

---

## ENERGIA, AMBIENTE E SVILUPPO SOSTENIBILE

### SCELTE AMBIENTALI, AZIONE AMMINISTRATIVA E TECNICHE DI TUTELA

#### L'energia e l'ambiente nel Diritto pubblico

---

Nell'ambito delle attività del Piano di Rafforzamento Amministrativo del Ministero delle Infrastrutture e dei Trasporti è stata redatta la presente nota di sintesi, riferita al N.5 di *Federalismi.it* - Rivista di diritto Pubblico italiano, comparato ed europeo - pubblicata lo scorso giugno. Il presente articolo è il primo di due derivati dal documento sopracitato.

#### Energia

Il termine Energia esprime anche dal punto di vista etimologico il dinamismo intrinseco, fattuale e oggettivo, di un corpo colto nella sua attitudine meccanica ad esercitare un'attività, un lavoro<sup>1</sup>, e richiama l'idea di una forza attiva in grado di plasmare e trasformare la realtà di riferimento per produrre effetti della natura più svariata. Da qui la elementare definizione della energia come "misura della capacità di generare movimento".

Da subito, a far data dai primi impianti di produzione di elettricità in Italia, si è avviato il dibattito giuridico circa la natura giuridica e la disciplina "di questa nuova forza che si offriva all'umanità e sarebbe stata chiamata a condizionare in larga misura le vicende future", per l'esigenza di certezza dei rapporti inerenti gli interessi in gioco e di tutela delle situazioni giuridiche soggettive coinvolte.

Arduo il tentativo di svincolarsi dai condizionanti limiti della scienza fisica incline a identificare l'energia elettrica con "uno stato della materia, non una cosa" e della tradizione romanistica – ripresa dalla pandettistica e formalizzata dal contenuto dell'art. 90 del BGB, secondo cui "cose nel senso della legge sono soltanto oggetti corporali" - che assumeva come punto di riferimento la materialità delle cose intesa come percepibilità al tatto e alla vista.

L'attenzione va rivolta piuttosto che al modo in cui la cosa è in se e in natura, a come la stessa, attraverso il lavoro di chi "la scopre, la domina, la imprigiona, la utilizza", possa divenire "oggetto del godimento degli uomini (...) come base di relazioni fra gli uomini": non a uno stato, dunque, ma a un processo per il quale è fondamentale l'opera dell'uomo. Inoltre "a risolvere i problemi giuridici deve bastare la fisica di un ignorante, quella che si mostra negli effetti e nelle applicazioni, non quella che ricerca le cause e le leggi".

O, detto in altre parole, nell'indagare la natura di un nuovo rapporto occorre fare come il chimico "che cerca il corpo semplice", riducendo il problema "ai minimi termini" per poi studiarne le combinazioni e, dunque, abituarsi a guardare la realtà "coi propri occhi" liberandosi delle teorie, delle formule, della tradizione che tanta influenza esercitano "da isolarci completamente dalla realtà".

---

<sup>1</sup> Dal greco en-érgon: dentro al lavoro

L'approdo alla nozione di bene (artt. 810 e 814 c.c.), che notoriamente rinvia a un quid che è atto a produrre una qualche utilità e, quindi, "esprime l'idea di un mutamento favorevole al soggetto, cioè al soddisfacimento di un suo bisogno", ha proiettato l'analisi nel circuito dinamico e fecondo, e non più rigidamente confinato e controllabile, degli interessi umani e delle prestazioni deputate alla loro soddisfazione e tutela.

Nella prospettiva della scienza del diritto a rilevare non è stata pertanto la dimensione materiale o pre-giuridica della cosa, con la connessa difficile opera di individuazione dei relativi aspetti strutturali e confini disciplinari, ma quella funzionale degli effetti legati al suo uso.

## Ambiente

Ambiente, come entità oggetto di tutela pubblica, nasce in una prospettiva autocratica<sup>2</sup>: sarebbe il "residuo di un antico statalismo, che trasforma in interesse dello Stato, o degli altri enti pubblici, tutto ciò che attiene all'interesse generale. Non è bello pensare che tutto ciò che di buono esiste nell'habitat naturale dell'uomo non gli appartenga, essendo proprietà dello Stato". Allo scopo di legittimare l'attività di un certo plesso organizzativo dell'ordinamento dei pubblici poteri e massimizzare l'interesse ad esso attribuito. Dalla dimensione concreta delle relazioni inter-individuali si passa, così, a quella eterea e astratta dei rapporti tra poteri dello stato e settori disciplinari dell'ordinamento. Dalla scoperta di rapporti di utilità tra cose del mondo e bisogni della vita alla elaborazione di rigide formule per la regolazione di complessi equilibri di sistema.

L'emersione di una rinnovata sensibilità ambientale che si registra soprattutto a partire dagli anni Settanta grazie all'intensificarsi della normativa internazionale e comunitaria in occasione anche di epocali disastri ecologici (Chernobyl), ha contribuito in modo decisivo a decretare il superamento della stagione delle azioni comunitarie di vicinato, per quanto potenzialmente inclini a cogliere la "dimensione spazio-temporale della vita associata", ritenute rappresentative di un "microcosmo" inadeguato a riflettere "l'intero spettro di interessi legati al tessuto ambientale".

In tale modo, ha preso corpo un processo di vera e propria giuridificazione della materia, conseguita per via della pubblicizzazione delle relative categorie e forme di governo e di tutela, di cui è manifesto la nota legge n. 349 del 1986 che, per la prima volta, ha delineato una disciplina autonoma e organica dell'ambiente, inteso come bene immateriale a carattere collettivo ontologicamente distinto dalle *res* e situazioni giuridiche individuali e come tale oggetto di competenza di un apposito centro organizzativo pubblico individuato nell'omonimo Ministero. Si perdevano così i riferimenti al presupposto processo sociale di selezione delle entità percepite come idonee a produrre benefici, ossia destinate a tradursi in relazioni sociali.

Nella cornice di una attenta analisi dei rapporti tra Diritto pubblico e Diritto privato taluni studiosi hanno messo in evidenza un andamento tutt'altro che naturale di tale processo di giuridificazione, perché non è stato "il frutto di uno spontaneo percorso evolutivo del diritto, come può essersi verificato per altri beni giuridici di nuova generazione", ma della presa d'atto dei crescenti rischi connessi al problema degli inquinamenti. Venendo meno la nozione classica di bene giuridico, il gradualismo e il carattere adattivo e non scontato di un percorso di selezione per via pragmatica dei beni meritevoli di tutela ha così lasciato il campo a un processo di creazione dall'alto di "uno statuto di indisponibilità" alimentato da nuove figure e da nuovi cataloghi che, grazie all'uso di sempre più raffinate petizioni di principio, sono serviti a definire

---

<sup>2</sup> F. GALGANO, *Le insidie del linguaggio giuridico*

“una zona circoscritta in ordine alla quale un pubblico potere è titolare di una potestà avente contenuto dispositivo”

Esemplare è in tale ottica l'affermazione della tutela ambientale per opera di alcune note sentenze della Corte dei Conti<sup>3</sup> che, intervenendo in merito a storiche vicende degli abusi realizzati entro il Parco nazionale di Abruzzo e dei fanghi rossi di Scarlino, nel tentativo di “acquisizione (...) di nuovi territori» giurisdizionali a un foro erariale che si andava declinando in termini di «giudice naturale dell'intera collettività pubblica”, affermarono a chiare lettere la natura pubblica del bene ambiente e che la relativa lesione si risolve nella distruzione o alterazione per opera dell'uomo delle bellezze da salvaguardare (in tutti i vari aspetti in cui la bellezza si manifesta: da quello paesaggistico a quello geologico, da quello faunistico e floristico a quello ecologico), individuando nello Stato “il quale esprime e nel quale s'identifica l'interesse generale della collettività nazionale danneggiata” l'ente creditore legittimato a chiedere il relativo risarcimento.

La giurisprudenza erariale ha posto le basi per lo sviluppo di due coordinate di fondo dell'intera tematica. Per un verso, infatti, si delinea già il carattere rivale degli interessi in gioco che è plasticamente rappresentato dalla loro rigida separazione e ordinazione in una astratta scala gerarchica, che vede le attività a carattere insediativo, economico e turistico “tenute in posizione subordinata” rispetto all'interesse pubblico a “salvare le bellezze della natura esistenti”. Dando così quasi per scontato che “l'opera dell'uomo volta a modificare la natura dei luoghi mediante costruzione di manufatti – anche quando sia indispensabile provvedervi – reca in genere nocimento alla natura per l'alterazione sia del paesaggio sia degli elementi naturali (luce, aria, acqua, vegetazione arborea, ecc.)”. Per altro, ma collegato, aspetto si compie un passo avanti verso la pubblicizzazione degli strumenti di tutela, in ragione anche della “peculiarità che comporta il problema della risarcibilità, non di un bene e di un interesse individuale ma di un bene e di un interesse pubblico e collettivo”.

Bastano questi accenni per evidenziare come, per quanto in Italia l'incontro tra tutela dell'ambiente e ideologia dello sviluppo si fosse verificato “in modo assai meno aspro, senza le contrapposizioni frontali” che si sono verificate in altri paesi (come gli USA o la Germania), ragioni storico-culturali interne all'assetto ordinamentale e giurisdizionale domestico hanno propiziato una lettura antagonista e dicotomica degli interessi in gioco e dei relativi modelli di tutela.

In Italia le domande dei movimenti ambientalisti sono state canalizzate da organizzazioni politiche già esistenti e che, in questo modo, “la cultura dell'ambiente e la coscienza della necessità di nuove regole giuridiche che di questa cultura tengano conto si affermano in Italia in modo più lento e certamente con indiscutibili gravi lacune, ma (...) senza lacerazioni o contrapposizioni con le domande di cambiamento, di rinnovamento o semplicemente di razionalizzazione portate avanti dalle forze sociali, politiche e istituzionali progressiste, ma coniugandosi con esse, e divenendone anzi (...) componente importante e, in taluni casi, qualificante”.

Così, mentre l'individuazione dei beni privati come accennato sopra è la risultante di rapporti causali di utilità che si sviluppano nel corso di condotte orientate a un processo di miglioramento delle condizioni umane, il bene ambiente è creato in particolare dall'alto in funzione dell'affermazione di una forma di tutela (risarcitoria e a carattere sanzionatorio della violazione di doveri di protezione) intestata allo Stato e elaborata dalla giurisprudenza erariale della Corte dei Conti.

I primi hanno carattere sostanziale e relazionale, nascono dall'attrito dinamico con fatti e situazioni concrete dando forma all'avvertita esigenza di soddisfare bisogni esistenziali e si sviluppano secondo una grammatica aperta ed evolutiva che trae alimento dalle relazioni interindividuali. Il secondo nasce in

<sup>3</sup> 15 maggio 1973, n. 39, in Foro amm., 1973, I, 3, p. 247; e 20 dicembre 1975, n. 108, in Foro it., 1977, III, c. 349.

chiave costruttivistica per esigenze di legittimazione/organizzazione di determinati strumenti di intervento pubblico e di controllo delle azioni umane e risponde a logiche di (equilibrio di) sistema. Ha carattere oggettivo e assoluto e si connota sin dall'inizio per un assetto disciplinare a carattere prevalentemente difensivo e autoritativo-conformativo.

Come accade per altre figure centrali del diritto pubblico, esso risente di una ambiguità di fondo, rimanendo sempre in bilico tra generale e particolare, tra oggettivo e soggettivo, evolvendosi sul piano processuale delle tutele ma scontando una difficoltà di fondo ad ambientarsi in vicende esistenziali che riguardano cittadini e imprese, facendo scoprire di riflesso una dimensione ecologica e fisica dell'habitat naturale in cui viviamo, che però a sua volta ha difficoltà a radicarsi nell'ordine effettivo delle problematiche che connotano l'esistenza umana.

Punto di approdo di simile sistematica, dopo l'emersione della «tutela dell'ambiente, dell'ecosistema e dei beni culturali» entro la riserva della potestà legislativa esclusiva dello stato per opera dell'art. 117, secondo comma, lett. s), cost., nell'ambito del rivisitato Titolo V della Costituzione, è la recente approvazione della legge costituzionale n. 1 del 2022 che, nel modificare gli artt. 9 e 41 cost., ha configurato l'ambiente non più come mero bene o come materia competenziale "bensì come valore primario e sistemico" dell'ordinamento, in grado di abbracciare in un continuum prospettive differenti (ambiente, biodiversità ed ecosistemi) di uno "stesso orizzonte problematico".

In modo particolare, se l'inserimento della tutela dell'ambiente nell'art. 9 cost. consolida la visione dello stesso come "cornice" all'interno della quale si muovono altri valori concorrenti, tra cui anche il paesaggio, riorientando così le mappe concettuali che guidano le complesse metodologie di ponderazione e prudente bilanciamento, la modifica dell'art. 41 cost. ha una più schietta valenza programmatica nel senso che sembra legittimare un rinnovato protagonismo dei pubblici poteri nella direzione e pianificazione dell'economia e, quindi, prelude anche sul versante delle libertà economiche alla possibile riedizione di antiche gerarchie.

Del resto, è pure vero che la giurisprudenza costituzionale abbracciando la logica flessibile e trasversale del valore-interesse ha da tempo indicato la via del ragionevole ed equilibrato bilanciamento dei valori costituzionali in gioco, precisando che la qualificazione di alcuni di essi come primari significa soltanto che non possono essere sacrificati nel loro nucleo essenziale al cospetto di altri ma non che siano aprioristicamente e incondizionatamente considerati alla sommità di una ipotetica scala gerarchica assoluta. Il che si traduce nell'allestimento di un adeguato "spazio procedimentale" che assicuri la necessaria "integrazione dell'ambiente in tutti i processi decisionali" anche per via del coinvolgimento di tutti i livelli territoriali. *<<Tutti i diritti fondamentali tutelati dalla Costituzione si trovano in rapporto di integrazione reciproca e non è possibile pertanto individuare uno di essi che abbia la prevalenza assoluta sugli altri. La tutela deve essere sempre «sistemica e non frazionata in una serie di norme non coordinate ed in potenziale conflitto tra loro» (sentenza n. 264 del 2012)*

Ma la conflittualità alimentata dalle tematiche ambientali tende a conferire a ogni aspetto del problema connotazioni ideologiche e morali che trascendono la dimensione inter-soggettiva delle vicende che sono oggetto della questione controversa e della lite giudiziaria, finendo per polarizzare sempre di più i vari punti di vista che tendono così a contrapporsi in modo rigido e frontale secondo schemi dualistici irriducibili che vedono da una parte i sostenitori del carattere strumentale di certe iniziative non giustificate dall'effettiva condizione del nostro pianeta e dall'altra i cantori delle più varie narrazioni catastrofiste.

Per altro verso, in un'ottica micro, le prassi istruttorie e motivazionali che si registrano nei procedimenti amministrativi e nei processi si attestano normalmente su standard assai distanti da quelli teorizzati dalla metodica del bilanciamento, la cui «logica chiaroscurale (...) improntata al fondamentale criterio della proporzionalità» e retta dall'assioma flessibile dell'et et implica un confronto tra le posizioni in campo

aperto, dialogico e basato sul peso logico delle argomentazioni spese e sulla rilevanza tecnico-scientifica delle prove addotte.

Così, da una parte si assiste sempre più spesso all'inacidimento della capacità decisionale delle amministrazioni che, pur di non rischiare a fronte di situazioni complesse che fuoriescono dalla rassicurante routine burocratica, preferiscono adottare una strategia difensiva che si avvale, alternativamente: o di semplificanti letture della realtà ottenute tramite la sostituzione dei dati effettuali del problema con surrogati virtuali e astratti, come le abusate formule retoriche del prevalente interesse ambientale e del carattere secondario degli interessi con lo stesso configgenti, che si rivelano un inesauribile bacino di decisioni arbitrarie e finiscono allo stesso tempo per riporre nel plesso organizzativo ritenuto soggettivamente più forte la salvifica soluzione del caso; oppure di tecniche redazionali degli atti autorizzatori (segnatamente del provvedimento di VIA, dell'AIA e dell'autorizzazione agli scarichi di cui agli artt. 25, comma 4, e 29-sexies e 124, commi 8 e 10, del d. lgs. n.152/2006) che, attraverso complesse clausole condizionali e una fitta trama di prescrizioni, finiscono per postergare e comunque esternalizzare oneri di accertamento e valutativi che invece dovrebbe essere preventivamente assolti nella sede procedimentale deputata all'esame istruttorio di tutte le questioni rilevanti per comprendere il complessivo impatto sull'ambiente di determinate iniziative.