

Sulla riserva preferenziale di procedimento come strumento di garanzia

di Fulvio Cortese *
(9 gennaio 2018)

(in corso di pubblicazione in *“le Regioni”*, 2018)

1. Nel contesto di un caso complessivamente ‘marginale’ la Corte costituzionale coglie l’occasione per formulare alcune osservazioni di maggiore portata.

Le questioni di legittimità decise dal giudice costituzionale riguardavano la disciplina posta dalla Regione del Veneto in tema di autorizzazione di impianti energetici a biomassa, a biogas e gas di discarica e di processi di depurazione.

In proposito, infatti, l’art. 111 della l.r. 30/2016 introduceva specifiche limitazioni, vuoi nel senso di prescrivere la necessaria osservanza di determinate distanze tra tali impianti e le abitazioni circostanti (comma 2: prima questione), vuoi nel senso di condizionarne comunque l’esercizio all’osservanza delle previsioni urbanistiche sulla rete ecologica (commi 3 e 4: seconda questione) e dei vincoli discendenti dal piano energetico regionale, dal piano regionale di tutela e risanamento dell’atmosfera e, ove presenti, dai piani energetici comunali (comma 5: terza questione).

Oltre a ciò, la normativa in esame fissava un regime transitorio, a tenore del quale, in attesa dell’approvazione di linee guida regionali, avrebbero potuto ambire al titolo abilitativo soltanto coloro che potessero qualificarsi come imprenditori agricoli (comma 7: quarta questione), e rimandava alla Giunta regionale il compito di dettare «provvedimenti esplicativi e di indirizzo» in merito all’applicazione concreta di tutte le nuove disposizioni (comma 8: quinta questione).

Secondo lo Stato, ricorrente in via principale, le limitazioni innovative così stabilite a livello regionale, da un lato (v. la prima, la seconda e la terza questione), si ponevano in contrasto con i principi fondamentali della relativa materia di competenza legislativa concorrente («produzione, trasporto e distribuzionale nazionale dell’energia», ex art. 117, comma 3, Cost.), e segnatamente con il parametro interposto integrato dalla diversa disciplina autorizzatoria di cui ai d.lgs. 387/2003 e 28/2011 (di diretta ed esplicita attuazione di pertinenti direttive europee¹), e alle Linee guida adottate (ex art. 12, comma 10, del d.lgs. 387 cit.) con d.m. 10 settembre 2010²: per lo Stato, in particolare, doveva considerarsi illegittima la possibilità che una Regione introduca divieti o limiti di carattere generale in presenza di un regime autorizzatorio che di principio non li contempla e che, semmai, ammette la sola possibilità di individuare singolarmente aree o siti da qualificarsi come non idonei in seguito ad apposita istruttoria procedimentale, nella quale considerare e contemperare puntualmente tutti gli interessi in gioco.

Sempre secondo lo Stato, poi (v. la quarta questione), le medesime norme si ponevano in conflitto anche con l’art. 3 Cost., dovendosi interpretare come irrispettosa del principio di eguaglianza la restrizione dei soggetti potenzialmente destinatari dell’autorizzazione *de qua* alla sola categoria degli imprenditori agricoli³.

1 La Corte le ricorda espressamente: cfr. la direttiva 2001/77/CE del Parlamento europeo e del Consiglio del 27 settembre 2001 sulla promozione dell’energia elettrica prodotta da fonti energetiche rinnovabili, nel mercato interno dell’elettricità, e la direttiva 2009/28/CE del Parlamento europeo e del Consiglio del 23 aprile 2009 sulla promozione dell’uso dell’energia da fonti rinnovabili, recante modifica e successiva abrogazione delle direttive 2001/77/CE e 2003/30/CE.

2 «Linee guida per l’autorizzazione degli impianti alimentati da fonti rinnovabili» (G.U. 18 settembre 2010, n. 219).

3 La quinta questione concerneva l’invalidità derivata della disposizione (di cui al comma 8 dell’art. 111 cit.)

3. La Corte accoglie alcune soltanto alcune delle questioni sollevate (la prima e la terza). Più precisamente, vengono accolte sia la questione concernente l'illegittimità delle norme sulle distanze, sia quella relativa all'illegittimità della scelta di subordinare il rilascio dell'autorizzazione alla conformità degli impianti con il piano energetico regionale.

Nel primo caso, la sentenza richiama a sostegno un precedente esplicito⁴, pronunciato in un caso analogo⁵, e con ciò ribadisce che, trattandosi di materia di potestà legislativa concorrente, il legislatore regionale non può entrare in conflitto con i principi fondamentali prescritti dal legislatore statale: in altri termini, poiché lo Stato – in diretta esecuzione di direttive europee, come si è ricordato – ha previsto il principio fondamentale della massima diffusione delle fonti di energia rinnovabile, le Regioni non possono introdurre limitazioni o divieti di carattere generale, poiché – come la Corte ha affermato in altre occasioni – una tale opzione rischierebbe di comportare «la modifica, anzi il rovesciamento» del principio stesso⁶. Se è vero che l'esigenza che ispira tali limitazioni o divieti può ben consistere nella necessità di tutelare specifici interessi costituzionalmente rilevanti (la tutela della salute, del paesaggio-ambiente e dell'assetto urbanistico del territorio), allora essa «ha come luogo elettivo di composizione il procedimento amministrativo»⁷; e ciò è quanto è coerentemente previsto dalle Linee guida statali⁸, che «rappresentano un corpo unico con la disposizione legislativa che l[e] prevede e che ad ess[e] affida il compito di individuare le specifiche tecniche che mal si conciliano con il contenuto di un atto legislativo e che necessitano di applicazione uniforme in tutto il territorio nazionale»⁹.

La verifica dell'aperto contrasto con le medesime Linee guida giustifica anche la dichiarazione di illegittimità delle disposizioni regionali che richiedevano la conformità con il piano energetico regionale: la disciplina di principio in esse dettata dallo Stato prevede espressamente che la mancanza di conformità non precluda automaticamente l'avvio del procedimento autorizzatorio e il rilascio del relativo titolo. Anche a tale riguardo, pur in assenza di un'argomentazione articolata sul punto, sembra di capire che la Corte non consideri, ai fini della risoluzione della questione, il mero dato del conflitto tra norma statale di principio e norma regionale, bensì il fatto che quel conflitto è animato dalla presenza, nel contesto della disciplina regionale sottoposta al suo vaglio, di automatismi decisionali idonei ad escludere qualsiasi valutazione procedimentale circostanziata.

Vengono, invece, rigettate le altre questioni. Viene rigettata la seconda, poiché secondo la Corte il legislatore regionale, nel prescrivere la compatibilità dell'impianto con la disciplina

che prevedeva il potere della Giunta regionale di formulare indicazioni concrete sull'applicazione della nuova disciplina (di cui ai commi 2, 3, 4, 5 e 7), e ciò – per l'appunto – in conseguenza della parziale o totale illegittimità di quest'ultima, per le ragioni ora brevemente riassunte.

4 Cfr. Corte cost., 30 gennaio 2014, n. 13, in questa *Rivista*, 2014, 783.

5 Relativo alla l.r. Campania 11/2011, recante «Disposizioni urgenti in materia di impianti eolici», che prescriveva proprio l'osservanza di distanze specifiche per la installazione di nuovi aerogeneratori.

6 Così Corte cost., 11 ottobre 2012, n. 224 (in questa *Rivista*, 2013, 245), erroneamente utilizzata dalla difesa regionale per sostenere la tesi opposta.

7 V. punto 6.1 del Considerato in diritto.

8 La Corte ne riprende testualmente un passaggio, estratto dal paragrafo 17.1: «l'individuazione della non idoneità dell'area è operata dalle Regioni attraverso un'apposita istruttoria avente ad oggetto la ricognizione delle disposizioni volte alla tutela dell'ambiente, del paesaggio, del patrimonio storico e artistico, delle tradizioni agroalimentari locali, della biodiversità e del paesaggio rurale che identificano obiettivi di protezione non compatibili con l'insediamento, in determinate aree, di specifiche tipologie e/o dimensioni di impianti, i quali determinerebbero, pertanto, una elevata probabilità di esito negativo delle valutazioni, in sede di autorizzazione» (v. sempre al punto 6.1 del Considerato in diritto).

9 V. punto 3 del Considerato in diritto, laddove la Corte richiama, a sostegno, anche la sentenza 20 aprile 2012, n. 99 (in questa *Rivista*, 2012, 1042), in cui aveva già ribadito come le Linee guida in questione siano da ricondursi ai principi fondamentali dai quali, in sede di esercizio della loro potestà legislativa concorrente, le Regioni non possono discostarsi.

urbanistica concernente la rete ecologica, non ha fatto altro che richiamare uno strumento contemplato dalle politiche europee e dai relativi atti nazionali di attuazione¹⁰, i quali ammettono pacificamente l'ammissibilità di una «valutazione di incidenza, volta all'esame delle interferenze di piani, progetti e interventi che, non essendo direttamente connessi alla conservazione degli habitat e delle specie caratterizzanti i siti stessi, possono condizionarne l'equilibrio ambientale»¹¹.

Viene, inoltre, rigettata anche la quarta questione, sull'asserita violazione dell'art. 3 Cost., poiché, a giudizio della Corte, non solo la delimitazione dei soggetti che possono accedere al nuovo regime abilitativo regionale nel novero dei soli imprenditori agricoli a titolo principale, inserendosi nel periodo transitorio di sospensione della relativa disciplina (in attesa delle linee guida regionali), costituisce un'eccezione che in concreto amplia la possibilità di accedere all'autorizzazione (ed è così «in linea con il *favor* per le fonti rinnovabili»), ma anche «la finalizzazione della produzione di energia all'attività agricola, implicita nella qualità del richiedente, costituisce un'adequata giustificazione del diverso trattamento»¹².

Il rigetto della quinta, e ultima, questione è conseguenza del *decisum* relativo alle altre: «una volta eliminate le disposizioni dichiarate costituzionalmente illegittime, la funzione attribuita alla Giunta [quella, cioè, di dare indicazioni di attuazione circa la nuova disciplina, n.d.r.] non è a sua volta lesiva dei principi fondamentali della materia, al pari delle disposizioni da applicare»¹³.

4. Di questa decisione e della sua motivazione, in larga parte molto prevedibili in quanto corrispondenti ad una giurisprudenza già collaudata¹⁴, il profilo che desta maggiore interesse, e che dunque merita una segnalazione, concerne il modo con cui la Corte si sofferma sulla prima (e in parte sulla seconda, anche se meno esplicitamente) delle questioni affrontate: ovvero sull'impossibilità, per la Regione, di prevedere divieti o limitazioni di carattere generale a fronte di un principio fondamentale di massima diffusione delle fonti di energia rinnovabile e di una disciplina statale che, in coerenza con tale principio, prevede che le eccezionali, ed opposte, necessità di garanzia di interessi costituzionalmente rilevanti e con quel principio eventualmente confliggenti trovino spazio nelle valutazioni che l'amministrazione deve poter compiere caso per caso all'interno di un procedimento amministrativo.

Il passaggio va segnalato perché può qualificarsi come significativo da due diversi punti di vista.

4.1 Innanzitutto occorre evidenziare che la statuizione sul necessario rispetto di un approccio procedimentale non è esclusivamente connessa alla sola previa ricognizione del carattere fondamentale di quel medesimo approccio nella legislazione statale di riferimento. La Corte, cioè, non si limita a rinvenire il dato della necessaria proceduralizzazione (e quindi del carattere doverosamente espresso e trasparente)

10 Il rinvio è alla direttiva 92/43/CEE del Consiglio del 21 maggio 1992, relativa alla conservazione degli habitat naturali e seminaturali e della flora e della fauna selvatiche, minacciati o rari a livello comunitario, nonché, sul piano dell'attuazione nazionale, al d.p.r. 8 settembre 1997, n. 357 («Regolamento recante attuazione della direttiva 92/43/CEE relativa alla conservazione degli habitat naturali e seminaturali, nonché della flora e della fauna selvatiche»), poi integrato dal d.p.r. 12 marzo 2003, n. 120 («Regolamento recante modifiche ed integrazioni al decreto del Presidente della Repubblica 8 settembre 1997, n. 357, concernente attuazione della direttiva 92/43/CEE relativa alla conservazione degli habitat naturali e seminaturali, nonché della flora e della fauna selvatiche»).

11 V. punto 9.1 del Considerato in diritto.

12 V. punto 14.1 del Considerato in diritto.

13 V. punto 15 del Considerato in diritto.

14 Cfr. il precedente ripreso dalla stessa Corte e cit. *supra* a nt. 4.

delle valutazioni concernenti la tutela della salute, del paesaggio-ambiente e dell'assetto urbanistico del territorio nel contesto di ciò che nella legislazione statale deve ritenersi principio fondamentale perché così configurato in quella sede normativa, ossia dal parametro interposto invocabile nella fattispecie¹⁵.

In quest'ultimo caso, la Corte sottolinea che la procedimentalizzazione – meglio: che la «struttura del procedimento amministrativo [...] in attuazione dei principi di cui all'art. 1 della legge 7 agosto 1990, n. 241»¹⁶ – rappresenta comunque la *scelta ideale* per operare una composizione tra diversi interessi costituzionalmente rilevanti e per farlo, specificamente, nel rispetto dei principi di cui all'art. 97 Cost.: «Viene in tal modo garantita, in primo luogo, l'imparzialità della scelta, alla stregua dell'art. 97 Cost., ma poi anche il perseguimento, nel modo più adeguato ed efficace, dell'interesse primario, in attuazione del principio del buon andamento dell'amministrazione, di cui allo stesso art. 97 Cost. In definitiva viene in tal modo garantito il rispetto del principio di legalità – anch'esso desumibile dall'art. 97 Cost. – in senso non solo formale, come attribuzione normativa del potere, ma anche sostanziale, come esercizio del potere in modo coerente con la fonte normativa di attribuzione. Difatti, a chiusura del sistema, vi è la possibilità di sottoporre le scelte compiute e le relative modalità di adozione al vaglio giurisdizionale»¹⁷.

È chiaro che, così motivando, soffermandosi in modo tanto puntuale sulle *virtù costituzionali* del procedimento, la Corte ha voluto soprattutto rispondere alle tesi che la Regione aveva esposto nella sua difesa, e che si trovano riassunte nel «Ritenuto in fatto» della sentenza: «La sede della ponderazione di tali interessi non può [...] essere individuata nel procedimento autorizzatorio, creando la regola caso per caso, in quanto spetta alla legge statale e a quella regionale, nei limiti di rispettiva competenza, porre limiti ragionevoli che orientino l'azione dell'amministrazione. Diversamente, si darebbe luogo a discriminazione, con danno per l'interesse pubblico e il buon andamento dell'amministrazione, e pregiudizio per la certezza del diritto»¹⁸. È altrettanto chiaro, però, che, proprio considerando il senso della diversa, e antitetica, argomentazione di matrice regionale, le affermazioni svolte dalla Corte in merito alla necessità della previsione del procedimento amministrativo suonano come lo stabilimento di una sorta di naturale, *preferenziale*, riserva costituzionale a favore di uno spazio di amministrazione aperta e partecipata, con prevalenza, dunque delle istanze di imparzialità e di buon andamento su quelle di omogeneità e di prevedibilità¹⁹.

Ci troviamo di fronte, dunque, ad una delle ipotesi in cui la Corte è arrivata a confermare, sia pur da una prospettiva peculiare (inaugurata, per vero, sin dalla celebre pronuncia n. 13/1962²⁰, ma poi variamente soggetta a letture restrittive, se non apertamente negative²¹), che esiste in Costituzione un principio del *giusto procedimento*, e che la sua piena esplicazione va garantita non solo quando si tratti di predeterminare un presidio utile all'esercizio del diritto di difesa dei destinatari di uno specifico provvedimento²² – aspetto,

15 Così, ad esempio, è avvenuto nel precedente, già citato, di cui a Corte cost., n. 13/2014.

16 V. al punto 6.1 del Considerato in diritto.

17 *Ibidem*.

18 Così al punto 9.1 del Ritenuto in fatto.

19 E, forse, con superamento delle 'storiche' letture negative sulla configurabilità, nella disciplina costituzionale, di riserve di amministrazione. In argomento v. D. VAIANO, *La riserva di funzione amministrativa*, Milano, 1996, nonché S. SPUNTARELLI, *L'amministrazione per legge*, Milano, 2007, in part. 271 ss.

20 Corte cost., 2 marzo 1962, n. 13, in *Giur. cost.*, 1962, 130 ss., con nota di V. CRISAFULLI, *Principio di legalità e "giusto procedimento"*.

21 Cfr., per tutti, l'analisi diffusa e dettagliata di L. BUFFONI, *Il rango costituzionale del giusto procedimento e l'archetipo del processo*, in *Quad. cost.*, 2009, 277 ss.

22 Cfr., ad esempio, le note pronunce in tema di *spoils system*: Corte cost., 23 marzo 2007, nn. 103 e 104 (commentate, in questa Rivista, 2007, 836 ss., da F. MERLONI, *Lo spoils system è inapplicabile alla*

quest'ultimo, che è senz'altro affacciato anche nella pronuncia in commento²³ – ma anche quando si debba spingere l'amministrazione a prendere in doverosa considerazione una pluralità di interessi, tutti costituzionalmente rilevanti e capaci di condizionarne l'operato²⁴.

4.2 Va quindi rimarcato che questa interpretazione si pone anche in linea di parziale continuità con l'impostazione, ormai consolidata, che la Corte ha assunto dinanzi a previsioni legislative che contemplavano ipotesi di silenzio-assenso a fronte di decisioni implicanti necessariamente valutazioni discrezionali complesse.

Il caso più conosciuto e interessante, sul punto, e invero il più appropriato²⁵, è quello relativo alla dichiarazione di illegittimità costituzionale dell'art. 16 della l. 17 febbraio 1992, n. 179 (in tema di silenzio-assenso circa l'approvazione regionale dei programmi integrati di intervento), impugnato da alcune Regioni.

Anche in quella sede, infatti, la Corte ha voluto stigmatizzare il ricorso ad istituti capaci di dare vita a fattispecie ipoteticamente 'complete' e 'autosufficienti' nella stessa loro predeterminazione legislativa, ossia nelle quali il doveroso intervento, anche in chiave istruttoria, di amministrazioni e di organi preposti alla tutela di determinati interessi rischiava di configurarsi quale mera eventualità; ed anche in quell'occasione il giudice costituzionale – pur non potendo evocare direttamente il relativo parametro – ha argomentato in termini di razionalità della soluzione opposta – nel caso rispettosa delle prerogative regionali – e di sua piena compatibilità con il principio di buon andamento²⁶.

Ciò che, tuttavia, sembra importante segnalare è che la continuità tra questi due distinti 'blocchi' di giurisprudenza – quello da ultimo rammentato e quello rappresentato dalla sentenza qui annotata – suggerisce che la Corte costituzionale, più che al procedimento in sé e per sé considerato, guarda con particolare attenzione e favore a *ciò che il*

dirigenza professionale: dalla Corte nuovi passi nella giusta direzione (commento alle sentenze n. 103 e 104 del 2007), e da S. DE GÖTZEN, Il bilanciamento tra spoil system e principio di distinzione tra politica e amministrazione nella dirigenza regionale).

23 In forza del richiamo alla possibilità dell'impugnativa giurisdizionale, dischiusa, per l'appunto, dall'esistenza di un provvedimento adottato al termine di una sequenza procedimentale.

24 Queste due diverse proiezioni – o declinazioni – del giusto procedimento costituiscono una caratteristica assai frequente dell'affermazione del principio e dei contesti in cui essa avviene, tanto dall'essere usualmente considerate, anche dal punto di vista teorico-generale, alla stregua di vere e proprie invarianti: v., sul punto, e recentemente, G. DELLA CANANEA, *Due Process of Law Beyond The State. Requirements of Administrative Procedure*, Oxford, 2016, 85 ss.

25 Cfr. Corte cost., 10 ottobre 1992, n. 393. Ma v. anche Corte cost., 27 aprile 1993, n. 194; 13 novembre 1992, n. 437; 1° luglio 1992, n. 307; 10 marzo 1988, n. 302. Meno calzante può essere il richiamo al caso, più recente, deciso da Corte cost., 9 luglio 2014, n. 209 (in questa *Rivista*, 2015, 409), in cui l'illegittimità della norma (in quella vicenda, regionale) sul silenzio-assenso sembra essere derivata esclusivamente dal fatto che il suo contenuto si discostava da parametri statali di necessaria osservanza.

26 V. sempre Corte cost., n. 393/1992 cit., in particolare, al punto 6 del Considerato, che è opportuno riprodurre nella sua interezza: «I risultati operativi del nuovo strumento territoriale appaiono *in contrasto con le esigenze di un razionale uso del territorio*, con possibilità di interventi indiscriminati, *non confortati dall'assistenza di meccanismi diversificati e di organi tecnici*, con conseguenti limitazioni della stessa potestà di annullamento dell'atto concessivo, *non accompagnato nella formazione e nell'azione di adeguate misure di riscontro*. È da rilevare, inoltre, che i commi quinto e sesto dell'art. 16 della l. n. 179 del 1992 consentono una deroga molto ampia ai preesistenti limiti planovolumetrici; contravvenendosi così ancora al principio, posto dall'art. 4, primo comma, della l. n. 10 del 1977, espressione di lunga prassi normativa, della conformità della concessione agli strumenti urbanistici. La possibilità che il programma integrato determini le modificazioni di precedenti previsioni urbanistiche, con l'impiego di procedimento eventuale ed elastico di garanzia (quarto comma dell'art. 16), si pone come ulteriore causa di alterazione del quadro dei rapporti tra competenze attribuite alle regioni ed agli enti locali nel vigente sistema di programmazione urbanistica, nelle sue articolazioni territoriali e di settore. Risulta chiara l'*irrazionalità ed il contrasto della normativa che la produce col principio di buon andamento* della pubblica amministrazione, considerata anche la già detta mancanza del diversificato contributo degli organi e uffici competenti in base alle norme generali» (corsivi aggiunti).

procedimento consente razionalmente di fare, vale a dire alla necessità che in taluni casi (laddove vengano in gioco interessi di diretta e chiara rilevanza costituzionale) vi sia un'area ben delimitata e protetta per l'espressione, il più possibile consapevole e 'completa' (nel senso di adeguata e partecipata), delle valutazioni discrezionali dell'amministrazione.

Così tralasciata, anche quest'ultima pronuncia manifesta e rafforza il legame molto stretto che buona parte delle teorie del procedimento amministrativo hanno sempre avuto con la teoria della discrezionalità e con il suo essere intrinsecamente definibile come strumento di coordinamento di interessi (pubblici e/o privati) caratterizzato dalla preventiva individuazione, sul piano organizzativo, di un'attribuzione prevalente²⁷.

In questa ricostruzione, infatti, la scelta del procedimento continua a rivelarsi come la scelta di un grado di maggiore giuridicizzazione di un rapporto (tra gli interessi e, così, tra i soggetti che ne sono portatori) che non è sempre suscettibile di risolversi secondo una rigida e predefinita gerarchia, e che, pertanto, pur privilegiando il ruolo di un soggetto (l'amministrazione procedente) può esplicarsi nel modo migliore soltanto attraverso la tutela di spazi di valutazione imparziale, circostanziata e motivata sulla soluzione di volta in volta più ragionevole.

* Professore ordinario di Diritto amministrativo, Università di Trento

27 Sul punto si rinvia a F. CORTESE, *Coordinare per decidere: il procedimento quale sede di sintesi per gli interessi pubblici*, in ASSOCIAZIONE ITALIANA DEI PROFESSORI DI DIRITTO AMMINISTRATIVO (a cura di), *Decisioni amministrative e processi deliberativi. Atti del convegno annuale*, Bergamo, 5-7 ottobre 2017, Napoli, 2018, 101 ss.