

La procedura di V.I.A.: alla ricerca della qualificazione delle prerogative partecipative

Daniele D'Alessandro

SOMMARIO: 1. L'oggetto della riflessione. – 2. La disciplina di riferimento. – 3. Oneri di appropriata e precoce informazione, effettività della partecipazione ed effettività della tutela nella giurisprudenza della Corte di Lussemburgo. – 4. Sovranità popolare, democrazia, amministrazione. La partecipazione alla V.I.A. nelle dinamiche evolutive della dimensione procedimentalizzata della determinazione dell'interesse pubblico nello stato pluriclasse. – 5. Una possibile ricostruzione. L'oggettivizzazione del pubblico potere nella decisione procedimentalizzata in presenza di un titolo che legittima la partecipazione riconoscendola necessaria per l'ottimale cura dell'interesse pubblico allo sviluppo sostenibile rispetto alle condizioni di contesto. – 6. Prospettive.

1. *L'oggetto della riflessione*

La V.I.A. (valutazione di impatto ambientale), come è noto, persegue l'obiettivo di garantire che le conseguenze delle attività antropiche sull'ambiente possano essere oggetto di valutazione preventiva rispetto agli effetti di un'opera il cui progetto è sottoposto a regimi autorizzatori, al fine di garantire che la loro realizzazione sia coerente con il principio dello sviluppo sostenibile¹.

¹ In ordine al rilievo del principio, come chiave di lettura del diritto dell'ambiente, cfr. F. Fracchia, *Lo sviluppo sostenibile. La voce flebile dell'altro tra protezione dell'ambiente e tutela della specie umana*, Napoli, 2010, il quale evidenzia come esso definisce «il passaggio dal "diritto dell'ambiente" al "diritto dello sviluppo sostenibile", ovviamente là dove ne ricorrono i presupposti e, cioè, si faccia questione di impiego di risorse e si profili una sfida relativa al futuro dell'umanità» (22), avvertendo anche dei rischi derivanti da una sua utilizzazione non consapevole dei suoi contenuti e limiti. L'espressione è stata introdotta, come noto, nel 1987 dalla *World Commission on Environment and Development*, nel rapporto *Our Common Future* ed è volta ad evidenziare la necessità che le esigenze dello sviluppo siano coerenti con quelle della tutela dell'ambiente e del superamento degli squilibri economici fra nord e sud del mondo, assicurando anche gli interessi trans-generazionali («*humanity has the ability to make development sustainable to ensure that it meets the needs of the present without compromising the ability of future generations to meet their own needs*»). Come ha efficacemente indicato la giurisprudenza del Consiglio di stato, «obiettivo è proteggere la salute umana, migliorare la qualità della vita, provvedere al mantenimento delle specie, conservare la capacità di riproduzione dell'ecosistema, promuovere uno sviluppo

Nel più ampio contesto della relativa disciplina sarà preso in considerazione esclusivamente il tema del rilievo della partecipazione del pubblico al procedimento².

È necessario precisare subito che la Direttiva V.I.A. distingue la posizione del pubblico, definito «una o più persone fisiche o giuridiche nonché, ai sensi della legislazione o prassi nazionale, le associazioni, le organizzazioni o i gruppi di tali persone»³, da quella del pubblico interessato⁴, come insieme dei possibili destinatari degli effetti della procedura. Nel procedere occorre, quindi, prestare attenzione al riferimento che sarà fatto al pubblico (*tout court*, o non ulteriormente qualificato) oppure al pubblico interessato (ovvero qualificato), giacché la distinzione prelude a differenziazioni nelle posizioni giuridiche e nelle tutele riconosciute.

La partecipazione, come si avrà modo di approfondire, ha assunto un rilievo crescente nei procedimenti amministrativi, consentendo la rappresentazione degli interessi propri dello stato pluriclasse e della società complessa, operando come strumento di democratizzazione e legittimazione dell'esercizio del pubblico

economico sostenibile (cfr. art. 3, Direttiva n. 85/337/CEE e successive modifiche apportate dalla Direttiva n. 97/11/CE). In tale contesto, la V.I.A. mira a stabilire, e conseguentemente governare in termini di soluzioni più idonee al perseguimento di detti obiettivi di salvaguardia, gli effetti sull'ambiente di determinate progettualità. Tali effetti, comunemente sussumibili nel concetto di «impatto ambientale», si identificano nella alterazione «qualitativa e/o quantitativa, diretta ed indiretta, a breve e a lungo termine, permanente e temporanea, singola e cumulativa, positiva e negativa» che viene a prodursi sull'ambiente, laddove quest'ultimo a sua volta è identificato in un ampio contenitore, costituito dal «sistema di relazioni fra i fattori antropici, naturalistici, chimico-fisici, climatici, paesaggistici, architettonici, culturali, agricoli ed economici, in conseguenza dell'attuazione sul territorio di piani o programmi o di progetti nelle diverse fasi della loro realizzazione, gestione e dismissione, nonché di eventuali malfunzionamenti» (art. 5, comma 1, lett. b) e c), del decreto legislativo n. 152/2006) (Cons. Stato 7 settembre 2020 n. 5379).

² Cfr., anche con riferimento al diverso tema del dibattito pubblico, F.G. Scoca, A.F. Di Sciascio, *La partecipazione dei privati nella realizzazione delle grandi opere ed infrastrutture strategiche*, Napoli, 2020; A. Frediani, *La parabola dei diritti partecipativi in materia ambientale: il caso della valutazione di impatto ambientale*, in *Liber amicorum per Pasquale Costanzo*, in https://www.giurcost.org/LIBERAMICORUM/DOC/frediani_scrittiCostanzo.docx, 2020; S. Sassi, *La partecipazione della società civile nei processi decisionali: il caso britannico e il caso ungherese*, in *DPCE on line*, 4, 2019, 2733 ss.; G. Pepe, *Dibattito pubblico ed infrastrutture in una prospettiva comparata*, in *Federalismi.it*, 6 marzo 2019; S.A. Frego Luppi, *Giusto procedimento ed amministrazione ambientale*, Napoli, 2018; Aa.Vv., *Impatto ambientale e bilanciamento di interessi*, a cura di R. Dipace, A. Rallo, A. Scognamiglio, Napoli, 2018; L.A. Scialla, *Il complesso rapporto tra responsabilità ambientale e legittimazione ad agire. Una visione comparata*, in *DPCE on line*, 4, 2017; M.C. Fagioli, *Il diritto di accesso alle informazioni e la partecipazione del pubblico ai processi decisionali in materia ambientale nel diritto internazionale*, in *Riv. Giur. Ambiente*, Milano, 2014, 2, 536 ss.; M. D'Alberti, *La 'visione' e la 'voce': le garanzie di partecipazione ai procedimenti amministrativi*, in *Riv. trim. dir. pubbl.*, 2000, 1 ss.; F. Fracchia, *Procedimento amministrativo e valutazione di impatto ambientale*, in Aa.Vv., a cura di R. Ferrara, coordinamento di A. Videtta, *La valutazione di impatto ambientale*, Padova, 2000, 75 ss.; M. Occhiena, *Partecipazione e tutela del terzo nel procedimento di valutazione di impatto ambientale*, *Ib.*, 125 ss. Di grande interesse rimane S. Cassese, *La partecipazione dei privati alle decisioni pubbliche. Saggio di diritto comparato*, in *Riv. trim. dir. pubbl.*, 2007, 40 ss.

³ Art. 1, lett. d, Direttiva V.I.A.

⁴ «Pubblico che subisce o può subire gli effetti delle procedure decisionali in materia ambientale di cui all'articolo 2, paragrafo 2, o che ha un interesse in tali procedure» (art. 1, lett. e, Direttiva V.I.A.).

potere, contribuendo al buon andamento⁵. In riferimento a quest'ultimo principio, la partecipazione si inserisce nel relativo ambito di operatività, in particolare favorendo sia l'*accountability* (in una dimensione anche preventiva) che l'ampliamento delle conoscenze e dei saperi (specie sotto il profilo del superamento di asimmetrie informative) e semplificando la fase di produzione del risultato dell'attività amministrativa in forza della possibile condivisione degli obiettivi da parte del pubblico e dei destinatari degli effetti della decisione⁶, anche attraverso la definizione di adeguati interventi compensativi degli eventuali sacrifici imposti al territorio⁷.

⁵ Per l'approfondimento del tema, con relativi riferimenti bibliografici e giurisprudenziali, cfr. oltre, § 4.

⁶ Sotto quest'ultimo profilo, basti pensare al differente sviluppo delle vicende d'oltralpe in riferimento al progetto TAV rispetto a quelle italiane. Non sembra estraneo alle tensioni sorte in Italia il fatto che non sia stato fatto tempestivo ricorso, diversamente da quanto avvenuto in Francia, al *débat public* ed alla condivisione delle misure compensative in favore del territorio. In proposito, è significativo che proprio l'Osservatorio per il collegamento ferroviario Torino-Lione, istituito con DPC 10.12.2005 quale sede tecnica di analisi, confronto e supporto decisionale sotto il profilo della *governance*, nel proprio quaderno n. 9 "Contributi all'approccio decisionale alle grandi opere" del gennaio 2015, abbia affermato che «è rimasto invece per lo più sullo sfondo l'aspetto del confronto democratico tra stakeholder nelle diverse fasi del progetto e quello del rapporto tra infrastruttura e territorio» (9), rimarcando due criticità, la prima legata al fatto che «non può valere un modello che affidi la relazione "opera-territorio" esclusivamente alla fase propedeutica del progetto (input) e alla fase finale della sua approvazione (Osservazioni, Conferenza dei Servizi, ecc.); il rapporto tra le esigenze dell'infrastruttura e quelle del territorio (e delle sue comunità locali) deve essere una interazione continua che permea l'intero processo progettuale»; la seconda riguarda il rapporto fra comunicazione, territorio e sviluppo, poiché «mentre è consolidata la prassi della comunicazione dell'opera intesa come azione informativo-promozionale del Promotore rispetto all'opinione pubblica, resta molto più nebulosa e di difficile configurazione la comunicazione del processo che mette in relazione l'opera con il territorio; in tal caso infatti è di difficile imputazione il relativo budget ed appare problematico il soggetto considerato titolare della comunicazione stessa» (16-17). Sulle vicende e dinamiche dell'Osservatorio cfr. P. Foietta, A. Costantino, *L'osservatorio per l'asse ferroviario Torino-Lione 12 dicembre 2006 - 22 gennaio 2020 storia, evoluzione, attività e risultati raggiunti della prima esperienza di "progettazione partecipata" in Italia*, studio terminato nel 2019 pubblicato il 2020, e-book gratuito disponibile anche sul sito della Presidenza del consiglio. Come mostrano le recenti vicende referendarie consultive sull'opera, le consultazioni delle popolazioni in Italia sono state tardive e volte a supportare lo scontro politico successivamente sorto, in un'ottica rimediabile piuttosto che di condivisione e prevenzione dei conflitti. Si tratta, peraltro, di problemi emersi anche negli studi affidati dalla Commissione UE alla commissione TEN, cfr. W. Schade, F. Senger, W. Rothengatter, O. Meyer-Rühle, I.S. Brouwer, *TEN-T Large Projects - Investments and Costs. Report to the European Parliament*, Brussels, 2013. Deve sottolinearsi che non è mancata nella dottrina italiana la sensibilità verso il dibattito pubblico, cfr. S. Cassese, *La partecipazione dei privati*, cit.

⁷ Sul tema, cfr. G. Manfredi, *Il regolamento sul dibattito pubblico: democrazia deliberativa e sindrome Nimby*, in *Urb. e app.*, 2018, 604 ss.; L. Torchia, *La sindrome Nimby: alcuni criteri per l'identificazione di possibili rimedi*, in *Aa.Vv.*, a cura di F. Balassone, P. Casadio, *Le infrastrutture in Italia: dotazione, programmazione, realizzazione*, Roma, 2011, p. 360; R. Occhilupo, G. Palumbo, P. Sestito, *Le scelte localizzative delle opere pubbliche: il fenomeno Nimby*, in *Ib.*, 319 ss.; F. Merusi, *La partecipazione dei cittadini alla funzione amministrativa regionale e di controllo sugli enti locali*, in *Amministrare*, 1977, 11, ha colto nelle opposizioni delle popolazioni interessate un tentativo di «riappropriarsi della polis», un modo di esercizio della sovranità diretta. Anche in tale prospettiva, si pone in maniera forte il problema della capacità di ascolto e coinvolgimento dal basso (cfr. A. Marzanati, *Lo sviluppo sostenibile*, in *Aa.Vv.*, *Studi sulla Costituzione europea. Percorsi e ipotesi*, a cura di A. Lucarelli, A. Patroni Griffi, Napoli, 2003, 139 ss.). Sul tema, in termini di possibile soluzione attraverso gli strumenti compensativi, ma al tempo stesso consultando più territori per ottenerne l'eventuale disponibilità, cfr. C. Iaione, *La localizzazione delle infrastrutture localmente indesiderate: da soluzioni di government a soluzioni di governance*, in *Aa.Vv.*, *Per governare insieme: il federalismo come metodo. Verso nuove forme della democrazia*, a cura di

Sempre in termini generali, nella riflessione più attenta, il tema della partecipazione dei privati, fuori dal procedimento, è stato ulteriormente declinato ed evoluto in termini di amministrazione condivisa, locuzione il cui significato è stato definito con rilevante e recente decisione della Consulta, a valle di un significativo percorso dottrinale⁸, partendo dalla fondamentale affermazione per cui l'in-

G. Arena, F. Cortese, Assago, 2011, 205 ss. In senso problematico verso le soluzioni compensative L. Carbonara, *Il principio di partecipazione nel procedimento ambientale*, in *www.giustamm.it*, n. 10/2012. Sulle diverse tensioni presenti nelle decisioni pubbliche sulle infrastrutture, anche prima della riforma che ha introdotto il dibattito pubblico, cfr. M. Vittori, *Dibattito pubblico anche in Italia: la svolta per una politica abituata a non decidere*, in *Amministrazione in cammino*, 22.5.2013. Per l'evoluzione della regolazione del dibattito pubblico con riferimento al codice degli appalti pubblici, cfr. E. Frediani, *Dibattito pubblico, inchiesta pubblica e valutazioni ambientali: una "relazione" problematica*, in *Dir. Amm.*, 2020, 28, 2, 399 ss.; M. Timo, *Gli attori del "dibattito pubblico"*, in *Giorn. Dir. Amm.*, 2018, 3, 41 ss.; A. Pirozzoli, *L'istituto del dibattito pubblico sulle grandi opere*, in *Rassegna parlamentare*, 2018, 60, 2, 455 ss.; C.E. Gallo, *Il dibattito pubblico nel codice degli appalti: realtà e prospettive*, in *Aa.Vv., Autonomie locali, democrazia deliberativa e partecipativa, sussidiarietà. Percorsi di ricerca ed esperienze italiane ed europee*, a cura di R. Balduzzi, R. Lombardi, Pisa, 2018, 129 ss.; V. Manzetti, *Il "dibattito pubblico" nel nuovo codice dei contratti*, in *Federalismi.it*, 2018; L. Cainiello, *Il fenomeno del lobbying entro la disciplina nazionale sul dibattito pubblico*, in *Le Istituzioni del federalismo*, 2018, 39, 3-4, 571 ss.; A. Averardi, *La decisione amministrativa tra dissenso e partecipazione: le ragioni del dibattito pubblico*, in *Munus*, 2018, 8, 1, 129; V. Molaschi, *La democratizzazione delle decisioni science and technology based: riflessioni sul dibattito pubblico*, in *Nuove autonomie*, 2017, 26, 3, 463 ss.; A. D. Martino, *Il dibattito pubblico per la realizzazione delle grandi infrastrutture: quale ruolo per la partecipazione democratica?*, *Ib.*, 2017, 26, 3, 531 ss.; M. Immordino, *Commento all'art. 22*, in *Aa.Vv., Codice dei contratti pubblici*, Vol. I, a cura di G.M. Esposito, Torino, 2017, 195 ss. Una delle prime regioni a dotarsi di una regolazione sul dibattito pubblico è stata la Toscana. Cfr. E. Rossi, *Il dibattito pubblico e partecipazione nell'esperienza della Regione Toscana*, in *Riv. Amm. Rep. It.*, 2015, 166, 1-2, 13 ss.; sia consentito il rinvio a D. D'Alessandro, *Procedimento, trasparenza e partecipazione*, in *Aa.Vv., Diritto regionale e degli enti locali*, a cura di S. Gambino, Milano, 2003, 307. La corte costituzionale, in ordine all'intervento legislativo regionale in materia *de qua*, ha avuto modo di pronunciarsi nel senso dell'illegittimità di discipline che intervengano su opere di interesse nazionale (cfr. P. Patrino, *Opere pubbliche e società civile: il dibattito pubblico, nota a Corte cost.*, n. 235 del 14 dicembre 2018, in *Giur.it.*, 2019, 7, 1609; P. Marsocci, *Incostituzionale il "dibattito pubblico" della (sola) Puglia, se avviato su opere di carattere nazionale: nota a Corte cost.*, n. 235 del 14 dicembre 2018, in *Giur. cost.*, 2018, 63, 6, 2691).

⁸ L'idea della partecipazione del cittadino in forma collaborativa e superando il dualismo autorità/libertà ha trovato autorevoli anticipatori. Non si può fare a meno di ricordare F. Benvenuti (*Il nuovo cittadino. Tra libertà e libertà attiva*, Venezia, 1994; Id., *Per un diritto amministrativo paritario*, in *Scritti giuridici*, IV, *Articoli e altri scritti (1970/1983)*, Milano, 2006, 3223 ss.) per la valorizzazione della centralità della partecipazione e per la critica alle forme di potere non rispettose della libertà del cittadino e definite arroganti. In tale direzione andavano qualche anno prima le riflessioni sul procedimento di M. Nigro, *Il procedimento amministrativo fra inerzia legislativa e trasformazioni dell'amministrazione (a proposito di un recente disegno di legge)* in *Dir. Proc. Amm.*, 1989, 1, VIII, 5 ss. D'altra parte, l'idea della partecipazione non solo in forma difensiva (cfr. sul punto anche G. Della Cananea, *Il diritto di essere sentiti e la partecipazione*, in *Aa.Vv., Il procedimento amministrativo*, a cura di V. Cerulli Irelli, Napoli, 2007, 81 ss.) è propria anche degli ordinamenti di *common law* (cfr. M. D'Alberti, *La 'visione' e la 'voce': le garanzie di partecipazione ai procedimenti amministrativi*, in *Riv. trim. dir. pubbl.*, 2000, 1 ss.; F. Fracchia, *Analisi comparata della partecipazione procedimentale nell'ordinamento inglese ed in quello italiano*, in *Dir. Soc.*, 1997, 189 ss.; G. Arena, *La partecipazione dei privati al procedimento amministrativo: analisi dell'esperienza americana*, in *Riv. trim. dir. pubbl.*, 1976, 279 ss., che pur individuano le rispettive differenze). Per l'individuazione delle ragioni dell'evoluzione del diritto amministrativo come risposta dal passaggio dallo stato monoclasse a quello pluriclasse cfr. M.S. Giannini, *Il pubblico potere. Stati e amministrazioni pubbliche*, Bologna, 1986. Sul maturare di una nozione di amministrazione condivisa che accresce la sua operatività, grazie al principio di sussidiarietà, anche fuori dal procedimento amministrativo, cfr. G. Arena, *I custodi della bellezza*, Milano, 2020; Id., *Introduzione all'amministrazione condivisa*, in *Aa.Vv., Scritti in onore di G. Guarino*,

troduzione dell'art. 118 co. 4 Cost. ha segnato l'affermazione della non esclusività dell'azione pubblica nello svolgimento delle attività di interesse generale, con identificazione di «un ambito di organizzazione delle «libertà sociali» (sentenze n. 185 del 2018 e n. 300 del 2003) non riconducibile né allo Stato, né al mercato, ma a quelle «forme di solidarietà» che, in quanto espressive di una relazione di reciprocità, devono essere ricomprese «tra i valori fondanti dell'ordinamento giuridico, riconosciuti, insieme ai diritti inviolabili dell'uomo, come base della convivenza sociale normativamente prefigurata dal Costituente»⁹.

Ad implementare ulteriormente il quadro dell'evolversi dei rapporti fra pubblico e privato, le recenti riforme della legge sul procedimento amministrativo¹⁰ contribuiscono a ridisegnare il ruolo del privato in una dimensione di assunzione di responsabilità rispetto al processo di specificazione dell'interesse pubblico fino a diventare «sostituto-sentinella» dell'amministrazione, in «una sorta di continua interlocuzione per definire il tenore del provvedimento finale e, soprattutto, i contenuti del suo corredo conformativo»¹¹, illuminata, quale principio generale, dal richiamo espresso alla buona fede ed evidenziata dalle relazioni procedurali che tendono a restringere l'ambito della discrezionalità e della riedizione del pubblico potere¹².

In relazione ai valori sottostanti, la disciplina della partecipazione procedimentale è diversificata significativamente sia negli assetti normativi¹³ che nelle impostazioni giurisprudenziali¹⁴, ed è definita da una nozione variabile di legittimazione che si muove fra i due estremi possibili dati dall'introduzione di un fil-

Padova, 1998, 1, 151 ss.; A. Fici, L. Gallo, F. Giglioni, *I rapporti tra pubbliche amministrazioni ed enti del terzo settore. Dopo la sentenza della Corte Costituzionale n. 131 del 2020*, Napoli, 2020; F. Giglioni, *Verso un sistema chiamato Amministrazione condivisa*, in *Labsus*, 2019; M. Bombardelli, *Dal "contracting out" alle forme di amministrazione condivisa*, in Aa.Vv., *L'impresa sociale in Italia. Economia e istituzioni dei beni comuni*, a cura di C. Borzaga, F. Zandonai, Roma, 2009, 173 ss.

⁹ Così Corte cost. 20 maggio 2020 n. 131, sulla quale, oltre ad A. Fici, L. Gallo, F. Giglioni, *I rapporti*, cit., cfr. Aa.Vv., *Terzo settore e pubblica amministrazione. La svolta della corte costituzionale*, a cura di S. Pellizzari, C. Borzaga, Trento, 2020 (*instant book reso disponibile gratuitamente sul web*).

¹⁰ Introdotte dal decreto-legge 16 luglio 2020 n. 76, conv. legge 11 settembre 2020, n. 120 all'art. 12 e, con disposizione temporanea sulla facoltà di ricorrere alla conferenza semplificata, all'art. 13.

¹¹ Così F. Fracchia, P. Pantaleone, *La fatica di semplificare: procedimenti a geometria variabile, amministrazione difensiva, contratti pubblici ed esigenze di collaborazione del privato "responsabilizzato"*, in *Federalismi.it*, 36, 30 dicembre 2020, 67 e 68.

¹² Ancora F. Fracchia, P. Pantaleone, *op. ult. cit.*, 68 ss.

¹³ La diversificazione fra il modello dell'accesso procedimentale e quello civico non è coordinata e lineare, come è facile osservare guardando, ad esempio, alle reciproche interferenze quando venga in considerazione la tutela della privacy, o in ordine alla possibilità di limitazioni dipendenti da esigenze legate all'effettività della tutela (ad esempio in materia ambientale). Sulle interferenze rilevate cfr. di recente N. Vettori, *Valori giuridici in conflitto nel regime delle forme di accesso civico*, in *Dir. Amm.*, 3, 4 novembre 2019.

¹⁴ Si pensi, ad esempio, al rilievo del principio della *vicinitas* come ulteriore criterio di affermazione della differenziazione degli interessi in materia urbanistica ed ambientale che, tuttavia, assume diverso carattere (essendo spesso inteso in senso più ampio) in quest'ultima materia, a conferma della non omogeneità delle impostazioni. Cfr. § 4.

tro attraverso il requisito dell'interesse giuridicamente qualificato (pubblico interessato nella disciplina V.I.A.) o all'opposto dall'ammissione del pubblico non ulteriormente qualificato, con soluzione in quest'ultimo caso ritenuta più aderente all'idea che si sia in presenza di un'espressione della libertà della persona che, come tale, deve trovare la massima espansione possibile.

Nella procedura di V.I.A. tali tensioni sono particolarmente evidenti, dal momento che si incontrano interessi che, in quanto ambientali, riguardano gli operatori economici, l'amministrazione, la comunità ed i suoi singoli componenti¹⁵.

Gli operatori che richiedono l'autorizzazione sono essi stessi parte del dialogo collaborativo con l'amministrazione, non solo per l'articolazione normativa¹⁶, ma anche – ove si tratti di imprese o di organizzazioni commerciali o sociali – in quanto formazioni sociali¹⁷, come tali, fra l'altro, ricadenti nell'ambito di applicazione della sussidiarietà orizzontale. Tuttavia, per ragioni di sintesi¹⁸, l'attenzione sarà concentrata esclusivamente sulla posizione degli attori rientranti nella nozione di pubblico o di pubblico interessato, il che ovviamente non esclude che anche gli operatori economici rientrino in tali categorie, ma non richiede di definire ulteriormente le caratteristiche di questi ultimi.

¹⁵ Tale dinamica può essere ritenuta giunta a maturazione nell'ambito del diritto urbanistico (che, peraltro, spesso ha anticipato temi poi diventati comuni a tutto il diritto amministrativo), nel quale da tempo si fa riferimento alle c.d. discipline concorrenti o ai c.d. interessi differenziati (cfr. F. Salvia, F. Teresi, *Diritto urbanistico*, Padova, 2002, part. 141; 297, e P. Urbani, S. Civitaresse Matteucci, *Diritto urbanistico. Organizzazione e rapporti*, Torino, 2013, part. 225 e 530; G. Tulumello, *Procedimenti di formazione degli strumenti di pianificazione urbanistica, valutazione di interessi differenziati e meccanismi di silenzio-assenso*, in *Giur. it.*, 1998, 6, 1242 ss.) proprio per indicare che l'ambiente o, ad esempio, la crescita occupazionale, hanno assunto una centralità tale da condizionare le scelte regolatorie e le impostazioni organizzative e procedurali dell'attività dell'amministrazione, fino a diventare prevalenti rispetto agli interessi tradizionalmente propri dell'edilizia e della disciplina di uso dei suoli. G. Rossi, *Diritto dell'ambiente e teoria generale del diritto*, in *Ridiam.it*, 2017, sulla premessa che «l'ambiente non è un problema specifico, ma un modo di essere di altri problemi», giunge ad auspicare che, superata l'attuale fase emergenziale, quella ambientale non sia più una materia, ma una componente comune di ogni altra.

¹⁶ Che in Italia trova il riferimento principale nel codice dell'ambiente, decreto legislativo n. 152/2006, parte seconda, artt. 4 e ss.

¹⁷ Cfr. in proposito la condivisibile indicazione di E. Cheli, *Classificazione e protezione dei diritti economici e sociali nella Costituzione italiana*, in Aa.Vv., *Le ragioni del diritto, scritti in onore di Luigi Mengoni*, III, Milano, 1995, 1773 ss. In ordine alla collocazione dell'impresa nel quadro dell'art. 3 co. 2 Cost. e sul complesso tema della continuità fra Costituzione economica dell'Unione e Costituzione italiana, sia consentito richiamare D. D'Alessandro, *Sussidiarietà, solidarietà ed azione amministrativa*, Milano, 2004, 87 ss.

¹⁸ La posizione procedimentale degli operatori economici, ad esempio (e quindi senza considerare l'ulteriore complessità derivante dall'impresa sociale), richiederebbe un articolato discorso in ordine alla sua connotazione maggiormente "difensiva" che, peraltro, non può portare ad escludere aprioristicamente la relativa funzione procedimentale dall'essere possibile "esercizio del potere" nei termini di cui si discorrerà. Tuttavia, nella consapevolezza appunto della necessità di un discorso più ampio sul punto si è preferita la delimitazione dell'oggetto espressa nel testo.

Il livello di complessità è accentuato dalla consapevolezza che rispetto ad amministrazione e comunità¹⁹ si pongono ulteriori problemi quanto alla relativa qualificazione, che possiamo ricondurre agli interrogativi su quale amministrazione (in particolare, per livello territoriale e per allocazione delle funzioni) e quale pubblico (il pubblico *tout court*, o il solo pubblico interessato).

Muovendo dalla ricerca delle risposte a tali questioni, attraverso l'analisi delle regole volte ad identificare la titolarità del singolo *status* nonché a definire i contenuti della partecipazione e a garantirne l'effettività e le tutele, si cercherà di comprendere se emergono profili utili a riflettere sulla qualificazione giuridica dei poteri attribuiti ai privati rispetto a quelli propri dell'amministrazione e sull'eventuale esistenza di un paradigma comune²⁰.

L'ipotesi che accompagnerà il lavoro è se possa trattarsi di un esercizio di sovranità da parte del pubblico (per utilizzare la terminologia propria della convenzione di *Aarhus* nel suo rinviare ad una dimensione ulteriore rispetto a quella della cittadinanza nazionale, che rimane tuttavia dipendente dai contenuti attribuiti dai singoli stati all'interesse legittimante) che investe specificamente l'amministrazione ed il potere amministrativo. Ci si muove in una dimensione dibattuta dell'interazione pubblico-privato che, per alcuni, si connota comunque come partecipazione politica, mentre per altri ha caratteri tali da consentire di enucleare e distinguere la nozione di cittadinanza amministrativa²¹.

¹⁹ In una dimensione multilivello (tale è quella ambientale, cfr. F. Fonderico, *Il diritto di accesso all'informazione ambientale*, in *Giorn. Dir. Amm.*, 2006, 6, 676 ss.), come noto, anche la nozione di impresa è variabile (si pensi agli interventi della Corte di Lussemburgo tesi a definire il significato di operatore economico, resi necessari in materia di appalti pubblici anche con riferimento all'ordinamento italiano). Si trascura l'approfondimento della nozione di operatore economico in quanto, per le ragioni espresse nel testo e nella nota che precede, non rilevante dall'ambito del presente lavoro, essendo sufficiente avere contezza che si tratta di soggetto che può rientrare nella nozione di pubblico e di pubblico interessato.

²⁰ Nel senso dato al termine da F. Fracchia, *The Science of administrative law, juridical method and epistemology: the roles of paradigms in the era of the crisis of modernity*, in *IJPL*, 2013.

²¹ Fondamentale, al riguardo, l'autorevole indicazione di G. Arena, che segnala il rilievo anche della distinzione fra la partecipazione procedimentale e l'amministrazione condivisa. Per lo Studioso l'amministrazione condivisa è espressione di sussidiarietà e deve essere qualificata come libertà che si esprime in termini di affiancamento o anche sostituzione dell'amministrazione nel "fare", dovendosi distinguere, quanto meno in astratto, la partecipazione procedimentale che investe invece la discussione e la decisione dei problemi; ne deriva, fra l'altro, la possibilità di enucleare una nozione di cittadinanza amministrativa distinta da quella di cittadinanza politica (cfr., oltre alle opere già cit., G. Arena, *Cittadini attivi*, Roma-Bari, 2006; Id., *La cittadinanza amministrativa. Una nuova prospettiva per la partecipazione*, in *España jurídica*, 2010, 11, 2, 524 ss.). Lo sviluppo della personalità per l'Autore si accompagna, in forza del principio di sussidiarietà, ad un affiancamento dell'amministrazione nelle attività di interesse generale, cfr. G. Arena, *Il principio di sussidiarietà orizzontale nell'art. 118 u.c. della Costituzione*; relazione al convegno *Cittadini attivi per una nuova amministrazione*, Roma il 7-8 febbraio 2003, organizzato da "Astrid e da quelli del 118" in *cittadinanzattiva.it*. Fa riferimento alla cittadinanza amministrativa, in un diverso contesto, S. Cassese, *Le droit tout puissant et unique de la société, Paradossi del diritto amministrativo*, in *Riv. trim. dir. pubbl.*, 2009, 887 ss. Riguardo alla partecipazione all'attività dell'amministrazione come dimensione diversa rispetto a quella politica, cfr. pure G. Berti, G.C. De Martin, *Gli istituti della democrazia amministrativa*, Milano, 1996, p. 10; per una posizione più sbilanciata sul rilievo politico della cittadinanza attiva cfr. G. Moro, *Cittadinanza attiva e qualità della democrazia*, Roma, 2013. I diversi profili sono

L'analisi sarà condotta, come si è detto, in una dimensione limitata e particolare, quella relativa alla partecipazione del pubblico alle procedure di V.I.A. come intesa nella dimensione convenzionale ed eurounitaria; si propone, in altri termini, lo studio di un singolo organismo, nella consapevolezza che esso non può rappresentare in sé l'intero mondo, ma è una struttura di base utile alla ricerca di alcune relazioni fondamentali²², per verificare poi i nessi con i paradigmi generali e provare ad indagare se possano derivarne spunti per la comprensione o la ricostruzione di questi ultimi.

Il problema, come sempre nello studio del diritto, è quello di muoversi interrogandosi se è necessario enucleare nuove categorie per un corretto inquadramento delle tensioni emergenti dal contesto sociale, economico e politico, oppure se è possibile continuare a ricorrere ai paradigmi consolidati²³, anche eventualmente secondo una loro diversa combinazione e modalità di applicazione.

2. *La disciplina di riferimento*

Per quanto di interesse, gli articoli 6 e 11 della Direttiva 2011/92/UE del parlamento europeo e del consiglio (alla quale di seguito, per brevità ed ove non diversamente indicato, sarà fatto riferimento nel testo consolidato in forza delle modifiche introdotte con la Direttiva 2014/52/UE, ed anche semplicemente con l'indicazione "Direttiva V.I.A.")²⁴, contengono le indicazioni di riferimento quanto ai contenuti necessari che gli stati membri devono recepire in ordine alle modalità di partecipazione del pubblico ai processi decisionali riguardanti le autorizzazioni delle opere di significativo impatto ambientale.

La Direttiva, come è noto, inserisce il regime autorizzatorio dei progetti pubblici e privati che hanno i richiamati caratteri in una dimensione procedimentale che prevede possibili diversi livelli di coinvolgimento del pubblico e del pubblico interessato nelle fasi dirette ad acquisire i dati utili ai fini della decisio-

analizzati anche in G. Cotturri, *La forza riformatrice della cittadinanza attiva*, Roma, 2013. Per i profili comparati sulla partecipazione procedimentale cfr. S. Sassi, *La partecipazione della società civile*, cit.; G. Pepe, *Dibattito pubblico*, cit.; L.A. Scialla, *Il complesso rapporto*, cit.; S. Cassese, *La partecipazione dei privati*, cit.; M. D'Alberti, *La 'visione' e la 'voce'*, cit.; F. Fracchia, *Analisi comparata*, cit.; G. Arena, *La partecipazione dei privati*, cit.

²² Secondo il suggerimento che viene dal metodo di indagine biologico come proposto ed interpretato da E. Ostrom, *Governare i beni collettivi*, Venezia, 2009, 39 (op. originaria, *Governing the Commons*, New York, 1990).

²³ Cfr. sul tema F. Fracchia, *The Science*, cit.

²⁴ Direttiva concernente la valutazione dell'impatto ambientale di determinati progetti pubblici e privati. Sull'evoluzione normativa, cfr. Aa.Vv., *La Directiva de la Unión Europea de evaluación de impacto ambiental de proyectos: balance de treinta años*, coordinato da A. García Ureta, Madrid, 2016, 11.; K. Arabadjieva, *Better regulation in environmental impact assessment: the amended EIA Directive*, in *Journal of environmental law*, 28, 2016, 1, 159 ss.

ne. La disciplina è ispirata alla garanzia del maggior livello possibile di protezione, trovando applicazione i criteri di precauzione e prevenzione, con decisione finale che, in forza delle risultanze istruttorie e del contraddittorio anche con il pubblico interessato, può giungere ad una soluzione diversa da quella avanzata dal proponente, fino all'adozione anche della c.d. opzione zero²⁵.

Nel loro complesso, i dati necessari alla decisione devono essere acquisiti con il concorso doveroso di attività che fanno capo sia all'autorità procedente, come tale tenuta all'istruttoria, sia al proponente (soggetto che richiede la valutazione), obbligato a fornire non solo gli elementi progettuali, ma anche un rapporto che valuti l'impatto²⁶.

²⁵ Cioè conclusione del procedimento nel senso dell'incompatibilità della realizzazione dell'opera con la tutela ambientale (intesa in chiave di sviluppo sostenibile, cfr. nota 1).

²⁶ Per non appesantire il testo, si procede qui di seguito a sintetizzare i noti momenti salienti della procedura di V.I.A., contenuta in Italia nel decreto legislativo 152/2006 (c.d. codice dell'ambiente), oggetto di numerosi interventi normativi successivi, da ultimo con decreto-legge 31 maggio 2021 n. 77, pubblicato quando già il presente lavoro era stato consegnato alla rivista. Il decreto-legge ult. cit. contiene interessanti norme di coordinamento delle competenze, di semplificazione e riduzione dei termini, di potenziamento dell'uso dell'informatica, con contenuti di specialità per quanto concerne le opere legate al PNRR ed al PNI (Piano nazionale di ripresa e resilienza e Piano Nazionale Integrato per l'Energia e il Clima), in relazione alle quali è prevista anche una separata commissione tecnica posta alle dipendenze funzionali del Ministero della transizione ecologica (cfr. art. 8, co. 2-bis, decreto legislativo n. 152/2006). Per quanto di interesse, sulla più recente modifica si tornerà nelle conclusioni. Il codice dell'ambiente, nel dare attuazione alla Direttiva, ha distinto i progetti in due elenchi rilevanti per definire la competenza del ministero dell'ambiente rispetto a quella delle regioni. Le diverse fasi procedurali, a seguito anche della modifica introdotta con legge n. 120/2020 (e comunque, anche prima in via interpretativa richiamando la disciplina in materia di accesso civico ambientale) sono caratterizzate dalla pubblicità dei dati che via via si formano, nell'attuale assetto affidata al sito internet dell'amministrazione (con salvezza della *privacy* industriale e commerciale) e dalla possibilità di intervento del pubblico interessato. Al netto delle diversità dovute al coordinamento con le amministrazioni interessate a seconda che la competenza sia statale, regionale e delle province autonome (materia sulla quale si segnala l'intervento di semplificazione del decreto-legge n. 77/2021 cit., che ha utilmente introdotto i commi 4 bis e 4 ter all'art. 7-bis del t.u. cit.), sono distinguibili due procedimenti, lo *screening* e la V.I.A., le cui fasi procedurali sono:

- a) per lo *screening*
- presentazione dell'istanza documentata ad opera del proponente, contenente uno studio preliminare ambientale in formato elettronico ed avvio del c.d. *screening*, in genere ritenuto un sub-procedimento, ma che il Consiglio di Stato ha di recente valorizzato come possibile procedimento di valutazione preliminare autonomo rispetto alla V.I.A. «in quanto funzionale proprio ad evitarne l'attivazione» e connotato dalla non applicabilità della disciplina sul preavviso di diniego in quanto non si conclude con un provvedimento negativo in senso proprio (cfr., di recente, Cons. Stato 5379/2020; peraltro, il decreto legge n. 77/2021, introducendo il co. 10-bis all'art. 6 del decreto legislativo n. 152/2006 ha codificato tale esclusione, prevedendola anche per le procedure di V.I.A.). Lo *screening* è volto a verificare preliminarmente, in corrispondenza di determinate caratteristiche del progetto, l'assoggettabilità dell'autorizzazione a V.I.A.; la disciplina prevede la pubblicazione sul sito dell'amministrazione procedente della notizia dell'avvio con relativa documentazione, e la conclusione con un provvedimento motivato ed impugnabile. L'istruttoria è connotata dalla possibilità per gli interessati di proporre osservazioni e per le altre amministrazioni di produrre pareri, oltre alla facoltà di partecipazione al contraddittorio da parte del proponente (anche su sollecitazione – facoltativa – ad opera dell'amministrazione procedente in ordine ad eventuali precisazioni ed integrazioni). L'intera documentazione deve essere pubblicata sul sito dell'amministrazione procedente ed è quindi sottoposta alla disciplina dell'informazione in quanto compatibile. Il decreto-legge n. 77/2021 è intervenuto, fra l'altro, abbreviando da 45 a 30 giorni i termini per

Alle nominate attività doverose si aggiungono apporti di natura facoltativa riconosciuti, invece, al pubblico interessato sotto forma di partecipazione giuridicamente tutelata che trova il suo presupposto nell'onere imposto tanto all'amministrazione precedente che al proponente circa la necessità di offrire appropriata e precoce informazione²⁷.

L'onere di appropriata e precoce informazione è stato individuato quale strumento centrale della tutela ambientale sin dalla conferenza di Rio, andando a costituire uno dei c.d. tre pilastri della democrazia ambientale, consolidati con la convenzione di *Aarhus* che l'Unione Europea ha recepito²⁸ rendendola parte integrante del proprio ordinamento²⁹.

La Direttiva si preoccupa di indicare in modo analitico i contenuti minimi dell'informazione dovuta al pubblico interessato, le relative modalità (per via elet-

le consultazioni, con intervento non del tutto condivisibile per le ragioni che saranno evidenziate nelle conclusioni;

b) per la V.I.A.

- ove lo *screening* si concluda nel senso dell'assoggettabilità del progetto, si apre il c.d. *scooping*, cioè la definizione (e pubblicazione) dello Studio di Impatto Ambientale (S.I.A.) e ove previsto della Valutazione di Impatto Sanitario (V.I.S.); sul tema cfr. Aa.Vv., *La salute nelle valutazioni di impatto ambientale*, a cura di M. di Folco, M. Mengozzi, Napoli, 2020), atti predisposti dal proponente in uno al progetto e relativi elaborati. È ancora una fase preliminare nella quale il proponente può richiedere alle autorità competenti specificazioni in ordine alla definizione dei contenuti (dettaglio e metodologie) dello studio;
- con la presentazione dell'istanza, corredata da S.I.A. e dagli altri documenti richiesti, si apre la procedura di V.I.A. Si osserva il contraddittorio con e fra gli interessati, con le diverse opportunità consultive (compresi i pareri di altre amministrazioni) e possibilità di attivare il dibattito pubblico – anche su richiesta di associazioni qualificate sotto il profilo della rappresentatività - (artt. 23 e ss.);
- la valutazione degli esiti della procedura di V.I.A. e la decisione finale, che ha durata quinquennale;
- il monitoraggio successivo, che riguarda non solo la corretta esecuzione del progetto, ma anche la possibilità di sospensione dei lavori con prescrizione di azioni mitigative ove si rilevino effetti non previsti e, nelle ipotesi più gravi, riapertura del procedimento ove emerga la necessità di una nuova V.I.A.

Per completezza, la V.I.A. non autorizza la realizzazione delle opere, a tal fine essendo necessari i provvedimenti abilitativi di legge; è, tuttavia, prevista la possibilità di un provvedimento unico in materia ambientale, sia in ambito statale che regionale.

²⁷ Cfr. gli artt. da 4 a 6 Direttiva V.I.A.

²⁸ Come nota l'Avvocato Generale Gerard Hogan nelle sue conclusioni nella causa C-535/2018 presentate il 12 novembre 2019, l'art. 11 della Direttiva VIA «corrisponde all'articolo 10 bis della Direttiva 85/337/CEE del Consiglio, del 27 giugno 1985, concernente la valutazione dell'impatto ambientale di determinati progetti pubblici e privati, a sua volta ampiamente corrispondente all'articolo 9, paragrafo 2, della Convenzione sull'accesso alle informazioni, la partecipazione del pubblico ai processi decisionali e l'accesso alla giustizia in materia ambientale, firmata ad *Aarhus* il 25 giugno 1998 e approvata a nome della Comunità europea con decisione 2005/370/CE del Consiglio del 17 febbraio 2005 (5) (in prosieguo: la «Convenzione di *Aarhus*»). È evidente che l'articolo 10-bis è stato inserito nella Direttiva 85/337, insieme ad altre disposizioni, dalla Direttiva 2003/35/CE del Parlamento europeo e del Consiglio, del 26 maggio 2003, che prevede la partecipazione del pubblico nell'elaborazione di taluni piani e programmi in materia ambientale e modifica le Direttive del Consiglio 85/337 e 96/61/CE relativamente alla partecipazione del pubblico e all'accesso alla giustizia, al fine di allineare il diritto dell'Unione ai requisiti previsti dalla convenzione di *Aarhus*».

²⁹ Il riferimento è a Corte giust. UE 8 novembre 2016, causa C-243/15, punto 45. Per un commento, cfr. M. van Wolferen, *Case C-243/15 Lesoochranárske zoskupenie vlk v. Obvodný úrad Trenčín*, in *Journal for european environmental & planning law* 14, 2017, 136 ss.

tronica e mediante pubblici avvisi o in altra forma adeguata) e così pure i documenti per i quali deve essere garantito l'accesso, lasciando poi gli stati membri liberi di determinare modalità di partecipazione (solo esemplificativamente sono indicate la forma scritta, o l'indagine pubblica) che attuino comunque il diritto di esprimere osservazioni e pareri.

Il pubblico *tout court* è invece indicato come destinatario di modalità dettagliate, pertinenti e, deve ritenersi, tempestive, di informazione, attraverso la messa a disposizione in via telematica su un portale centrale o da più punti di connessione facilmente accessibili³⁰.

Si tratta, secondo la tecnica propria delle Direttive, dell'indicazione di contenuti minimi rispetto agli obiettivi che devono, comunque, essere garantiti dagli stati membri in sede di recepimento, tanto che la stessa distinzione fra le due categorie del pubblico potrebbe cadere, ma, ove mantenuta, il regime delle garanzie in favore di quello interessato rimane differenziato e comprende, oltre a quelle sopra richiamate, il vincolo a consentirne l'informazione precoce e appropriata (cioè utile, sotto il profilo della completezza, e tempestiva, cioè resa disponibile quando i contenuti della decisione sono ancora aperti a qualsiasi soluzione), la previsione di tempi adeguati per le consultazioni e la garanzia dell'effettività della tutela³¹.

La disciplina italiana, peraltro, si muove in direzione della distinzione del pubblico nelle due categorie indicate³².

Tale puntualizzazione appare significativa quando si guarda all'accesso alla tutela per le ipotesi di insufficiente o non tempestiva informazione, segnandosi una possibile e non completamente giustificata asimmetria fra quanti devono essere informati della procedura (il pubblico *tout court*³³) e quanti possono offrire un contributo in termini di osservazioni e produzioni documentali con possibilità di accesso alla giustizia avverso la decisione finale (pubblico interessato).

La Direttiva V.I.A. non si apprezza per chiarezza nel coordinamento con quella in materia di accesso alle informazioni ambientali (che, come è noto, ammette l'accesso civico), giacché sembra in qualche modo adombrare che il

³⁰ Art. 6, co. 5, Direttiva V.I.A.

³¹ Ciò è il frutto dell'assetto derivante dalla novella di cui alla Direttiva 2014/52/UE, che ha qualificato in maniera più ampia la posizione del pubblico interessato rispetto al pubblico *tout court* (cfr. art. 6 vecchio e nuovo testo).

³² Per la declinazione del tema oltralpe, in generale sulle tensioni legate alla tutela giurisdizionale in materia di V.I.A., cfr. N. De Sadeleer, *L'évaluation des impacts environnementaux: vers une véritable protection juridictionnelle?*, in *Journal de droit européen*, 2015, 23, 215, 2 ss.

³³ Il pubblico *tout court*, art. 6 co. 5 Direttiva V.I.A.

pubblico interessato sia titolare di una modalità diversa e privilegiata di disponibilità dei dati che si formano ed acquisiscono nel corso dell'istruttoria³⁴.

Una simile aporia sembra, tuttavia, difficilmente giustificabile³⁵ e può essere coonestata ritenendo che la Direttiva V.I.A. intenda valorizzare il fatto che la disponibilità delle informazioni in questione per il pubblico interessato debba rispondere ai più stringenti criteri in essa previsti (anche per i requisiti di precocità e completezza), con effetti vizianti e tutele diverse e più ampie rispetto a quanto previsto nella disciplina sull'accesso alle informazioni ambientali.

Al riguardo, la salvaguardia della partecipazione alla quale l'informazione precoce è preordinata nella Direttiva V.I.A. assume un rilievo autonomo rispetto alle altre ragioni di tutela avverso la decisione finale, anche essa oggetto di obblighi pubblicitari³⁶, dovendosi quindi riconoscere la loro reciproca autonomia (seppure con possibili interferenze, come si vedrà).

La prevista pubblicità della decisione finale, oltre ad avere l'effetto di renderla visibile e quindi di sottoporla a controllo politico diffuso³⁷, è strumentale anche a realizzare l'equilibrio fra certezza e stabilità della decisione amministrativa e tutela per le ipotesi di sua illegittimità, incidendo sui termini di decadenza per la proposizione dell'azione giurisdizionale³⁸. La legittimazione a dolersi dei vizi della decisione finale può essere limitata ai portatori di "un interesse sufficien-

³⁴ Cfr. art. 6 co. 3 Direttiva V.I.A. «gli Stati membri provvedono affinché, entro scadenze ragionevoli, il pubblico interessato abbia accesso: [...] c) conformemente alle disposizioni della direttiva 2003/4/CE del Parlamento europeo e del Consiglio, del 28 gennaio 2003, sull'accesso del pubblico all'informazione ambientale, alle informazioni diverse da quelle previste al paragrafo 2 del presente articolo che sono rilevanti per la decisione di cui all'articolo 8 della presente Direttiva e che sono disponibili soltanto dopo che il pubblico interessato è stato informato conformemente al paragrafo 2 del presente articolo».

³⁵ Cfr. la Direttiva 90/313/CEE, attuata in Italia dal decreto legislativo 24 febbraio 1997, n. 39 e la successiva evoluzione con la Direttiva 2003/4/CE attuata dal decreto legislativo n. 195/2005 e s.m.i., che ha abrogato la previgente disciplina. La tesi del carattere derogatorio della disciplina sulla V.I.A., nel senso che solo al pubblico interessato sarebbe consentito l'accesso, non sembra sostenibile se si valorizza quanto espresso nel preambolo della Direttiva V.I.A. in più punti (cfr. § 16, 17, 19, 20) e se si tiene conto che la disciplina V.I.A. non appare speciale rispetto a quella posta in materia di accesso alle informazioni ambientali, ponendosi semmai le due normative su un piano di complementarietà rispetto alla complessiva attuazione della stessa convenzione di Aarhus. Si aggiunge che, in ogni caso, le modifiche introdotte nel codice dell'ambiente con la legge n. 120/2020 in ordine alla pubblicazione dei dati sia nella fase dello *screening* che in quella di richiesta di rilascio della V.I.A. confermano l'accessibilità generalizzata secondo il modello proprio della Direttiva 2003/4/CE.

³⁶ Art. 9 dir. 2011/92/UE.

³⁷ Secondo una delle funzioni della motivazione del provvedimento indicata da A. Romano Tassone, *Motivazione dei provvedimenti amministrativi e sindacato di legittimità*, Milano, 1987. Altra funzione, oltre ai profili partecipativi, di tutela, di persuasione in vista dell'esecuzione e di condivisione del potere di cui si dirà, può essere individuata nell'essere strumento per consentire la giustiziabilità dell'eccesso di potere garantendo al tempo stesso la separazione e l'autonomia dell'amministrazione stessa rispetto al controllo giurisdizionale. Su questo ultimo profilo, sia permesso il rinvio a D. D'Alessandro, *La motivazione ed i suoi vizi: relazioni con il controllo della funzione amministrativa*, in Aa.Vv., *Il procedimento amministrativo*, a cura di F. Luciani, R. Rolli, Napoli, 2008, 155 ss.

³⁸ Sulla liceità ed anzi sulla necessità di tutelare detti valori attraverso termini di decadenza che, tuttavia, devono essere ragionevoli, cfr. Corte giust. UE, 20 dicembre 2017, causa C-500/16, *Caterpillar Financial Ser-*

te” o di un diritto «nei casi in cui il diritto processuale amministrativo di uno stato membro esiga tale presupposto»³⁹.

Gli oneri pubblicitari richiesti ai fini dell’informazione e della partecipazione mostrano come essa sia predisposta in una prospettiva regolativa volta a garantirne l’effettività, con la trasparenza del processo decisionale che tende ad essere anche strumento per coinvolgere i singoli, le associazioni e le comunità nel loro insieme in ordine a decisioni che finiscono con l’incidere su quelli che possono essere definiti non solo interessi generali, ma anche beni comuni e che riguardano il territorio nel suo essere presupposto dell’esercizio di tutte le attività rilevanti per l’ordinamento, da quelle delle istituzioni fino alle libertà fondamentali⁴⁰.

Si tratta di due dimensioni della trasparenza che non possono essere scisse, l’una funzionale alla concreta operatività dell’*accountability* diffusa della decisione delle autorità (l’informazione del pubblico), l’altra strumentale a realizzare una modalità di costruzione della decisione pubblica in termini collaborativi (la partecipazione del pubblico interessato, vedremo con quale valore⁴¹) il cui effetto, come si è accennato in premessa, è non solo di democratizzazione dell’azione

vices, punto 42; sul tema cfr. A.M. Romito, *La tutela giurisdizionale nell’unione europea tra effettività del sistema e garanzie individuali*, Bari, 2015, part. 107 ss.

³⁹ Cfr. l’art. 11 della Direttiva V.I.A. Le disposizioni del codice dell’ambiente optano per la distinzione fra pubblico e pubblico interessato.

⁴⁰ Quella di beni comuni non è una definizione condivisa (per verificare la differenza di prospettive cfr. Aa.Vv., *I beni pubblici dal governo democratico dell’economia alla riforma del Codice Civile*, a cura di U. Mattei, E. Reviglio, S. Rodotà, Roma, 2010; S. Rodotà, *Un terribile diritto. Studi sulla proprietà privata e i beni comuni*, Bologna, 2013; A. Lucarelli, *La democrazia dei beni comuni*, Roma-Bari, 2013; P. Maddalena, *I beni comuni nel codice civile, nella tradizione romanistica e nella Costituzione repubblicana*, in *Federalismi.it*, 19, 2011 e l’evoluzione storica dalle due opposte posizioni di G. Hardin, *The Tragedy of the Commons*, in *Science*, 1968, n. 162 e di E. Ostrom, *Governare i beni collettivi*, cit. Il dato ricostruttivo condiviso parte dal nesso fra beni e diritti fondamentali e propone una regolazione della proprietà e dell’uso che pone al centro i valori dell’ambiente e della sua preservazione; le differenze emergono nell’individuazione dei rapporti fra la proprietà pubblica, quella privata e quella comune e sul ruolo dei rispettivi titolari. Per una ricostruzione, cfr. gli scritti in Aa.Vv., *Manuale di diritto dei beni comuni urbani*, a cura di R.A. Albanese, E. Michelazzo, Torino, 2020; Aa.Vv., *Prendersi cura dei beni comuni per uscire dalla crisi. Nuove risorse e nuovi modelli di amministrazione*, a cura di M. Bombardelli, Napoli, 2016. Negli scritti più recenti, per un’impostazione di diritto amministrativo che parte dell’idea di amministrazione condivisa idonea a rendere immediatamente operativa la nozione di bene comune, cfr. G. Arena, *I custodi della bellezza...* cit.; in chiave anche comparata in riferimento al tema delle risorse idriche, R. Louven, *Aqua Aequa*, Torino, 2018; in ambito urbanistico, R.A. Albanese, *Nel prisma dei beni comuni, contratto e governo del territorio*, Torino, 2020; Aa.Vv., *La rigenerazione di beni e spazi urbani*, a cura di F. Di Lascio, F. Gigliani, Bologna, 2017; P. Maddalena, *Il territorio bene comune degli italiani*, Roma, 2014.

⁴¹ Di estremo interesse la posizione, diversa sotto molti profili e nelle conclusioni rispetto all’ipotesi oggetto di indagine, ma utilissima a comprenderne gli elementi rilevanti, di C. Marzuoli, *Libertà e sussidiarietà*, in *Riv. dir. priv.*, 2007, 1, 25, 5 ss., il quale si pone (risolvendolo negativamente) il problema dell’ammissibilità di una posizione di privilegio da parte dei cittadini che vogliono intervenire in termini di sussidiarietà, sia rispetto agli altri cittadini, sia come possibile assunzione di una posizione paritaria nei confronti dell’autorità amministrativa. Secondo l’autorevole Studioso, occorre tenere presente la distinzione fra l’interesse generale, riferibile a gruppi più o meno ampi, e l’interesse pubblico, in quanto solo quest’ultimo è connotato da un processo di determinazione che ne giustifica la prevalenza sugli altri in quanto vede coinvolte le istituzioni secondo il sistema democratico disegnato dalla Costituzione.

amministrativa, ma anche di assunzione di responsabilità da parte della comunità, chiamata ad un impegno diretto (nello specifico in materia di tutela dell'ambiente) che può essere espresso sia in termini di indicazioni tecniche che su un piano più squisitamente politico⁴².

La Corte di Giustizia dell'Unione ha avuto modo di esprimersi nel senso che dalla Direttiva V.I.A. non deriva un vincolo per gli stati membri relativo alla disciplina dei livelli territoriali di allocazione delle funzioni, ma, quale che sia l'organizzazione interna, deve essere garantito il principio di effettività⁴³.

Attraverso il tema dell'effettività, tuttavia, l'autonomia delle scelte organizzative subisce indubbiamente un'attrazione nella sfera di valutazione della Corte, giacché la partecipazione non può essere limitata in via di fatto attraverso un'allocazione delle funzioni che la ostacolino in misura tale da renderne difficile l'esercizio, per profili di inadeguata regolazione che possono attenerne tanto alla dimensione procedimentale prodromica alla decisione, quanto a quella della successiva fase di tutela.

Si tratta di rischi reali in una materia, come quella della tutela dell'ambiente, particolarmente esposta a dequotazioni che possono derivare dalla qualità di alcuni degli interessi che ad essa fanno capo, in particolare per quelle lesioni che colpiscono la dimensione sovra individuale e comunitaria e che hanno determinato l'ampio e dibattuto passaggio da una cura e legittimazione affidata alla sola P.A. ed altrimenti adespota, all'elaborazione della nozione di interesse diffuso.

In particolare, le asimmetrie informative tra i singoli componenti del pubblico, del pubblico interessato, degli enti esponenziali e delle amministrazioni, nonché la diversa sensibilità di questi soggetti rispetto agli interessi in gioco, quali fattori che possono determinare fallimenti o criticità nei livelli di protezione dell'ambiente, operano in maniera inversamente proporzionale al grado di legittimazione di ciascuno di detti attori all'accesso ed attivazione delle diverse modalità di tutela.

È dato acquisito, infatti, che le lesioni degli interessi possono derivare anche dal diverso bilanciamento che le amministrazioni attuano fra l'attesa di un elevato livello di tutela dell'ambiente e le esigenze degli interessi economici e produttivi, peraltro in una dinamica che ripropone sul piano della scelta tecnocrati-

⁴² Sulle diverse declinazioni del tema, cfr. C. Harlow, *Transparency, accountability and the privileges of power*, in *European law journal*, 2016, 22, 3, 273 ss.; J. Said Pullicino, *The State's duty to inform: essential to the right to good governance: truth, transparency and accountability*, Office of the Parliamentary Ombudsman, Valletta, 2015; P. Dyrberg, *Accountability and legitimacy: what is the contribution of transparency?*, in *Accountability and legitimacy in the European Union*, a cura di A.M. Amull, D. Wincott, Oxford, 2002, 81; su responsabilità e sussidiarietà cfr. M. Renna, *I principi di sussidiarietà, adeguatezza e differenziazione del diritto amministrativo*, Milano, 2012, 283 ss.; sia consentito anche il rinvio a D. D'Alessandro, *Sussidiarietà*, cit.

⁴³ Cfr. Corte just. UE, 7 novembre 2019, causa C-280/18, *Flausch* ed a. (che richiama anche la sentenza del 20 ottobre 2016, causa C-429/15, *Danqua*, punto 29), con nota, alla quale sia consentito rinviare, di D. D'Alessandro, *Ostacoli alla partecipazione pubblica alle procedure di VIA: relazioni fra onere di appropriata e precoce informazione e decadenze processuali, alla luce del principio di effettività*, in *RDPE on line*, 2010, 1, 877 ss.

ca *input* di natura politica che provengono anche dalle stesse popolazioni interessate o da larghi gruppi⁴⁴.

Altrettanto rilevante è l'eventualità di aggressioni dell'ambiente che si manifestano in una cornice territoriale in cui manchino formazioni sociali o singoli che possano farsi portatori della tutela degli interessi in gioco, sia per problemi di lontananza fisica, sia per problemi di assenza in un determinato arco temporale che può determinare anche preclusioni e decadenze, come mostrano vicende anche di recente portate all'attenzione della Corte di giustizia dell'Unione⁴⁵.

In altri termini, l'attivazione della tutela ambientale risente della problematicità propria dell'attività amministrativa, dei singoli e dei gruppi, che rimane attività umana che si svolge nel tempo e nello spazio oltre che in una società complessa e strutturata e quindi soffre, sul piano della sua attuazione concreta, delle limitazioni derivanti da fattori quali la dimensione territoriale, i tempi, i costi.

Ne deriva la necessità di trovare un punto di equilibrio fra le regole (organizzative, procedimentali, su poteri e posizioni soggettive, sulle tutele) che tendono a dare certezza, tempestività e stabilità alla decisione pubblica e che impongono la previsione anche di termini di decadenza e quelle che invece sono necessarie a garantire la più ampia partecipazione (tema al centro delle riforme, a tempo o sperimentali, introdotte – in materia di V.I.A. anche dal decreto semplificazioni – ed in discussione a seguito dei *deficit* in termini di efficienza evidenziati dall'emergenza covid-19).

Sotto tale profilo, per come accennato, l'impostazione seguita dalla Direttiva V.I.A., sulla scia di un percorso peraltro consolidato e rispondente al disegno delle competenze delineate nei trattati, non interviene sul piano della allocazione delle funzioni negli ordinamenti degli Stati membri; inoltre, benché ciò fosse non solo possibile⁴⁶ ma anche auspicabile, non prescrive particolari modalità di tutela (salvo l'obbligo di riconoscere l'accesso alla giustizia per le lesioni relative alle previsioni sulla partecipazione), pur rimanendo, comunque, aperta la loro verifica in termini di equivalenza ed effettività⁴⁷.

⁴⁴ Basti pensare al rapporto fra tutela dell'occupazione e tutela dell'ambiente, che ha dato luogo a storici tentativi di far prevalere il diritto al lavoro rispetto al diritto alla salute, in un quadro che mostra il drammatico scontro con i valori costituzionali legati alla lotta al bisogno. Sul tema, sia permesso il richiamo di D. D'Alessandro, *Tutela ambientale e libertà di iniziativa economica privata fra assicurazione del rischio ambientale e referendum locali*, in Aa.Vv., *La Risorsa Ambiente nel Mezzogiorno, Atti del Convegno di Cetraro della Lega delle Autonomie*, Catanzaro, 1992, 157 ss. Di recente, merita riflessione la vicenda dell'ILVA di Taranto.

⁴⁵ Cfr. Corte giust. UE, 7 novembre 2019, causa C-280/18, cit.

⁴⁶ Si pensi all'impatto che le Direttive ricorsi (da ultimo la Direttiva 2007/66/CE del parlamento e del consiglio) hanno avuto in materia di contratti pubblici.

⁴⁷ Cfr. in generale sul tema A. Iermano, *I principi di equivalenza ed effettività tra autonomia procedurale e 'limiti' alla tutela nazionale*, in *Il diritto dell'unione europea*, 2019, 3, 525 ss.; G. Vitale, *Il principio di effettività della tutela giurisdizionale nella carta dei diritti fondamentali*, in *Federalismi.it*, 28.2.2018, in particolare le notazioni, in entrambi gli scritti, sulla differenza fra i due principi.

Appare a questo punto utile un'indagine sulle indicazioni della giurisprudenza della Corte di giustizia che fanno riferimento al tema della garanzia della partecipazione, specie in termini di effettività, per completare il quadro necessario all'analisi delle questioni relative alla qualificazione delle relative prerogative.

L'indagine consentirà di muovere qualche considerazione sull'utilizzo delle *Information and Communication Technologies* (ICT), indicate dalla Direttiva V.I.A., come si è visto, quale utile strumento per l'adempimento degli oneri di informazione ambientale.

3. *Oneri di appropriata e precoce informazione, effettività della partecipazione ed effettività della tutela nella giurisprudenza della Corte di Lussemburgo*

Come è stato osservato, la Corte di giustizia dell'Unione mette in costante relazione i diversi elementi che compongono il quadro della tutela ambientale, richiedendo che ciascuno di essi sia compresente e correttamente orientato verso il risultato atteso⁴⁸.

Non c'è dubbio che la disponibilità delle informazioni sia il presupposto della partecipazione procedimentale e che la mancanza anche solo di una parte di esse possa frustrare la dimensione partecipata della gestione degli interessi ambientali⁴⁹. Per questa ragione la lesione dei relativi presupposti e delle relative prerogative deve essere oggetto di autonoma tutela rispetto agli altri eventuali vizi della decisione finale.

È in questi termini di autonomia ma anche di reciproca interferenza che deve essere letto il rapporto fra precoce e completa informazione, diritti di partecipazione e tutela giurisdizionale.

Il combinato disposto dell'art. 47 della Carta dei diritti fondamentali dell'Unione europea e dell'art. 9, paragrafi 2 e 4, della Convenzione di *Aarhus* è stato richiamato per osservare come la garanzia di partecipazione debba ritenersi ostacolata anche in presenza di tutela giurisdizionale non coordinata con quella amministrativa. In particolare, ciò è stato affermato in riferimento a normativa interna che, pur consentendo l'accesso alla giustizia per far valere l'illegittima esclusione dalla partecipazione procedimentale di un'associazione ambienta-

⁴⁸ Così M. van Wolferen, *Case C-243/15*, cit., part. § 4, *consequences*.

⁴⁹ In generale, cfr. M. Pelligra, *Partecipazione ai processi decisionali ed accesso alla giustizia in materia ambientale: riflessioni a partire dalla recente giurisprudenza della Corte di Giustizia*, in *DPCE*, 2017, 1, 11 ss.

lista, tuttavia permetteva che l'amministrazione si determinasse sul provvedimento finale senza dovere attendere la relativa decisione giurisdizionale definitiva⁵⁰.

È interessante notare come la previsione della possibilità di ricorrere comunque avverso la decisione finale quando non sia correttamente offerta la possibilità di partecipazione al procedimento non sia stata ritenuta adeguata ad integrare gli obblighi derivanti dalla Convenzione come recepita dal diritto dell'Unione. Il significato di tale indicazione va oltre la questione dell'effettività della tutela e valorizza il contraddittorio del soggetto legittimato come momento di partecipazione alla formazione della volontà dell'amministrazione, facendone una componente dell'esercizio del pubblico potere che deve essere preservata a prescindere dalla sua concreta incidenza sul provvedimento finale.

Al riguardo, le Corte spiega le ragioni che differenziano e rendono non surrogabile l'apporto procedimentale di un'associazione, richiamando come «la qualità di «parte nel procedimento», qualora fosse stata concessa (...), le avrebbe consentito di partecipare più attivamente all'*iter* decisionale sviluppando maggiormente e in modo più rilevante i suoi argomenti vertenti sui rischi di pregiudizio all'integrità del sito protetto da parte del progetto proposto, i quali peraltro avrebbero dovuto essere presi in considerazione dalle autorità competenti prima dell'autorizzazione e della realizzazione di tale progetto»⁵¹.

È stato di recente sostenuto che la Corte di Lussemburgo ha concesso un'apertura al bilanciamento fra interesse sostanziale e disciplina formale del procedimento, nella prospettiva del c.d. vizio non invalidante⁵². Pur non mancando un'attenzione al dato sostanziale, tuttavia, non pare che l'indicazione fornita dalla Corte sia riducibile all'impostazione discussa nel diritto interno, quanto meno in quella interpretazione che scorge nell'art. 21-*octies* della legge n. 241/1990 un'affermazione della tendenziale irrilevanza dei vizi meramente formali⁵³.

Il percorso argomentativo seguito in ambito comunitario afferma che la ricevibilità del ricorso può essere condizionata dalla titolarità di una posizione giuridica qualificata che sia concretamente lesa, ma a condizione che si tenga separata la questione della proponibilità di vizi che inficiano il diritto di parte-

⁵⁰ Cfr. ancora la sentenza 8 novembre 2016 cit. ed il commento di M. van Wolferen, cit.

⁵¹ § 69 sentenza ult. cit.

⁵² Cfr. G. Tulumello, *La sentenza della Corte di Giustizia dell'Unione europea, Prima Sezione, 28 maggio 2020, in causa C-535/18: brevi note a primissima lettura*, in *giustiziaamministrativa.it*, 2020, il quale richiama come la dottrina e poi il legislatore italiano abbiano approfondito da tempo il legame fra interesse ad agire e vizio rilevabile; analoga considerazione in S. Pitto, *Diritti di informazione*, cit., 4421 ss.

⁵³ In senso critico verso i rischi di una possibile impostazione incerta nei suoi confini e sbilanciata sull'assunta irrilevanza in linea di principio delle regole procedurali sulla forma, cfr. F. Fracchia, M. Occhieina, *Teoria dell'invalidità dell'atto amministrativo e art. 21-*octies*, l. 241/1990: quando il legislatore non può e non deve*, in *Giust. amm.*, 2005.

ecipazione del pubblico interessato⁵⁴ (dunque, le due questioni sono autonome), peraltro evidenziando come nel caso di specie la mancata tempestiva disponibilità di documenti o dati rilevanti per la decisione faceva ritenere impedita l'utilità della partecipazione stessa⁵⁵.

In altri termini, la possibile prevalenza dell'assenza di danno ambientale (assenza di posizione giuridica sostanziale lesa) non è fatta derivare dal riconoscimento della irrilevanza delle violazioni sulla forma, ma al contrario dalla separata analisi di due fattori: la mancanza di effetti negativi sull'ambiente da un lato, dall'altro l'autonomamente rilevante riscontro della partecipazione, in termini di rispetto della completa e precoce informazione e dell'effettività della relativa tutela giurisdizionale.

La Corte di Lussemburgo, quindi, si esprime in direzione della necessità di una forte attenzione alla garanzia della partecipazione ed al contempo è attenta a salvaguardare la presenza della lesione dell'interesse ad opera del provvedimento finale⁵⁶ (in difetto venendo meno la prospettazione della violazione di un interesse o di un diritto), che è questione separata la cui soluzione anche in termini negativi sul piano processuale comporta, peraltro, rigetto della domanda, non dichiarazione della sua inammissibilità.

Proseguendo nell'analisi delle indicazioni della Corte di giustizia dell'Unione, a formare il quadro di riferimento contribuisce il rapporto fra "più ampia partecipazione" e successiva tutela degli interessi (diversi da quelli partecipativi) lesi dal provvedimento finale. Nel ricostruire tale relazione, la Corte si è espressa nel senso che il ricorso avverso la decisione finale può essere proposto a prescindere dal ruolo che il pubblico interessato ha potuto svolgere nella fase istruttoria; inoltre, a prescindere dalla connotazione giurisdizionale o amministrativa dell'organo che ha proceduto alla stessa e ha adottato la decisione finale, le domande respinte in sede procedimentale possono essere reiterate⁵⁷. Qui la Corte sottolinea come

⁵⁴ Si riportano i paragrafi della motivazione della decisione ult. cit. «60. Pertanto, una normativa nazionale, che subordini la ricevibilità dei ricorsi dei singoli alla condizione che essi facciano valere una violazione di un diritto e che, al contempo, consenta ai singoli di far valere un vizio procedurale che inficia la partecipazione del pubblico al processo decisionale, anche qualora tale vizio non abbia inciso sul senso della decisione di cui trattasi, mette a disposizione un mezzo di ricorso anche in casi in cui l'articolo 11, paragrafo 1, lettera b), della Direttiva 2011/92 non lo richiede.

⁶¹ Il legislatore nazionale può, pertanto subordinare la ricevibilità di un ricorso di annullamento della decisione di autorizzazione di un progetto per vizio procedurale, laddove quest'ultimo non sia tale da modificare il senso di tale decisione, alla condizione che esso abbia effettivamente privato i ricorrenti del loro diritto di partecipare al processo decisionale».

⁵⁵ Cfr. § 62 sentenza ult. cit.

⁵⁶ Che viene del resto valorizzato anche da chi condivisibilmente teme una dequotazione del rilievo delle norme di azione ai danni di un'adeguata tutela avverso l'esercizio del pubblico potere, cfr. F. Fracchia, M. Occhiena, *Teoria dell'invalidità*, cit., specie 43 ss.

⁵⁷ Cfr. la sentenza 15 ottobre 2009. Nel commentarla, J. Reichel, *Judicial control in a globalised legal order: a one way track? An analysis of the case C-263/08 Djurgården-Lilla Värtan*, in *Review of European admini-*

la partecipazione abbia comunque una funzione diversa rispetto alla tutela degli interessi che determinano la legittimazione ad agire avverso il provvedimento finale, rimarcando ancora una volta i profili di autonomia⁵⁸.

D'altra parte, la questione delle limitazioni alle eccezioni procedurali proponibili è stata affrontata anche sotto il profilo dell'ipotizzabile necessità di simmetria fra osservazioni mosse in sede di partecipazione procedimentale e doglianze avverso il provvedimento finale, simmetria che è stata più volte esclusa⁵⁹.

Altro ostacolo all'accesso alla tutela giurisdizionale da parte del pubblico può provenire dalla ragionevolezza dei costi per il caso di soccombenza. Sulla questione la Corte, seguendo la propria impostazione pragmatica, è intervenuta indicando che la soglia di ragionevolezza dei relativi oneri deve essere ricostruita tenendo conto sia della condizione economica del ricorrente, sia del valore medio ed oggettivo del peso che può essere attribuito alle spese di giustizia affinché esse non integrino un indebito ed elusivo strumento deflattivo⁶⁰.

L'effettività della tutela è stata esaminata dalla Corte di Lussemburgo anche nella prospettiva dell'esigibilità dei termini per la proposizione del ricorso, giudicando su un'ipotesi in cui l'applicazione del diritto interno ed il comportamento dell'amministrazione non avevano consentito in concreto una precoce e completa informazione, in particolare in riferimento all'apertura del procedimento, pur essendo stata data pubblicità al provvedimento finale⁶¹.

La Corte ha osservato che una siffatta condizione è rilevante in quanto la pur corretta diffusione della notizia della decisione finale, in mancanza di adeguatezza degli strumenti di precoce informazione, sorprende gli interessati⁶²; la

strative law, 2010, 3, 2, 69 ss., nota per un verso le tensioni che derivano dall'attuazione interna della disciplina comunitaria e internazionale in relazione al riconoscimento di posizioni giuridiche in capo ai privati ed in particolare alle associazioni, per altro verso sottolinea come la stessa convenzione di Aarhus ed il diritto internazionale in genere non offrono strumenti atti a garantire le posizioni rilevanti riconosciute al pubblico ed alle organizzazioni private.

⁵⁸ L'enucleazione della categoria degli interessi procedurali è dovuta a M.S. Giannini, *Discorso generale sulla giustizia amministrativa*, in *Riv. dir. proc.*, 1963, 535 ss., ora in *Id.*, *Scritti*, V, Milano, 2004, 1963 ss.

⁵⁹ In ordine alle conseguenze degli errori procedurali, cfr. sentenza 7 novembre 2013, commentata da T. Bunge, *Rechtsfolgen von Verfahrensfehlern bei der Umweltverträglichkeitsprüfung: zum Urteil des Gerichtshof der Europäischen Union vom 7 November 2013 (C-72/12, Gemeinde Altrip)*, in *Natur und Recht*, 2014, 36, 5, 305 ss.; sentenza 15 ottobre 2015, con commento di N. De Sadeleer, *Enforcement de la protection juridictionnelle dans le cadre des procédures d'évaluation des incidences et de l'exploitation des établissements classés: CJUE, 15 octobre 2015, Commission/Allemagne, aff. C-137/14, ECLI:EU:C:2015:683*, in *Revue des affaires européennes*, 2015, 22, 4, 753 ss.

⁶⁰ Cfr. G. De Baere, *The right to "not prohibitively expensive" judicial proceedings under the Aarhus Convention and the ECJ as an international (environmental) law court: Edwards and Pallikaropoulos: case C-260/11, Edwards and Pallikaropoulos v. Environmental Agency, judgment of the Court of Justice (Fourth Chamber) of 11 April 2013, EU:C:2013:221*, in *Common market law review*, 2016, 53, 6, 1727 ss.

⁶¹ Cfr. Sentenza 7 novembre 2019, causa C- 280/18; Corte giust. UE 7 novembre 2019, causa C-280/18, *Flausch* ed a., cit. con relativo commento.

⁶² In verità la Corte si esprime nel senso che deve essere attribuita allo Stato membro, in simili casi, la responsabilità dell'impossibilità di rispetto dei termini di decadenza; cfr. in proposito il richiamo a più risalen-

precedente attività procedimentale diventa, quindi, oggetto di valutazione al fine di ricostruire il carattere ostativo all'applicazione della disciplina comunitaria del termine di decadenza posto per l'azione in giudizio.

Emerge così quella che può essere ritenuta una figura sintomatica di ostacolo all'accesso alla giustizia derivante da una non adeguata organizzazione degli strumenti e dell'attività diretti all'informazione precoce che, tuttavia, richiede un esame in concreto volto a verificare la possibile presenza di giustificazioni, in termini di ragionevolezza e proporzionalità dello sforzo richiesto allo stato membro per impegno e costi rispetto all'obiettivo atteso.

Sulle indicazioni contenute nella decisione influisce certamente il fatto che né la convenzione di *Aarhus* né il diritto comunitario richiedono agli Stati particolari livelli di organizzazione ed allocazione delle attribuzioni funzionali all'informazione, per cui la valutazione del risultato ottenuto passa necessariamente dall'applicazione del principio di effettività che, come tutti i principi, rinvia ad un'analisi casistica.

La Corte ha articolato il proprio percorso argomentativo connettendo due profili, il primo afferente alle relazioni fra livello territoriale di accessibilità dei dati e territorio interessato dall'opera, il secondo relativo ai rapporti fra nuove tecnologie e diritto.

L'assolvimento dell'onere di precoce e completa informazione nella fase preliminare e procedimentale viene ricostruito evidenziando che, pur in mancanza di prescrizioni comunitarie specifiche, la ragionevole conoscibilità deve tuttavia essere garantita dagli stati membri guardando agli strumenti pubblicitari in concreto predisposti. La diffusione dei mezzi pubblicitari, la distanza fra la sede dell'autorità che pubblica e conserva i documenti a disposizione del pubblico ed il territorio interessato, dunque i sistemi organizzativi presenti all'interno degli Stati membri, se sono tali da rendere difficoltosa la conoscibilità e l'accesso, assurgono ad ostacoli di fatto non compatibili con il diritto dell'Unione⁶³.

Quanto al legame che la disciplina V.I.A. pone fra responsabilità degli Stati e trasparenza nel procedimento decisionale esiste, secondo la Corte, un'interferenza fra adeguata e tempestiva circolazione della notizia dell'esistenza della procedura ed esigibilità del rispetto del termine di decadenza per la proposizione del

te indirizzo (sentenza 19 maggio 2011, *Iaia e a.*, C-452/09, punto 21, con commento di A. Pieknbrock, *Die Verjährung der Francovich-Haftung: Anmerkung zu, EuGH, Urteil vom 19. Mai 2011, Rs. C-452/09 (Iaia)*, in *Zeitschrift für Gemeinschaftsprivatrecht*, 2012, 9, 1, 7 ss.).

⁶³ In particolare, la sentenza *Flausch* ed a., cit., statuisce che «l'articolo 6 della Direttiva V.I.A. deve essere interpretato nel senso che esso osta a che uno Stato membro conduca le operazioni di partecipazione del pubblico al processo decisionale relative a un progetto al livello della sede dell'autorità amministrativa regionale competente, e non al livello dell'unità municipale da cui dipende il luogo di ubicazione di tale progetto, qualora le modalità concrete seguite non garantiscano il rispetto effettivo dei diritti del pubblico interessato, circostanza che spetta al giudice nazionale verificare».

ricorso. La pubblicità data attraverso il web al provvedimento finale, quindi il rilievo delle *Information and Communication Technologies* (ICT), consentito dalla Direttiva V.I.A., non vale a giustificare la decorrenza dei termini per la proposizione del ricorso quando siano mancate le «informazioni sufficienti sull'avvio della procedura di partecipazione del pubblico»⁶⁴. Ciò deriva dal fatto che in assenza di tempestiva e sufficiente informazione circa l'esistenza della procedura «i membri del pubblico interessato non possono attendersi di essere informati di una decisione finale di autorizzazione»⁶⁵.

È particolarmente interessante notare come la Corte in ciò segua una linea interpretativa che suggerisce di trattare la componente telematica, per come deve essere, alla pari di qualsiasi modo di esprimere la relazione fra l'organizzazione e l'attività, sottoponendola quindi non solo alle regole relative agli atti (nel caso specifico, la pubblicazione, consentita dalla disciplina V.I.A. anche attraverso la rete), ma anche ai principi (nella specie, effettività ed adeguatezza).

D'altra parte, l'informazione deve essere anche previa⁶⁶, nel senso che il significato e la funzione della partecipazione sono frustrati se la documentazione diretta ad offrire i dati relativi agli effetti dell'opera non è acquisita o anche solo non viene offerta prima della decisione finale; ne deriva che l'acquisizione successiva per un verso frustra la partecipazione del pubblico, per altro verso non è utile alla correttezza della decisione amministrativa come esito procedimentale nei termini ritenuti dovuti dalla disciplina convenzionale e comunitaria⁶⁷.

Sotto tale profilo appare significativa la specificazione introdotta di recente nel codice dell'ambiente in ordine all'onere di immediata pubblicazione su internet dell'apertura del procedimento di *screening* e del relativo studio preliminare, in quanto realizza la richiesta tempestività⁶⁸. Certo, l'utilizzo del web in tutte le fasi della procedura, per quanto ritenuto strumento idoneo da parte della Direttiva, dovrebbe essere anch'esso oggetto di valutazione casistica in presenza di squilibri territoriali significativi nella diffusione dei servizi di rete e nel relativo accesso.

I requisiti del carattere previo, tempestivo e completo dell'informazione sono, naturalmente, lesi dalla mancata attivazione della procedura. Tuttavia, la Corte è intervenuta sul tema della possibilità di una V.I.A. postuma, ammettendola in termini assolutamente residuali e pragmatici, solo in presenza di elementi che garantiscano da elusioni o esenzioni dall'applicazione della disciplina di tutela

⁶⁴ § 59 della decisione ult. cit.

⁶⁵ § 58 della decisione ult. cit.

⁶⁶ Art. 5 Direttiva V.I.A.

⁶⁷ Corte giust. UE, I, 28 maggio 2020, causa C-535/18, *IL e al. c. Land Nordrhein-Westfalen*, cit., sulla quale cfr. le note di G. Tulumello, *La sentenza*, cit. e S. Pitto, *Diritti di informazione*, cit.

⁶⁸ Cfr. l'art. 19 del decreto legislativo n. 152/2006 come integrato a seguito della novella introdotta dalla l. n. 120/2020.

dell'ambiente, con l'ulteriore condizione che si tenga conto «dell'impatto ambientale intervenuto a partire dalla realizzazione del progetto»⁶⁹. In altri termini, deve trattarsi di una procedura diretta ad eliminare *ex tunc* l'effetto della violazione del diritto convenzionale e comunitario.

Questione affine è stata posta riguardo alla possibilità che, a valle di una valutazione negativa del progetto (in relazione alle zone speciali di conservazione), ove lo stato membro decida comunque di realizzare l'opera per prevalenti motivi imperativi di interesse pubblico, sia rimesso al proponente di recepire prescrizioni, osservazioni e raccomandazioni di tutela senza che l'autorità competente sia chiamata ad una nuova valutazione⁷⁰. È significativo che la Corte di giustizia, pur riconoscendo l'autonomia degli Stati membri nell'individuare l'autorità competente alla valutazione, si preoccupa di specificare che la scelta non può essere a "geometria variabile", con mutamenti in ipotesi speciali come quella in esame: con ciò è evidentemente richiamato il valore della decisione procedimentalizzata davanti ad un'unica autorità nazionale, con conseguente rilievo della rinnovazione della partecipazione.

Si tratta di indicazione che può far sorgere qualche dubbio in merito alla recente riforma che disciplina la «riemissione di provvedimenti annullati dal giudice per vizi inerenti ad atti endoprocedimentali»⁷¹, suggerendo, ove possibile, un'interpretazione correttiva anche nella parte in cui sembrerebbe consentirla senza una riedizione del potere valutativo con pienezza della partecipazione del pubblico⁷², tanto più che l'intervento del giudice a monte non può essere assunto ad elemento per giungere a diversa conclusione⁷³.

Il percorso argomentativo che sorregge la Corte nelle decisioni brevemente richiamate offre una conferma del fatto che la relazione fra diritto interno e comunitario in materia di tutela ambientale non può essere riduttivamente ricostruita in termini di regole sulle competenze e sulla gerarchia fra le fonti, ma necessita di un'analisi del rapporto fra competenze degli stati membri e verifica del loro esercizio ad opera degli organi comunitari, attenta in concreto al piano dell'integrazione fra ordinamenti, in una dimensione necessariamente collaborativa volta a garantire gli interessi ritenuti giuridicamente rilevanti.

⁶⁹ Corte giust. UE, 28 febbraio 2018, causa C-117/17, *Comune di Castelbellino ed a.*, annotata da G. Mannucci, *La VIA postuma all'esame della Corte di giustizia*, in *Giorn. dir. amm.*, 2018, 108, 6, 757 ss.

⁷⁰ Corte di giust. UE, 16 luglio 2020, causa C-411/19.

⁷¹ Art. 21-*decies* legge 7 agosto 1990 n. 241, introdotto dall'art. 12, comma 1, lettera *i-bis*), decreto-legge 16 luglio 2020 n. 76, conv. legge 11 settembre 2020 n. 120

⁷² Cfr. al riguardo le perplessità mosse, proprio in base alla sentenza C-411/19 cit., da F. Fracchia, P. Pantaleone, *La fatica di semplificare*, cit., 33.

⁷³ La Corte di giustizia, come sopra evidenziato, non legittima deviazioni dal modello procedimentale partecipato in funzione del fatto che esse possano dipendere dalla qualifica giurisdizionale dell'organo che interviene, cfr. Corte giust. UE, sentenza resa nella causa C-263/08 cit., nota 57.

Viene, ancora una volta, valorizzato il ruolo dei principi, a partire dall'art. 47 della Carta dei diritti⁷⁴ in ordine alla garanzia di una tutela giurisdizionale effettiva che, come noto, è principio generale dell'ordinamento dell'Unione e, come mostrano le decisioni richiamate, anche in materia ambientale opera in termini contenutistici ben oltre il diritto di proporre azioni davanti ad un giudice, andando a toccare, per quanto di interesse, la sostanza dell'*accountability* dei modi, limiti e fini posti all'esercizio del potere all'interno dello stato costituzionale di diritto.

Ciò avviene in gran parte per effetto dell'applicazione di norme di principio che consentono al supremo giudice dell'Unione di verificare la congruenza dell'esercizio dell'ampia discrezionalità organizzativa lasciata agli stati membri con gli obiettivi della convenzione di Aarhus e della conseguente disciplina eurounitaria. La cosa non può sorprendere, perché è carattere proprio dei principi, per essere previsioni a fattispecie aperta, l'offrire la possibilità di determinare la regola del caso concreto attraverso l'individuazione della scelta di senso e di valore che essi incorporano rispetto allo svolgersi dei fatti⁷⁵.

⁷⁴ La Corte di giustizia UE, già prima dell'adozione della Carta dei diritti, ne ha affermato la natura di principio generale con la sentenza 15 maggio 1986, causa C-222/84, *Johnston*, in *Racc.* 1986, 1651; il principio, sempre per restare ai richiami che hanno segnato il suo emergere nella giurisprudenza comunitaria, è applicato nelle decisioni 15 ottobre 1987, causa 222/86, *Heylens*, in *Racc.* 1987, 4097 e 3 dicembre 1992, causa C-97/91, *Borelli*, in *Racc.* 1992, I-6313. Sulla relazione fra effettività dell'ordinamento ed effettività della tutela G. Vitale, *Il principio di effettività della tutela giurisdizionale nella Carta dei diritti fondamentali*, in *Federalismi.it*, 28.2.2018; sulla considerazione che ciò richiede una ricostruzione congiunta degli strumenti offerti dall'ordinamento euro unitario e da quello interno, R. Mastroianni, *L'effettività della tutela giurisdizionale alla prova della Carta dei diritti fondamentali*, in *Aa.Vv., Liber amicorum Antonio Tizzano. De la Cour CECA à la Cour de l'Union: le long parcours de la justice européenne*, Torino, 2018, 586 ss.; sull'esigenza di un processo unionale ed in senso critico sull'orientamento, ora restrittivo ora estensivo, mostrato dalla Corte di giustizia nell'applicazione del principio, in particolare riguardo alla specifica questione del diritto ad una giusta difesa in ambito penale, D. Del Vesco, *Il principio della effettività della tutela giurisdizionale: alla ricerca del difficile equilibrio tra lotta al terrorismo e tutela dei diritti fondamentali*, in *Nomos*, 2018, 1, 1-33.

⁷⁵ Sul modo di operare dei principi e sulla necessità di una loro interazione con il fatto concreto in quanto norme a fattispecie aperta, cfr. G. Zagrebelsky, *Il diritto mite*, Torino, 1992; F. Modugno, *Principi e norme, la funzione limitatrice dei principi e i principi supremi o fondamentali*, in *Id.*, cur., *Esperienze giuridiche del 900*, Milano, 2000, 85 ss.; A. Cerri, *Il principio come fattore di orientamento interpretativo e come valore privilegiato*, in *Giur. cost.*, 1987, I, 1827 ss. Le riflessioni in materia si confrontano nell'ideale dibattito scientifico con R. Dworkin, *Taking rights seriously*, Harvard, 1977, che parte dall'idea – naturalmente considerata in modo anche critico e con diversa ed autonoma ricostruzione ed apporto dagli autori richiamati, che la raffrontano con i fondamenti del costituzionalismo europeo – che la legittimazione degli ordinamenti derivi dai diritti di libertà individuali. Sul valore dei principi codificati per la giurisprudenza della Corte di giustizia UE cfr. A. Adinolfi, *La Corte di giustizia dell'Unione europea dinanzi ai principi generali codificati*, in *Aa.Vv., La codificazione nell'ordinamento internazionale e dell'Unione europea, atti del XXIII Convegno, Ferrara 6-8 giugno 2018*, a cura di A. Annoni, S. Forlati, F. Salerno, Napoli, 2019, 553 ss. Nell'ordinamento comunitario, i principi si muovono su piani diversi, a seconda che siano principi generali comuni agli Stati membri, principi derivanti dai trattati o dalle fonti comunitarie. Come è per le alte Corti, l'elemento culturale si affianca a quello giuridico, ma con la specificità che i principi – proprio per la natura indicata ad inizio della presente nota – sono utilizzati dai giudici di Lussemburgo per l'affermazione progressiva di un ordinamento comune attraverso l'effettività del diritto

Sulla base delle indicazioni analizzate, che evidentemente suggeriscono anche riflessioni che non sono esclusive della disciplina dell'effettività della partecipazione e della tutela in materia di V.I.A., una prima considerazione di portata generale riguarda la possibilità di inquadramento all'interno della nota giurisprudenza segnata dalla sentenza *Francovich*.

In tal senso depone il considerare come la responsabilità degli Stati membri si esprime anche nella ricerca di formule che consentano effettivamente la partecipazione informata con predisposizione di un accesso alla giustizia che non riguarda soltanto gli strumenti di tutela giurisdizionale interna (e per converso, non è soddisfatto *sic et simpliciter* dalla loro presenza), che pure possono e devono essere previsti in relazione alla possibile lesione di posizioni giuridiche riconosciute in materia *de qua*.

Infatti, la Direttiva V.I.A. si riferisce specificamente alla necessaria previsione di ricorsi per far rilevare la lesione dei diritti di partecipazione previsti dalla relativa disciplina⁷⁶ onde consentire di «contestare la legittimità sostanziale o procedurale di decisioni, atti od omissioni soggetti alle disposizioni sulla partecipazione del pubblico»⁷⁷.

Con ciò, si va evidentemente oltre l'ambito di operatività del noto principio di equivalenza⁷⁸.

Acquisito dunque che la mancata attuazione della garanzia della partecipazione può dar luogo a responsabilità degli stati membri, che si esprime anche nella non esigibilità dei termini di decadenza previsti per l'attivazione della tutela, occorre valutare il significato stesso e la qualificazione giuridica da dare alla partecipazione, tema che costituisce l'elemento di specifico interesse del presente lavoro, al quale sarà dedicato il prossimo paragrafo.

dell'Unione, diventando strumenti ideali per la verifica di ultima istanza in ordine alla compatibilità delle scelte degli stati membri anche con detto obiettivo.

⁷⁶ In tal senso, Corte giust. UE, causa C-250/18, cit., che richiama il precedente del 15 marzo 2018, causa C-470/16, *North East Pylon Pressure Campaign e Sheehy*, EU:C:2018:185, punti 36 e 39, sul quale cfr. C. Sabotta, *New cases on Article 9 of the Aarhus Convention: Court of Justice of the EU, judgments of 20 December 2017, Protect Natur-, Arten- und Landschaftsschutz Umweltorganisation, C-664/15, ECLI:EU:C:2017:987 and of 15 March 2018, North East Pylon Pressure Campaign and Sheehy, C-470/16, ECLI:EU:C:2018:185*, in *JEEPL*, 2018, 15, 2, 241 ss.).

⁷⁷ Art. 11 co. 1 Direttiva V.I.A.

⁷⁸ Il noto principio prescrive che «le modalità procedurali dei ricorsi intesi a garantire la tutela dei diritti spettanti ai singoli in forza del diritto comunitario non devono essere meno favorevoli di quelle che riguardano ricorsi analoghi di natura interna» (così Corte giustizia UE, causa C-432/05, *Unibet London Ltd e Unibet International Ltd* contro *Justitiekanslern*, punto 72, su cui cfr. M. Taborowski, *Case C-432/05 Unibet: some practical remarks on effective judicial protection*, in *The Columbia journal of European law*, 2008, 14, 3, 621 ss.; L. Lebeau, *CJCE, 13 mars 2007, Unibet (London) Ltd et Unibet (International) Ltd / Justitiekanslern: aff. C-432/05, Rec. p. 1-2271*, in *Revue des affaires européennes*, 2008, 1, 135 ss.; A. Γέροντας, *Η προστασία των θεμελιωδών δικαιωμάτων και η παροχή έννομης προστασίας στην Ευρωπαϊκή Ένωση (με αφορμή τις υποθέσεις C-432/05, Unibet και C-354-5/04, Gestoras και Segi*, in *Εφημερίδα δικητικού δικαίου*, 2008, 5, 724 ss.).

4. *Sovranità popolare, democrazia, amministrazione. La partecipazione alla V.I.A. nelle dinamiche evolutive della dimensione procedimentalizzata della determinazione dell'interesse pubblico nello stato pluriclasse*

Gli interventi della Corte di Lussemburgo e le suggestioni che essi propongono consentono di riflettere su possibili prospettive relative ai rapporti fra partecipazione e titolarità dell'esercizio del potere.

Il tema posto richiede al contempo un significativo riferimento alla disciplina interna, per due ragioni.

Innanzitutto, perché la riserva al pubblico interessato della facoltà di partecipare al procedimento (che è assistita dall'azione in giudizio a tutela delle relative prerogative) è l'effetto del filtro della differenziazione dell'interesse, essendo rimesso agli stati membri di determinarne la consistenza, quando non si preferisca l'alternativa del riferimento alla titolarità di un diritto⁷⁹.

Inoltre, perché la ricostruzione richiede anche la comprensione del contesto delle relazioni fra il pubblico interessato e l'amministrazione interna (che, peraltro, è al contempo amministrazione comunitaria), con il livello di governo responsabile della decisione rimesso dalla Direttiva alla decisione degli stati membri.

In Italia, anche se non si ammette una legittimazione popolare, la differenziazione della posizione del pubblico interessato è intesa in senso tendenzialmente ampio, in forza dell'allargamento della nozione di *vicinitas*⁸⁰. Inoltre, le organizzazioni non governative di promozione della protezione ambientale che abbiano i requisiti a tal fine richiesti dal diritto interno appartengono anche esse all'insieme dei soggetti legittimati ad agire in giudizio⁸¹, pur rimanendo non ulteriormente

⁷⁹ Cfr. art. 11 co. 1, lett. a e b, Direttiva V.I.A. Sul tema, cfr. M. Occhiena, *Partecipazione e tutela del terzo*, cit., 125 ss., il quale se per un verso ammette che un filtro rispetto all'ipotesi di partecipazione non qualificata è stato posto, tuttavia sottolinea come la stessa partecipazione procedimentale secondo le regole generali di cui all'art. 9, legge n. 241/1990 richieda quanto meno la possibilità che dal procedimento (e quindi dal provvedimento) possa derivare una conseguenza sul piano della sfera giuridica individuale, dovendosi ritenere che «una posizione che si elevi appena al di sopra dell'interesse di mero fatto è necessaria». Peraltro è proprio la dimensione procedimentale, secondo l'A., a consentire una definizione delle posizioni giuridiche in gioco, se da ascrivere a quelle tutelate piuttosto che alle aspettative di mero fatto.

⁸⁰ Sul tema, di recente, cfr. B. Giliberti, *Contributo alla riflessione sulla legittimazione ad agire nel processo amministrativo*, Padova, 2020; S. Mirate, *La legittimazione a ricorrere nel processo amministrativo*, Roma, 2018; cfr. pure sul nesso fra partecipazione e tutela, S. Cognetti, *Quantità e qualità della partecipazione. Tutela procedimentale e legittimazione processuale*, Milano, 2000. Per una lettura nella prospettiva dell'art. 118, IV co., Cost., cfr. F. Giglioni, *La legittimazione processuale attiva per la tutela dell'ambiente alla luce del principio di sussidiarietà orizzontale*, in *Dir. proc. amm.*, 2015, 33, 1, 413 ss., il quale evidenzia come l'operatività della sussidiarietà orizzontale, facendo venir meno l'esclusività della cura da parte dei soggetti pubblici dell'interesse generale, ha l'effetto di determinare l'implementazione della legittimazione alla tutela degli interessi diffusi (anche) in materia ambientale; in maniera analoga, anche con diverse argomentazioni, cfr. P. Duret, *Riflessioni sulla legittimatio ad causam in materia ambientale tra partecipazione e sussidiarietà*, in *Dir. proc. amm.*, 2008, 688 ss. Cfr. pure L.A. Scialla, *Il complesso rapporto*, cit.

⁸¹ Art. 1, lett. e, e art. 11 co. 3, Direttiva V.I.A.

specificata la questione della loro rappresentatività⁸² (problema connesso a quello dei rischi di abusi di poteri privati che abbiano l'effetto di indebolire il buon andamento e l'efficienza del risultato atteso⁸³), se non nella limitata indicazione che riguarda la facoltà di richiedere il dibattito pubblico⁸⁴.

Si aggiunge che il pubblico non ulteriormente qualificato è titolare del diritto all'informazione⁸⁵, che rappresenta un presupposto necessario di qualsiasi altra forma di coinvolgimento democratico⁸⁶.

⁸² Anche perché i filtri posti per l'inserimento nel registro nazionale sono superati dalla giurisprudenza. In senso critico al riguardo, con riferimento alla disciplina convenzionale, cfr. M. Lee, C. Abbot, *The usual suspects? Participation under the Aarhus Convention*, in *Modern Law Review*, 2003, 66, 1, 80 ss. In realtà la Corte di giustizia UE si è espressa escludendo la legittimità di limitazioni all'accesso delle associazioni alla partecipazione (e conseguentemente alla giustizia) sulla base del numero degli iscritti, cfr. la sentenza 15 ottobre 2009, causa C-263/08, cit.

⁸³ D'altra parte, le possibili contrapposizioni in via di fatto (cfr. i problemi indicati in nota 6) consigliano di mantenere ampia la partecipazione su un piano istituzionale. In termini generali, sulle tensioni legate a possibili abusi della dinamica procedimentale da parte dei poteri privati cfr. M. De Benedetto, M. Martelli, M. Rangone, *La qualità delle regole*, Bologna, 2011; M. D'Alberti, *Poteri pubblici e autonomie private nel diritto dei mercati*, in *Riv. trim. dir. pubbl.*, 2000, 400 ss.; S. Cassese, *La partecipazione dei privati*, cit. Il problema è posto in termini di rapporto costi/benefici da G. Napolitano, M. Abrescia, *Analisi economica del diritto pubblico*, Bologna, 2009, 258. M. Nigro, *L'azione dei pubblici poteri. Lineamenti generali*, in Aa.Vv., *Manuale di diritto pubblico*, a cura di G. Amato, A. Barbera, Bologna, 1984, 835, avvertiva del rischio di «diluizione» del potere.

⁸⁴ Cfr. art. 24, co. 2, decreto legislativo n. 152/2006. Dubbi su tale restrizione possono venire dalla sentenza C-263/08, cit., sicché in materia *de qua* sembra preferibile favorire la più ampia partecipazione possibile.

⁸⁵ Cfr. art. 6 co. 5 e co. 6 lett. a, Direttiva V.I.A. e in via generale, la Direttiva 2003/4/CE attuata dal decreto legislativo n. 195/2005 e s.m.i., che ha abrogato la previgente disciplina. Rispetto all'informazione per il pubblico *tout court*, si pone il problema della tutela del relativo interesse (qui è ancora evidente, sotto il profilo linguistico, l'infelicità della distinzione fra pubblico interessato e pubblico *tout court*, essendo evidente che anche quest'ultimo è portatore di interessi giuridicamente tutelati).

⁸⁶ È evidente come l'esercizio di qualsiasi facoltà spettante al pubblico, interessato o anche non ulteriormente qualificato (in tal caso, a valere sul piano politico) necessita di un'informazione precoce ed effettiva. Non si tratta, quindi, di un tratto esclusivo della disciplina ambientale (per la ricostruzione dello statuto giuridico dell'informazione, cfr. Aa.Vv., *I nuovi diritti di cittadinanza: i diritti di informazione*, a cura di F. Manganaro, A. Romano Tassone, Torino, 2005; per le tensioni legate all'ampliarsi del diritto all'informazione F. Manganaro, *Evoluzione ed involuzione delle discipline normative sull'accesso a dati, informazioni ed atti delle pubbliche amministrazioni*, in *Dir. Amm.*, XXVII, 4, 2019, 743 ss., nonché, in chiave comparata, Aa.Vv., *L'accesso dei cittadini. Esperienze di informazione amministrativa a confronto*, a cura di B.G. Mattarella, M. Savino, Napoli, 2018, 19; F. Fracchia, *Analisi comparata*, cit. Nello specifico della materia ambientale, cfr. G. Rossi, *Parte generale. Informazione, diritto di accesso e partecipazione*, in Id., a cura, *Diritto dell'Ambiente*, Torino, 2011, specie 88 e ss. L'informazione, oltre che per la funzione di emersione e qualificazione dell'interesse (cfr. M. Occhiena, *Partecipazione e tutela del terzo*, cit.) è letta principalmente in due prospettive: appunto come momento di democratizzazione (cfr. S. Carmignani, *Governance ambientale e modelli partecipativi: l'informazione ambientale nella Convenzione di Aarhus*, in *Riv. Dir. Agr.*, XCVI, 2017, 1, I, 117 ss.; A. Noguería López, *La participación en la evaluación de impacto ambiental: dogma y realidad*, in Aa.Vv., *La Directiva de la Unión Europea de evaluación de impacto ambiental de proyectos: balance de treinta años*, coordinato da A. García Ureta, Madrid, 2016, 117; D. Siclari, *La democrazia ambientale nel quadro dei diritti partecipativi e dell'accesso all'informazione ambientale*, in Aa.Vv., *Trattato di diritto dell'ambiente*, Vol. II, a cura di R. Ferrara, M.A. Sandulli, Milano, 2014, 471 ss.; A. Bonomo, *Informazione ambientale, amministrazione e principio democratico*, in *RIDPC*, 2009, 6, 1475 ss.), ma anche come strumento di prevenzione di possibili errori dell'amministrazione (M. Calabrò, *La prevenzione della cattiva amministrazione attraverso l'esercizio dei diritti di accesso e partecipazione: il caso dei procedimenti in materia di ambiente*, in Aa.Vv., *Semplificare e liberalizzare: amministrazione e cittadini dopo la legge 124 del 2015*, a

Volendo inquadrare i diritti di partecipazione e di accesso alla tutela giurisdizionale riservati al pubblico interessato ed il diritto di informazione spettante al pubblico *tout court*, si può ragionare se il disegno derivante dalla Convenzione di Aarhus e dalla sua attuazione ad opera dell'Unione attribuisca ai portatori di interessi differenziati una funzione che può collocarsi nell'ambito della partecipazione all'esercizio del potere (il che è il tema del presente lavoro), mentre tutti gli individui, singoli o associati, sono coinvolti nella dimensione politica e quindi nei meccanismi di attivazione della relativa responsabilità, compresa naturalmente la fondamentale dinamica propria della discussione, del confronto, della protesta, fino all'esercizio del diritto di resistenza nelle forme ammissibili secondo Costituzione⁸⁷.

Sembra utile in questa sede una riflessione sul fondamento della prima delle questioni proposte, mentre per la seconda non si procederà ad ulteriore approfondimento, in quanto dotata di una propria auto evidenza, pur nella ricchezza di potenzialità di indagine che, tuttavia, travalicano i limiti della presente analisi.

Occorre preliminarmente intendersi sul significato di amministrazione condivisa, giacché essa viene variamente connotata come libertà o invece come espressione della sovranità popolare in una dimensione che spazia dalla partecipazione alla funzione amministrativa fino ai processi più spiccatamente politici di emersione degli interessi⁸⁸.

Si tratta di profili che non necessariamente devono essere letti in termini di contrapposizione, ma rispetto ai quali (si ripete, con specifico riguardo alle prerogative del pubblico interessato) le ricadute sulla funzione amministrativa e sull'esercizio del potere così come derivanti dalle posizioni giurisprudenziali e dottrinali esaminate in materia di partecipazione alla V.I.A. trovano una loro corretta collocazione in una graduazione connotata da maggiore vicinanza alla dimensione del pubblico potere esercitato dalla P.A. piuttosto che a quella politica.

cura di S. Tuccillo, Napoli, 2016, 123 ss.; cfr. pure le notevoli riflessioni in Aa.Vv., *Decisioni amministrative e processi deliberativi. Atti del Convegno annuale, Bergamo, Annuario AIPDA, 5-7 ottobre 2017*, Napoli, 2017).

⁸⁷ Il tema, di estremo interesse, era stato posto già in assemblea costituente, anche se non si giunse ad una codificazione (cfr. *Atti dell'Assemblea Costituente, Discussioni sul progetto di Costituzione*, X, Roma, 1946); nonostante l'opposizione alla codificazione espressa in quella sede, il relativo diritto è stato ritenuto potersi desumere dal combinato disposto degli artt. 1 e 3, co. 2, Cost., da C. Mortati, *Commento all'art. 1*, in *Comm. Cost. Branca*, I, Bologna, 1975, 32 ss.; cfr., per un'analisi di carattere generale e per ulteriore bibliografia, le voci enciclopediche di A. Ciervo, *Diritto di resistenza*, in *Treccani, diritto on line*, 2014; A. Buratti, *Resistenza (diritto di)*, in S. Cassese (dir.) *Dizionario di diritto pubblico*, V, Milano, 2006; F.M. De Sanctis, *Resistenza (diritto di)*, in *Enc. dir.*, XXXIX, Milano, 1988; E. Bettinelli, *Resistenza (diritto di)*, in *Dig. disc. pubbl.*, XIII, Torino, 1997, 185; A. Cerri, *Resistenza (diritto di)*, in *Enc. giur. Treccani*, Roma, 1991; G. Cassandro, *Resistenza (diritto di)*, in *Nss. D. I.*, XV, Torino, 1957.

⁸⁸ Si è avuto modo di evidenziare *supra*, nota 21, la differente impostazione di G. Arena, *Cittadini attivi*, cit.; G. Moro, *Cittadinanza attiva*, cit.; e la posizione intermedia di G. Cotturri, *La forza riformatrice*, cit.

Radice comune alle diverse impostazioni può ritenersi il rapporto fra sovranità popolare e democrazia, interazione particolarmente delicata da governare, dal momento che l'attuazione dello sviluppo sostenibile è ostacolato da interessi forti e difficili da contrastare⁸⁹. D'altra parte, non procedendo ad una specificazione ulteriore (nel nostro caso in relazione alla dimensione della partecipazione all'esercizio del pubblico potere), «il generale consenso intorno al “valore” della democrazia [...] può essere soltanto apparente e rivelarsi in definitiva un consenso sul nulla»⁹⁰ e rimarrebbero dubbi ed interrogativi in ordine al suo significato ed alla sua essenza.

Il dibattito dottrinale in Italia ha avuto modo di riflettere sulla diversa natura della partecipazione, qualificata e non, ascrivendo tendenzialmente la prima all'ambito della tutela degli interessi dei singoli e la seconda a quello degli istituti della democrazia, ma non mancando di individuarne i nessi⁹¹.

Le norme di riferimento richiamate al riguardo sono diverse, con l'art. 11 della legge n. 241/1990 che, pur nella sua problematicità, propone il modello generale per tutte le modalità di amministrazione “consensuale”, mentre altre discipline tendono ad espanderne e specializzarne il regime in materie che dimostrano un grado di problematicità e di conseguente “resistenza” alla sua possibile applicazione⁹².

⁸⁹ Cfr. F. Fracchia, *Lo sviluppo sostenibile*, cit. Sui diversi modi di interpretare l'effetto del principio di sussidiarietà sulla democrazia partecipativa cfr. F. Cortese, *Il coordinamento amministrativo. Dinamiche e interpretazioni*, Roma, 2012, specie 97 ss.

⁹⁰ L. Carlassare, *Sovranità popolare e stato di diritto*, in Aa.Vv., *La sovranità popolare nel pensiero di Esposito, Crisafulli, Paladini. Atti del Convegno di studio per celebrare la Casa editrice Cedam nel I centenario della fondazione (1903-2003)*, a cura di L. Carlassare, Padova, 2004, 4. Essenza e significato della democrazia, secondo la lettura proposta dalla Studiosa, possono essere ritrovati attraverso la ricostruzione della sovranità popolare in una dimensione non limitata all'espressione del voto, ma estesa alla capacità di esercizio dei diritti come strumento rivolto anche ad influenzare le decisioni degli organi dello stato.

⁹¹ Cfr. C. Cudia, *I diritti di informazione e partecipazione tra chiunque e interessato*, in Aa.Vv., *Studi sul codice dell'ambiente: atti del Convegno, Palermo, 23-24 maggio 2008*, a cura di M.P. Chiti, R. Ursi, Torino, 2009, 215 ss.; M. Cocconi, *La partecipazione all'attività amministrativa generale*, Padova, 2010; G. Della Cananea, *Gli atti amministrativi generali*, Padova, 2000; U. Allegretti, *Procedura, procedimento, processo. Un'ottica di democrazia partecipativa*, in *Diritto amministrativo*, 2007, 7 ss.; M. Occhiena, *Partecipazione e tutela del terzo*, cit., con indicazioni sulla distinzione fra la partecipazione funzionale e quella politica.

⁹² Sul rilievo del consenso nei procedimenti in materia ambientale cfr. S.A. Frego Luppi, *Giusto procedimento*, cit.; sulla partecipazione come presupposto degli accordi, cfr. G. Napolitano, *La logica del diritto amministrativo*, Bologna, 2014, 219; M. De Benedetto, *Istruttoria amministrativa e ordine del mercato*, Torino, 2008, 117. Sui procedimenti che introducono specifiche modalità di amministrazione consensuale possono richiamarsi l'art. 55 decreto legislativo n. 117/2017, sul quale cfr. Aa.Vv., *Pubblica amministrazione e terzo settore. Confini e potenzialità dei nuovi strumenti di collaborazione e sostegno pubblico*, a cura di S. Pellizzari, A. Magliari, Napoli, 2019 e, alla luce della richiamata sentenza della Consulta, L. Glori, *Sentenza 131/2020: sta nascendo un diritto costituzionale del terzo settore*, in *Imp. soc.*, 27 giugno 2020; o la disciplina urbanistica, che in qualche modo è stato il terreno di anticipazione e sperimentazione delle forme di accordo pubblico-privato e che ha formato oggetto anche di particolare riflessione per il raccordo con la sussidiarietà orizzontale, cfr. Aa.Vv., *La rigenerazione di beni e spazi urbani*, a cura di F. Di Lascio, F. Giglioli, Bologna, 2017; o, ancora, all'art. 20 decreto legislativo n. 50/2020, in ordine al quale sia consentito richiamare D. D'Alessandro, *Funzione amministrativa e causa nego-*

Al contempo, deve richiamarsi come il carattere pluriclasse dello Stato e quello pluralista e complesso della società, una volta che l'ordinamento si è impegnato nel dare rilevanza e risposta alle relative attese⁹³, determinano l'evoluzione del rapporto fra P.A. e privati dalla dimensione duale e conflittuale a quella multipolare e collaborativa. Ne consegue la procedimentalizzazione dell'attività amministrativa⁹⁴ al cui interno, per le risposte ed il ruolo che sono richiesti all'amministrazione, cresce l'importanza dell'istruttoria proprio per dare spazio alla partecipazione come strumento che consente di contestualizzare i diversi interessi in maniera più semplice ed efficace possibile, in modo da permetterne quella valutazione comparativa che è l'essenza dell'attività discrezionale⁹⁵.

In questa linea di sviluppo emergono, come è stato intuito e stigmatizzato ben prima dell'introduzione della legge sul procedimento, tre funzioni essenziali della partecipazione, la cui contemporanea attivazione è solo eventuale: la partecipazione democratica, la difesa dell'interesse, la collaborazione dell'interessato con l'amministrazione⁹⁶. Ad esse si aggiungono, in termini di presupposto, il diritto di accesso e quello di produrre memorie e documenti⁹⁷.

ziale nei contratti pubblici non onerosi, Napoli, 2018. Per rimanere ad alcuni degli scritti più recenti che richiamano la problematicità nell'applicazione e nella tutela in materia di accordi amministrativi, cfr. W. Giulietti, *L'amministrazione per accordi, un modello ancora attuale?*, in Aa.Vv., *Il diritto amministrativo in trasformazione. Per approfondire*, a cura di N. Longobardi, Torino, 2016, 95 ss.; F. Tigano, *Art. 11*, in Aa.Vv., *Codice dell'azione amministrativa*, a cura di M.A. Sandulli, Milano, 2017; R. Ferrara, *Gli accordi fra le amministrazioni pubbliche*, in AA.VV., *Codice dell'azione amministrativa*, a cura di M.A. Sandulli, Milano, 2011, 672; G.D. Comporti, *Il principio di consensualità tra bilanci e prospettive*, in *Giustamm.it*, 2010; M. Dugato, *L'oggetto dell'accordo amministrativo e i vincoli per le parti nella sua definizione*, in *Dir. proc. amm.*, 2008, 1, 155 ss.; S. Civitarese Matteucci, *Contratti e accordi di diritto pubblico*, in Aa.Vv., *La disciplina generale dell'azione amministrativa. Saggi ordinati in sistema*, a cura di V. Cerulli Irelli, Napoli, 2006.

⁹³ Sull'impatto dei diritti sociali sulla forma di Stato e sulla funzione dell'amministrazione in un contesto di scarsità di risorse, in chiave anche comparata, cfr. S. Gambino, *Stato e diritti sociali fra costituzioni nazionali e Unione europea*, Napoli, 2017.

⁹⁴ Fondamentale, in proposito, l'enucleazione da parte di A.M. Sandulli, *Il procedimento amministrativo*, Città di Castello, 1940, dell'attività provvedimento come fattispecie a formazione progressiva che si esprime in una serie di atti ordinati e legati da un nesso logico e giuridico di tipo finalistico, volto all'acquisizione degli elementi che andranno a definire (condizionandone anche la validità) il contenuto della decisione finale.

⁹⁵ Come evidenziato da M.S. Giannini, *Diritto amministrativo*, III ed., Milano, 1993, vol. II, 156 ss. e già prima Id., *Il potere discrezionale della pubblica amministrazione: concetto e problemi*, Milano, 1939. Cfr. pure R.B. Stewart, *The reformation of american administrative law*, in *Harvard Law Review*, 1975, 1669 ss., le cui riflessioni dimostrano come la ricostruzione del Maestro italiano sia valido strumento di analisi anche in un sistema di *common law*, dal momento che la partecipazione procedimentale viene avvertita appunto come momento necessario alla decisione quando viene acquisita la consapevolezza del carattere multipolare del rapporto e ciò pone le basi per il superamento della visione conflittuale e duale della relazione fra "autorità e libertà".

Sullo sviluppo della concezione procedimentale e sul suo significato cfr. M. Bombardelli, *Decisioni e pubblica amministrazione. La determinazione procedimentale dell'interesse pubblico*, Torino, 1996.

⁹⁶ È l'indicazione di S. Cassese, *Il privato e il procedimento amministrativo. Una analisi della legislazione e della giurisprudenza*, in *Riv. it. sc. giur.*, 1971, 25 ss.

⁹⁷ Cfr. M. D'Alberti, *La 'visione' e la 'voce'*, cit.

È stato osservato come il pluralismo sociale e le attese di soddisfazione dei bisogni derivanti dalla costituzionalizzazione dei diritti sociali determina un nuovo modo di essere dell'amministrazione ed un nuovo modo di relazionarsi con lo stesso principio di legalità, che si traduce in attività di regolazione delle tensioni fra attese dei privati, poteri dei privati ed interessi costituzionalmente tutelati; ne risulta trasformato anche il significato della motivazione del provvedimento, che assume il carattere di giustificazione della scelta rispetto al contesto e non solo rispetto alla legge⁹⁸.

Una funzione di aggiudicazione, si direbbe quasi arbitraria⁹⁹, all'interno delle società plurali e complesse, che con diversità di impostazioni e di sviluppo nei diversi ordinamenti¹⁰⁰ ha richiesto una riflessione sulle garanzie procedurali e sul contraddittorio¹⁰¹.

Rispetto a tali coordinate, fondamentali e certe, si propone in questa sede un ulteriore percorso in termini di *enforcement*.

La democratizzazione nella dimensione partecipativa può essere letta innanzitutto come dialogo con l'esercizio del pubblico potere¹⁰² (diverso dal dialogo fra pubblici poteri¹⁰³) in quanto sottoposto alla percezione del suo formarsi e del

⁹⁸ Cfr. in tal senso A. Cassatella, *Il dovere di motivazione nello jus commune europeo*, in Aa.Vv., *I procedimenti amministrativi di adjudication dell'Unione europea: principi generali e discipline settoriali*, a cura di G. Della Cananea, M. Conticelli, Torino, 2019, 17 e ss., specie 47 e ss., che colloca la complessa fenomenologia nel quadro degli effetti del mutamento della funzione amministrativa che determina la riorganizzazione del procedimento in termini di strumento di emersione e confronto degli interessi, nel senso sopra indicato ricostruito da M.S. Giannini. Cfr. pure M. D'Alberti, *La "visione" e la "voce"*, cit.; M. Cocconi, *La partecipazione all'attività amministrativa generale*, Padova, 2010; S. Cassese, *La nuova costituzione economica*, in Aa.Vv., *La nuova costituzione economica*, a cura di S. Cassese, Roma-Bari, 2007.

⁹⁹ Anche se tale ultima locuzione è stata usata più propriamente per talune attività di decisione sui conflitti che nascono nei settori di rispettiva competenza delle autorità indipendenti.

¹⁰⁰ In particolare sul modello statunitense e sull'*adjudication* cfr. S. Cassese, *La partecipazione dei privati*, cit., in particolare § 4; G. D'Ignazio, *Politica e amministrazione negli Stati Uniti d'America*, Milano, 2004; G. Arena, *La partecipazione dei privati*, cit.; M. D'Alberti, *La "visione" e la "voce"*, cit.

¹⁰¹ Sui due diversi approcci di *adjudication* e *rulemaking*, cfr. J.J. Rachlinski, *Rulemaking Versus Adjudication: A Psychological Perspective*, in *Florida State University Law Review*, 2005, 32, 529 ss., che evidenzia come non si possa comunque ritenere aprioristicamente preferibile l'uno o l'altro, dovendosi effettuare una scelta caso per caso. Pur nella differenza con il sistema continentale, la lettura appare interessante in quanto le regole sulla preminenza del diritto dell'UE hanno affermato un ruolo dell'*adjudication* diverso ed ulteriore rispetto a quello tradizionalmente riconosciuto sul piano del diritto amministrativo interno. Sulle problematiche dell'*adjudication* in ambito europeo, cfr. Aa.Vv., *I procedimenti amministrativi di adjudication dell'Unione europea*, a cura di G. Della Cananea, M. Conticelli, cit.

¹⁰² È giustamente molto nota la ricostruzione di F. Benvenuti (*Il nuovo cittadino. Tra libertà e libertà attiva*, Venezia, 1994), per cui l'effettiva democratizzazione di uno Stato vada misurata sul piano della «partecipazione diretta dei cittadini, come singoli od associati, all'esercizio delle funzioni amministrative sia a fini istruttori sia in vista della definizione del rapporto sostanziale» (M. Protto, *Il rapporto amministrativo*, Milano, 2008, 183).

¹⁰³ Che rientra piuttosto nei meccanismi di collaborazione o in quelli di *checks and balances* e giunge fino alla dimensione del conflitto, non necessariamente costituzionale: si pensi alla particolare posizione delle amministrazioni portatrici degli interessi ambientali in sede di conferenza dei servizi, o al ruolo attribuito all'*antitrust* di impugnazione degli atti di altre amministrazioni (su quest'ultimo tema, cfr., per i primi commenti,

suo essere da parte del pubblico, ma anche al contributo da parte di quest'ultimo in termini collaborativi (a maggior ragione quando la collaborazione spinge verso soluzioni opposte e diverse). Ciò avviene rispetto all'adozione di decisioni che, nel relazionarsi con l'interesse generale, sono pur sempre riferite alla soddisfazione doverosa di interessi appartenenti a singoli o a gruppi¹⁰⁴.

L'ulteriore passaggio riguarda l'interrogativo se, rispetto ad attività che possono toccare interessi di gruppi significativamente ampi, com'è nella V.I.A., il dilatarsi del filtro diretto a riconoscere la titolarità di posizioni giuridiche sufficientemente differenziate per consentire una partecipazione procedimentale qualificata e la conseguente tutela giurisdizionale determinano una differenza qualitativa che finisce con l'incidere in maniera particolarmente visibile sulla natura stessa e sulla titolarità del potere.

5. *Una possibile ricostruzione. L'oggettivizzazione del pubblico potere nella decisione procedimentalizzata in presenza di un titolo che legittima la partecipazione riconoscendola necessaria per l'ottimale cura dell'interesse pubblico allo sviluppo sostenibile rispetto alle condizioni di contesto*

Per rispondere all'interrogativo posto occorre soffermarsi sul rilievo attribuito dalla disciplina in esame all'interazione fra il pubblico interessato e l'amministrazione.

È stato dimostrato che la partecipazione in materia ambientale apre una dimensione collaborativa in chiave democratica alla decisione pubblica la cui funzione dipende da una leale collaborazione in grado di garantire il risultato di una «influenza effettiva», sul piano sostanziale, «che si produce, se si è leali, anche in quei casi come il *débat public* in cui la legge per sé esclude il vincolo della decisione»¹⁰⁵.

M.A. Sandulli, *Introduzione a un dibattito sul nuovo potere di legittimazione al ricorso dell'AGCM nell'art. 21 bis l.n. 287 del 1990*, in *Federalismi.it*, 12/2012; R. Politi, *Ricadute processuali a fronte dell'esercizio dei nuovi poteri rimessi all'AGCM ex art.21-b della l.287/1990. Legittimazione al ricorso ed individuazione dell'interesse alla sollecitazione del sindacato*, *ib.*; F. Cintioli, *Osservazioni sul ricorso giurisdizionale dell'Autorità garante della concorrenza e del mercato ex art 21 bis della legge n. 287/1990 e sulla legittimazione a ricorrere delle autorità indipendenti*, in *Il nuovo diritto amministrativo*, 2012, 2, 3 ss.).

¹⁰⁴ Si parla, con riferimento alla funzione, di dovere-potere in relazione agli interessi che la legge seleziona come meritevoli di soddisfazione a mezzo dell'attività dell'amministrazione e per questo definiti come a soddisfazione necessaria. Per l'elaborazione di tale ricostruzione cfr. G. Rossi, *Potere amministrativo e interessi a soddisfazione necessaria. Crisi e nuove prospettive del diritto amministrativo*, Torino, 2011; F. Goggiamani, *La doverosità della pubblica amministrazione*, Torino, 2005; in chiave procedimentale, F. Manganaro, *Dal rifiuto di provvedimento al dovere di provvedere: la tutela dell'affidamento*, in *Dir. amm.*, 2016, 1-2, 93. Conduce un'analisi applicativa di particolare interesse M. Allena, *L'annullamento d'ufficio. Dall'autotutela alla tutela*, Napoli, 2018.

¹⁰⁵ Così U. Allegretti, *Democrazia partecipativa: un contributo alla democratizzazione della democrazia*, Firenze, 2010, 40. Sul tema degli effetti della partecipazione in termini di democratizzazione e collaborazione, cfr. pure M. Di Feola, *Ambiente e democrazia: il ruolo dei cittadini nella governance*, Torino, 2014, con notazio-

Non c'è dubbio che la democratizzazione possa trovare una significativa dimensione procedimentale fondata sulla *fairness*¹⁰⁶; la questione ulteriore riguarda una sua nozione forte, in termini di esercizio diretto di sovranità all'interno dell'area del pubblico potere (quindi anche in termini di assunzione di responsabilità) con effetto sulle decisioni dell'amministrazione¹⁰⁷.

Si tratta, in altri termini, di verificare se la partecipazione alle decisioni che riguardano la tutela dell'ambiente sia fattore, per quanto rilevante, che influenza il processo decisionale, nel dialogo e sul piano della lealtà, ma dall'esterno¹⁰⁸, restando rimessa nei suoi effetti comunque al merito amministrativo in una dimensione sottratta (salve le note ipotesi limite) al sindacato del giudice, oppure abbia acquisito una collocazione ulteriore (come titolarità di posizioni qualificabili come condivisione di poteri pubblicistici), con risposta che naturalmente deve tener conto anche della frammentazione della disciplina procedimentale e delle sue funzioni¹⁰⁹.

Al riguardo sono stati espressi autorevoli dubbi legati al fatto che nel procedimento comunque la titolarità del potere (nel senso di ricerca dell'equilibrio per la

ni critiche verso il modello ex decreto legislativo n. 152/2006; M. Allena, *Art. 6 Cedu. Procedimento e processo amministrativo*, Napoli, 2012, per una significativa riflessione sulle garanzie del contraddittorio per un giusto procedimento e sul rapporto fra modello processuale e modello procedimentale; F. Cortese, *La partecipazione procedimentale e la legittimazione processuale in materia ambientale (commento a Corte di giustizia delle Comunità europee, sez. 3., 15 ottobre 2009, causa C-263/08)*, in *Giorn. Dir. Amm.*, 2010; F.G. Pizzanelli, *La partecipazione dei privati alle decisioni pubbliche*, Milano, 2010, che ricostruisce con attenzione i diversi significati dati dalla giurisprudenza ed alla dottrina alla partecipazione e propende per una soluzione che tenga conto della presenza di due anime, quella difensiva e quella collaborativa; in tal senso anche G. Della Cananea, *Il diritto di essere sentiti*, cit.; M.P. Vipiana, F. Fracchia, *Osservazioni in tema di partecipazione al procedimento amministrativo e tutela delle parti*, in *Dir. Pubbl. Comp. Eur.*, 1999, 346 ss., che evidenziano i diversi apporti che il contraddittorio è in grado di offrire. In giurisprudenza, cfr. Cass. SS. UU., 1 aprile 2000, n. 82.

¹⁰⁶ Cfr. S. Casese, *La partecipazione dei privati*, cit., che individua una nozione "debole" di *fairness* a fondamento della partecipazione nel Regno Unito, mentre per gli Stati Uniti ricostruisce un modello "funzionalista" in cui si osserva un *self-restraint* del giudice «riconoscendo ampio potere discrezionale all'amministrazione nel definire le procedure nelle quali si assicura la partecipazione dei privati» (p. 8).

¹⁰⁷ Come ritiene necessario L. Carlassare, *Sovranità popolare*, cit., per evitare che il generale consenso sul valore della democrazia si concreti in un accordo "sul nulla", per come richiamato più sopra nel testo.

¹⁰⁸ Lo strumento partecipativo come collaborazione dall'esterno è stato rilevato nella sua importanza nel modello statunitense, cfr. J. Ebbson, *The Notion of Public Participation in International Environmental Law*, in *Yearbook of International Environmental Law*, Oxford, 1997, ma ancora prima in quello austriaco, con la legge 22 ottobre 1875 (cfr. A. Sandulli, voce *Procedimento*, in *Aa.Vv., Dizionario di diritto amministrativo*, a cura di M. Clarich, F. Fonderico, Milano, 2007, 514 ss.).

¹⁰⁹ Nel riflettere se sia in realtà sostenibile l'idea di una partecipazione all'esercizio del potere (in termini di contitolarità) da parte dei privati attraverso il procedimento, prima di far riferimento alle previsioni generali di cui alla legge n. 241/1990, occorre quindi tenere conto che non è dato a priori rinvenire «una connessione necessaria fra la funzione dell'intervento del privato (difesa, collaborazione e partecipazione) e la struttura del procedimento, perché funzione e struttura variano indipendentemente l'una dall'altra» (L. Torchia, *Garanzie partecipative*, cit., 4.), sicché gli elementi che emergono dall'analisi della disciplina V.I.A. vanno innanzitutto collocati in questa dimensione potenzialmente frammentata, tanto più che è stata osservata una significativa specialità, anche nella dimensione procedimentale, della disciplina della tutela dell'ambiente (G. Rossi, *Diritto dell'ambiente*, cit., specie 88 e ss.).

soluzione ottimale rispetto alla complessità della situazione data) deve rimanere in capo all'amministrazione, risultandone altrimenti vulnerati la funzione e l'apparato di garanzie che ad essa si riferiscono, posti a protezione sia degli interessati che dei terzi, con il rischio che, diversamente opinando, l'amministrazione rimanga prigioniera dell'istruttoria e sia trasformata in mera esecutrice di quanto da essa emerge¹¹⁰.

In verità, non si può negare che la determinazione finale in ordine al bilanciamento degli interessi continua ad essere nella disponibilità dell'amministrazione precedente¹¹¹ e ciò costituisce anche una parte della necessaria garanzia della permanenza e della tutela del carattere multipolare ed indisponibile del rapporto amministrativo¹¹² (e della natura funzionalizzata dell'attività, ove non si acceda alle impostazioni che consentono di rinvenirla attraverso diversi percorsi ricostruttivi¹¹³).

¹¹⁰ Cfr. per la prima censura A. Travi, *Interessi procedurali e "pretese partecipative": un dibattito aperto (A proposito di due contributi di Duret e di Zito)*, in *Dir. pubbl.*, 1997, 543 ss.; per la seconda questione, A. Romano Tassone, *Note sul concetto di potere giuridico*, in *Ann. fac. econ. e comm. Università di Messina*, 1981, 405 ss. F. Fracchia, *Manifestazioni di interessi del privato e procedimento amministrativo*, in *Dir. Amministrativo*, 1/1996, 1, evidenzia come la partecipazione avvenga pur sempre per far valere un interesse che appartiene alla parte e non alla collettività. Per le tesi oggetto dell'autorevole attenzione di A. Travi, op. ult. cit., cfr. A. Zito, *Le pretese partecipative del privato nel procedimento amministrativo*, Milano, 1996, che evidenzia, fra l'altro, il carattere paritario della posizione di P.A. e interessati nella fase procedimentale che precede la decisione, valorizzando sotto tale profilo il significato del contraddittorio e dell'istruttoria, e P. Duret, *Partecipazione procedimentale e legittimazione processuale*, Torino, 1996, del quale cfr. pure la più recente e complessiva visione in *Sussidiarietà e autoamministrazione dei privati*, Padova, 2004, che riflette su una categoria di atti che avrebbero come motivo comune il diffondersi della funzione a livello individuale e sociale; l'art. 19, u.c.o., legge n. 241/1990 pare andare in tale direzione.

¹¹¹ Non condivide questa impostazione A. Carbone, *Il contraddittorio procedimentale. Ordinamento nazionale e diritto europeo-convenzionale*, Torino, 2016, che ritiene così sostanzialmente negata l'ipotesi dell'appartenenza del potere al privato e preferisce una ricostruzione in termini di diversità del ruolo dell'amministrazione in forza della presenza del contraddittorio e della partecipazione procedimentale. Nonostante l'indubbio interesse della ricostruzione proposta dall'Autore, deve ammettersi che una diversa soluzione, che non nega la diversità rilevata, ma la porta alle sue estreme conseguenze si giustifica se si ammette che il potere, come meglio si osserverà in prosieguo, non può essere considerato unitariamente.

¹¹² Con la conseguente necessità che venga contemplata comunque la prospettiva della tutela del terzo. Sul rilievo del carattere multipolare del rapporto amministrativo, cfr. R. Ferrara, *Il procedimento amministrativo visto dal terzo*, in *Dir. proc. amm.*, 2003, 1024 ss.; in particolare sulle relazioni fra carattere multipolare e principio di doverosità, cfr. G. Greco, *L'accertamento autonomo del rapporto nel giudizio amministrativo*, Milano, 1980, specie 167 ss. Per ulteriore esame dell'esigenza di tutela del terzo cfr. G. Mannucci, *La tutela dei terzi nel diritto amministrativo. Dalla legalità ai diritti*, Santarcangelo di Romagna, 2016; M. Protto, *Il rapporto amministrativo*, Milano, 2008, specie 216 ss., il quale propone come chiave di lettura il concetto di "sistema interno aperto ai valori" (130 ss.); L. De Lucia, *Provvedimento amministrativo e diritti dei terzi. Saggio sul diritto amministrativo multipolare*, Torino, 2005, che approfondisce il tema anche con riguardo alle dinamiche della tutela della concorrenza; S. Cassese, *La crisi dello Stato*, Roma-Bari, 2002, specie 74 ss.; R.B. Stewart, *The reformation of american administrative law*, in *Harvard Law Review*, 1975, 1669 ss., evidenzia che la partecipazione procedimentale diventa strumento necessario alla decisione quando viene acquisita la consapevolezza del carattere multipolare del rapporto e ciò pone le basi per il superamento della dimensione conflittuale e duale. In Italia M.S. Giannini, *Il potere discrezionale della pubblica amministrazione: concetto e problemi*, Milano, 1939, aveva già indicato l'indispensabilità della partecipazione per l'esercizio dei poteri discrezionali nella società pluriclassee e nella dimensione multipolare propria delle relazioni in cui viene in conto l'esercizio del pubblico potere.

¹¹³ Sulla possibilità di una funzionalizzazione dell'attività dei privati cfr. P. Rescigno, *Conclusioni: il pensiero di Betti e la prospettiva costituzionale*, in Aa.Vv., *La funzione sociale nel diritto privato nel XX e XXI secolo*,

Il ruolo dell'amministrazione deputata alla decisione, tuttavia, non esclude di per sé la possibile presenza di altri soggetti titolari di poteri rilevanti in una dimensione di collaborazione procedimentale alla determinazione dell'interesse pubblico¹¹⁴, in quanto la modificazione della realtà che l'esercizio della funzione è destinata a produrre non è più una mera trasformazione delle attribuzioni previste dalla legge in attività di cura concreta degli interessi, ma è frutto della collaborazione e della convergenza di diversi apporti, in forza delle trasformazioni determinate dall'evoluzione pluriclasse dello stato e del conseguente spostamento verso la dimensione partecipativa del baricentro del rapporto fra provvedimento e procedimento¹¹⁵.

Ciò, del resto, è conseguenza del rilievo specifico del pluralismo sociale, in un contesto di continuità fra stato istituzione e stato comunità nel disegno di cui agli artt. 2, 3 co. 2 e 118 co. 4 Cost., cui corrisponde una complessità normativa ed istituzionale, anche in ordine ai diversi livelli di governo, accentuata dall'espandersi di uno degli oggetti principali della regolazione – il mercato, che è al tempo stesso attore sociale e politico – oltre i confini del singolo potere nazionale.

a cura di F. Macario, M.N. Miletta, Roma, 2017, e-book disponibile su romatrepress.uniroma2.it, lavoro che raccoglie contributi utilissimi alla riflessione sulla materia; F. Messineo, *Il contratto in generale*, in *Trattato Ciccumessineo*, Milano, 1958, I (che ha evidenziato il nesso fra progetto di cambiamento sociale contenuto nella costituzione ed autonomia privata); P. Rescigno, *Per una rilettura del codice civile*, in *Giur. it.*, 1968, IV, 209 ss., che colloca questo processo all'interno dell'art. 41 Cost. piuttosto che dell'art. 2 Cost., diversamente da F. Lucarelli, *Solidarietà e autonomia privata*, Napoli, 1970; la diversamente articolata posizione di S. Rodotà, *Il controllo sociale delle attività private: testi e materiali*, Bologna, 1977; P. Perlingieri, *Mercato, solidarietà e diritti umani*, in *Rass. Dir. civ.*, 1995, 95 ss.; M. Esposito, *Profili costituzionali dell'autonomia privata*, Padova, 2003, che richiama direttamente il valore del principio di uguaglianza sostanziale. Più di recente, con riferimento alla dimensione comunitaria, cfr. V. Scalisi, *Il contratto in trasformazione. invalidità e inefficacia nella transizione al diritto europeo*, Milano, 2001. Sul rilievo della causa ai fini della protezione (e condivisione) della funzione, in particolare negli accordi pubblico-privati, sia permesso rinviare anche a D. D'Alessandro, *Funzione amministrativa*, cit.

¹¹⁴ In tal senso, cioè in riferimento alla presenza di una collaborazione paritaria fra pubblica amministrazione procedente e interessati, cfr. M. Bombardelli, *Decisioni e pubblica amministrazione*, cit.; cfr. pure E. Giardino, *La plurilateralità della funzione amministrativa*, Torino, 2012; sia permesso richiamare anche alcune riflessioni proposte, all'indomani della riforma del titolo V della costituzione in D. D'Alessandro, *Sussidiarietà*, cit., particolarmente 130 ss. Si tratta del superamento della visione in termini di alternativa bipolare fra l'attività dei cittadini e quella dell'amministrazione, così come proposto in altra prospettiva da G. Arena, *Il principio di sussidiarietà orizzontale nell'art. 118, u.c. della Costituzione*, in *Studi in onore di Giorgio Berti*, Napoli, 2005, I, 179, ai cui numerosi altri scritti già cit. si rinvia. Contra, rispetto all'idea di una codeterminazione procedimentale, cfr. autorevolmente M. Ramajoli, R. Villata, *Il provvedimento amministrativo*, Torino, 2017, 17.

¹¹⁵ È stata già sopra proposta una ricostruzione degli autorevoli contributi che hanno portato a tale consapevolezza. Su come sia mutato il modo di approcciarsi al principio di legalità, cfr. le significative riflessioni in Aa.Vv., *Il principio di legalità nel diritto amministrativo che cambia. Ati del LIII Convegno di studi di scienza dell'amministrazione*, Milano, 2008; di recente, cfr. pure Aa.Vv., *Legislazione flessibile: certezza del diritto, legalità e buon governo*, a cura di E. Crobe, S. Sepe, prefazione di G. Acocella, Napoli, 2019. Porta alle estreme conseguenze la riflessione sul rapporto fra legalità e pluralismo P. Grossi, *Ritorno al diritto*, Roma-Bari, 2015, valorizzando il ruolo dell'incertezza. Cfr. Id., *Oltre la legalità*, Roma-Bari, 2020.

D'altra parte, anche chi non propende per la tesi di una (con-) titolarità di poteri pubblicistici in capo ai privati, ammette che «*l'istante o interventore può disporre o dispone del problema amministrativo, in quanto contribuisce con una propria attività a determinare la materia che dovrà essere sottoposta a esame critico*», e per tale via può concorrere a predeterminare, quanto meno in parte, il processo decisionale che dovrà relazionarsi con quanto emerso in sede di partecipazione¹¹⁶. Tale elemento è tanto più rilevante ove si rifletta come l'effetto della disciplina del procedimento sia proprio quello di valorizzare l'istruttoria come luogo di ricostruzione e confronto della complessità rendendo la decisione finale, nei limiti del possibile, coerente rispetto al nuovo ruolo dell'amministrazione.

Alcune indicazioni nella direzione indagata possono essere colte come effetto della posizione dell'amministrazione rispetto alla partecipazione ed al contraddittorio, che è definita dal principio di doverosità¹¹⁷ che alla stessa fa capo e che deve trovare una tutela giurisdizionale in ipotesi di mancato rispetto delle posizioni soggettive riconosciute agli interessati.

Posizioni del pubblico interessato che, rispetto al provvedimento amministrativo, indubbiamente assumono una duplice valenza, una relativa al bene della vita che viene assicurato al titolare dell'interesse differenziato, l'altra legata anche al più generale valore della sottoposizione alla legge degli interessi in gioco (la primazia dell'ordinamento, evidentemente, non si pone solo nei confronti dell'amministrazione).

Questi due elementi, nella prospettiva offerta dal modo in cui la tutela giurisdizionale è intesa dalla giurisprudenza della Corte di Lussemburgo analizzata nei paragrafi che precedono, consentono di collocare la partecipazione procedimentale alla V.I.A. quanto meno in una posizione intermedia fra l'interesse privato e quello pubblico, ma con una significativa e decisiva prevalenza della connotazione pubblicistica.

Più precisamente, può osservarsi un fascio di interessi – all'interno del quale si trovano anche interessi generali – la cui cura è rimessa anche ai poteri di intervento dei privati.

La tutela dell'ambiente e particolarmente il procedimento di V.I.A. lasciano emergere in maniera particolarmente efficace tale fenomeno.

Come è stato notato, rispetto ad un provvedimento che incide sulla fruibilità di un parco pubblico, non si può ragionevolmente ritenere che la tutela sia rimessa solo al ruolo dell'autorità che lo ha emesso o all'iniziativa del soggetto che

¹¹⁶ F. Ledda, *Problema amministrativo e partecipazione al procedimento*, in *Dir. amm.*, 1993, 142, part. 149. Si tratta, del resto, di elementi che considera anche chi segue una diversa ricostruzione, cfr. A. Carbone, *Il contraddittorio*, cit.

¹¹⁷ Cfr. *supra*, nota 104.

lo ha richiesto¹¹⁸; pur potendosi ragionare in termini più o meno ampi in ordine alla enucleazione della categoria del pubblico interessato, fino a farla coincidere con il pubblico non ulteriormente qualificato, rimane il fatto che l'utente del parco al quale è consentito il ricorso (eventualmente secondo il filtro, ad esempio, della *vicinitas*), opera comunque realizzando un vantaggio per la comunità¹¹⁹, anzi, se ragioniamo in termini di tempo, di spazio e di generazioni future, in una dimensione ecologica e circolare è proprio l'interesse della comunità ad essere massimizzato.

In tale contesto, lo stesso riconoscimento della legittimazione più ampia delle organizzazioni non governative secondo la disciplina V.I.A. dimostra che il legislatore è sensibile verso un ruolo partecipativo che tende ad affermarsi in una dimensione di legittimazione, anche processuale, che si rivolge all'interesse generale in senso oggettivo e tende ad estendersi fino a poter rendere solo complementare la presenza dell'interesse oggettivamente privato.

Si vuole dire che è pur vero che la legittimazione è il frutto del contributo di forme privatistiche e discipline privatistiche, ma esse sono utilizzate per elaborare criteri di ricostruzione dell'accesso alla giustizia ed alla tutela di annullamento che giustificano l'interesse ad agire e la *legitimatio ad causam* attraverso la preminente valorizzazione dell'esistenza di un titolo a proporre l'azione¹²⁰. È, infatti, l'esistenza del titolo – la norma che protegge l'ambiente e si assume lesa, anche quando essa riguarda le posizioni partecipative, rispetto alle quali si pone un pro-

¹¹⁸ L'ipotesi è suggerita da L. Giroux, *L'intérêt à poursuivre et la protection de l'environnement en droit québécois et canadien*, in *Revue de droit de McGill*, 1977, 23, 2, 292 nei seguenti termini «*On se trouve alors devant un dilemme en apparence insoluble. Si le ministre accorde une autorisation illégale, qui d'autre que lui a l'intérêt requis pour en demander la nullité puisqu'un simple usager du parc n'a pas un intérêt spécial et distinct de celui des autres citoyens?*» (p. 296, in nota) ed è condivisa da M. Bélanger, P. Halley, *Accès à la justice pour protéger l'environnement au Québec: réflexions sur la capacité à agir des particuliers et des groupes environnementaux*, in *Ib*, 2017, 62, 3, in riferimento proprio al dibattito sulla legittimazione ad agire in materia ambientale in Québec.

¹¹⁹ Il dibattito in Québec sulla legittimazione ad agire per far valere un interesse pubblico da parte del singolo o dei gruppi esponenziali è stato riaperto dalla novellata previsione di cui all'art. 85 co. 2 del codice di procedura civile, entrata in vigore nel gennaio 2016, a tenore della quale «*l'intérêt du demandeur qui entend soulever une question d'intérêt public s'apprécie en tenant compte de son intérêt véritable, de l'existence d'une question sérieuse qui puisse être valablement résolue par le tribunal et de l'absence d'un autre moyen efficace de saisir celui-ci de la question*».

¹²⁰ Per richiamare in maniera essenziale e sintetica i tre presupposti necessari per l'annullamento in sede giudiziale del provvedimento, come definiti anche dalla giurisprudenza (cfr. Cons. Stato, 19 luglio 2017, n. 3563). Conferma della ricostruzione proposta nel testo si ha nella giurisprudenza amministrativa che ha riconosciuto la legittimazione delle associazioni ambientaliste che non presentano i requisiti previsti dalla legge per la partecipazione in materia *de qua*, sul presupposto della lesione del diritto di attuare lo scopo statutario visto come espressione del diritto di associazione. È evidente come la ricostruzione sia tributaria del diritto pubblico quanto al rilievo delle formazioni sociali rispetto al valore della partecipazione al programma di lotta alle disuguaglianze e di sviluppo e tutela della persona prevista dal combinato disposto degli art. 18, 3 co. 2 e 118 co. 4 Cost., ma anche del diritto privato quanto all'enucleazione dell'interesse alla tutela dell'oggetto statutario come diritto della personalità delle associazioni.

blema di «*decisione migliore nel contesto dato*»¹²¹ – a condizionare i criteri di riconoscimento dell'esistenza dell'interesse e della *legittimatio* in capo ad un soggetto privato che prospetta una questione di pubblico interesse.

Ciò, si diceva, è più evidente per le associazioni, ma in realtà non cambia per il singolo membro del pubblico, se si pensa come anche il suo interesse e la sua legittimazione sono dipendenti in maniera essenziale dal titolo.

Se ne ha conferma anche dalla giurisprudenza (oltre che dalla disciplina) comunitaria esaminata, volta a garantire le posizioni partecipative per il loro valore legato alle esigenze della tutela dell'ambiente, rimanendo distinto e rimesso alle tutele previste dagli ordinamenti interni il rimedio alla lesione degli altri interessi e diritti di cui sono titolari i membri del pubblico qualificato.

Si è di fronte ad una conseguenza dell'oggettivizzazione del diritto amministrativo, che viene ricostruito nei suoi contenuti e finalità sulla base degli interessi rilevanti piuttosto che soltanto del soggetto titolare della funzione e delle necessarie attribuzioni¹²², e porta ad ammettere in diversi settori dell'amministrazione la presenza di un crescente coinvolgimento di attori anche non solo formalmente privati nell'esercizio di pubblici poteri¹²³, fino a giungere alla configurazione di atti di autoamministrazione¹²⁴.

In una prospettiva di garanzia della funzione e del carattere policentrico dell'attività amministrativa evidentemente il problema non è negare il fenomeno, ma cercare garanzie e tutele costruite sull'evoluzione della sua natura, anche in termini di estensione (ricca di problematicità) dell'applicabilità di discipline pubblicistiche ad attività (esercizio di poteri) svolte da attori sostanzialmente privati¹²⁵.

¹²¹ In tal senso L. Torchia, *Garanzie partecipative e decisioni amministrative imparziali*, in *Irpa.eu*, 2018, che evidenzia condivisibilmente come la scelta della P.A. non si risolve nell'imparzialità e non corrisponda ad un'ipotetica soluzione solo da ricercare e scoprire, ma dipenda dal contesto che condiziona le potenzialità stesse dell'amministrazione. La partecipazione ha un valore specifico ai fini della "giusta" decisione in M. Nigro, *Il nodo della partecipazione*, Milano, 1980, ora in *Scritti giuridici*, II, Milano, 1996, 1413 ss.

¹²² Come evidenzia G. Rossi, *L'oggettivizzazione del diritto amministrativo*, in Id., *Saggi e scritti scelti*, I, *Il metodo e la teoria generale. Nozioni elementari e gradazioni*, a cura di D. Pappano e D. D'Alessandro, Torino, 2018, 55 e ss., in particolare 60 ss.

¹²³ Cfr. A. Benedetti, *Certezza pubblica e «certezze» private. Poteri pubblici e certificazioni di mercato*, Milano, 2010; A. Maltoni, *Il conferimento di potestà pubbliche ai privati*, Torino, 2005. A. Farì, *La sussidiarietà orizzontale in materia ambientale: il ruolo dei privati e l'esercizio di funzioni pubbliche*, in *Riv. quad. dir. amb.*, 2015, 3 ss., richiama la dottrina in materia di tutela ambientale che sottolinea la complementarietà degli strumenti di mercato rispetto a quelli "command and control".

¹²⁴ Cfr. P. Duret, *Sussidiarietà e autoamministrazione dei privati*, cit.; in diversa prospettiva, sul carattere paritario della posizione di P.A. e privati nel contraddittorio procedimentale, cfr. A. Zito, *Le pretese partecipative del privato*, cit.

¹²⁵ Le supreme corti si muovono in questa direzione. La Corte di Giustizia UE ha avuto modo di affermare che «le disposizioni di una Direttiva europea idonea a produrre un effetto diretto è opponibile anche ad enti o organismi di diritto privato, a cui lo Stato abbia demandato un compito di pubblico interesse con poteri che eccedono quelli che normalmente si applicano nei rapporti fra singoli» (Corte giust. UE, 10 ottobre 2017, causa C-413/15, *Farrell* e a.; cfr., nello stesso senso, seppure con indici più restrittivi, Corte giust. UE, 12 luglio

Un percorso che presenta fenomeni e risultati diversi, pure sul piano normativo, legati anche alla dimensione della relazione fra stato e formazioni sociali (basti pensare agli enti pubblici a base associativa¹²⁶ e agli enti privati di interesse generale o pubblico¹²⁷, in cui la nozione stessa di dove stia il pubblico e dove il privato è oggetto di dibattito), ma che nella sua poliedricità ha almeno un elemento comune, appunto, nel richiamato processo di oggettivizzazione dell'attività amministrativa.

1990, causa C-188/89, *Foster* e a.; cfr. pure sentenze 4 dicembre 1997, cause riunite da C-253/96 a C-258/96, *Kampelmann* e a.; 7 settembre 2006, causa C-180/04, *Vassallo*). La Suprema corte italiana, seppure in ambito penale, ha affermato che «al fine di individuare se un'attività svolta da un soggetto possa essere qualificata come pubblica, ai sensi e per gli effetti di cui agli artt. 357 e 358 c.p., ha rilievo esclusivo la natura delle funzioni esercitate, che devono essere inquadrabili tra quelle della P.A. Non rilevano, invece, la forma giuridica dell'ente e la sua costituzione secondo le norme del diritto pubblico, né lo svolgimento della sua attività in regime di monopolio, né tanto meno il rapporto di lavoro subordinato con l'organismo datore di lavoro» (Cass. pen., sentenze nn. 11417/2003 e 17109/2011). Al di là della diversità delle questioni e degli interessi (ed anche delle inevitabili oscillazioni giurisprudenziali), l'oggettivizzazione del diritto amministrativo e la titolarità di poteri pubblici da parte dei privati tendono a determinare la necessità di contaminazioni tra le tradizionali partizioni del diritto.

¹²⁶ Cfr. G. Rossi, *Enti pubblici associativi. Aspetti del rapporto fra gruppi sociali e pubblico potere*, Napoli, Jovene 1979, ora in Id., *Scritti scelti*, cit., III, 387 ss., il quale evidenzia la nota comune nel fattore (peraltro problematico) dell'affidamento di interesse settoriale «pubblico» dello stato allo stesso gruppo di «privati portatori» (le virgolette su pubblico e privati sono dell'A., p. 394), il quale non ritiene sufficiente spiegazione il rinvio alla teoria della pluralità degli ordinamenti giuridici; diversamente, G. Manfredi, *Pluralità degli ordinamenti e tutela giurisdizionale. I rapporti tra giustizia statale e giustizia sportiva*, 2007; cfr. pure F. Goisis, *La giustizia sportiva tra funzione amministrativa ed arbitrato*, Milano, 2007 e L. Ferrara, *Sport e diritto: ovvero degli incerti confini tra Stato e società (a proposito di due contributi di Goisis e di Manfredi)*, in *Dir. sport*, 2008, 617 ss.; E. Cassese, *Professioni*, in Aa.Vv., *Dizionario di diritto amministrativo*, a cura di M. Clarich, G. Fonderico, Milano, 2007; A. Maltoni, *Il conferimento di potestà pubbliche ai privati*, Torino, 2005; G. Della Cananea, *L'ordinamento delle professioni*, in Aa.Vv., *Trattato di diritto amministrativo, Diritto amministrativo generale*, t. II, diretto da S. Cassese, Milano, 2003, 1175 ss.; B.G. Mattarella, *Sindacati e pubblici poteri*, Milano, 2003; G. Napolitano, *Pubblico e privato nel diritto amministrativo*, Milano, 2003, 171 ss.; A. Poggi, *Le autonomie funzionali «tra» sussidiarietà verticale e sussidiarietà orizzontale*, Milano, 2001; F. De Leonardis, *Soggettività privata e azione amministrativa*, Padova, 2000; F. Fracchia, voce *Sport*, in *Dig. disc. pubbl.*, vol. XIV, Torino, 1999, 470 ss.

¹²⁷ S. Cassese, *Le basi del diritto amministrativo*, Milano, 2000, distingue diverse forme organizzative, classificandole come «amministrazioni pubbliche in forma privata», «amministrazioni private per l'esercizio di funzioni pubbliche» (enti privati necessari titolari di poteri pubblicistici e sotto controllo pubblico), «amministrazioni in pubblico comando» (fenomeno delle partecipazioni pubbliche) dai «privati in funzione dell'amministrazione» (soggetti sostanzialmente privati che svolgono attività pubbliche a diverso titolo). Sul tema cfr. F. Manganaro, *Le amministrazioni pubbliche in forma privatistica: fondazioni, associazioni e organizzazioni civiche*, in *Dir. amm.*, 2014, 1-2, 45 ss. Cfr. pure gli autorevoli interventi in Aa.Vv., *Le amministrazioni pubbliche in forma privatistica*, Annuario 2013 AIPDA, Napoli, 2014; A. Pioggia, *L'amministrazione pubblica in forma privata. Un confronto con la Francia e una domanda: che fine ha fatto il pubblico servizio in Italia?*, in *Dir. amm.*, 2013, 3, 502 ss. Cfr. pure V. Sessa, *Gli enti privati di interesse generale*, Milano, 2007; G. Leondini, *Associazioni private di interesse generale e libertà di associazione*, I, *Profili costituzionali*, Padova, 1998; R. Perez, *Gli enti privati di interesse pubblico*, Milano, 1984. La terminologia ricorre nel decreto legislativo n. 39/2010 che all'art. 16 indica enti privati di interesse pubblico ai fini della revisione legale; qui però il richiamo all'essere di interesse pubblico è legato al particolare rilievo economico di alcune organizzazioni private, in relazione alla loro attività in ambito assicurativo, finanziario e creditizio. Si ritorna dunque ad un ambito connotato da un'attività oggettivamente di interesse pubblico, con qualificazione che evidentemente può diventare estremamente lata e rinviare anche ad una generale dimensione collaborativa di soggetti che operano sia nel terzo settore che nel mercato.

Guardando alla disciplina procedimentale in relazione alle specificità della V.I.A., esistono diversi elementi che supportano l'ipotesi dell'esistenza di una partecipazione in contitolarità all'esercizio del pubblico potere.

Il contraddittorio determina nell'amministrazione il potere-dovere di tenere in considerazione le indicazioni proposte dagli interessati, con obbligo di darne evidenza nella decisione finale assunta.

Può discutersi della modalità attraverso la quale debba dimostrarsi che le osservazioni ed i pareri resi dal pubblico interessato in sede partecipativa abbiano trovato valutazione, se in un'articolazione argomentativa della motivazione che propone una dettagliata confutazione o in un bilanciamento ragionato delle diverse posizioni¹²⁸, o in termini più ampi attraverso una motivazione che sia idonea a dimostrare anche solo implicitamente la contemplazione e quindi l'accettazione o il superamento dei contributi ricevuti¹²⁹. A fronte di tali incertezze, tuttavia, quanto rileva è l'*acquis* e le conseguenze che è consentito trarne in termini di teoria generale.

L'amministrazione, infatti, non può più limitarsi, *sic et simpliciter*, ad esternare l'*iter* logico che ha sorretto il suo percorso di decisione rispetto al fatto ed alla legge, ma deve confrontarsi con le ragioni del pubblico interessato, dimostrando che sussiste quanto meno una soluzione alternativa egualmente valida rispetto ai contenuti da quest'ultimo offerti nel contraddittorio procedimentale.

Ciò significa che la P.A. precedente, nel momento in cui è onerata di motivare rispetto alle produzioni pertinenti, è tenuta ad un modello di esercizio del potere che non è diverso nella sostanza rispetto a quello che si osserva nelle relazioni con altre amministrazioni che esercitano a loro volta i propri poteri nelle due dimensioni del contributo alla determinazione del merito (collaborazione fra amministrazioni il cui modello di riferimento è oggi la conferenza dei servizi) o dell'espressione di pareri (non rileva qui se obbligatori o facoltativi).

Il contributo dei privati, infatti, può assumere un carattere tecnico e quindi *latu sensu* oggettivo, nel senso di rappresentare fatti o proporre analisi tecniche che possono prospettare l'unica o una fra le opzioni che le regole scientifiche di settore consentono di raggiungere; in tal caso il relativo apporto può essere assimilato al contributo consultivo e neutrale delle amministrazioni che rendono

¹²⁸ T.A.R. Veneto, Sez. II, 2 novembre 2006 n. 3670; T.A.R. Veneto, Sez. I, 30 maggio 2005, n. 2234, annotata da G. Landi, *Mancato rispetto della disciplina italiana ed europea in materia di VIA*, in *Riv. giur. Amb.*, 2006, 112 ss.; Cons. Stato, Sez. VI, 18 gennaio 2006, n. 129, che, tuttavia, confina il controllo giurisdizionale nei noti limiti posti alla verifica dell'esercizio della discrezionalità tecnica. La tesi fondata su una lettura dell'adeguatezza in concreto della motivazione, e quindi da misurare rispetto alle posizioni emerse nell'istruttoria, appare preferibile, cfr. S. Valeri, *La valutazione d'impatto ambientale dopo il d.lgs. n. 4/2008*, in *Lexitalia.it*.

¹²⁹ T.A.R. Lazio Roma, Sez. II, n. 5481/05.

pareri (il che non significa che sono neutrali esse stesse, ma solo che il ruolo assunto o voluto dall'ordinamento è, appunto tendenzialmente neutrale¹³⁰).

L'assimilazione non è vanificata dalla contestuale presenza di interessi di parte nel pubblico interessato, sia perché il filtro all'accesso alla partecipazione è oggettivizzato per come si è detto, sia perché il progressivo e riconosciuto declino sul piano concreto dell'idea di neutrale attuazione, ad opera dell'amministrazione, dell'interesse pubblico (primario o secondario) fissato dalla legge, ha reso consapevoli che l'amministrazione persegue appunto un «interesse pubblico concreto» che essa stessa ha costruito nella dinamica delle proprie relazioni e dei propri poteri¹³¹. In altri termini, non è in principio afferabile che l'amministrazione che decide debba compiere un diverso percorso, sia logico che tecnico, per depurare dai possibili contenuti *lato sensu* interessati i pareri o i documenti con i quali deve confrontarsi per adottare la decisione, a seconda che essi provengano da privati o da altre amministrazioni.

Quando l'apporto dei privati è diretto, invece, a contribuire ad una scelta di merito, deve similmente ammettersi che l'esame della relativa ragionevolezza, sostenibilità, conformità alla legge non è diverso da quello che l'amministrazione competente all'adozione del provvedimento deve svolgere quando gli *input* provengono da altre amministrazioni (ad esempio, in sede di conferenza dei servizi).

Ciò in quanto il discernere le posizioni di parte rispetto a quelle legate all'interesse generale, nel percorso che porterà alla determinazione procedimentale dell'interesse pubblico, è necessario per l'amministrazione decidente sia quando l'apporto è di altre amministrazioni che esercitano le proprie competenze, sia quando esso proviene da privati.

Si può conseguentemente ammettere che al pubblico interessato viene riconosciuta una posizione non dissimile da quella delle amministrazioni diverse da quella titolare del potere di adottare la decisione finale che, nel rendere pareri o nell'esprimere valutazioni, offrono l'adeguata e necessaria rappresentanza degli

¹³⁰ Su questi temi cfr. M. Occhiena, N. Posteraro, *Pareri e attività consultiva della pubblica amministrazione: dalla decisione migliore alla decisione tempestiva*, in *Il diritto dell'economia*, 65, 2019, 100, 3 ss. 27 ss. Appare particolarmente utile il riferimento alla scelta governata da criteri tecnici; sul tema cfr. M. Brocca, *Interessi ambientali e decisioni amministrative: profili critici e nuove dinamiche*, Torino, 2018; M. Roversi Monaco, *La tutela dell'ambiente nella giurisprudenza amministrativa. Profili ricostruttivi*, Bari, 2018; M. Monteduro, *Le decisioni amministrative nell'era della recessione ecologica*, in *Riv. AIC*, 2018, n. 2 che avverte la necessità di integrazione degli strumenti interni di sindacato con i principi provenienti dalla dimensione sovranazionale; G. Clemente di San Luca, *Il sindacato giurisdizionale sulle valutazioni tecniche in materia ambientale* in *GiustAmm.it*, 2016, fasc. 7; in generale, Aa.Vv., *Decisioni amministrative e processi deliberativi. Atti del Convegno annuale (Bergamo, 5-7 ottobre 2017)*, Napoli, 2018; D. Pappano, *Sindacato del giudice amministrativo e valutazioni tecniche*, in *For. Amm. CDS*, 2002; A. Police, *La predeterminazione delle decisioni amministrative - gradualità e trasparenza nell'esercizio del potere discrezionale*, Napoli, 1997.

¹³¹ F.G. Scoca, *La discrezionalità nel pensiero di Giannini e nella dottrina successiva*, in *Riv. trim. dir. pubbl.*, 2000, 1070 ss.

interessi che devono essere comparati e presi in considerazione; al contempo, la relazione con l'amministrazione competente ad adottare il provvedimento consente di superare i timori che la qualificazione della partecipazione in termini di condivisione del potere ad opera dei privati possa causare la lesione della funzione, o dei relativi profili di doverosità, o ancora dell'interesse del terzo.

Centrale, in tale ricostruzione, è evidentemente il ruolo della motivazione, che qui viene ad avere una connotazione ulteriore rispetto alla necessità di legittimazione dell'autorità e di giustificazione del potere e del suo esercizio o ancora, ad un tempo, di salvaguardia dell'autonomia del merito ma garantendone il controllo dei limiti da parte del G.A.¹³².

La motivazione, rispetto alla partecipazione procedimentale, ne qualifica il significato: l'amministrazione che decide deve dimostrare di avere considerato adeguatamente i contributi proposti da altri soggetti e la decisione finale potrà assumere un contenuto diverso da quello da questi ultimi prospettato solo a condizione di manifestare che si rimane su un piano di alternative quanto meno egualmente lecite e praticabili. Non può trascurarsi il peso specifico, al riguardo, dell'attesa della migliore tutela disponibile in termini di impatto ambientale e della connotazione, se non interamente, quanto meno in gran parte tecnica della discrezionalità esercitabile.

I diritti di partecipazione del pubblico interessato hanno, quindi, trattamento ed efficacia non diversi da quelli riservati alle competenze esercitate da amministrazioni altre rispetto a quella titolare della decisione finale¹³³.

¹³² Cfr. ancora, nella dimensione europea (e, per impostazione della relativa ricerca, globale), A. Cassatella, *Il dovere di motivazione*, cit.

¹³³ Tale considerazione, nel quadro più generale delle regole sul procedimento amministrativo, è avvalorata dalla recente modifica dell'art. 10-*bis* legge n. 241/1990 sul preavviso di diniego, intervenuta con l'art. 12, decreto-legge n. 76/2020, convertito in legge 16 luglio 2020 n. 120, che ha introdotto (nei limiti dei procedimenti ad istanza di parte) l'obbligo di motivazione specifica e separata, riferita ai «soli motivi ostativi ulteriori che sono conseguenza delle osservazioni» degli interessati e ha escluso, in caso di annullamento del provvedimento finale, che gli eventuali atti di riedizione del potere possano «addurre per la prima volta motivi ostativi già emergenti dall'istruttoria del provvedimento annullato» (consentendo, per converso, la valutazione di fatti nuovi apportati in sede di controdeduzioni o ad esse conseguenti, nonché le sopravvenienze). Ricordando i precedenti in materia di rapporto fra effetto conformativo della sentenza ed onere di integrale motivazione, la novella è stata letta nel suo effetto di riduzione dell'area della discrezionalità e come garanzia rispetto a «decisioni a sorpresa» dell'amministrazione, evidenziando altresì come possa valorizzarsi il principio di buona fede, peraltro codificato dalla medesima riforma all'art. 1, co. 2-*bis*, legge n. 241/1990, per giungere in via interpretativa alla medesima soluzione per i procedimenti non rientranti fra quelli previsti dall'art. 10-*bis* cit. (le riflessioni sinteticamente richiamate sono in F. Fracchia, P. Pantalone, *La fatica di semplificare*, cit., 35, che richiamano anche l'idea della dimensione paraprocedurale del giusto procedimento, nella prospettiva indagata da M. Allena, *Art. 6*, cit.). Il condizionamento derivante dall'attività del privato si estende così anche agli eventuali momenti di riedizione del potere e, al contempo, il ruolo della motivazione nel senso indicato nel presente lavoro viene significativamente rafforzato, specie se si ammette, seguendo l'impostazione contenuta in F. Fracchia, P. Pantalone, op. ult. cit. (40), che sia possibile una riapertura dell'istruttoria – con conseguente confronto con i controinteressati – ove le osservazioni contengano indicazione di fatti in precedenza non acquisiti. È significativo che, pur con il diverso indirizzo a volte espresso dai T.A.R. (cfr. T.A.R. Veneto 6 giugno 2007, n. 1819; T.A.R.

C'è da aggiungere che la giurisprudenza della Corte dell'UE analizzata pretende la tutela dell'effettiva partecipazione per quello che può in astratto esprimere, tenendola distinta, sulla base della Direttiva, dalla tutela degli interessi di natura diversa che fanno capo al pubblico.

In altri termini, l'intervento del pubblico interessato non soltanto è fondato su un titolo che protegge l'interesse generale (tutela dell'ambiente), ma è disciplinato in guisa tale da diventare uno degli strumenti di selezione dei diversi interessi in gioco (generalmente e privati) e giungere ad una loro sintesi; è una partecipazione che si esprime nel percorso istituzionale di determinazione di quello che, nel contesto dato, viene espresso come interesse pubblico¹³⁴.

Diventa a questo punto persino forzato discutere di potere pubblico e di potere privato, né è necessario stravolgere le nozioni consolidate, giacché la lettura proposta in termini di partecipazione procedimentale che diventa contitolarità dell'esercizio del potere si accorda con la ricostruzione dogmatica del diritto quale «podestà o signoria della volontà impartita dall'ordine giuridico»¹³⁵, in questi limiti avendo struttura e funzione analoga sia il diritto del privato sia il potere amministrativo¹³⁶.

Il diritto di partecipazione del pubblico è dunque compartecipazione al potere, non è solo posizione strumentale, ma è esercizio di sovranità diretta che si traduce in un ruolo che è distinto da quello dell'amministrazione titolare della decisione finale non dalla qualità della posizione soggettiva, ma dalla diversità della funzione svolta, che è quella di rappresentare (con le altre amministrazioni eventualmente coinvolte) e non di aggiudicare gli interessi.

Puglia, Lecce, 26 aprile 2019, n. 686), il Consiglio di Stato si sia espresso in via maggioritaria per l'applicazione dell'art. 10-*bis* cit. anche alle procedure ambientali, nonostante la loro specialità (cfr. Cons. di Stato 28 gennaio 2014, n. 418; 27 maggio 2019, n. 345; 10 febbraio 2020 n. 1001), ma al contempo limitandone la portata in quanto vizio meramente formale e soggetto alla previsione di cui all'art. 21-*octies*, co. 2, legge n. 241/1990. Va, tuttavia, in direzione problematicamente diversa la novella introdotta dal decreto-legge n. 77/2021 all'art. 6, co. 10-*bis*, decreto legislativo n. 152/2006, che esclude l'applicazione della disciplina sul preavviso di diniego allo *screening*, alla V.I.A. ed ai procedimenti di modifica, estensione o adeguamento tecnico finalizzati a migliorare il rendimento e le prestazioni ambientali di alcuni progetti. Il decreto-legge n. 76/2020 ha, comunque, finalmente e giustamente escluso l'applicabilità al preavviso di diniego della norma sulle c.d. irregolarità non vizianti, introducendo espressa previsione in tal senso all'art. 21-*octies* cit.

¹³⁴ Si è sempre nell'ambito della determinazione procedimentale dell'interesse di cui si è detto, in una variante, data dal particolare ruolo riconosciuto anche al pubblico interessato, della ricostruzione proposta da C. Marzuoli, *Libertà e sussidiarietà*, cit., dell'interesse pubblico come effetto di un percorso di selezione istituzionale e secondo la legge (cfr. *supra*, nota 41).

¹³⁵ B. Windscheid, *Lehrbuch der pandekten*, 1862-70, trad. it. C. Fadda, P.E. Bensa, *Diritto delle pandette*, Torino, 1902, I, 170.

¹³⁶ Nella dottrina italiana l'equiparazione del potere pubblico e di quello privato, come *vis* di compiere azioni volontarie in grado di produrre effetti giuridicamente rilevanti, è in G. Miele, *Principi di diritto amministrativo*, Pisa, 1945.

6. *Prospettive*

È stata proposta una qualificazione della facoltà di intervento nel procedimento di V.I.A. come espressione di un potere di specificazione dell'interesse pubblico che rappresenta esercizio, nei modi e nei limiti di legge, della sovranità popolare.

È stato altresì evidenziato come ciò sia manifestazione di oggettivizzazione del pubblico potere nella dimensione procedimentale dell'attività amministrativa ed al tempo stesso contribuisca ai relativi processi evolutivi.

Non è di ostacolo alla ricostruzione il carattere facoltativo dell'intervento da parte del pubblico interessato giacché, una volta che esso sia stato realizzato, l'attuazione della funzione amministrativa avviene su un piano di collaborazione paritaria che trova riscontro anche nella classificazione dogmatica della natura della posizione giuridica esercitata.

Se ne ha conferma, sotto il profilo processuale, dalla connotazione dell'accesso alla tutela di annullamento fondata, in termini di interesse ad agire e di *legitimatio ad causam*, sulla preminente valorizzazione dell'esistenza del titolo a proporre l'azione, costituito da norme nelle quali il bene della vita assicurato è, prevalentemente, se non in termini assoluti, la protezione dell'ambiente in una dimensione oggettiva e trascendente la sfera del singolo. Non è che manchi una differenziazione in chiave soggettiva dell'interesse ad agire, ma il punto è che il collegamento con il soggetto titolare è determinato dal legame riconosciuto dalla legge fra il privato e gli interessi e le funzioni di natura oggettivamente pubblica che gli sono affidati nella dimensione della partecipazione procedimentale.

Non è, invece, decisivo che la titolarità della competenza ad adottare l'atto finale sia affidata ad un soggetto pubblico, in quanto sul piano dinamico la funzione, come trasformazione della realtà attraverso la produzione degli effetti previsti dalle norme che attribuiscono i poteri, non dipende più soltanto dalla P.A. decidente, ma dalla rappresentazione degli interessi in sede procedimentale e poi dall'esercizio di diversi poteri attribuiti anche in parte ai privati.

Si tratta di poteri tanto rilevanti che l'ostacolo al loro esercizio, come mostra la giurisprudenza comunitaria analizzata, non solo comporta vizi giustiziabili del provvedimento, ma vale anche ad escludere l'applicazione di norme su preclusioni e decadenze processuali e a travalicare la stessa autonomia organizzativa degli stati membri¹³⁷.

A confortare la ricostruzione, proprio nella disciplina V.I.A. le posizioni partecipative procedimentali, nella loro autonomia rispetto alle altre questioni oppo-

¹³⁷ Cfr. § 47 della decisione Corte giust. UE, *Flausch* ed a., cit. Sul nesso fra partecipazione e tutela, cfr. *supra*, § 3 e note 79 e 80.

nibili in sede di ricorso avverso il provvedimento finale¹³⁸, diventano altrettanto autonome rispetto alla qualificazione delle (altre) posizioni soggettive azionabili ed ai criteri di legittimazione che il legislatore nazionale è delegato a disciplinare in riferimento alla contestazione della decisione amministrativa; un'autonomia che non è dequotazione e che si affranca dal nesso di strumentalità rispetto agli interessi individuali perché diventa baluardo della democratizzazione e di un modo di esercizio qualificato della sovranità da parte dei cittadini in materia ambientale.

La partecipazione alla vita politica, economica e sociale, infatti, nella dimensione costituzionale, è espressione della relazionalità umana e diritto della personalità, ma al tempo stesso è fondamento e garanzia della democrazia e del progetto di cambiamento sociale in senso di lotta alle disuguaglianze assunto come obiettivo primario della repubblica. Il rilievo che assume la partecipazione come possibile espressione della sovranità popolare rispetto all'esercizio dei poteri dell'amministrazione è, quindi, centrale se si ammette che la giustificazione stessa dell'esistenza di un diritto speciale per l'azione della P.A. è garantire, assieme all'altra componente della Repubblica (lo stato comunità) l'effettività del processo di evoluzione ed emancipazione individuale e sociale voluto dalla Costituzione.

Ulteriore conforto viene dalla più recente riforma in materia di V.I.A., non solo perché è ribadita in maniera più puntuale che in passato la necessità di riaprire alle osservazioni del pubblico ove siano intervenute integrazioni della documentazione¹³⁹, ma anche in ragione della disciplina dell'interpello in materia ambientale¹⁴⁰ e del ruolo delle osservazioni del pubblico rispetto alle posizioni emerse in sede di consultazioni preliminari¹⁴¹.

Con l'interpello viene riconosciuto alle associazioni di tutela dell'ambiente a carattere nazionale o presenti in non meno di cinque regioni il potere di sottoporre al Ministero della transizione ecologica quesiti di ordine generale sull'ap-

¹³⁸ Cfr. Corte giust. UE, sentenza *Flausch* ed a., cit.

¹³⁹ Cfr. ad esempio l'art. 24 co. 5 decreto legislativo n. 152/2006 come modificato dall'art. 21, co. 1 lett. B, decreto-legge n. 77/2021.

¹⁴⁰ Cfr. l'art. 3-*septies*, decreto legislativo n. 152/2006, che disciplina l'interpello in materia ambientale, introdotto dall'art. 27, comma 1, del decreto-legge n. 77 del 2021, che al primo comma così dispone: «Le regioni, le province, le città metropolitane, i comuni, le associazioni di categoria rappresentate nel Consiglio nazionale dell'economia e del lavoro, le associazioni di protezione ambientale a carattere nazionale e quelle presenti in almeno cinque regioni, possono inoltrare al Ministero della transizione ecologica, con le modalità di cui al comma 3, istanze di ordine generale sull'applicazione della normativa statale in materia ambientale. Le indicazioni fornite nelle risposte alle istanze di cui al presente comma costituiscono criteri interpretativi per l'esercizio delle attività di competenza delle pubbliche amministrazioni in materia ambientale, salvo rettifica della soluzione interpretativa da parte dell'amministrazione con valenza limitata ai comportamenti futuri dell'istante. Resta salvo l'obbligo di ottenere gli atti di consenso, comunque denominati, prescritti dalla vigente normativa. Nel caso in cui l'istanza sia formulata da più soggetti e riguardi la stessa questione o questioni analoghe tra loro, il Ministero della transizione ecologica può fornire un'unica risposta».

¹⁴¹ Cfr. l'art. 26-*bis*, co. 4, decreto legislativo n. 152/2006, introdotto dall'art. 23 co. 1 del decreto-legge n. 77/2021, relativo alla fase preliminare al provvedimento autorizzatorio unico regionale.

plicazione della disciplina statale in materia ambientale che dovranno essere soddisfatti con indicazioni che saranno pubblicate ed avranno valore di criteri interpretativi per l'esercizio delle funzioni amministrative. Si tratta, peraltro, di legittimazione riservata in generale a soggetti pubblici, con l'eccezione delle associazioni di categoria rappresentate nel Consiglio nazionale dell'economia e del lavoro.

Nelle consultazioni preliminari, le sopravvenute osservazioni del pubblico sono riconosciute come possibile ragione dell'eccezionale potere di modificare le risultanze delle determinazioni espresse in detta sede, che può essere esercitato solo in presenza di elementi nuovi tali da comportare notevoli ripercussioni negative sugli interessi coinvolti.

Si tratta di ipotesi che dimostrano ancora una volta l'oggettivizzazione della legittimazione all'intervento partecipativo, giacché l'esercizio delle relative facoltà nell'interpello consente di stimolare risposte dirette ad influire sui comportamenti delle P.A. in via preventiva, generale ed astratta, in quanto si prescinde dall'esistenza di una vicenda concreta, mentre nelle consultazioni preliminari permette anche alle amministrazioni che non si sono espresse in sede di conferenza di servizi preliminarmente l'esercizio del potere di opporsi mediante osservazioni e motivi ostativi dal quale, in mancanza dell'intervento del pubblico, esse erano ormai decadute.

Appare pertanto possibile aggiungere che la partecipazione in sé nella V.I.A. è predisposta per il bilanciamento di interessi che vanno da quelli individuali fino a quelli generali, contribuendo a sintetizzarli in termini di interesse pubblico¹⁴²; ha la valenza di assunzione di responsabilità e quindi rientra, oltre che nella dimensione delle libertà e dei diritti fondamentali, anche in quella dei doveri di solidarietà politica, economica e sociale richiamati dall'art. 2 Cost.

D'altra parte, se si volesse considerare la problematicità di distinzioni nette fra diritto pubblico e diritto privato¹⁴³, ci troveremmo comunque in una dimensione dell'esercizio del potere che – nella riferita matrice della nozione di potere comune al diritto pubblico ed a quello privato – mostra una significativa maggio-

¹⁴² Distinguendo, ancora una volta, l'interesse pubblico da quello generale per come proposto *supra*, §2, in particolare nota 41, e §5, nota 134, secondo l'impostazione di C. Marzuoli, *Libertà e sussidiarietà*, cit.

¹⁴³ Rispetto alla teoria generale il diritto amministrativo, alle origini, è certamente tributario di quello privato, dal quale si è staccato fino ad apparire del tutto distinto; successivamente, causa la complessa relazionalità fra istituzioni e privati da un lato, l'autonomia di lettura di fenomeni nuovi da parte del diritto amministrativo dall'altro, sono emerse tensioni, reciproche invasioni, confronti rispetto ai quali se da una parte ciascuna materia è stata chiamata a riflettere al suo interno (cfr. S. Vinti, *La circolarità logica del diritto amministrativo. Decostruire concetti per ordinare frammenti*, Torino, 2014), dall'altra vengono posti continui interrogativi anche in ordine alla tenuta stessa dei confini e delle distinzioni (cfr. S. Cassese, *Le droit tout puissant et unique de la société*, cit., 886 ss., 896, il quale giunge ad osservare «il diritto amministrativo diventa un diritto meticcio, composto di diritto speciale e di diritto civile, nel quale il primo diviene talora secondario o esorbitante»; M. D'Alberti, *Recensione a G. Napolitano, Pubblico e privato nel diritto amministrativo*, in *Riv. trim. dir. pubbl.*, 2004, 239; la stessa opera di G. Napolitano cui si riferisce lo scritto cit.; in ambito privatistico, cfr. P. Perlingeri, *Depatrimonializzazione e diritto civile*, in *Rass. dir. civ.*, 1983, 1 che, significativamente, si interroga sulla tenuta in termini di centralità di quello che è un elemento storicamente portante del diritto privato).

re vicinanza alla dimensione pubblicistica rispetto a quella privatistica¹⁴⁴ proprio perché è forza attiva che esplica i suoi effetti nell'individuazione e nella specificazione del pubblico interesse.

Certo, il quadro di riferimento è ampio ed è offerto dalle riflessioni che, con lungimiranza, hanno espresso dubbi sulla tenuta, nel tempo, di un'impostazione del diritto amministrativo fondata interamente sull'autorità e sulla supremazia dell'amministrazione¹⁴⁵ o che più di recente hanno individuato un nuovo ruolo, in termini (significativamente) di responsabilità, del privato che diventa un «sostituto-sentinella» dell'amministrazione¹⁴⁶, anche attraverso l'applicazione del principio di buona fede¹⁴⁷.

In ogni caso, le osservazioni svolte offrono spunti per una possibile rivisitazione delle indicazioni espresse da una parte della dottrina e della giurisprudenza amministrativa italiana con riguardo alla configurabilità di posizioni procedurali tutelabili al di là della loro qualificazione come diritti o interessi¹⁴⁸.

Potrebbero essere riconsiderate altresì – rispetto ai diritti-poteri di partecipazione – le interpretazioni volte a dequotare il rilievo della disciplina c.d. formale dell'azione amministrativa attraverso l'applicazione estesa della categoria delle irregolarità non invalidanti, nonché le tesi di una generalizzata ammissibilità di una motivazione postuma¹⁴⁹.

Rinviando per la questione dei vizi non invalidanti a quanto già esposto¹⁵⁰, per l'altra deve qui osservarsi che la Corte di giustizia UE si è espressa nel senso che l'obbligo di motivazione deve essere assolto mettendo l'interessato a conoscenza delle ragioni del provvedimento al momento della relativa comunicazione, con

¹⁴⁴ Secondo l'individuazione dei due poli estremi all'interno dei quali si muovono diverse gradazioni, proposta da G. Rossi, *Principi*, cit., 46.; Id., *Metodo giuridico*, cit., 1 ss.

¹⁴⁵ Cfr. le indicazioni di M.S. Giannini, *Amministrazione pubblica*, in *Enc. Delle scienze sociali*, Roma, Treccani, 1991 (ora in *Treccani.it*), paragrafo finale, significativamente intitolato "Quale futuro?", relative alla prospettiva di un'amministrazione per contratti e con pochi e definiti poteri; o le aspirazioni di F. Benvenuti, *Il nuovo cittadino*, cit., verso la partecipazione e, per usare il titolo di un suo scritto, *Per un diritto amministrativo paritario* (cit.). Cfr. M. Bombardelli, *Decisioni e pubblica amministrazione*, cit.; E. Giardino, *La plurilateralità*, cit.

¹⁴⁶ F. Fracchia, P. Pantalone, *La fatica di semplificare*, cit., 67.

¹⁴⁷ Merita di essere altresì richiamato come le letture del nuovo millennio si spingono nell'analisi ed applicazione delle categorie privatistiche fino a toccare le tradizionali fondamenta del diritto amministrativo: significativa l'impostazione dell'interesse legittimo come diritto di credito verso l'amministrazione in L. Ferrara, *Dal giudizio di ottemperanza al processo di esecuzione: la dissoluzione del concetto di interesse legittimo nel nuovo assetto della giurisdizione amministrativa*, Milano, 2003.

¹⁴⁸ Cfr. la posizione espressa da Cons. Stato, A.P., 18 aprile 2006, n. 6, con commento critico di M. Occhiena, *Diritto di accesso, sua "natura camaleontica" e adunanza plenaria 6/2006*, in *Foro it.*, 2006, III, 378 ss.

¹⁴⁹ Cfr. le note critiche condivisibilmente mosse all'art. 21-*octies*, legge n. 241/1990, anche nella prospettiva comunitaria oltre che costituzionale, da F. Fracchia, M. Occhiena, *Teoria dell'invalidità dell'atto amministrativo*, cit. È significativo che il decreto-legge n. 76/2020 ha ristretto l'applicabilità dell'istituto, escludendo l'espressamente per il preavviso di diniego (peraltro, novellato e rafforzato nel suo rilievo, cfr. *supra*, nota 133) con modifica dell'art. 21-*octies* cit.

¹⁵⁰ Cfr. *supra*, § 3.

esclusione della possibilità che esse siano estrinsecate in corso di giudizio¹⁵¹. Unica apertura sul piano sostanziale riguarda il fatto che la disponibilità per l'interessato dell'informazione sui motivi della decisione possa ricavarsi dal contesto dell'attività svolta dall'amministrazione, il che sposta l'attenzione sul diverso problema della conoscenza effettiva e della accessibilità della relativa documentazione¹⁵².

Anche volendo ricorrere ad una soluzione attenta all'equilibrio fra forma e sostanza, tenendo conto del principio di lealtà, dei caratteri di tempestività e completezza dell'informazione e della garanzia dell'effettività della possibilità per il pubblico interessato di apportare il proprio contributo, dovrebbe ritenersi che una motivazione postuma in materia di V.I.A. sia da escludere tutte le volte in cui un simile comportamento dell'amministrazione frustra la funzione della motivazione stessa o produca elusione o esclusione dell'applicazione delle norme sulla partecipazione o sull'informazione o ancora abbia l'effetto di ridurne l'effettiva tutela¹⁵³.

In proposito, è immediato rilevare, sotto il profilo funzionale, che la centralità, nella Convenzione di *Aarhus*, dell'informazione del pubblico sia basata sull'esigenza di attivare l'attenzione sulla decisione anche in termini di controllo politico-democratico, il che non si realizza se la motivazione non è fornita contestualmente all'adozione del provvedimento e diventa solo eventuale.

Analogamente, elude o frustra la partecipazione una motivazione postuma che utilizzi dati non messi nella disponibilità del pubblico o contraddica elementi discrezionali manifestati nel corso dell'istruttoria.

Per concludere queste ipotesi meramente esemplificative, data l'ampiezza della legittimazione alla tutela giurisdizionale di cui si è detto, una motivazione assente o, più concepibilmente, incompleta mina le premesse stesse della leale collaborazione del pubblico interessato in quanto incide sulla possibilità di valutare, ai fini della tutela, la tenuta delle ragioni della decisione.

In altri termini, la motivazione in materia di V.I.A. incide sui valori che sono alla base della relativa disciplina procedimentale; le ipotesi di omessa o insufficiente motivazione sono presupposto della motivazione postuma e vanno, quindi, trattate quali violazioni che difficilmente possono ascrivere alla sfera delle regole formali sui singoli atti o comportamenti che portano l'amministrazione alla decisione finale.

Si può, quindi, sostenere che la motivazione postuma in materia *de qua* tendenzialmente non può trovare applicazione, salvo in ipotesi assolutamente mar-

¹⁵¹ Corte giust. UE, Grande Sez., 28 giugno 2005, cause riunite C.189/02, C202/02, C205/02, C206/02, C207/02, C208/02, C213/02, *Dansk Ronindustri* ed a.

¹⁵² Corte giust. UE, Grande sez., 15 aprile 2015, causa C-409/13, che rinvia a numerosi precedenti.

¹⁵³ Con argomenti che possono trarsi agevolmente anche da Corte giust. UE, sentenza nella causa C-535/18, cit., con note di G. Tulumello, *La sentenza*, cit. e S. Pitto, *Diritti di informazione*, cit., nonché da Corte giust. UE 28 febbraio 2018, causa C-117/17, cit., annotata da G. Mannucci, *La VIA postuma*, cit.

ginali come ad esempio l'errore materiale che non incide sulla correttezza della soluzione adottata o la mera indicazione di quegli elementi ricavabili dal contesto che sono già presenti e fanno parte della nozione comunitaria di motivazione, in questo ultimo caso sempre a condizione che si tratti appunto di elementi messi effettivamente e tempestivamente a disposizione del pubblico.

La disciplina e le vicende relative alla partecipazione ambientale nella direzione indicata finiscono, dunque, per confrontarsi con i paradigmi, accostandosi a quella dimensione teorica che costituisce un "a priori"¹⁵⁴, sintesi (o, secondo altro approccio, dato costante) rispetto alle relazioni frutto della variabilità delle esperienze umane, in un processo di validazione al quale concorre anche l'apporto del metodo essenziale e gradualista¹⁵⁵.

Su tali premesse, emerge la prospettiva di una ricerca che verifichi, pur nella diversità e frammentazione delle discipline, se la compartecipazione del pubblico interessato al potere secondo quanto individuato con riferimento ai procedimenti di V.I.A. possa ritenersi carattere proprio di ogni procedimento che richieda una tempestiva e completa informazione ed un obbligo di motivazione inteso anche come necessaria risposta alle indicazioni degli interventori, ammettendo la giustiziabilità delle relative posizioni giuridiche procedurali in quanto distinte dagli altri interessi.

Sono state rilevate le difficoltà di coinvolgere il pubblico interessato, quando il suo intervento deve essere garantito quanto meno in potenza e quindi non è sufficiente predisporre meccanismi di diffusione dell'informazione finale nella dimensione globale della rete, ma occorre invece costruirli in termini di ragionevole e non eccessivamente difficoltosa accessibilità alla precoce notizia secondo la particolarità che solo il livello locale può esprimere.

Ciò, come si è visto, può persino neutralizzare l'indubbia efficacia delle *Information and Communication Technologies* (ICT), se sono utilizzate solo per una parte delle procedure, restando da chiedersi, sul piano dell'efficacia, se non

¹⁵⁴ Nel senso di rappresentare categorie, sistemi, paradigmi che dialogano fornendo criteri di analisi e catalogazione con valore ordinante per gradazioni e assimilazioni che, tuttavia, possono essere tali solo se riferiti ad un insieme di relazioni che viene fermato in una particolare e definita dimensione spazio temporale, formando un oggetto di analisi altrimenti transeunte nella dimensione caotica propria dell'eterno cambiamento dovuto alla crescente complessità sociale che costituisce, attualmente, la base dell'esperienza giuridica. L'interrogativo da porsi riguarda dunque gli "a priori" che non sono contraddetti dal divenire fenomenico, ma costituiscono la misura di quelle invarianti dell'agire umano (come il potere) rispetto alle quali il dato positivo e quello sociale si confrontano, sono cioè gli strumenti di riconoscimento dell'appartenenza dei fatti e degli atti ad un insieme (quello del diritto, piuttosto che quello della sociologia o dell'arte). Sia consentito questo fugace riferimento a questioni di teoria generale, deferente verso quanti se ne occupano, giustificato nella sua essenzialità dall'esigenza che la parte finale di ogni lavoro rappresenti una provocazione verso ulteriori riflessioni.

¹⁵⁵ Sull'utilità di tale metodo e per una sua articolata proposta cfr. G. Rossi, *Metodo giuridico e diritto amministrativo: alla ricerca di concetti giuridici elementari*, in *Dir. pubbl.*, 2004, 1, 9 ss.; Id., *Potere amministrativo e interessi a soddisfazione necessaria. Crisi e nuove prospettive del diritto amministrativo*, Torino, 2011, 85 ss.

sia anche necessario misurarle con la diffusione e l'accessibilità locale quando esistono *deficit* territoriali in tal senso.

Significativa al riguardo la vicenda relativa al pubblico dell'isola greca di Ios e la valutazione che la Corte ha dovuto effettuare in ordine alla garanzia dell'effettività della precoce e completa informazione. Una valutazione che, seppur con rinvio anche all'indagine del giudice nazionale, si rivolge all'accessibilità della sede amministrativa depositaria dei dati rilevanti rispetto ad una comunità locale ristretta (due isole poco distanti, ma il problema diventano i collegamenti) e alla diffusione di un quotidiano, anche esso locale, sul quale è stata pubblicata la notizia dell'avvio della procedura.

Se la sparuta popolazione di Ios non è messa in condizione di attivarsi, la tutela ambientale subisce un *vulnus*, né la rete, né le formazioni sociali (organizzazioni non governative), possono essere ritenute a priori in grado di garantire la corretta gestione dell'interesse¹⁵⁶.

È un *bug* proprio della convenzione di *Aarhus* e quindi dell'attuazione comunitaria tramite Direttive lasciare ancora aperto qualche *deficit* nel coordinamento fra gli strumenti del diritto internazionale, quelli degli ordinamenti sovranazionali che tentano di superare i sovranismi che ostacolano la soluzione dei problemi dello sviluppo sostenibile (come fa meritoriamente l'Unione Europea), e in generale quelli degli stati che aderiscono lealmente a realtà aggregative sovranazionali.

Non c'è una corte internazionale per garantire la centralità che la convenzione di *Aarhus* assegna al pubblico¹⁵⁷ (né per i reati ambientali), così come la Direttiva V.I.A. non riesce ad intervenire né per indicare l'allocazione delle funzioni ottimale per garantire una ragionevole attesa di partecipazione, né per determinare i criteri di definizione dell'interesse rilevante che giustifica l'accesso a quella partecipazione ed a quella tutela giurisdizionale che deve, tuttavia, essere effettiva.

Anche la disciplina comunitaria a valle della convenzione di *Aarhus* risente, dunque, di quella problematicità derivante dalla frammentazione delle procedure e dalla mancanza di un riferimento generale che è stato avvertito in relazione agli ambiti dell'*adjudication* comunitaria¹⁵⁸.

Una situazione che suscita perplessità ed interrogativi in chi coglie, ancora in materia ambientale, il problema della doppia responsabilità – internazionale e verso l'UE – degli Stati membri ed in particolare dei loro Parlamenti e che purtroppo

¹⁵⁶ Cfr. Corte giust. UE, sentenza nella causa C-280/18, *Flausch ed a.*, cit.

¹⁵⁷ Il tema è risalente: cfr. A. Postiglione, *Giustizia e ambiente globale: necessità di una corte internazionale*, Milano, 2001. Ci si muove in quella dialettica fra separazione e condivisione che muove i processi di globalizzazione secondo S. Cassese, *I tribunali di babilonia. I giudici alla ricerca di un nuovo ordine globale*, Roma, 2007.

¹⁵⁸ Si rinvia all'interessante lavoro in Aa.Vv., *I procedimenti amministrativi di adjudication*, a cura di G. Della Cananea, M. Conticelli, cit. Cfr. pure la risoluzione del Parlamento europeo del 9 giugno 2016 per un'amministrazione aperta, efficace e indipendente 2016/2610(RSP). Il richiamo all'art. 41 CED appare obbligato.

(nel senso che ciò può indicare ancora una situazione di incertezza sull'espansione della dimensione eurounitaria) devono essere risolti primariamente non dal livello UE o da quello internazionale, ma innanzitutto da quello statale¹⁵⁹.

Non si tratta, evidentemente, di condividere conclusioni o timori, ma di osservare come a fronte dell'indubbia difficoltà degli Stati a dare risposta alle problematiche derivanti da un mercato che è molto avanti nei processi di internazionalizzazione, manca ancora un assetto sovra-statale in grado di governare in maniera soddisfacente gli interessi ambientali¹⁶⁰.

È vero che l'intervento della Corte di Lussemburgo a seguito di rinvio pregiudiziale è strumento significativo ed efficace sotto diversi profili: sul piano della singola vicenda, su quello più generale dell'implementazione dell'applicazione del diritto comunitario, data la particolare portata giuridica delle sue decisioni, ed ancora nella ricerca di un dialogo fra enti diversi che possa fare da supporto condiviso alla protezione di interessi comuni¹⁶¹.

Tuttavia, si tratta di un contributo alla dimensione eurounitaria dell'auspicata governance globale dell'ambiente¹⁶², mentre quest'ultima non riesce ancora ad imporsi efficacemente; inoltre, l'azione in giudizio, le procedure e gli interessi mostrano nessi e componenti che rimangono dipendenti dal dialogo fra il level-

¹⁵⁹ Cfr. J. Reichel, *Judicial control*, cit., it., 87, che conclude i propri interrogativi con l'affermazione «*the task facing national parliaments today is to start defining what their future role in the Europeanised as well as the globalised legal order will be*».

¹⁶⁰ Probabilmente questa difficoltà è legata anche al tentativo degli operatori economici del c.d. mercato globale di sottrarsi ai meccanismi di regolazione che comportano riduzioni dei margini di profitto (a prescindere se essi siano espressi da una dimensione statale o sovranazionale) e ad avvantaggiarsi dei disequilibri territoriali che, a volte, comportano vantaggi competitivi basati anche sulla negazione o sul parziale riconoscimento dei diritti umani, non solo quelli riferibili ai lavoratori, in quanto la loro tutela implica pur sempre la necessità per le autorità preposte di rinvenire le risorse finanziarie necessarie e di imporre sistemi di redistribuzione e solidarietà che a loro volta possono integrare “responsabilità sociale” e costi per le imprese.

¹⁶¹ Per richiamare un ruolo che S. Cassese, *I tribunali di babele*, cit. riferisce ai corpi giudiziari.

¹⁶² Sul tema cfr. Aa.Vv., *La governance globale dell'ambiente*, a cura di G. Cordini, A. Postiglione, Canterano, 2018. Il tema del diritto globale, in particolare del diritto amministrativo globale, si è ampiamente e significativamente sviluppato nella prospettiva aperta da S. Cassese e contenuta, fra gli altri scritti, in S. Cassese, *La crisi dello Stato*, Roma-Bari, 2002; *Lo spazio giuridico globale*, Roma-Bari, 2003 e *Oltre lo Stato*, Roma-Bari, 2006. Sul suo lavoro e sulle evoluzioni che suggerisce, cfr. S. Battini, G. D'Auria, G. Della Cananea, C. Franchini, A. Massera, B.G. Mattarella, G. Napolitano, A. Sandulli, L. Torchia, G. Vesperini, *Il diritto amministrativo oltre i confini. Omaggio degli allievi a Sabino Cassese*, Milano, 2008. Sugli sviluppi, nell'ampia letteratura sul tema, cfr. Aa.Vv., *Global standards for public authorities*, a cura di G. della Cananea, A. Sandulli, Napoli, 2012; G. della Cananea, *Al di là dei confini statuali. Principi generali di diritto pubblico globale*, Bologna, 2009; Id., *Beyond the State: the Europeanization and globalization of procedural administrative law*, in *European Public Law* (9), 2003, n. 4, 563 ss.; S. Battini, *Amministrazioni nazionali e controversie globali*, Milano, 2007; Id., *Amministrazioni senza stato. Profili di diritto amministrativo internazionale*, Milano, 2003; M. D'Alberty, *Poteri pubblici, mercati e globalizzazione*, Bologna, 2008; Id., *Comparazione giuridica, diritto europeo e diritto globale*, in Aa.Vv., *Il diritto che cambia. Liber amicorum Mario Pilade Chiti*, a cura di G. della Cananea, C. Franchini, Napoli, 2016, 179 ss.; R. Ferrara, *Il posto del diritto amministrativo: fra tradizione e globalizzazione*, in Aa.Vv., *Dalla cittadinanza amministrativa alla cittadinanza globale*, a cura di R. Ferrara, A. Romano Tassone, F. Mangano, Milano, 11 ss.

lo sovra-nazionale, gli Stati, la dimensione locale, i soggetti del pluralismo sociale, gli individui, mostrandosi quindi necessaria una dialettica fra tali soggetti¹⁶³.

Quanto, in particolare, all'accesso alla Corte di Lussemburgo, per quel che concerne il pubblico e quindi un attore di riferimento nei termini esposti, esso è pur sempre mediato in grande parte dal giudice nazionale, con le ovvie conseguenze in termini di certezza, di costi, di tempestività nella cura degli interessi rispetto alla maggiore efficacia che deriverebbe da vincoli, da contenuti procedimentali e da allocazione delle funzioni posti direttamente dalla disciplina dell'Unione.

Esemplificative della complessità delle tensioni richiamate sono anche le recenti modifiche introdotte in Italia riducendo alcuni dei termini per l'esercizio dei poteri partecipativi¹⁶⁴ che, pur con la necessaria prudenza dovuta all'emergenza economica e dando atto della sensibilità verso le esigenze di riforma e dell'utilità di altri interventi rivolti a garantire il principio di tempestività dell'azione amministrativa, appaiono di dubbia centralità, dal momento che incidono sull'intervento di un soggetto protagonista secondo l'impostazione della Convenzione di Aarhus, con il rischio di creare un ostacolo alla partecipazione sulla cui compatibilità con l'ordinamento sovranazionale, specie in prospettiva di riacquisita stabilità, potrebbe discutersi¹⁶⁵.

Analoghe riflessioni critiche potrebbero farsi in ordine alla possibilità di deroga alle procedure di dibattito pubblico per le grandi opere infrastrutturali e di architettura di rilevanza sociale, aventi impatto sull'ambiente, sulle città o

¹⁶³ Sollecitata da F. Fracchia, *Sovranismi, globalizzazione e diritto amministrativo: sull'utilità di un approccio dialogante e a più dimensioni*, in *Federalismi.it*, 17, 12 settembre 2018.

¹⁶⁴ Per la verifica di assoggettabilità da 45 a 30 giorni, per la V.I.A. in provvedimento unico regionale da 60 a 30 giorni. Le modifiche sono state introdotte con l'art. 50, decreto-legge n. 76/2020.

¹⁶⁵ I dubbi riguardano soprattutto l'utilità, quantitativa e qualitativa, rispetto all'intento acceleratorio, manifestazione della recente «ossessione per il tempo procedimentale» (Così F. Fracchia, P. Pantalone, *La fatica di semplificare*, cit., 35.), specie se si riflette come, in genere, l'allungamento dei tempi non dipende dai termini (decadenziali) imposti al pubblico, bensì da quelli previsti per l'amministrazione. Rispetto all'attività di quest'ultima non sembra, fino ad oggi, avere avuto effetto decisivo la previsione di possibili responsabilità da ritardo (risarcitoria, indennitaria e disciplinare), non venendo meno, invece, come noto e per consolidate e valide ragioni, il potere di procedere e di decidere. Anzi, la recente attenuazione ai casi di sola colpa grave della responsabilità amministrativo-contabile (a tempo, ma con spinte a consolidare la relativa sperimentazione) sembra mostrare che il legislatore non è convinto che l'efficienza possa essere stimolata dal timore dell'insorgere di responsabilità personale in capo agli addetti. Sotto quest'ultimo profilo, peraltro, appaiono utili gli strumenti offerti dalla perentorietà dei termini (previsione più volte ripetuta; cfr., in maniera complessiva, l'art. 27 co. 8 decreto legislativo n. 152/2006), dall'applicazione della disciplina sul potere sostitutivo previsto dall'art. 2 della legge sul procedimento amministrativo, dalle restituzioni in favore del proponente in ipotesi di ritardo nella decisione pubblica (per le spese di istruttoria, la restituzione del 50% a seguito di violazione dei termini da parte dell'amministrazione è prevista dall'art. 25, co. 2-ter, decreto legislativo n. 152/2006, introdotto dall'art. 20 co. 1, decreto-legge n. 77/20221; da ciò può derivare responsabilità disciplinare e amministrativo-patrimoniale), dalle decadenze imposte allo stesso proponente ove non rispetti i termini, anche per lui perentori, per le integrazioni documentali (cfr., ad esempio, gli artt. 23 co. 3, decreto legislativo n. 152/2006, come integrato dall'art. 21 co. 1 lett. a, e 25 co. 5 e 7, decreto-legge n. 77/2021).

sull'assetto del territorio, sino al 31 dicembre 2023¹⁶⁶, introdotta quale istituto di "semplificazione" nell'ambito delle politiche di contrasto all'emergenza covid-19 con normativa che, oltre ad arrecare un *vulnus* alla tutela degli interessi ambientali e differenziati, fra l'altro, non sembra fare tesoro dell'esperienza TAV in ordine ai rallentamenti derivanti dalla mancanza di un significativo e continuo dialogo con le popolazioni interessate.

D'altra parte, il legislatore italiano, sia pure rinviando ad una norma secondaria, si è mosso apprezzabilmente anche nel senso opposto, prevedendo che per le opere pubbliche di particolare complessità o di rilevante impatto di cui al recente decreto sulla *governance* del PNRR sia possibile ampliare le ipotesi di ricorso al dibattito pubblico¹⁶⁷.

Tali tensioni, data la centralità delle politiche in ambito ambientale, a maggior ragione nella prospettiva delle consapevolezze sollecitate dal quadro emergenziale anche in termini di riconoscimento della necessità di un rafforzamento del ruolo dell'Unione Europea, rendono auspicabile un intervento normativo di quest'ultima volta a consolidare l'*acquis* offerto dalla stessa giurisprudenza comunitaria¹⁶⁸, definendo quei contenuti sostanziali e procedurali che possono, con una disciplina di maggior dettaglio, ovviare anche ai problemi di effettività ed efficacia della tutela che sono stati osservati in materia di partecipazione.

Tanto più che la qualificazione delle prerogative partecipative prospettata con le riflessioni svolte potrebbe offrire all'Europa, proprio nelle sfide poste dalla transizione ecologica e dall'economia circolare, quel contributo in termini di esercizio diretto della sovranità utile non solo ad implementarne il tasso di democraticità, ma anche a creare quella continuità fra le sue istituzioni ed i cittadini che è necessaria a fare della prima uno stato e di questi ultimi un popolo.

¹⁶⁶ Cfr. art. 8, co. 6-*bis*, decreto-legge n. 76/2020.

¹⁶⁷ «Con decreto del Ministro delle infrastrutture e della mobilità sostenibili, adottato su proposta della Commissione nazionale per il dibattito pubblico di cui all'articolo 22, comma 2, del decreto legislativo 18 aprile 2016, n. 50» (art. 46 decreto-legge n. 77/2021).

¹⁶⁸ Secondo quel processo di circolarità che è proprio del diritto dell'Unione ma è stato osservato con specifico riferimento al ruolo pretorio del giudice amministrativo, cfr. M.S. Giannini, *Discorso generale sulla giustizia amministrativa*, in *Riv. dir. proc.*, 1963, 522 e M. Nigro, *Giustizia amministrativa*, Bologna, 1973, 10. Cfr. sul punto l'originale ricostruzione di P. Grossi, *Ritorno al diritto*, cit., che richiama i Maestri nell'ambito di una teorizzazione diretta a mostrare il valore dell'incertezza giuridica.

La procedura di V.I.A.: alla ricerca della qualificazione delle prerogative partecipative

Il presente contributo ha ad oggetto la qualificazione dei poteri partecipativi nelle procedure di V.I.A. L'analisi normativa e giurisprudenziale (dell'Unione ed interna) rivela una particolare autonomia degli interessi procedimentali dei privati coinvolti. Inoltre, il titolo che dà accesso alla tutela, costituito dalla norma di protezione ambientale, sembra prevalere sugli altri presupposti per l'accoglimento della domanda giudiziale (interesse ad agire e *legitimatio ad causam*).

Dette peculiarità, nel contesto delle riflessioni sulla dimensione procedimentale della decisione pubblica e sulla partecipazione democratica come modalità di esercizio della sovranità popolare, sono indagate per comprendere se in sede di procedimento V.I.A., comparando le facoltà spettanti ai privati con quelle delle amministrazioni che rendono pareri o sono titolari di poteri di intervento, nonché i connessi oneri di motivazione, la partecipazione dei privati possa configurarsi come esercizio del potere pubblico. Infine, sono indagate le ricadute dell'ipotesi formulata in materia di vizi formali e di motivazione postuma, lasciando aperte le prospettive relative alla qualificazione giuridica della partecipazione in altri procedimenti.

The environmental impact assessment procedure: in search of the legal qualification of participatory powers

The paper aims to analyze the issue on the legal qualification of participatory powers in the environmental impact assessment procedures (E.I.A.). The regulatory and jurisprudential analysis (of the Union and internal) reveals a particular autonomy of the procedural interests of the involved individuals. Furthermore, the legal title access to legal protection given by the environmental protection law seems to prevail over the other conditions of the legal suit (i.e. interest in bringing proceedings and s.c. *legitimatio ad causam*). These peculiarities, in the context of the reflections on the procedural dimension of public decision and on democratic participation as a way of exercising popular sovereignty, are investigated to understand whether in the E.I.A. proceeding, the private participation can be configured as an exercise of public power, by comparing the participation faculties of private individuals with those of the administrations that issue opinions or are holders of intervention powers, and the related motivation charges. Moreover, the theoretical consequences are highlighted with regard to formal and procedural flaws and posthumous motivation.

