, non solo ai concorsi pubblici e ai bandi di gara, ma in generale ad ogni procedimento amministrativo nella sua interezza. Quest'ultimo sarebbe oggi "impermeabile" ad ogni sopravvenienza normativa: solo il principio *tempus regit actionem* rappresentarebbe la regola di funzionamento di simili fattispecie ([28]).

Alla luce di tali premesse e considerando i procedimenti amministrativi di autorizzazione di piani, progetti o interventi suscettibili di essere sottoposti a valutazione di incidenza, equiparabili in tutto a quelli esaminati da siffatta recente dottrina e avvicinabili alle regole di funzionamento dei bandi di gara oggetto dell'indirizzo giurisprudenziale richiamato, si ritiene che la normativa sulla valutazione di incidenza applicabile a un piano, progetto o intervento il cui *iter* procedimentale per l'ottenimento dell'autorizzazione finale (come potrebbe essere un permesso a costruire) sia iniziato prima dell'entrata in vigore del d.p.r. n. 120/2003, sia il d.p.r. n. 357/1997 nella sua versione originaria (prima della novella) con le conseguenze giuridiche del caso ([29]).

Siffatta conclusione è avvalorata da altro aspetto che non può non essere tenuto in debita considerazione, e che si ritiene risolutivo nella ricostruzione. La valutazione di incidenza è procedura introdotta dal diritto europeo. E la Corte di giustizia ha avuto più volte modo di precisare che nei procedimenti amministrativi di "autorizzazione" per l'attuazione di piani, progetti od interventi, nel caso in cui la data di presentazione formale della domanda che ha instaurato il procedimento precede la data di scadenza del termine di recepimento delle direttive cha hanno introdotto la VIA e la valutazione di incidenza, tali due "valutazioni ambientali" non trovano applicazione ([30]).

In altre parole, la valutazione di incidenza non si applicherebbe alle procedure amministrative iniziate prima del termine di scadenza della direttiva, poiché il principio applicabile sarebbe quello del *tempus regit actionem*, ossia della legge in vigore al momento in cui il cittadino ha dato inizio al procedimento medesimo. La Corte ha precisato che «tale criterio formale è l'unico che sia conforme al principio della certezza del diritto… La ragione di tale considerazione consiste nel fatto che una direttiva, quale la direttiva sugli *habitat*, riguarda in gran parte progetti di una certa ampiezza, la cui

---

[27]() Da ultimo v. Consiglio di Stato, 15 novembre 2001, n. 5843, in *http://www.giustizia-amministrativa.it* e Consiglio di Stato, 18 settembre 2002, n. 4745, *ivi*.

[28]() Per tutti v. COMPORTI, *Tempus regit actionem. Contributo allo studio del diritto intertemporale dei procedimenti amministrativi*, Torino, 2001.

[29]() Ci si riferisce in primo luogo ai limiti applicativi della disciplina passata che voleva operativa la valutazione di incidenza solo per i progetti sottoposti a VIA, che non prevedeva regimi di tutela per i pSIC, che prevedeva tempi di reazione per la pubblica amministrazione maggiori rispetto a quelli indicati nella novella, etc.

[30]() Tale principio è stato dapprima riferito alla procedura di VIA, poi esteso alla valutazione di incidenza della direttiva *habitat*. Riguardo la direttiva VIA, in particolare, v. le sentenze 11 agosto 1995, causa C-431/92, *Commissione v. Germania*, punti 29 e 32 e 18 giugno 1998, causa C-81/96, *Gedeputeerde Staten van Noord-Holland*, punto 23 (entrambe in *http://curia.europa.eu*); riguardo la direttiva habitat, invece, v. la sentenza 23 marzo 2006, in causa C-209/04, *Commissione v. Austria* (*ivi*).

realizzazione necessita molto spesso di un lungo periodo di tempo. Pertanto non sarebbe opportuno che procedure, già complesse a livello nazionale e formalmente avviate prima della data di scadenza del termine di attuazione della direttiva, siano appesantite e ritardate dalle specifiche prescrizioni imposte da quest'ultima e che situazioni già consolidate ne siano colpite» ([31]).

Proseguono il lucido ragionamento i giudici europei: «la direttiva 85/337 [sulla VIA - ndr] e la direttiva sugli *habitat* riguardano entrambe la valutazione degli impatti ambientali di taluni progetti pubblici e privati. In entrambe le situazioni, il procedimento di valutazione si colloca a monte della scelta definitiva del progetto. I risultati di tale valutazione devono essere presi in considerazione quando si decide sul progetto, e quest'ultimo può essere modificato in funzione dei detti risultati. Le varie fasi dell'esame di un progetto sono collegate al punto da costituire un'operazione complessa. Il fatto che il contenuto di talune prescrizioni sia diverso non è in grado di rimettere in discussione tale valutazione. Ne consegue che la censura deve essere valutata alla data in cui il progetto è stato formalmente presentato» ([32]).

A maggior ragione, una siffatta ricostruzione trova valore nel caso degli appalti pubblici per la costruzione di opere, ove spesso i procedimenti sono composti da due fasi tra loro strettamente collegate: la gara per l'aggiudicazione dell'appalto e il permesso *ad edificandum*. Se ai fini dell'individuazione della disciplina di regolamentazione di un procedimento amministrativo - come detto -, discretivi possono essere il momento di pubblicazione del bando, la presentazione della domanda di partecipazione ovvero la nascita del legittimo affidamento in capo al privato sulle "regole del gioco", qualora tutti questi momenti si siano consumati prima del 15 giugno 2003 (giorno dell'entrata in vigore del decreto di modifica, pubblicato sulla Gazzetta Ufficiale 30 maggio 2003, n. 124), sarà il d.p.r. n. 357/1997 prima versione a governare tali fattispecie; in caso contrario, troverà applicazione la nuova versione del decreto di recepimento.

Anche considerando i procedimenti dell'appalto pubblico e della concessione edificatoria come distinti e tra loro non collegabili, poi, la separazione non avrebbe comunque effetto sulle regole di funzionamento delle due procedure in quanto, pur formalmente distinti, i due procedimenti sarebbero in ogni caso sostanzialmente collegati da un rapporto di necessità e dipendenza. Una gara indetta dalla pubblica amministrazione, infatti, porta all'emissione di un provvedimento conclusivo, l'aggiudicazione, intrinsecamente propedeutico e connesso al procedimento successivo, il quale, pur nella sua autonomia formale, si presenterebbe come esecuzione necessaria dell'aggiudicazione del diritto del privato ad ottenere il permesso di costruire. In tale situazione un cambiamento della normativa che incidesse sul progetto aggiudicatario in sede di concessione edificatoria cambiandone le caratteristiche, potrebbe snaturare la gara stessa in quanto su differenti presupposti il progetto potrebbe non essere più meritevole di aggiudicazione rispetto a quelli presentati da altri concorrenti.

5. La sindacabilità della "discrezionalità tecnica" da parte del giudice amministrativo nella valutazione di incidenza

[31]() Così espressamente la citata sentenza *Austria*, punto 57 e per analogia la sentenza *Gedeputeerde Staten van Noord-Holland*, punti 23 e 24.

[32]() Sono parole della Corte nella citata sentenza *Austria* (punto 58).

Riguardo alla seconda questione dei limiti di sindacabilità del giudice amministrativo sulle decisioni compiute dalle singole commissioni di valutazione, si ritiene che lo "schermo" della "discrezionalità tecnica" nella decisione non operi con impedimenti od ostacoli, né riguardo agli eventuali vizi formali della procedura, né rispetto alla stessa opportunità tecnica delle valutazioni compiute.

E' opinione costante sia in dottrina, sia in giurisprudenza, infatti, che il potere discrezionale a contenuto tecnico su cui è escluso il sindacato dei giudici riguarda esclusivamente l'acclaramento dei fatti posti a fondamento dell'agire dell'amministrazione, risultando invece del tutto sindacabili le scelte e le valutazioni di siffatto agire che sui fatti tecnici acclarati si fonda ([33]).

Come riconosciuto proprio in merito alla valutazione di incidenza (che il Consiglio di Stato considera esercizio di "discrezionalità tecnica") ([34]), invero, l'agire dell'amministrazione è «sindacabile dal giudice amministrativo… nel caso in cui l'Amministrazione… si sia, in definitiva, determinata a ritenere… il rischio di compromissione dei siti sulla base di una motivazione illogica o inadeguata ovvero di un'inappropriata rappresentazione delle circostanze di fatto» a fronte di una «non… esatta rappresentazione dello stato dei luoghi… [ovvero di una] non… adeguata considerazione di tutti gli elementi idonei a influire sul giudizio di non pericolosità dell'intervento rispetto agli obiettivi di conservazione» del sito tutelato ([35]). Per cui, è stato riconosciuto espressamente il potere di valutazione e sindacato del giudice amministrativo sull'operato della pubblica amministrazione quando «la valutazione di incidenza ambientale del progetto… sia mancata ovvero sia stata svolta dall'Amministrazione in modo inadeguato, in particolare sulla base di un'istruttoria carente e con motivazione insufficiente».

Oltretutto, un nuovo orientamento giurisprudenziale che si sta venendo ad imporre anche in dottrina, riconosce in capo al giudice amministrativo il potere di sindacare, oltre all'*iter* logico seguito dall'autorità amministrativa nell'emanazione del provvedimento, anche la correttezza con cui sono effettuate le operazioni tecniche destinate all'acclaramento dei fatti su cui l'agire si fonda. Per cui, se la norma tecnica contiene "concetti indeterminati" che inducono ad "apprezzamenti opinabili" da parte dell'amministrazione, la loro valutazione rientra nell'accertamento dei presupposti di fatto del provvedimento amministrativo, quindi al sindacato di legittimità: la sindacabilità giurisdizionale è pertanto ammessa anche nella «verifica diretta dell'attendibilità delle operazioni tecniche sotto il profilo della loro correttezza quanto al criterio tecnico e al procedimento applicativo» ([36]).

---

[33]() Nel senso che può essere valutata la ragionevolezza degli acclaramenti tecnici, quale la sua adeguata motivazione o la sua non contraddittorietà interna, ovvero analizzata la compatibilità con le regole procedurali, etc.

[34]() Consiglio di Stato 22 luglio 2005, n. 3917, in *Foro it.*, 2006, 402 (con nota di MILONE dal titolo: *In tema di tutela dell'ambiente*), in cui si giunge a tale conclusione partendo dal presupposto che il quadro normativo in materia di tutela degli *habitat* dispone la «necessità che l'amministrazione prenda in specifica considerazione l'incidenza ambientale dell'intervento sui siti protetti procedendo ad accertare, in prima valutazione, il carattere significativo di siffatta incidenza, in relazione al rischio di compromissione dell'integrità del sito», rappresentando tale valutazione quindi una tipica espressione di discrezionalità tecnica.

[35]() Idem.

[36]() Consiglio di Stato 9 aprile 1999, n. 601, in *http://www.giustizia-amministrativa.it*.

Infine, è lo stesso legislatore della legge 21 luglio 2000, n. 205 (provvedimento di riforma del processo amministrativo) che riconosce oggi la sindacabilità giudiziaria del potere discrezionale della pubblica amministrazione sulle scelte tecniche da essa compiute. La possibilità di disporre di una "consulenza tecnica" d'ufficio nel giudizio amministrativo, infatti, attribuisce all'organo giudicante la facoltà di verificare direttamente l'attendibilità delle operazioni tecniche compiute dalla amministrazione e, quindi, il sindacato sul suo operato nella compiuta valutazione di incidenza.

6. Valutazione di incidenza e VIA

Altra questione da considerare in fase di applicazione della normativa sulla valutazione di incidenza è il suo rapporto con la VIA ([37]), al fine di comprenderne le incidenze sulla normativa a tutela degli *habitat*.

La procedura di VIA è stata introdotta dal legislatore dell'allora Comunità Economica Europea con la direttiva 27 giugno 1985, n. 85/337, allo scopo di individuare, descrivere e valutare preventivamente gli effetti diretti ed indiretti di un'opera o di un'attività sui diversi livelli di estrinsecazione dell'ambiente ([38]). Ai sensi di tale disciplina, chiunque intenda realizzare un'opera, eseguire un progetto o dare avvio ad una attività, tra quelle espressamente indicate in allegato alla direttiva, è tenuto preventivamente a sottoporre il relativo progetto alla pubblica amministrazione, al fine di farne valutare le eventuali potenzialità negative: *a)* sull'uomo, la fauna e la flora; *b)* sul suolo, l'acqua, l'aria, il clima ed il paesaggio; *c)* sui beni materiali ed il patrimonio culturale; e *d)* sull'interazione tra tali fattori ([39]).

La valutazione di incidenza è concettualmente diversa dalla VIA: la prima è prevista solo per valutare la compatibilità di un progetto (o piano) sulla specifica biodiversità tutelata dalla rete "Natura 2000" e solo su questa ([40]), mentre la VIA ha un oggetto di valutazione più ampio in grado di ricomprendere anche gli aspetti propri dell'altra procedura, anche se in modo più generale e meno specifica. Da qui il necessario coordinamento quando un progetto, ai sensi dell'art. 5 del d.p.r. n. 357/1997, si trova a dover essere sottoposto ad entrambe le procedure.

In particolare, ci interessa evidenziare che per i progetti sottoposti a VIA, nazionale o regionale, che prevedano attività od opere da realizzare all'interno o nelle immediate vicinanze di un pSIC, di un SIC o di una ZSC, non è richiesto l'avvio dei due autonomi

---

[37]() Sulla valutazione di impatto ambientale la letteratura è sterminata anche a seguito della riorganizzazione a livello nazionale della sua disciplina disposta dalla parte seconda del d.lgs. 3 aprile 2006, n. 152 (il c.d. decreto Matteoli) entrata in vigore, dopo vari rinvii, il 31 luglio 2007. Sulla disciplina in vigore fino al decreto Matteoli, ad ogni modo, ci permettiamo di rinviare, per maggiori dettagli espositivi della normativa e per la bibliografia, a BENOZZO e BRUNO, *Legislazione ambientale. Per uno sviluppo sostenibile del territorio,* Milano, 2003.

[38]() Sulla nozione di ambiente nel diritto nazionale ci permettiamo di rinviare nuovamente, anche per i riferimenti bibliografici e giurisprudenziali, a BENOZZO e BRUNO, *ult.op.cit.*

[39]() Cfr. art. 3 della direttiva.

[40]() Rimangono quindi estranee a siffatta valutazione altre finalità come la preservazione del paesaggio naturalistico, la tutela di flora e fauna non espressamente oggetto di tutela in quella determinata area, le ragioni ambientali collegabili alle formazioni sociali, etc., potendo l'organo competente valutare l'incidenza del progetto solo rispetto alla biodiversità propria dell'area (in tal senso, ad esempio, v. T.A.R. Campania 23 marzo 2004, n. 206, disponibile in *http://www.giustizia-amministrativa.it*).

procedimenti di VIA e di valutazione d'incidenza, bensì solo del primo. Ed infatti, ai sensi dell'art. 5, vecchia e nuova formulazione, del d.p.r. n. 357/1997, il proponente è tenuto a presentare la domanda di avvio della procedura di VIA includendo tra i dati e le informazioni necessarie per consentire l'esecuzione di essa, anche quelle per valutare l'incidenza del progetto sull'*habitat* presente nell'area tutelata. L'Autorità (nazionale o regionale) investita della procedura di VIA, quindi, si pronuncerà con un unico provvedimento anche in merito alla valutazione d'incidenza.

In caso di progetti per i quali è prevista la procedura di *screening*, invece, il proponente è sempre tenuto a completare la relativa istanza con i dati e le informazioni necessarie per valutare l'incidenza del progetto con l'*habitat* presente nell'area pSIC, SIC o ZPS, ma a conclusione del procedimento di *screening*, qualora l'autorità competente non ritenga necessaria per il progetto una specifica procedura di VIA, dovrà pronunciarsi sull'istanza di *screening* e mettere nelle condizioni l'autorità competente per la valutazione di incidenza di pronunciarsi separatamente in modo autonomo sul singolo progetto. Qualora lo *screening* si dovesse concludere con la richiesta di una specifica procedura di VIA, invece, il proponente dovrà integrare l'elaborato presentato con maggiori dati e informazioni e attendere siffatta valutazione che comprenderà e sostituirà la pronuncia dell'incidenza sull'*habitat* tutelato.

In tale sistema di procedure sovrapposte, però, sorge un problema interpretativo riguardo alla versione originale (pre-novella) dell'art. 5 del d.p.r. n. 357/1997, che escludeva la valutazione di incidenza per i progetti non sottoposti a VIA. Per i progetti sottoposti alla procedura di *screening*, quindi, la valutazione d'incidenza era, al pari della VIA, meramente eventuale, nel senso che diveniva operativa e necessaria solo nel caso in cui l'autorità competente per la VIA avesse concluso lo *screening* decidendo che per il progetto fosse stata necessaria una specifica VIA.

7. Valutazione di incidenza e Codice dei beni culturali e del paesaggio

Altro profilo della valutazione di incidenza riguarda il suo rapporto con il reato disposto dall'art. 181 del d.lgs. 22 gennaio 2004, n. 42 ([41]) (codice dei beni culturali e del paesaggio, anche conosciuto come codice Urbani) che ha sostituito il precedente art. 164 del Testo Unico dei beni culturali e ambientali, d.lgs. 29 ottobre 1999, n. 490. Senza soffermarci sulla natura e la disciplina del reato ([42]) possiamo in questa sede solo rilevare che la condotta sanzionata riguarda: «chiunque, senza la prescritta autorizzazione o in difformità di essa, esegue lavori di qualsiasi genere su beni paesaggistici». Il dubbio che potrebbe porsi è se la mancata valutazione di incidenza possa integrare la "prescritta autorizzazione" menzionata nel codice Urbani, e integrare dunque la condotta criminosa.

Prima di poter rispondere, appare necessario premettere alcune considerazioni. Il reato prevede due tipologie di condotte: l'esecuzione di opere in "assenza di autorizzazione" e l'esecuzione di lavori in "difformità ad essa". Essendo la seconda tipologia di condotta collegata ad una mera verifica materiale, riteniamo di doverci

[41]() Su cui, per la parte di nostro interesse (quella sul paesaggio), v. il *Commentario* a cura di TROTTA, CAIA e AICARDI in *Le nuove Leggi civ. Comm.,* 2006, 124.

[42]() Su tali approfondimenti ci permettiamo di segnalare, per tutti, il recente AA.VV *Diritto Penale dell'Ambiente,* Bari, 2006, in particolare 365 e ss.

soffermare esclusivamente sulla prima tipologia prevista dalla norma, mettendola in relazione alla valutazione di incidenza.

La disposizione in esame parla di "assenza di autorizzazione", pertanto occorre comprendere cosa il legislatore intenda con "autorizzazione" e cosa con "assenza".

Riguardo la "autorizzazione", è necessario precisare che le regole previste nel codice dei beni culturali e del paesaggio prevedono un complesso sistema a tutela del paesaggio, in cui ruolo fondamentale è attribuito alle regioni, le quali devono effettuare la pianificazione paesaggistica tenendo in considerazione una serie di disposizioni inderogabili poste dalla norma nazionale.

Tra esse vi è l'obbligo a carico del privato, per poter edificare in alcune zone, di ottenere preliminarmente al permesso urbanistico ed edificatorio, una specifica autorizzazione paesaggistica (c.d. nulla osta paesistico) rilasciata dalla competente autorità regionale entro sessanta giorni. Ricevuta una richiesta, la regione ne esamina il contenuto e decide sull'autorizzazione. Immediatamente, poi, deve dare comunicazione alla Soprintendenza per i beni architettonici e per il paesaggio competente per territorio delle autorizzazioni rilasciate, allegando alle informative la relativa documentazione. Ricevuta la comunicazione, il Ministero, a cui le Soprintendenze fanno capo, ha sessanta giorni per poter annullare l'autorizzazione con provvedimento motivato, trascorsi i quali l'autorizzazione diviene definitiva ([43]).

Le regioni individuano le zone del territorio da preservare attraverso i piani paesaggistici, ma alcune aree sono ugualmente tutelate per legge (nel senso che i piani regionali non possono mai derogare per determinate opere alla necessità della autorizzazione paesaggistica) ([44]), e tra esse vi sono i «territori costieri compresi in una fascia della profondità di 300 metri dalla linea di battigia» ([45]) e alcune zone di notevole interesse pubblico come individuate ai sensi della normativa nazionale ([46]). In queste zone, non vi è una «inedificabilità assoluta, ma solo l'assoggettamento dell'intervento [che si vuole realizzare in esse] alla verifica di compatibilità dell'opera in relazione alla tutela del paesaggio» ([47]).

Ciò posto, con "autorizzazione", nel contesto della disposizione in esame, è possibile fare riferimento solo a quel provvedimento relativo alla compatibilità dell'opera con il paesaggio (ossia il nulla osta paesistico). Solo esso è oggetto di tutela penale, ed esclusivamente l'opera realizzata in sua mancanza integra la condotta illecita sanzionata dagli artt. 163 del Testo Unico e 181 del codice Urbani, non potendosi estendere i confini del relativo reato in via analogica, attraverso la tecnica del rinvio, ad altre ipotesi autorizzative non previste espressamente dal legislatore che porterebbero ad un'indeterminatezza del precetto penale.

In merito al significato di "assenza di autorizzazione", va evidenziato che il reato disposto dall'articolo richiamato del codice dei beni culturali e paesaggistici (art. 181) ha carattere formale, nel senso che esso è collegato esclusivamente all'esistenza, alla validità e alla efficacia dell'autorizzazione e del relativo nullaosta paesistico della

---

[43]() Cfr. l'art. 159 del codice Urbani e prima l'art. 151 del Testo Unico.

[44]() Cfr. Consiglio di Stato 20 gennaio 1998, n. 106 in *Foro amministrativo*, 1998, 73.

[45]() Art 146, comma 1, lett "a" del Testo Unico, oggi sostituito dall'identico art. 142, comma 1, lett. "a" del codice Urbani.

[46]() Prima dalla legge 29 giugno 1939, n. 1497 sulle bellezze paesaggistiche, poi dal Testo Unico e ora dal codice Urbani.

[47]() Consiglio di Stato 8 gennaio 2007, n. 13, in *http://www.giustizia-amministrativa.it*.

Soprintendenza. Eventuali ulteriori elementi (presunti danni a biodiversità, mancanza di altre procedure amministrative autorizzatorie, ecc.) possono solo rilevare per individuare la condotta illecita nel caso in cui il provvedimento sia esistente ma possa risultare illegittimo[48].

Alla luce di tali considerazioni, è possibile affermare che a nulla rilevano, per l'identificazione della condotta illecita ipotizzata, la specifica procedura di incidenza, in quanto trattasi di procedimento assolutamente estraneo al reato e non oggetto di alcuna espressa tutela penale. Tantomeno, non può la valutazione d'incidenza essere collegata sotto il profilo strutturale all'autorizzazione paesaggistica, che ha diverse finalità e destinata a tutelare differenti interessi pubblici ([49]).

Pertanto, un'eventuale incidenza negativa di un progetto sulla biodiversità non renderebbe invalida l'autorizzazione paesaggistica configurando l'illecito di cui all'art. 182 Codice Urbani, ma si porrebbe su piani diversi, con differenti conseguenze non correlabili. Si tratta di procedure tra loro assolutamente scollegate e separate, con logiche distinte e disgiunte (seppur convergenti verso la tutela di interessi della collettività).

8. Conclusioni

Le finalità sottese alla strutturazione della rete "Natura 2000" (la tutela della biodiversità e di *habitat* prioritari a rischio di estinzione) appaiono certamente condivisibili. Abbiamo qualche dubbio in merito all'efficacia dello strumento (la procedura di valutazione di incidenza). Per la nostra contrarietà ad un procedimento che, aggiungendosi alle (tante e troppe: VIA, VAS nullaosta paesistico, ecc.) autorizzazioni preventive ambientali causa (inutili, o quantomeno non necessari) vincoli alla iniziativa economica; sul punto sarebbe certamente necessaria una semplificazione delle procedure, fino ad arrivare a racchiudere in un unico atto tutte le verifiche preliminari alla realizzazione di un progetto. Magari rilanciando il ruolo dell'iniziativa privata nella tutela e la preservazione del territorio. Non crediamo che la funzione amministrativa, e quindi l'atto amministrativo, che nasce dalla volontà esclusiva della pubblica amministrazione, sia lo strumento adatto alla gestione dell'ambiente: sarebbe più efficace per la difesa del territorio che fossero i privati, in una logica negoziale con l'amministrazione, ad impegnarsi ad attuare interventi attivi a protezione delle aree dove investono ed hanno interesse a mantenere in buono stato ambientale ([50]).

---

[48]()Difatti, problemi interpretativi potrebbero sorgere nel caso in cui l'autorizzazione paesaggistica c'è ma è viziata. Si discute se l'annullabilità del provvedimento possa essere direttamente oggetto di sindacato del giudice ordinario, ossia se sia necessario previamente altro atto amministrativo che dichiari il nulla osta paesistico invalido, ovvero decisione dei giudici amministrativi. La giurisprudenza è ormai orientata a riconoscere che l'autorità giudiziaria penale può valutare incidentalmente la legittimità dell'atto amministrativo e conseguentemente procedere direttamente alla condanna. Per una ricostruzione delle varie posizioni in merito alla (presunta) equivalenza tra"l'atto amministrativo assente"e "l'atto amministrativo esistente ma invalido" ai fini penali v., per tutti, TANDA *Attività amministrativa e sindacato del giudice civile e penale,* Torino, 1999.

[49]() Il paesaggio e non già la specifica biodiversità dei siti della rete "Natura 2000".

[50]() In tal senso si potrebbero riprendere gli interessanti spunti introdotti recentemente nella politica agraria comunitaria ed elaborati dalla dottrina, su cui v. ADORNATO, *Evoluzione dell'intervento pubblico e contrattazione programmata in agricoltura,* Milano, 1999, nonché ADORNATO, *La contrattazione programmata in agricoltura,* in AA.VV., *Agricoltura e diritto. Scritti in onore di Emilio*

Tali considerazioni rientrano nella (corretta) logica con cui si è introdotta la rete "Natura 2000": la direttiva *habitat*, deve ricordarsi, tutela sì la biodiversità, ma tenendo «conto delle esigenze economiche, sociali e culturali, nonché delle particolarità regionali e locali» (art. 2, par. 3 della direttiva e art. 1, comma 3 del d.p.r. n. 357/1997, prima e seconda versione).

In altre parole, non è la "immobilità" e la difesa "assoluta" del territorio ad essere oggetto di tutela, bensì lo sviluppo sostenibile delle attività (imprenditoriali e non) nella consapevolezza che l'adozione di misure di gestione razionale delle risorse naturali e la conversione del sistema produttivo verso scelte tecnologiche di minore impatto per l'ambiente e la salute dei cittadini, oltre a conseguire uno sviluppo sostenibile delle attività imprenditoriali, aumenta la stessa capacità concorrenziale della nostra economia. Ed abbiamo già sostenuto al riguardo che ormai la crescita non può che passare attraverso la rivoluzione produttiva generata dall'avvento delle tecnologie, tra cui, oltre quelle della comunicazione e della informazione, si annoverano quelle a servizio della qualità della vita e della protezione del territorio ([51]).

Ciò che vanno incentivati, anche attraverso la gestione dei siti di interesse comunitario, quindi, non sono le (difficilmente attuabili) tutele "assolute" di aree a particolare vocazione ambientale e turistica[52], ma percorsi di qualificazione che porterebbero tali zone ad un turismo sostenibile, come d'altronde suggerito nel progetto ECOMOST (*European Community Models of Sustainable Tourism*), lanciato nel 1990 dall'IFTO (*International Federation of Tour Operators*) in collaborazione con l'Unione Europea (in particolare con la Direzione Generale – DG XXIII). Un nuovo modello di pianificazione, uno sviluppo fondato sul ruolo che il turismo può giocare nell'economia locale, sul suo potenziale economico e sul suo valore sociale e culturale. Ciò preservando le specie animali e vegetali a rischio di estinzione, non in modo assoluto, ma nell'ottica di contemperare tale tutela con l'esigenza del suo territorio, che proprio di siffatta natura può approfittare come volano di sviluppo sostenibile.

Romagnoli, Milano, 2000. Inoltre, ci permettiamo di segnalare BRUNO, *La gestione «negoziata» dell'ambiente: i contratti territoriali e la politica di sviluppo rurale dell'Unione Europea*, in *Contratto impresa/europa,* 2003, n.1.

[51]() Sul punto ci permettiamo di rinviare a BENOZZO e BRUNO, *Le regole dei siti contaminati tra decreto Ronchi e nuovo codice dell'ambiente*, in *Contr. imp.*, 2006, 829.

[52] Al riguardo, utili sono le considerazioni effettuate dalla dottrina in merito alle aree a prevalente vocazione agricola che, alla luce della c.d. multifunzionalità della moderna impresa agricola, sono ormai considerate da tutelare per il loro valore ambientale, culturale e paesaggistico. In argomento, ci permettiamo di rinviare a GERMANO', *Manuale di diritto agrario,* sesta ed., 2006, in particolare il cap.IX, e relativa bibliografia.