

# Governance e tutela dell'ambiente

## Il ruolo di associazioni, comitati e avvocati

di URBANO BARELLI

SOMMARIO: Premessa e sintesi. - **PARTE PRIMA - La crisi globale** - 1. La crisi ambientale. - 2. Paesaggio e ambiente in Italia. - 3. Crisi ambientale e crisi economica. - 4. La Strategia Europa 2020 - 5. Il ritorno alla politica e al primato del diritto - **PARTE SECONDA - Il diritto ambientale - CAPITOLO PRIMO - Elementi e principi del diritto ambientale.** - 1. La sopravvivenza elemento vincolante il diritto. - 2. Il principio di primarietà dell'ambiente. - 3. La tutela dell'ambiente. - 4. Lo sviluppo sostenibile. - 5. Segue: sviluppo sostenibile e patrimonio culturale - **CAPITOLO SECONDO - Le nuove frontiere della tutela dell'ambiente.** - 1. Ambiente e diritti umani. - 2. I diritti delle generazioni future. - 3. Segue: il dovere di solidarietà. - 4. I beni comuni e la loro gestione civica. - 5. La diversità biologica. - **PARTE TERZA - La governance - CAPITOLO PRIMO - Tramonto della sovranità statale e diffusione del potere** - 1. Il diritto nel mercato globale. - 2. Dallo statalismo al pluralismo. - 3. La pubblica amministrazione tra autorità e consenso. - **CAPITOLO SECONDO - La governance** - 1. Governance e democrazia partecipativa. - 2. La governance europea. - 3. La rivoluzione concettuale della governance. - **CAPITOLO TERZO - La governance ambientale** - 1. La governance mondiale. - 2. La governance ambientale italiana. - **PARTE QUARTA - Nuovi modelli di gestione dell'ambiente** - 1. I nuovi modelli in generale. - 2. Segue: l'intesa. - 3. Segue: la giurisdizione. - **PARTE QUINTA - La tutela dell'ambiente nella governance - CAPITOLO PRIMO - L'associazionismo nella tutela ambientale** - 1. Il ruolo dell'associazionismo ambientale. - 2. Le organizzazioni non governative in Europa. - 3. Enti non profit in Italia. - 4. I comitati per la difesa dell'ambiente. - **CAPITOLO SECONDO - Le associazioni ambientaliste** - 1. La partecipazione qualificata alla governance ambientale. - 2. Il riconoscimento delle associazioni ambientaliste. - 3. Il ruolo di amministrazione attiva delle associazioni ambientaliste. - 4. Associazioni ambientaliste e tutela delle generazioni future. - 5. Segue: il caso Minors Oposa. - 6. Prospettive di riforma: per una legge organica delle associazioni ambientaliste - **CAPITOLO TERZO - Il ruolo della giurisprudenza e degli avvocati nell'evoluzione del diritto ambientale.** - 1. Il diritto vivente ambientale. - 2. L'accesso alla giustizia nella Convenzione di Aarhus. - 3. Il ruolo degli avvocati. - 4. Avvocati e organizzazione degli studi professionali. - 5. Il caso Chevron-Texaco/Indios dell'Equador. - 6. Il vertice di Cancun. - 7. Il caso del Celdf. - 8. Segue: il caso della foresta di Shapleigh. - 9. La Fabbrica del diritto.

### **Premessa e sintesi.**

La grave crisi globale è l'occasione per riflettere su alcune questioni di particolare rilievo per il diritto dell'ambiente e, più in particolare, per le associazioni ambientaliste.

Nelle pagine che seguono si esaminerà l'attuale situazione di crisi, economica e ambientale, e la necessità del suo superamento dando centralità alle politiche e al diritto dell'ambiente. La posta in gioco non è solo economica ma riguarda, per la prima volta nella storia, la stessa sopravvivenza della nostra specie.

La sostenibilità ambientale è l'imperativo sul quale riorientare le politiche pubbliche e ripensare il modello di sviluppo. Il fallimento dell'ideologia del libero mercato riconsegna alla politica e al diritto un ruolo dominante, e ai problemi ambientali la loro priorità. Assistiamo al tramonto della sovranità statale, al mutamento della pubblica amministrazione che da autoritativa è diventata progressivamente consensuale, all'affermazione del pluralismo e del principio di partecipazione e di sussidiarietà orizzontale, nonché al ridimensionamento della legge quale strumento di produzione giuridica e alla crescita del ruolo della giurisdizione e del contratto.

Il diritto ambientale, con il principio comunitario di integrazione e dello sviluppo sostenibile, allarga la sua sfera di influenza agli altri settori del diritto e delle politiche pubbliche. Emergono nuovi temi come i beni comuni e la biodiversità, declinati anche nell'interesse delle generazioni future.

Cresce la necessità di governare la complessità di tali dinamiche con nuovi strumenti che garantiscano l'inclusione, la partecipazione e la condivisione delle scelte. Questo strumento è la governance ambientale che ha le caratteristiche utili e la flessibilità necessaria, ammesso che si dia

forza e ruolo ai soggetti portatori di interessi collettivi per bilanciare il peso, spesso preponderante, dei soggetti portatori di interessi forti, come quello economico.

I comitati per la difesa dell'ambiente sorti numerosi in questi anni, ma soprattutto le associazioni ambientaliste possono svolgere tale ruolo avendo dato buona prova della loro capacità di elaborazione e partecipazione qualificata sui temi ambientali. Nei venticinque anni trascorsi dall'approvazione della legge n.349 del 1986 che ne ha previsto il riconoscimento e la legittimazione processuale, le associazioni ambientaliste hanno saputo svolgere un ruolo importante nella creazione del diritto giurisprudenziale dell'ambiente e hanno visto crescere il ruolo di amministrazione attiva con la partecipazione ad organi collegiali di amministrazione e ai procedimenti amministrativi.

Nel nuovo scenario di tramonto della sovranità statale, da un lato, e della crescita del diritto ambientale, dall'altro, l'ambiente, le sue politiche ed il suo diritto, devono trovare nel rafforzamento delle associazioni ambientaliste uno strumento necessario a garanzia dell'effettività della tutela ambientale nell'interesse di tutti i cittadini.

Una legge organica per le associazioni ambientaliste, regolandone meglio il funzionamento, potrebbe rafforzarne il ruolo di portatrici dell'interesse pubblico ambientale ed attribuire alle medesime un più ampio ruolo sia nella governance ambientale che nella giurisdizione, anche riconoscendo alle stesse la rappresentanza dei diritti delle generazioni future.

Infine, la rinnovata centralità del diritto, del diritto ambientale e, quindi, delle associazioni ambientaliste, rende determinante l'apporto degli avvocati nella tutela dell'ambiente, sia in sede di governance e procedimento amministrativo che in sede giudiziaria.

## **PARTE PRIMA**

### **La crisi globale**

#### **1. La crisi ambientale.**

In un recente articolo apparso sulla rivista scientifica *Climate Change*,<sup>1</sup> il noto climatologo americano Richard Somerville ha ribadito che le conoscenze scientifiche riguardo i cambiamenti climatici sono ben dimostrate e indiscutibili.

Il pianeta terra si sta surriscaldando, questo è dimostrato da un aumento medio globale delle temperature dell'aria e delle acque, dallo scioglimento dei ghiacci e dall'aumento del livello del mare. È stato inoltre dimostrato che la principale causa del riscaldamento globale è l'attività umana, ed in particolare è la diretta conseguenza di un aumento nell'atmosfera di CO<sub>2</sub> prodotta in seguito alla combustione di carburanti fossili.

Le previsioni riguardo ai cambiamenti climatici si stanno avverando. Questo è vero ad esempio per lo scioglimento dei ghiacci o per l'aumento del livello del mare. È altrettanto vero che se non verranno presto presi provvedimenti in tal senso un cambiamento climatico grave e irreparabile è inevitabile.

Scrivendo Lester Brown che “sia che si studino le crisi ambientali delle civiltà del passato o che si guardi a come l'adattamento in Cina del modello industriale occidentale influirebbe sull'ecosistema terrestre, appare chiaro che il modello economico esistente non può sostenere il progresso economico. Nei nostri miopi sforzi di mantenere l'economia globale così come è attualmente strutturata, stiamo esaurendo il capitale naturale della Terra. Passiamo molto tempo a preoccuparci dei deficit economici, ma è il deficit ecologico che minaccia la nostra economia a lungo termine. Deficit economico è ciò che prendiamo a prestito dagli altri; deficit ecologico è ciò che sottraiamo alle generazioni future”<sup>2</sup>.

#### **2. Paesaggio e ambiente in Italia.**

---

<sup>1</sup> RICHARD SOMMERVILLE, *How much should the public know about climate science?*, Climatic Change 2011; <http://www.scienzainrete.it/node/3863>

<sup>2</sup> L.R.BROWN, *Eco-economy*, Roma, 2002. Si veda inoltre: G.BOLOGNA, *Manuale della sostenibilità*, Milano, 2009.

Il paesaggio è il grande malato d'Italia. Come scrive Salvatore Settis, basta affacciarsi alla finestra: vedremo villette a schiera dove ieri c'erano dune, spiagge e pinete, vedremo mansarde malamente appollaiate su tetti un giorno armoniosi, su terrazzi già ariosi e fioriti. Vedremo boschi, prati e campagne arretrare ogni giorno davanti all'invasione dei mesti condomini, vedremo coste luminose e verdissime colline divorate da case incongrue e 'palazzi' senz'anima, vedremo gru levarsi minacciose per ogni dove. Vedremo quello che fu il Bel Paese sommerso da inesorabili colate di cemento<sup>3</sup>.

Secondo l'Istat, tra il 1990 e il 2005 la superficie agricola utilizzata (SAU) in Italia si è ridotta di 3 milioni e 663 mila ettari, un'area più vasta della somma di Lazio e Abruzzo: abbiamo così convertito, cementificato o degradato in quindici anni, senza alcuna pianificazione, il 17,06% del nostro suolo agricolo. Negli undici anni dal 1991 al 2001, l'Istat registra un incremento delle superfici urbanizzate del 15%, ben 37,5 volte maggiore del modesto incremento demografico degli stessi anni (0,4%), mentre nei sette anni successivi l'incremento delle superfici edificate è stato del 7,8%.

Gravissimi gli effetti sull'ambiente di questa cieca invasione del territorio. Il suolo è al centro degli equilibri ambientali: essenziale alla qualità della biomassa vegetale e dunque della catena alimentare, è luogo primario di garanzia per la biodiversità, per la qualità delle acque superficiali e profonde, per la regolazione di CO<sub>2</sub> nell'atmosfera. Ma la cementificazione di terreni già agricoli comporta la copertura del suolo (*soil sealing*), con perdita spesso irreversibile delle funzioni ecologiche di sistema che esso aveva esercitato: per fare un solo esempio il *soil sealing* accresce la probabilità di frane e alluvioni, e ne rende più gravi gli effetti<sup>4</sup>.

### 3. Crisi ambientale e crisi economica.

Joseph Stiglitz, premio Nobel per l'economia, ritiene che "abbiamo creato una società in cui la rapida crescita che abbiamo raggiunto non è sostenibile dal punto di vista né ambientale né sociale"<sup>5</sup>.

Viviamo tempi straordinari, afferma Enzo Rullani. La drammatica implosione dei valori immobiliari e finanziari ha reso visibile la precarietà del nostro presente e della storia che ci ha condotto sin qui. Ai prezzi correnti, abbiamo la sensazione che il presente non sia più uno stato solido, resistente, ma stia lentamente evaporando con molte delle nostre convinzioni e aspettative. In effetti, da quando è "scoppiata" la Grande Crisi, intorno a noi niente è più come prima. E, niente appare come, fino a poco tempo fa, credevamo che fosse<sup>6</sup>.

Il rapporto tra ambiente e industria sta cambiando in profondità e con esso il modo di concepire e di far funzionare la modernità. Che in passato era portatrice di una logica autosufficiente e rigida, quasi contrapposta a quella della natura, che pure utilizzava ai propri fini; e che oggi tende invece ad assumere forme maggiormente duttili e riflessive, capaci di interiorizzare anche il valore attribuito alla conservazione e rigenerazione dell'ambiente e dell'energia naturale consumata dallo sviluppo. L'economia industriale di oggi è diventata economia delle reti ed economia della conoscenza: un'economia che produce valore economico promuovendo la flessibilità delle organizzazioni a rete, la creatività individuale e l'intelligenza collettiva<sup>7</sup>.

Nell'economia globale bisogna vendere le idee, prima che i prodotti materiali. Le idee infatti si moltiplicano più rapidamente, si diffondono a scala più larga, vengono adottate più facilmente dei prodotti materiali che le hanno originate o le accompagnano nel consumo<sup>8</sup>.

La modernità sostenibile può essere un'idea motrice per un diverso sviluppo. Se pensiamo all'ambiente e alle risorse naturali, l'idea motrice può proporre con dovizia di argomenti uno stile di

---

<sup>3</sup> S.SETTIS, *Paesaggio, costituzione, cemento. La battaglia per l'ambiente contro il degrado civile*, Torino, 2010, p.3.

<sup>4</sup> *Ibidem*, p.4.

<sup>5</sup> J.STIGLITZ, *Bancarotta. L'economia globale in caduta libera*, Torino, 2010.

<sup>6</sup> E. RULLANI, *Modernità sostenibile. Idee, filiere e servizi per uscire dalla crisi*, Venezia, 2010, p.11.

<sup>7</sup> *Ibidem*, p.134-135.

<sup>8</sup> *Ibidem*, p.176.

vita sobrio e “amico” del contesto in cui si vive. C’è materia per sviluppare filiere che possano realizzare un’adeguata divisione del lavoro intellettuale e materiale per servire questo tipo di bisogni e di desideri, a mano a mano che prende forma una domanda auto-organizzata che diventa più esigente e intelligente, premiando le offerte maggiormente creative. Da questo punto di vista anche il movimento ambientalista può trovare un terreno di crescita diverso da quello che finora ha focalizzato le sue azioni sulla protesta o sulla domanda di maggiore regolazione, rivolta alle amministrazioni pubbliche. La valorizzazione dell’ambiente può a sua volta essere ancorata a un’idea motrice che va nella stessa direzione, ma che ha una portata più ampia: la riscoperta e valorizzazione dei *commons*, ossia dei beni comuni in quanto tali. L’ambiente è certamente uno dei più importanti beni comuni che possono entrare in questa prospettiva di produzione e uso ragionevole dei *commons*. Un altro campo fondamentale per applicare questo tipo di idea motrice è quello della produzione e uso della conoscenza. Per dare valore ai *commons* e renderli utili all’interno di processi sostenibili (che li rigenerano nel corso del tempo) servono nuove istituzioni, che non possono rimandare, semplicemente, all’alternativa pubblico-privato. La sostenibilità, come idea motrice, richiama invece il sociale o il comunitario, ossia i processi di auto-organizzazione che nascono in società ben connesse, in cui i problemi collettivi possono essere affrontati riflessivamente, con il dialogo e la produzione di idee motrici, invece che mercatizzando il valore delle diverse alternative o imponendo decisioni dall’alto<sup>9</sup>.

*Green economy*, beni sociali, ‘beni comuni’, possono essere l’orizzonte strategico complessivo, i contenuti generali che sostanziano le singole politiche da adottare e verso cui veicolare l’innovazione<sup>10</sup>.

#### **4. La Strategia Europa 2020.**

La Commissione europea ha lanciato il 3 marzo 2010 la strategia “*Europa 2020 - Una strategia per una crescita intelligente, sostenibile e inclusiva*”<sup>11</sup> al fine di uscire dalla crisi e di preparare l’economia dell’UE per il prossimo decennio. La Commissione ha individuato tre motori di crescita, da mettere in atto mediante azioni concrete a livello europeo e nazionale:

1. una *crescita intelligente*, al fine di sviluppare un’economia basata sulla conoscenza e sull’innovazione;
2. una *crescita sostenibile*, per promuovere un’economia più efficiente sotto il profilo delle risorse, più verde e più competitiva;
3. una *crescita inclusiva*, che promuova un alto tasso di occupazione e favorisca la coesione sociale e territoriale.

Il presidente Barroso ha dichiarato: “Europa 2020 illustra le misure che dobbiamo adottare ora e in futuro per rilanciare l’economia dell’UE. La crisi ha messo in luce questioni fondamentali e tendenze non sostenibili che non possiamo più ignorare. Il disavanzo di crescita dell’Europa sta compromettendo il nostro futuro. Dobbiamo agire con decisione per ovviare alle nostre carenze e sfruttare i nostri numerosi punti di forza. Dobbiamo costruire un nuovo modello economico basato su conoscenza, economia a basse emissioni di carbonio e alti livelli di occupazione. Questa battaglia impone di mobilitare tutte le forze presenti in Europa”<sup>12</sup>.

#### **5. Il ritorno alla politica e al primato del diritto.**

Richard A. Posner, giudice alla Corte d’Appello del Seventh Circuit e professore alla facoltà di Giurisprudenza dell’Università di Chicago, è uno dei più autorevoli giuristi e intellettuali americani. Esponente fra i più seguiti dell’analisi economica del diritto, che ha avuto come sottoprodotto l’ideologia dell’efficienza del libero mercato, ha compiuto un atto di straordinaria onestà intellettuale. Prima, ammettendo che la crisi finanziaria e la conseguente depressione sono

---

<sup>9</sup> *Ibidem*, p.179.

<sup>10</sup> L.PENNACCHI (a cura di), *Pubblico, privato, comune. Lezioni dalla crisi globale*, Roma, 2010.

<sup>11</sup> [http://ec.europa.eu/italia/documents/attualita/futuro\\_ue/europa2020\\_it.pdf](http://ec.europa.eu/italia/documents/attualita/futuro_ue/europa2020_it.pdf)

<sup>12</sup> [http://ec.europa.eu/italia/attualita/primo\\_piano/futuro\\_ue/europa\\_2020\\_it.htm](http://ec.europa.eu/italia/attualita/primo_piano/futuro_ue/europa_2020_it.htm)

state soprattutto una crisi del capitalismo<sup>13</sup> e poi, con l'ulteriore approfondimento del volume sulle relazioni tra politica ed economia<sup>14</sup>, ove conclude che la crisi investe la democrazia capitalista e, quindi, prima ancora che crisi economica, è crisi politica<sup>15</sup>.

La superiorità del sistema di libero mercato rispetto a modelli di tipo pianificato, ma anche la descrizione dei possibili effetti negativi che un tale sistema può produrre, hanno rappresentato uno dei temi più discussi dalla Scuola di Chicago.

Il libero mercato è stato trattato come un misterioso luogo sacro che si autoregolamenta, aborre le regole, alla trasparenza preferisce l'opacità. E' questo allontanamento dalle regole, prosegue Guido Rossi, che ha condotto al fallimento del capitalismo e dell'ideologia del libero mercato.

## PARTE SECONDA Il diritto ambientale

### Capito primo Elementi e principi del diritto ambientale

#### 1. La sopravvivenza elemento vincolante il diritto.

Herbert Hart ha riconosciuto alla sopravvivenza il carattere di elemento vincolante il diritto: “si tratta della tacita presupposizione che il fine proprio dell'attività umana è la sopravvivenza”<sup>16</sup>.

Mariachiara Tallacchini afferma che Hart riconosce alla sopravvivenza uno speciale *status*, diverso dalla mera generalizzazione empirica e che si tratti piuttosto di una condizione ineliminabile del diritto, un'asserzione “la cui verità dipende dal fatto che gli esseri umani e il mondo in cui essi vivono conservino le caratteristiche salienti che hanno ora”<sup>17</sup>. Tale finalità e alcune norme fondamentali “riguardano gli esseri umani, il loro ambiente naturale, i loro scopi”, sono “qualcosa di presupposto dai termini della discussione”, qualcosa che il diritto “deve contenere se vuole essere vitale”<sup>18</sup>.

Nella giuridificazione dell'ambiente ciò che è mancato, prosegue Tallacchini, “è stata proprio una gerarchia – se pur mobile – di valori rispetto ai quali orientare il rapporto diritto-realtà. La mera giustapposizione di valori costituzionali che non individuino priorità fra gli stessi non appare realmente adeguata alla sopravvivenza ecologicamente intesa, che esige – forse più che una gerarchia, pur complessa di valori – di rappresentare il valore sempre presente e orientare prioritariamente gli altri: un ‘minimo ecologico’ giuridico”<sup>19</sup>.

In questo contesto, considerata la non determinabilità delle scelte ambientali, “la sopravvivenza ecologica sembra consistere, almeno in parte, in un ‘non-fare’: il non-attendere agli equilibri ecosistemici, il non-ridurre la biodiversità, il non-compiere attività di insostenibile impatto (che significa, positivamente, ideare tecnologie *soft*), il non-esaurire le risorse. Con ciò non si vuole ovviamente banalizzare la questione, che resta cruciale, ma sottolineare” – prosegue Tallacchini - “l'importanza dei criteri prudenziali orientati all'astensione e alla conservazione”<sup>20</sup>.

Il diritto appare, di fronte alla questione ecologica, essenzialmente come progetto ed ha come “norma fondamentale per l'ambiente” la “responsabilità conservativa”, la norma che prescrive, legittimandolo, il dovere degli Stati di legiferare a favore della natura; norma il cui

---

<sup>13</sup> R.A.POSNER, *A Failure of Capitalism*, 2009.

<sup>14</sup> R.A.POSNER, *La crisi della democrazia capitalistica*, Università Bocconi Editore, 2010.

<sup>15</sup> G.ROSSI, *Capitalismo opaco, democrazia debole*, Corriere della Sera, 18 ottobre 2010.

<sup>16</sup> H.L.A.HART, *Il concetto di diritto*, Torino, 1991, p.223.

<sup>17</sup> M.TALLACCHINI, *Diritto per la natura. Ecologia e filosofia del diritto*, Torino, 1996, p.294.

<sup>18</sup> H.L.A. HART, *Il concetto di diritto*, cit., p.224.

<sup>19</sup> M.TALLACCHINI, *Diritto per la natura. Ecologia e filosofia del diritto*, cit., p.303.

<sup>20</sup> *Ibidem*, p.304.

contenuto può così riassumersi: “una legislazione per la natura, tale da tutelare le più ampie possibilità di scelta e di sopravvivenza deve essere posta in essere”<sup>21</sup>.

Afferma Maurizio Cafagno che “se contemplato attraverso la lente del principio di sostenibilità, il diritto ambientale si candida al ruolo di ‘interfaccia’ tra società e natura, se vogliamo di artefatto che, monitorando e registrando i cambiamenti ecosistemici, retroagisce sui comportamenti umani allo scopo di promuovere un processo permanente di aggiustamento dei ‘tempi storici ai tempi biologici’, necessario alla salvaguardia delle nostre opportunità di sopravvivenza, in quanto specie”<sup>22</sup>.

La sostenibilità assurge ad obiettivo, al pari di valori come la libertà o l’uguaglianza<sup>23</sup>. Lo Stato sociale, entrato in crisi dinanzi ai compiti di assicurare uno sviluppo economico compatibile, è indotto a trasmutare in Stato ambientale<sup>24</sup>.

## **2. Il principio di primarietà dell’ambiente.**

Nel suo significato più immediato, il principio di primarietà tende ad evidenziare il carattere fondamentale dell’interesse ambientale, la consapevolezza dell’esigenza imprescindibile di tutelare l’ambiente in quanto presupposto essenziale per la stessa esistenza dell’umanità<sup>25</sup>.

Se si abbina alla concezione dell’ambiente come valore costituzionale, la primarietà esprime il *peso* elevato che occorre riconoscere all’ambiente nel bilanciamento con gli altri valori costituzionali, mettendo in risalto la necessità di attribuire una sorta di generico *favor* alla protezione dell’equilibrio ecologico<sup>26</sup>.

La primarietà, anzitutto, manifesta l’esigenza di perseguire l’obiettivo di un livello elevato di tutela, in particolare nell’ottica dei principi dell’azione preventiva e di precauzione.

La Corte costituzionale ha ripetutamente affermato che la protezione dell’ambiente è imposta da precetti costituzionali (artt.9 e 32) ed assurge a valore primario e assoluto<sup>27</sup>.

Con la sentenza n. 367/2007 la Corte costituzionale ha affermato che “la tutela ambientale e paesaggistica, gravando su un bene complesso e unitario, considerato dalla giurisprudenza costituzionale un valore primario e assoluto, e rientrando nella competenza esclusiva dello Stato, precede e comunque costituisce un limite alla tutela degli altri interessi pubblici assegnati alla competenza concorrente delle Regioni in materia di governo del territorio e di valorizzazione dei beni culturali e ambientali”<sup>28</sup>.

---

<sup>21</sup> *Ibidem*, p.357.

<sup>22</sup> M.CAFAGNO, *Principi e strumenti di tutela dell’ambiente, come sistema complesso, adattativo, comune*, Torino, 2007, p.65.

<sup>23</sup> *Ibidem*, p.221.

<sup>24</sup> F.LETTERA, *Lo Stato ambientale*, Milano, 1990, p.13. L’A. prosegue precisando che per Stato ambientale “si intende una forma di Stato che consenta di attuare i principi di solidarietà economica e sociale per realizzare uno sviluppo sostenibile e che si orienti con forza a perseguire l’uguaglianza sostanziale tra i cittadini, riconoscendo loro il diritto a vedere ragionevolmente usato il patrimonio naturale, penalizzando quegli utenti che finalizzano determinati usi delle risorse a scopi di mero profitto. La società civile sta operando per un diverso orientamento degli interventi statali; in tal modo sono poste le premesse per un superamento dei contenuti dello stato di diritto e della sua forma più evoluta che è lo stato sociale; si profila la creazione di uno Stato ambientale, portatore di altri valori e tendente, a ripercuorrere, attraverso la via di una diversa attuazione dei doveri di solidarietà economica, il rispetto dell’eguaglianza sostanziale.” Si veda inoltre, dello stesso autore, *Lo stato ambientale e le generazioni future*, in *Riv.giur.amb.*, 1992, p.235; L. BUFFONI, *La “dottrina” dello sviluppo sostenibile e della solidarietà generazionale. Il giusto procedimento di formazione ambientale*, in *federalismi.it*, n.8/2007.

<sup>25</sup> M.CECCHETTI, *Principi costituzionali per la tutela dell’ambiente*, Milano, 2000, p.85.

<sup>26</sup> G.MORBIDELLI, *Il regime amministrativo speciale dell’ambiente*, in *Studi in onore di Alberto Predieri*, Milano, 1996, p.1134.

<sup>27</sup> Corte cost., 30 dicembre 1987, n.641; 27 giugno 2008, 232; 7 novembre 2007, n.367; 24 febbraio 1992, n.67; 27 luglio 1994, n.356.

<sup>28</sup> Corte cost., 7 novembre 2007, n. 367 (rel. MADDALENA) in *Riv. giur. amb.*, con nota di F. DI DIO, *Lo Stato protagonista nella tutela del paesaggio: la Consulta avvia l’ultima riforma del Codice dei beni culturali e del paesaggio*; in *Giur. cost.*, 2007, 4075, con nota di D. TRAINA, *Il paesaggio come valore assoluto* e di E. FURNO, *La*

La stessa Corte costituzionale ha inoltre precisato che “la tutela del paesaggio rientra tra i principi fondamentali della Costituzione come forma di tutela della persona umana nella sua vita, sicurezza e sanità, con riferimento anche alle generazioni future, in relazione al valore estetico-culturale assunto dall’ordinamento quale ‘valore primario e assoluto’ insuscettibile di essere subordinato a qualsiasi altro”<sup>29</sup>.

### **3. La tutela dell’ambiente.**

Nella Costituzione si parla di “tutela” del paesaggio (art.9), di “tutela” dell’ambiente, dell’ecosistema e dei beni culturali (art.117, comma 2, lett.s). Non esiste una definizione legislativa della nozione di ambiente ed è la Corte costituzionale che, con le sentenze n.378/2007 e n.104/2008, ha fatto propria la nozione, utilizzata nella Dichiarazione di Stoccolma del 1972, secondo la quale per “ambiente ed ecosistema” deve intendersi quella parte di “biosfera” che riguarda l’intero territorio nazionale.

Con la sentenza n.225 del 2009 la stessa Corte costituzionale ha poi precisato che l’ambiente è “materia” a sé, non trasversale, dello Stato ed è determinata dal fine costituzionale della “conservazione” e poi dal suo sostrato naturale: ha per oggetto specifico il “bene materiale”, la biosfera, comprensiva degli interessi vitali degli individui, intesi come persone e cittadini<sup>30</sup>.

Nella Direttiva del 27 giugno 1985 85/337/CEE sulla VIA, l’ambiente è inteso quale oggetto da tutelare composto da uomo, fauna, flora, suolo, acqua, aria, clima, paesaggio, patrimonio culturale, una nozione ampia che è stata recepita nell’art.4 del d.lgs.n.152 del 2006.

Il diritto ambientale possiede la caratteristica peculiare di anticipare i fenomeni che si verificano successivamente in altri settori dell’ordinamento sicché non a caso è stato efficacemente definito come “disciplina-pilota” o “diritto-sonda”<sup>31</sup>, capace di anticipare problemi e soluzioni, decretandone successivamente il passaggio dal mondo del “particolare” a quello delle idee e dei principi generali<sup>32</sup>.

Si potrebbe dire che esso è, quasi per natura, un diritto precursore: basti pensare al fatto che il principio di sussidiarietà (oggi costituzionalizzato) è nato nel diritto ambientale e che hanno trovato origine nel diritto dell’ambiente anche il principio di leale collaborazione, l’istituto dell’accesso (che tuttora in tale ambito prevede una legittimazione assai più ampia), la partecipazione, la legittimazione ad agire delle associazioni, l’uso di modelli consensuali e gli stessi interessi collettivi<sup>33</sup>.

### **4. Lo sviluppo sostenibile.**

Il “Rapporto conclusivo” del 1987 della Commissione Brundtland contiene la prima definizione dello sviluppo sostenibile, da intendersi con quello sviluppo capace di “assicurare il soddisfacimento dei bisogni della generazione presente senza compromettere la possibilità delle future generazioni di soddisfare i propri bisogni. Il concetto di sviluppo sostenibile implica dei

---

*Corte costituzionale salva la cogestione in materia paesaggistica, ma non scioglie il nodo del rapporto tra Stato e Regioni.*

<sup>29</sup> Corte cost., 6 marzo 2001, n.46.

<sup>30</sup> Corte cost., 22 luglio 2009, n.225. Per una ricostruzione dell’evoluzione della giurisprudenza costituzionale si veda: P.MADDALENA, *La giurisprudenza della Corte costituzionale in materia di tutela e fruizione dell’ambiente e le novità sul concetto di “materia”, sul concorso di più competenze sullo stesso oggetto e sul concorso di materie*, in *Riv.giur.ambiente*, 2010, p.685.

<sup>31</sup> F.DE LEONARDIS, *Le organizzazioni ambientali come paradigma delle strutture a rete*, in *Foro amm.*, CDS, 2006, 1, p.273; R.FERRARA, *La protezione dell’ambiente e il procedimento amministrativo nella “società del rischio”*, in D.DE CAROLIS, E.FERRARI, A.POLLICE (a cura di), *Ambiente, attività amministrativa e codificazione*, Milano, 2006, p.344; D. AMIRANTE, *Il principio di precauzione tra scienza e diritto. Profili introduttivi*, in *Dir.gest.amb.*, 2001, p.18; F.SPANTIGATI, *Le categorie necessarie per lo studio del diritto dell’ambiente*, in *Riv.giur.amb.*, 1999, p.236; P.DURET, *Riflessioni sulla legittimatio ad causam in materia ambientale tra partecipazione e sussidiarietà*, *Dir.proc.amm.*, 2008, p.688.

<sup>32</sup> R.FERRARA, *Introduzione*, *op.cit.*, p.268.

<sup>33</sup> F.DE LEONARDIS, *Le organizzazioni ambientali come paradigma delle strutture a rete*, *cit.*.

limiti, non limiti assoluti ma quelli imposti dal presente stato dell'organizzazione tecnologica e sociale nell'uso delle risorse ambientali e dalla capacità della biosfera di assorbire gli effetti delle attività umane”.

L'art.3 del Trattato sull'Unione europea prevede che l'Unione si adopera per lo sviluppo sostenibile dell'Europa, basato su una crescita economica equilibrata e sulla stabilità dei prezzi, su un'economia sociale di mercato fortemente competitiva, che mira alla piena occupazione e al progresso sociale, e su un elevato livello di tutela e di miglioramento della qualità dell'ambiente.

L'art.3-quater del codice dell'ambiente prevede, al primo comma, che “ogni attività umana giuridicamente rilevante ai sensi del presente codice deve conformarsi al principio dello sviluppo sostenibile, al fine di garantire che il soddisfacimento dei bisogni delle generazioni attuali non possa compromettere la qualità della vita e le possibilità delle generazioni future”, mentre al secondo comma dispone l'applicabilità di tale principio a tutta l'attività amministrativa discrezionale.

Il principio dello sviluppo sostenibile sembra in tal modo aver definitivamente valicato il limite, anche disciplinare, del diritto dell'ambiente, per essere assunto alla dignità di principio generale dell'attività amministrativa *tout court*<sup>34</sup>.

### **5. Segue: sviluppo sostenibile e patrimonio culturale.**

Il codice dell'ambiente contiene dei principi generali espressamente applicabili al patrimonio culturale che è oggetto della distinta e specifica disciplina di cui al Codice dei beni culturali e del paesaggio<sup>35</sup>.

L'art.3-ter del d.lgs.n.152 del 2006 nel definire il principio dell'azione ambientale parla non solo della tutela dell'ambiente e degli ecosistemi naturali, ma anche della tutela del patrimonio culturale, così come il successivo art.3-quater, relativo al principio dello sviluppo sostenibile, dispone che, in applicazione del suddetto principio, l'attività della pubblica amministrazione “deve essere finalizzata” a dare “prioritaria considerazione ... alla tutela dell'ambiente e del patrimonio culturale”<sup>36</sup>.

Pertanto, lo sviluppo per essere sostenibile deve tutelare sia l'ambiente che il patrimonio culturale, con la conseguenza che la tutela del patrimonio culturale, oltre ad essere dettata dall'art.9 della Costituzione, trova ora ulteriore e specifico riconoscimento nel principio dello sviluppo sostenibile.

D'altronde il riferimento alle generazioni future contenuto nella definizione del principio dello sviluppo sostenibile (art.3-quater del d.lgs.n.152 del 2006) era già presente in alcune sentenze della Corte costituzionale relative ai beni paesaggistico-ambientali<sup>37</sup>. Afferma Sergio Matteini Chiari che né la giurisprudenza né la dottrina pongono in dubbio che il paesaggio sia una delle componenti (componente culturale) del bene ambiente<sup>38</sup>.

---

<sup>34</sup> F.FRACCHIA, *Lo sviluppo sostenibile*, Napoli, 2010, p.32.

<sup>35</sup> L'art.2 del Codice dei beni culturali e del paesaggio precisa che “il patrimonio culturale è costituito dai beni culturali e dai beni paesaggistici”.

<sup>36</sup> Inoltre, il successivo art.4, recante le finalità per le procedure di VIA, VAS, valutazione di incidenza e AIA, dispone che il patrimonio culturale sia uno dei “fattori” da considerare nella valutazione ambientale, come ribadiscono, poi, l'art.6, comma 1, (“La valutazione ambientale strategica riguarda i piani e programmi che possono avere impatti significativi sull'ambiente e sul patrimonio culturale”), l'art.6, comma 5 (“La valutazione d'impatto ambientale riguarda i progetti che possono avere impatti significativi sull'ambiente e sul patrimonio culturale”), l'art.13, comma 4 (“Nel rapporto ambientale debbono essere individuati, descritti e valutati gli impatti significativi che l'attuazione del piano o del programma proposto potrebbe avere sull'ambiente e sul patrimonio culturale”), l'art.22, comma 3 (“Lo studio di impatto ambientale contiene almeno ... c) i dati necessari per individuare e valutare i principali impatti sull'ambiente e sul patrimonio culturale”).

<sup>37</sup> La particolare tutela dei beni paesaggistico-ambientali è “considerata tra i principi fondamentali della Costituzione come forma di tutela della persona umana nella sua vita, sicurezza e sanità, con riferimento anche alle generazioni future, in relazione al valore estetico-culturale assunto dall'ordinamento quale 'valore primario e assoluto' insuscettibile di essere subordinato a qualsiasi altro (sentenza n.151 del 1986; n.417 del 1995; n.259 e n.419 del 1996)”: Corte cost., ordinanza n.46 del 6 marzo 2001.

<sup>38</sup> S.MATTEINI CHIARI, *Tutela del paesaggio e “Codice dell'ambiente”*, in *Riv.giur.ambiente*, 2008, p.717.



Per Alberto Predieri il paesaggio “non significa solamente le ‘bellezze naturali’ o anche quelle che ad opera dell’uomo sono inserite nel territorio, né la sola natura, ma la forma del territorio, o dell’ambiente, creata dalla comunità umana che vi si è insediata, con una continua interazione della natura e dell’uomo”<sup>39</sup>.

Con la sentenza n.367 del 2007, la Corte costituzionale ha stabilito che “la tutela ambientale e paesaggistica, gravando su un bene complesso ed unitario, considerato dalla giurisprudenza costituzionale un valore primario ed assoluto, e rientrando nella competenza esclusiva dello Stato, precede e comunque costituisce un limite alla tutela degli altri interessi pubblici assegnati alla competenza concorrente delle Regioni”.

L’oggetto della tutela del paesaggio, secondo la Corte, non è costituito dalle “bellezze naturali”, ma “dall’insieme delle cose, beni materiali e loro composizioni” che insistono su un territorio e ne determinano la conformazione storico-geografica.

La Corte, dunque, tra le due tesi, quella che riconduce la tutela del paesaggio alla materia “beni culturali” e quella che la riconduce all’“ambiente”, ha optato per la seconda, confermando, così, anche un proprio precedente orientamento (sentt. n. 196 del 2004 e n. 359 del 1985). Ma l’ottica ambientalistica non ne esclude, comunque, la valenza identitaria-culturale<sup>40</sup>.

In tal modo si è dimostrata tendenzialmente orientata a considerare la materia del paesaggio attinente all’ambiente, e nella stessa decisione i giudici arrivano ad affermare che paesaggio, ambiente e governo del territorio attengono sostanzialmente al medesimo oggetto, differendo tuttavia nelle finalità perseguite dalle rispettive discipline. Secondo la Corte costituzionale, quindi, “il concetto di paesaggio indica, innanzitutto, la morfologia del paesaggio, riguarda cioè l’ambiente nel suo aspetto visivo”<sup>41</sup>.

L’art.131 del Codice dei beni culturali e del paesaggio recita che “per paesaggio si intende il territorio espressivo di identità, il cui carattere deriva dall’azione di fattori naturali, umani e dalle loro interrelazioni”. Una definizione simile è quella contenuta nella Convenzione europea sul paesaggio per la quale “il paesaggio designa una determinata parte di territorio, così come è percepita dalle popolazioni, il cui carattere deriva dall’azione di fattori naturali e/o umani e dalle loro interrelazioni”.

Salvatore Settis sottolinea come la ‘percezione delle popolazioni’ sia “un punto importante, ma solo se la percezione locale non agisce come un fattore di decostruzione e di disgregazione, riducendo la tutela a un pulviscolo di scelte puntiformi e incoerenti tra loro”<sup>42</sup> e che “titolare del diritto alla tutela dell’ambiente e del paesaggio è la comunità dei cittadini”<sup>43</sup>.

Qualche autore ha rilevato una divaricazione tra Convenzione e Codice<sup>44</sup>, mentre Salvatore Settis scrive che la Convenzione “rappresenta un’istanza di ricomposizione (purché intorno al primato, in Italia costituzionale, del paesaggio, e non viceversa) di quei dissennati divorzi” tra ambiente, paesaggio e territorio<sup>45</sup>.

Sandro Amorosino ritiene che la Convenzione non ha aggiunto molto al nostro sistema normativo e amministrativo in materia, in quanto il Codice del 2004 aveva già operato una sorta di

---

<sup>39</sup> A.PREDIERI, voce *Paesaggio*, in *Enc.dir.*, vol.XXXI, Milano, 1981, p.506.

<sup>40</sup> M.IMMORDINO, *La dimensione ‘forte’ della esclusività della potestà legislativa statale sulla tutela del paesaggio nella sentenza della Corte costituzionale n.367 del 2007*, in *Aedon*, n.1/2008.

<sup>41</sup> Per la tendenziale convergenza tra tutela dell’ambiente e tutela del paesaggio verso un unitario “oggetto di tutela”, vedi: M.CAFAGNO, *Principi e strumenti di tutela dell’ambiente, come sistema complesso, adattativo, comune*, Torino, 2007, p.92 e 162 dove si legge che “in definitiva, radunando le deduzioni di un tentativo di sintesi, finalità caratterizzante comune alla disciplina paesaggistica ed alla normativa ambientale potrebbe essere quella di assicurare l’uso sostenibile di risorse che, come componenti di un sistema funzionalmente indivisibile, responsabile delle continuità di servizi a fruizione collettiva, rilevano in quanto *commons* muniti di valore di lascito di esistenza (di non-uso), accanto ad un valore d’uso”.

<sup>42</sup> S.SETTIS, *Paesaggio, costituzione, cemento. La battaglia per l’ambiente contro il degrado civile*, cit., p.299-300.

<sup>43</sup> *Ibidem*, p.276.

<sup>44</sup> G.F.CARTEI, *Introduzione*, in ID. (a cura di), *Convenzione europea del paesaggio e governo del territorio*, Bologna, 2007, p.7.

<sup>45</sup> S.SETTIS, *Paesaggio, costituzione, cemento. La battaglia per l’ambiente contro il degrado civile*, cit., p.258.

“recepimento anticipato” della Convenzione e in più il secondo decreto correttivo, il d.lgs. 63/2008, ha avuto cura di prestare ad essa ossequio anche formale, riprendendone quasi “pari pari” alcune definizioni (paesaggio) e locuzioni (obiettivi di qualità, ecc.)<sup>46</sup>.

Da ultimo occorre ricordare che – come meglio si dirà in seguito - il 7 ottobre 2010 è stata approvata la Strategia nazionale per la biodiversità nella quale si afferma che “occorre incentivare una nuova percezione del valore del paesaggio, che determini una modifica dei modelli di utilizzo del territorio e di sviluppo economico e sociale”.

## **Capitolo secondo**

### **Le nuove frontiere della tutela dell’ambiente**

#### **1. Ambiente e diritti umani.**

Accanto ai diritti civili e politici e ai diritti sociali, sono progressivamente emersi i cosiddetti diritti della terza generazione, “il più importante è quello rivendicato dai movimenti ecologici: il diritto a vivere in un ambiente non inquinato”<sup>47</sup>.

L’esistenza di un rapporto tra diritto alla protezione dell’ambiente e diritti umani è stata riconosciuta per la prima volta dalla Corte europea per i diritti dell’uomo nel 1994<sup>48</sup>, anche se l’inclusione del diritto all’ambiente tra i diritti umani non riscuote unanime consenso<sup>49</sup>.

Il contesto sociale dei diritti umani – afferma Bosselmann - è stranamente in contraddizione con la realtà della vita umana. “Noi non siamo minacciati soltanto da forze distruttive per l’individuo e per la società, ma anche da forze distruttive per l’ambiente. Infatti, la società moderna sembra più minacciata dallo sviluppo insostenibile che dagli attacchi diretti alla libertà individuale. Evidentemente, i diritti umani e l’ambiente sono strettamente concatenati”<sup>50</sup>.

Con l’importante Risoluzione del 29 luglio 2010, l’Onu ha dichiarato che “l’accesso all’acqua potabile è un diritto umano fondamentale”. Quarantuno paesi si sono astenuti, tra cui gli Stati Uniti e diversi paesi europei, mentre l’Italia ha votato a favore. Nessuno ha votato contro. Il testo non è giuridicamente vincolante, ma è comunque significativo.

#### **2. I diritti delle generazioni future.**

La Conferenza delle Nazioni Unite sull’ambiente e lo sviluppo tenutasi nel 1992 a Rio de Janeiro dispone, al Principio 3 della sua Dichiarazione, che “il diritto allo sviluppo deve essere realizzato in modo da soddisfare in maniera equa i bisogni relativi allo sviluppo e all’ambiente delle generazioni presenti e future” e, successivamente, che “le risorse e le terre forestali devono essere gestite in maniera ecologicamente sostenibile al fine di rispondere ai bisogni sociali, economici, ecologici, culturali e spirituali delle generazioni attuali e future”.

Nel 1997, sempre in ambito Unesco, si addviene alla solenne proclamazione della Dichiarazione sulle responsabilità delle generazioni presenti verso le generazioni future: un atto questo privo di cogenza giuridica ma dotato di grande rilevanza politica e importante per l’evoluzione della riflessione sulla soggettività giuridica dei posteri. Tra i principi fondamentali ricordati nel Preambolo si ricorda “la necessità di stabilire legami nuovi, equi e globali di partenariato e di solidarietà intragenerazionale [...]”; la constatazione che la sorte delle generazioni

---

<sup>46</sup> S.AMOROSINO, *Introduzione al diritto del paesaggio*, Roma-Bari, 2010, p.65.

<sup>47</sup> N.BOBPIO, *L’età dei diritti*, Torino, 1990, p.XIV.

<sup>48</sup> Corte europea per i diritti dell’uomo, 9 dicembre 1994, n. 16798/90, Lòpez Ostra contro Spagna; successivamente: 19 febbraio 1998, n. 14967/89, Guerra e altri contro Italia; 2 novembre 2006, n. 59909, Giacomelli contro Italia.

<sup>49</sup> S.NESPOR, *Il governo dell’ambiente. La politica e il diritto per il progresso sostenibile*, Milano, 2009, p.231. Dello stesso autore si veda anche: *Diritti umani. Cultura dei diritti e dignità della persona nell’epoca della globalizzazione*, Dizionario A-G, voce *Ambiente*; Atlante I, I soggetti e i temi, *L’ambiente: sfruttamento e protezione*, e, a seguire, A. COMOLLO, A. GRECCHI, *Risorse naturali e diritti umani*, Torino, 2007.

<sup>50</sup> K.BOSSELMANN, *Un approccio ecologico ai diritti umani*, in M.GRECO (a cura di), *Diritti umani e ambiente*, ECP 2000.

future dipende da decisioni e misure adottate oggi e che i problemi attuali [...] devono essere risolti nell'interesse delle generazioni sia presenti che future”.

I dodici articoli di cui si compone la Dichiarazione prevedono, nei settori dell'educazione, della scienza, della cultura e della comunicazione, specifici dispositivi di salvaguardia dei bisogni e degli interessi delle generazioni future. In materia di ambiente, ad esempio, l'art.4, riconoscendo che “ciascuna generazione riceve temporaneamente la Terra in eredità”, dispone che si dovrà vegliare a “utilizzare ragionevolmente le risorse naturali e a fare in modo che la vita non sia compromessa da modificazioni nocive degli ecosistemi e che il progresso scientifico e tecnico in tutti i settori non nuoccia alla vita”. Idea ribadita dall'art.5 che invita a fare in modo che le generazioni future non vengano esposte a contaminazioni che metterebbero in pericolo la loro salute o la loro stessa esistenza.

### **3. Segue: il dovere di solidarietà.**

L'art.3 *quater* del codice dell'ambiente stabilisce che “data la complessità delle relazioni e delle interferenze tra natura e attività umane, il principio dello sviluppo sostenibile deve consentire di individuare un equilibrato rapporto, nell'ambito delle risorse ereditate, tra quelle da risparmiare e quelle da trasmettere, affinché nell'ambito delle dinamiche della produzione e del consumo si inserisca altresì il principio di solidarietà per salvaguardare e per migliorare la qualità dell'ambiente anche futuro”.

Anche in forza di tale norma e dell'art.2 della Costituzione, parte della dottrina ritiene che l'analisi giuridica relativa all'ambiente si stia indirizzando con una certa decisione verso la prospettiva della doverosità<sup>51</sup> e che anche il diritto, per sua natura proiettato verso il futuro, dovrebbe preoccuparsi delle generazioni a venire.

Posto che, come detto, il fine ultimo del diritto è la sopravvivenza degli uomini, proprio tale sopravvivenza rappresenterebbe il punto di contatto tra morale e “nucleo minimo” del diritto; quest'ultimo mirerebbe, come quella, a garantire condizioni minime affinché possa sopravvivere la specie umana. La garanzia dell'ambiente non è altro che una condizione per la sopravvivenza della specie umana<sup>52</sup> e, a tal fine, occorre riconsiderare il rapporto con la natura e il tema del nostro futuro, passando dal paradigma del diritto a quello del dovere e da un'idea di onnipotenza dell'uomo a una prospettiva in cui fortissimo è il senso dei suoi limiti<sup>53</sup>.

In questo contesto, prosegue Fabrizio Fracchia, “il vero problema è quello della legittimazione ad adire il livello giurisdizionale chiamato ad imporre lo statuto minimo, atteso che si profila un panorama frastagliato e, comunque, segnato da uno scarso spazio per l'intervento dei singoli: spetterà a dottrina e giurisprudenza impegnarsi a fondo per costruire un modello adeguato all'importanza del principio”<sup>54</sup>.

Come meglio si dirà più avanti, Francesco De Leonardis, ritiene che per la tutela delle generazioni future ci siano due soluzioni: quella amministrativa con la creazione di un organismo *ad hoc*, o quella giurisdizionale, che lo stesso autore dichiara di preferire, riconoscendo in particolare alle associazioni ambientaliste la legittimazione ad agire per la tutela delle generazioni future<sup>55</sup>.

### **4. I beni comuni e la loro gestione civica.**

---

<sup>51</sup> F.FRACCHIA, *La tutela dell'ambiente come dovere di solidarietà*, in *Dir.econ.*, 2009, p.493; F.FRACCHIA, *Lo sviluppo sostenibile*, cit, p.247.; G.CORSO, *Categorie giuridiche e diritti delle generazioni future*, relazione al Convegno su *Cittadinanza e diritti delle generazioni future*, Copanello, 3-4 luglio 2009, in *Atti*, Rubettino, 2010; M.LUCIANI, *Generazioni future, spesa pubblica e vincoli costituzionali*, in R.BIFULCO, A.D'ALOIA (a cura di), *Un diritto per il futuro. Teorie e modelli dello sviluppo sostenibile e responsabilità intergenerazionale*, Napoli, 2008, p.425.

<sup>52</sup> F.FRACCHIA, *La tutela dell'ambiente come dovere di solidarietà*, in *Dir.econ.*, 2009, p.493;

<sup>53</sup> F.FRACCHIA, *Lo sviluppo sostenibile*, cit, p.265.

<sup>54</sup> *Ibidem*, p.276.

<sup>55</sup> F.DE LEONARDIS, *Verso un ampliamento della legittimazione per la tutela delle generazioni future*, relazione al Convegno su *Cittadinanza e diritti delle generazioni future*, Copanello, 3-4 luglio 2009, cit.-

I beni comuni sono descritti come beni e risorse che gruppi di individui condividono e sfruttano insieme, in modi diversi a seconda del luogo in cui si trovano a vivere. Nei suoi studi, il premio Nobel per l'economia Elinor Ostrom<sup>56</sup>, sostiene l'esistenza di una terza via nella gestione dei beni comuni tra Stato e mercato. Secondo lo studio del premio Nobel, sia la gestione amministrativa centralizzata che la privatizzazione delle risorse collettive rappresentano soluzioni inefficaci e costose, mentre molte comunità collettive nel mondo sono riuscite a raggiungere accordi per una utilizzazione sostenibile nel tempo delle risorse comuni, grazie all'elaborazione spontanea di regole di sfruttamento, accompagnate da doveri di gestione, manutenzione e riproduzione delle risorse stesse, sanzionati dall'esclusione da tali comunità di coloro che non rispettano tali regole.

In particolare la studiosa sostiene come l'utilizzo dei beni collettivi possa essere organizzato in modo da evitare sia lo sfruttamento eccessivo (privato) sia costi amministrativi troppo elevati (pubblico), prospettando la gestione civica dei beni comuni attraverso istituzioni di autogoverno in un contesto di regole certe e condivise. Secondo la Ostrom, il governo dei beni comuni può essere affidato alle associazioni di utenti, in una logica di autogoverno che non si contrappone alle istituzioni che anzi, in una società policentrica, facilitano e sostengono l'azione collettiva.

Afferma Alberto Magnaghi che occorre superare la dicotomia fra uso pubblico e uso privato del territorio e del governo dei suoi beni patrimoniali, reintroducendo il concetto "terzo" di uso comune di molti di questi beni.

Questo uso comune dovrebbe riguardare molte componenti territoriali e sociali che sono in via di privatizzazione e di sottrazione alla fruizione e alla gestione collettiva: oltre all'acqua, l'energia, la salute, l'informazione, l'alimentazione, anche le riviere marine, lacustri e fluviali, molti paesaggi agroforestali semplificati, degradati e recintati, molti spazi pubblici urbani (sostituiti da parcheggi, supermercati e centri commerciali); gli spazi aperti interclusi della città diffusa, delle villette e della disseminazione dei capannoni industriali, le *gated communities* e le città blindate, i paesaggi degradati e anomici delle periferie urbane, la ricca rete della viabilità storica (sostituita dai paesaggi semplificati delle autostrade e superstrade) e così via: in una parola il *territorio*.

L'introduzione di questo *terzo attore comunitario* nella gestione e nel governo del territorio, favorirebbe una trasformazione politica generale, contenendo i processi di privatizzazione e mercificazione dei beni comuni e riattribuendo all'ente pubblico territoriale il ruolo di salvaguardia dei beni stessi e della valorizzazione del patrimonio civico<sup>57</sup>.

## **5. La diversità biologica.**

La Convenzione sulla diversità biologica di Rio de Janeiro del 5 giugno 1992, ratificata dall'Italia con la legge 14 febbraio 1994, n.124, è volta alla conservazione della diversità biologica, all'utilizzazione durevole dei suoi elementi ed alla ripartizione giusta ed equa dei vantaggi derivanti dallo sfruttamento delle risorse genetiche: ciò deve avvenire, tra l'altro mediante un accesso adeguato a tali risorse ed un trasferimento opportuno delle tecnologie pertinenti, mediante finanziamenti adeguati. Per diversità biologica si intende la varietà degli organismi viventi (vegetali ed animali), inclusi gli ecosistemi terrestri, marini ed acquatici in generale ed i complessi ecologici dei quali fanno parte; essa comprende la diversità all'interno di ogni specie, tra le specie e degli ecosistemi.

La biodiversità - la varietà di piante e specie animali presenti nell'ambiente naturale - non è solo necessaria per la qualità dell'esistenza umana: è essenziale per l'umana sopravvivenza. Per altro verso, sempre più numerosi beni e servizi derivano da diverse risorse biologiche: i progressi compiuti nel ramo della biotecnologia hanno a loro volta condotto a numerose nuove applicazioni mediche ed agricole, tutte dipendenti da fonti biologicamente diverse. Foreste, pascoli, tundra, deserti, fiumi, laghi e mari sono le abitazioni della maggior parte delle diverse specie biologiche

---

<sup>56</sup> E.OSTROM, *Governare i beni collettivi*, Marsilio, 2006.

<sup>57</sup> A.MAGNAGHI, *Dalla partecipazione all'autogoverno della comunità locale: verso il federalismo municipale solidale*, in *Democrazia e diritto*, n.3/2006.

della terra; tuttavia, la varietà delle specie che vivono sulla terra è minacciata principalmente dal deterioramento dell'ambiente. Con sempre maggiore frequenza in tutto il mondo vengono riferiti casi di estinzioni di massa, con una velocità che supera di gran lunga la comparsa di nuove specie.

Il 7 ottobre 2010 la Conferenza permanente per i rapporti tra lo Stato, le Regioni e le Province autonome di Trento e Bolzano ha approvato l' "Intesa sulla 'Strategia nazionale per la biodiversità' predisposta dal Ministero dell'ambiente e della tutela del territorio e del mare ai sensi dell'art.6 della Convenzione sulla diversità biologica, fatta a Rio de Janeiro il 5 giugno 1992 e ratificata dall'Italia con la legge 14 febbraio 1994, n.124".

La Strategia sviluppa tre tematiche principali: biodiversità e servizi ecosistemici, biodiversità e cambiamenti climatici, biodiversità e politiche economiche. In relazione alle tre tematiche cardine, l'individuazione dei tre obiettivi strategici, fra loro complementari, deriva – secondo il Ministero dell'ambiente - da un'attenta valutazione tecnico-scientifica che vede nella salvaguardia e nel recupero dei servizi ecosistemici e nel loro rapporto essenziale con la vita umana, l'aspetto prioritario di attuazione della conservazione della biodiversità.

In ragione della trasversalità del tema biodiversità che risulta strettamente interconnesso con la maggior parte delle politiche di settore, il conseguimento degli obiettivi strategici viene affrontato in 15 aree di lavoro: specie, habitat, paesaggio; aree protette; risorse genetiche; agricoltura; foreste; acque interne; ambiente marino; infrastrutture e trasporti; aree urbane; salute; energia; turismo; ricerca e innovazione; educazione, informazione e comunicazione; l'Italia e la biodiversità nel mondo.

Nell'area di lavoro sul paesaggio si afferma che "è indispensabile avviare un confronto metodologico e tecnico, ma anche politico, sulla nuova pianificazione paesaggistica per assicurare una gestione del territorio che individui tra i suoi obiettivi strategici anche la conservazione della biodiversità".

## **PARTE TERZA**

### **La governance**

#### **Capitolo primo**

#### **Tramonto della sovranità statale e diffusione del potere**

##### **1. Il diritto nel mercato globale.**

Gli stati contemporanei presentano trasformazioni profonde che li hanno sempre più allontanati dal modello dello Stato di diritto, proprio del liberalismo e del positivismo ottocentesco, incentrato sul predominio dei codici e della fonte legislativa.

Secondo Natalino Irti la storia del secolo scorso ha rivelato, sotto il profilo delle vicende legislative, un radicale indirizzo centrifugo. Mentre il secolo diciannovesimo ha fatto convergere nei codici civili l'immagine di una società laica e moderna, il secolo scorso ha sgretolato, insieme con il potere statale, i suoi simboli più alti e suggestivi e la fuga dal codice civile si è intensificata ed allargata a mano a mano che gruppi sociali hanno strappato, dopo aspri e tormentati negoziati con i poteri pubblici, leggi particolari e tavole di privilegi: la crisi della centralità del codice è solo un'immagine della crisi dello stato moderno e dell'emersione storica di gruppi e classi, di categorie economiche ed *élites* che esigono specifici statuti e tavole di diritto<sup>58</sup>.

Si assiste così ad un sostanziale ritorno a quel particolarismo giuridico, cioè a trattamenti normativi differenziati, che aveva rappresentato il principale bersaglio dei promotori delle codificazioni ottocentesche.

Nel commercio internazionale si afferma la *lex mercatoria*, espressione con la quale si designa un diritto derivante dagli usi, dai contratti e dai regolamenti degli ordini professionali nel campo del commercio internazionale, applicato dagli arbitri, scelti dalle parti in alternativa ai

---

<sup>58</sup> N.IRTI, *L'età della decodificazione*, Milano, 1979, p.38. Dello stesso autore si veda inoltre: *Tramonto della sovranità e diffusione del potere*, in *Dir. e soc.*, 2009, p.465.

giudici nazionali, nelle decisioni delle controversie tra operatori commerciali di paesi diversi. La *lex mercatoria* ha da tempo superato la frammentazione dei diritti nazionali, rispondendo alle esigenze della globalizzazione dei mercati<sup>59</sup>.

Secondo Ferrara, la *lex mercatoria* si profilerebbe come la fondamentale e più attuale forma espressiva concreta del diritto nell'era della globalizzazione, e anzi come il diritto *tout court*<sup>60</sup>.

L'avvento della società post-industriale non reclama, come reclamò l'avvento dell'era industriale, profonde riforme legislative: il quadro del diritto codificato resta immutato. Ma resta immutato perché sono altri, non già le leggi, gli strumenti mediante i quali si attuano le trasformazioni giuridiche.

Il predominio della legge si riduce e modifica la tradizionale teoria delle fonti del diritto. Le concezioni classiche del diritto - argomenta Francesco Galgano - non collocano la sentenza e il contratto tra le fonti normative, ma, se continuassimo a concepire il contratto e la sentenza come mere applicazioni del diritto e non come fonti di diritto nuovo, ci precluderemmo la possibilità di comprendere in qual modo muta il diritto nel nostro tempo<sup>61</sup>.

## **2. Dallo statalismo al pluralismo.**

Il tramonto della sovranità statale è il portato della perdita di centralità dapprima sul piano istituzionale, a favore degli enti territoriali sovraordinati e subordinati allo Stato (l'Unione europea e le altre organizzazioni internazionali quali Nato, Omc, Fmi, ecc., da un lato; regioni, province, comuni, dall'altro), e poi su quello sociale, a favore di organizzazioni autonomamente esponenziali di realtà sovraindividuali più o meno circoscritte dal punto di vista geografico e funzionale (autonomie funzionali, associazioni e fondazioni, espressione delle più varie finalità istituzionali).

La politica ed il governo stanno diventando sempre più policentrici, afferma Paul Hirst. Gli Stati nazionali costituiscono soltanto uno dei livelli di un complesso sistema di organi di governo sovrapposti e in competizione. Alcuni di questi non sono affatto pubblici, bensì governi privati o associazioni volontarie della società civile<sup>62</sup>.

Per rispondere alla nuova architettura istituzionale di una società postliberale occorre che i progetti di democratizzazione e di riforma attraversino il confine tra società civile e Stato, che affrontino esplicitamente le questioni più generali dei poteri di controllo di tutte le organizzazioni e non limitino la cura al governo e allo Stato. Occorre rendere "pubblica" la società civile - prosegue Hirst -, accettarne le organizzazioni come poteri di governo sui quali i cittadini i cui interessi sono in gioco possano intervenire in misura proporzionale al loro coinvolgimento e ai rischi che corrono i loro interessi<sup>63</sup>. L'associazionismo ha la duplice qualità di consentire tanto la cooperazione quanto il mercato, ed è una risposta diretta al problema di democratizzare una struttura organizzativa postliberale, in quanto si prefigge di promuovere un governo mediante associazioni volontarie democratiche<sup>64</sup>.

## **3. La pubblica amministrazione tra autorità e consenso.**

Nell'ultima parte del secolo scorso si è registrato un cambiamento radicale nel rapporto tra cittadini e amministrazioni pubbliche, con la perdita, da parte di queste ultime, della originaria posizione privilegiata e l'assoggettamento ai principi del diritto comune<sup>65</sup>.

L'avvento dello Stato pluriclasse ha determinato un temperamento degli aspetti più autoritativi dell'azione amministrativa ed un aumento dell'utilizzo da parte della pubblica

---

<sup>59</sup> F.GALGANO, *Lex mercatoria*, Bologna, 1993, p.213.

<sup>60</sup> R.FERRARA, *Introduzione al diritto amministrativo*, Roma-Bari, 2005, p.251.

<sup>61</sup> F.GALGANO, *Le fonti del diritto nella società post-industriale*, in *Soc.dir.*, 1990, p.158.

<sup>62</sup> P.HIRST, *Dallo statalismo al pluralismo. Saggi sulla democrazia associativa*, Torino, 1999, p.162.

<sup>63</sup> *Ibidem*, p.43.

<sup>64</sup> *Ibidem*, p.48-49.

<sup>65</sup> S.CASSESE, *Il cittadino e l'amministrazione pubblica*, in *Riv. trim. dir. pubbl.*, 1998, 1019.

amministrazione dello strumento contrattuale, con preferenza per soluzioni concordate che evitino decisioni unilateralmente imposte in via autoritativa, oppure prese solitariamente<sup>66</sup>.

Perché si è sviluppata la produzione di politiche pubbliche mediante accordi, anziché mediante il ricorso all'autorità? A che cosa si deve questa mutazione, che ha oramai impregnato tutti i principali settori dell'intervento pubblico? A queste domande Luigi Bobbio risponde che la contrattualizzazione delle politiche pubbliche è la risposta alla crescente incertezza che circonda il contenuto delle scelte pubbliche. E' insomma il modo, sicuramente imperfetto ma difficilmente aggirabile, per governare la frammentazione e per governare l'incertezza<sup>67</sup>.

La scelta di imporre all'amministrazione il ricorso al modulo negoziale pone però al centro dell'attenzione il consenso (e l'interesse) del destinatario diretto dell'atto e relega sullo sfondo quello della collettività come destinataria generale dell'azione amministrativa.

Il consenso meritevole di essere perseguito – precisa quindi Carpentieri - consiste nella adesione democratica alle scelte amministrative da parte della maggioranza dei cittadini (tutti "destinatari", diretti o indiretti, della funzione), non il consenso del destinatario diretto dell'atto quale elemento strutturale essenziale per la produzione dell'effetto nell'ambito del modulo giuridico negoziale non autoritativo<sup>68</sup>.

La *sussidiarietà orizzontale* è un rimando *orizzontale* alla *società civile* e allo stesso modo è un impiego della stessa come risorsa per l'utilità sociale e generale. Infatti, qualunque discorso sul nuovo ruolo della società civile, o sul riemergere del suo ruolo, trova oggi il suo ancoraggio nell'art. 118, ultimo comma, della Costituzione<sup>69</sup>.

Il principio di sussidiarietà orizzontale sembra giocare un ruolo fondamentale nel favorire la responsabilizzazione dei privati, singoli e nelle loro forme associative, proprio in relazione alla delicatezza della materia, nei confronti dell'ambiente<sup>70</sup>: l'insieme dei soggetti che curano l'interesse generale in campo ambientale è oramai del tutto pluristrutturato dal momento che assieme ai soggetti pubblici istituzionalmente competenti, svolgono ruoli sempre più attivi oltre ai cittadini le associazioni e le stesse imprese<sup>71</sup>.

## Capitolo secondo La governance

### 1. Governance e democrazia partecipativa.

Il ridimensionamento del ruolo dello Stato e degli approcci autoritativi da parte della

---

<sup>66</sup> M.S.GIANNINI, *L'amministrazione pubblica dello Stato contemporaneo*, in *Trattato di diritto amministrativo*, diretto da SANTANIELLO, vol.I, Padova, 1988. Sull'argomento: *Autorità e consenso nell'attività amministrativa*, in Atti del XLVII Convegno di Varenna, Milano, 2002; F.FRACCHIA, *L'accordo sostitutivo*, Padova, 1998; PORTALURI, *Potere amministrativo e procedimenti consensuali*, Milano, 1998; BERTI, *Il principio contrattuale nell'attività amministrativa*, in *Scritti in memoria di Massimo Severino Giannini*, Milano, 1988; BASSI, *Autorità e consenso*, in *Riv. trim. dir. pubbl.*, 1992, 744; LEDDA, in *Il Foro amministrativo*, 5,1997, pp.1561 e ss.; ALLEGRETTI, *Legge generale sui procedimenti amministrativi e moralizzazione amministrativa*, in *Scritti in onore di M.S. Giannini*, III, Milano, 1988, 7.

<sup>67</sup> L.BOBBIO, *Le politiche contrattualizzate*, in C.DONOLO (a cura di), *Il futuro delle politiche pubbliche*, Milano, 2006, p.69.

<sup>68</sup> P.CARPENTIERI, *L'azione amministrativa e la sua inaggirabile specialità*, in [www.giustizia-amministrativa.it](http://www.giustizia-amministrativa.it).

<sup>69</sup> Al riguardo il Consiglio di Stato ha precisato che "accanto alle note categorie del pubblico e del privato, occorrerebbe distinguere la categoria del privato sociale, originaria e autonoma rispetto allo Stato e al mercato", e che "il principio di sussidiarietà orizzontale di cui all'art. 118 comma 4 cost., costituisce il criterio propulsivo in coerenza al quale deve da ora svilupparsi, nell'ambito della società civile, il rapporto tra pubblico e privato anche nella realizzazione delle finalità di carattere collettivo. Ciò trova riscontro in una visione secondo cui lo Stato e ogni altra Autorità pubblica proteggono e realizzano lo sviluppo della società civile partendo dal basso, dal rispetto e dalla valorizzazione delle energie individuali, dal modo in cui coloro che ne fanno parte liberamente interpretano i bisogni collettivi emergenti dal sociale e si impegnano direttamente per la realizzazione di quelle che sono avvertite come utilità collettive, come esigenze proprie della comunità di cui fanno parte" (Cons.Stato, Atti normativi, 6 marzo 2002, n.1354).

<sup>70</sup> S.AMOROSINO, *Ambiente e privatizzazione delle funzioni amministrative*, in S.GRASSI, F.CECCHETTI, A.ANDRONIO (a cura di), *Ambiente e diritto*, II, Firenze, 1999.

<sup>71</sup> F. DE LEONARDIS, *Il principio di precauzione nell'amministrazione del rischio*, Milano, 2005, p.228.

pubblica amministrazione, il riconoscimento costituzionale della sussidiarietà orizzontale, il consolidarsi della trasparenza, informazione e partecipazione pubblica, sono fattori che contribuiscono alla crescita e diffusione di un modello di governance<sup>72</sup>. Far condividere le decisioni, invece che imporle, ottenere l'obbedienza senza emettere dei comandi, prevenire i conflitti, piuttosto che risolverli, costituiscono tendenze e tratti caratteristici della governance<sup>73</sup>.

Ampio è il dibattito su democrazia partecipativa, democrazia deliberativa e democrazia associativa<sup>74</sup>. Umberto Allegretti e Massimo Paci ritengono che si potrebbe collegare la democrazia partecipativa alla nozione di governance, in quanto essa appare in effetti una qualificazione di una parte delle procedure della governance, nel quadro del passaggio più generale dal *government* alla governance caratteristico del nostro tempo, anzi rilevando che è ragionevole pensare che lo sviluppo della governance favorisca quello della democrazia partecipativa<sup>75</sup>.

Rispetto alle strategie riformiste di *government* (ove il ricorso a strumenti di partecipazione è finalizzato a logiche di costruzione del consenso), la governance assume il profilo di una contestazione più radicale dei modi e delle premesse dell'azione di governo che, nella prospettiva del *government*, viene condotta secondo logiche di sostanziale rimozione delle capacità di auto-organizzazione sociale e secondo uno schema duale, quello della separazione binaria tra "decisori" e "destinatari delle decisioni", ove agli specialisti della politica (politici, amministratori, esperti) è affidata la risoluzione dei problemi sociali attraverso il miglioramento delle tecniche di governo. Proprio questa logica duale è attaccata nei suoi fondamenti. Nuovi attori politici e sociali scompongono e scompaginano giochi ed equilibri politici consolidati e più in generale le arene di decisione si fanno affollate e plurali, differenziate, e si moltiplicano. Si pensi all'occasione costituita dall'Unione Europea, dai suoi canali di finanziamento, dai sistemi di regolazione e all'impatto che l'implementazione dei programmi comunitari ha in ambito locale; al proliferare di autorità indipendenti, ai partenariati pubblico-privato, ai nuovi movimenti collettivi, ma anche alle interdipendenze sempre più fitte tra livelli di governo e alle conseguenze dell'applicazione del principio di sussidiarietà<sup>76</sup>.

Il tratto più caratteristico dell'ordine giuridico globale è l'inclusione dei privati e nel caso della governance, l'inclusività si estende enormemente e si riferisce a svariate tipologie di attori: gruppi di esperti e associazioni professionali, parti sociali ed espressioni della società civile, imprese economiche e specialmente associazioni ambientaliste e movimenti sociali<sup>77</sup>.

La governance, afferma Ferrarese, non ha bisogno di proteggersi dalle interferenze private, ma le invoca, sul presupposto di saperle elaborare e domare. Sempre più lontane appaiono quelle regole e norme chiamate "leggi", che erano create proprio dall'istituzione parlamentare. Diritto contrattuale e diritto giudiziario sono i due eredi che si spartiscono una cospicua parte dell'eredità della legislazione. Il profilo partecipativo appare pronunciato sia nel caso della governance contrattuale, sia nel caso della governance giudiziaria. Si potrebbe anzi dire che la partecipazione

---

<sup>72</sup> "La governance è un processo di governo in cui la funzione pubblica allargata coopera con attori privati nella produzione di beni pubblici. La cooperazione può assumere forma partenariali o restare più informale. L'esito deve essere una serie di effetti di governo su materie o ambiti specifici, o anche a livello di sistema. La governance produce un'amministrazione pubblica postburocratica e responsabilizza gli attori privati in quanto portatori impliciti di funzioni pubbliche. La governance è un processo sociale, politico e istituzionale molto esigente in termini di razionalità e responsabilità. La governance è anche una risposta a diffuse situazioni di ingovernabilità": C.DONOLO, M.SORDINI, *Lessico essenziale*, in *Il futuro delle politiche pubbliche*, cit., p.69.

<sup>73</sup> M.R.FERRARESE, *La governance tra politica e diritto*, Bologna, 2010, p.64.

<sup>74</sup> Si veda in particolare: U.ALLEGRETTI, *L'amministrazione dall'attuazione costituzionale alla democrazia partecipativa*, Milano, 2009; L.PELLIZZONI (dir.), *La deliberazione pubblica*, Roma, 2005; P.HIRST, *Dallo statalismo al pluralismo. Saggi sulla democrazia associativa*, cit.

<sup>75</sup> U.ALLEGRETTI, M.PACI, *Democrazia partecipativa e processi di partecipazione*, in [http://www.astrid-online.it/Forme-e-studi--ric/Allegretti\\_Democrazia-partecipativa.pdf](http://www.astrid-online.it/Forme-e-studi--ric/Allegretti_Democrazia-partecipativa.pdf), p.5.

<sup>76</sup> F.GELLI, L.MORLINO, *Democrazia locale e qualità democratica. Quali teorie*, in <http://www.sisp.it/files/papers/2008/francesca-gelli-leonardo-morlino-democrazia-locale-e-qualit-democratica.-quali-teorie.pdf>, p.51-52.

<sup>77</sup> M.R.FERRARESE, *La governance tra politica e diritto*, cit., p.57.



politica, che era tipica del processo politico democratico incentrato intorno ai partiti, è stata ampiamente surrogata dalle forme partecipative proprie dei processi di governance<sup>78</sup>.

Se la legge tendeva a far riferimento a una supposta maggioranza, la governance tende a far riferimento e a rispondere a una *ratio* di decentramento, che presta attenzione a individui, gruppi comunità, minoranze e altre espressioni più o meno periferiche del sistema. Dunque la governance segue un percorso di spostamento da una gestione del potere unitaria e accentrata, come quella che produceva la legislazione, verso modalità plurali e decentrate, orientate verso funzionalità e fini specifici<sup>79</sup>. Nelle forme di agire strategico, i soggetti non sono rivolti all'obbedienza a un "comando"; piuttosto essi sono orientati a produrre esiti giuridici (sentenze, contratti, ecc.) che rispondano al loro progetto di massimizzazione delle utilità e di affermazione dei propri interessi. Il diritto della governance consiste insomma in regole che non hanno più un carattere dogmatico, non provengono più da un "altrove", come voleva la retorica del diritto legislativo europeo. Esso è piuttosto un prodotto dell'azione competitiva di soggetti e gruppi animati da specifici obiettivi e interessi<sup>80</sup>.

## 2. La governance europea.

Nel 2001 la Commissione europea ha pubblicato il Libro bianco sulla governance europea<sup>81</sup> nel quale si legge che "i responsabili politici di tutta Europa sono oggi alle prese con un vero paradosso: da un lato, gli Europei chiedono loro di risolvere i grandi problemi della nostra società, dall'altro, questi stessi cittadini nutrono sempre minor fiducia nelle istituzioni e nelle politiche che queste adottano, o finiscono per disinteressarsene. I cittadini si aspettano che l'Unione sia in prima linea nel cogliere le possibilità di sviluppo economico e umano offerte dalla globalizzazione e nel trovare risposte adeguate ai problemi ambientali, alla disoccupazione, ai timori relativi alla sicurezza alimentare, alla criminalità e ai conflitti regionali".

Più avanti, la Commissione europea riconosce che i cambiamenti necessari richiedono l'impegno di tutte le altre istituzioni e, negli Stati membri attuali e futuri, delle amministrazioni centrali, delle regioni, delle città e della società civile. In questo sforzo di stabilire contatti con i livelli di governo inferiori e di incrementare la partecipazione pubblica, la governance europea rappresenta una specificazione del principio di sussidiarietà.

Tra le proposte contenute nel Libro bianco ci sono quella di strutturare le relazioni dell'Unione europea con la società civile<sup>82</sup> e di "contribuire ad una definizione più chiara degli obiettivi politici dell'Unione e rendere le politiche più efficaci, combinando gli atti legislativi ufficiali con soluzioni non legislative e di autoregolamentazione, per facilitare tali obiettivi"<sup>83</sup>.

---

<sup>78</sup> *Ibidem*, cit., p.207.

<sup>79</sup> *Ibidem*, cit., p.112-3.

<sup>80</sup> *Ibidem*, cit., p.116.

<sup>81</sup> *La governance Europea - Un libro bianco* (COM/2001/0428), in *Gazzetta ufficiale dell'Unione europea*, n. 287 del 12/10/2001 pag. 1 – 29. Secondo lo stesso Libro bianco "il concetto di "governance" designa le norme, i processi e i comportamenti che influiscono sul modo in cui le competenze sono esercitate a livello europeo, soprattutto con riferimento ai principi di apertura, partecipazione, responsabilità, efficacia e coerenza" (p.8). Secondo Roberto Segatori, la *governance* in ambito politico è un "processo di elaborazione, determinazione e attuazione di azioni di *policies*, condotto secondo criteri di concertazione e partenariato tra soggetti pubblici e soggetti privati o del terzo settore, in cui tutti i soggetti partecipano al processo conferendo risorse, assumendo responsabilità, esercitando poteri e, di conseguenza, usufruendo per quota parte dei benefici attesi dall'esito delle stesse *policies*": R.SEGATORI, *Governance e politicità*, in R.SEGATORI (a cura di), *Mutamenti della politica nell'Italia contemporanea*, Vol.II, *Governance, democrazia deliberativa e partecipazione politica*, Rubettino, 2007, p.13.

<sup>82</sup> "Un codice di condotta in materia di consultazioni individuerà le responsabilità e obbligherà tutte le parti in causa a rispondere delle proprie azioni. Ciò potenzierà il dialogo e contribuirà all'apertura della società civile organizzata": *La governance Europea - Un libro bianco*, cit., p.35.

<sup>83</sup> *La governance Europea - Un libro bianco*, cit., p.35.

Nel 2009, il Comitato delle regioni dell'Unione europea ha approvato il Libro bianco sulla governance multilivello<sup>84</sup>. Per mettere in pratica la governance multilivello il Libro bianco raccomanda la creazione di strumenti appropriati a sostegno della democrazia partecipativa, soprattutto nel quadro della strategia di Lisbona, l'agenda sociale, la strategia di Göteborg e lo sviluppo di meccanismi analoghi all'Agenda 21, ovvero meccanismi partecipativi e integrati che formulano piani strategici a lungo termine” (pag.16) e di rafforzare la pratica del partenariato sia in senso verticale (“enti regionali e locali – governo nazionale e Unione europea”) sia in senso orizzontale (“enti regionali e locali – società civile”) e in particolare nel quadro del dialogo sociale (pag.19).

### **3. La rivoluzione concettuale della governance.**

Oltre che processi di coinvolgimento dei cittadini, i nuovi modelli di governance promuovono anche processi di abilitazione degli *stakeholders*. In sostanza promuovono un atteggiamento proattivo delle pubbliche amministrazioni non più confinate in un ruolo amministrativo tradizionale, e neppure in un ruolo di regolazione, ma proiettate in un ruolo di sollecitazione attiva della stessa società civile<sup>85</sup>.

I principi sui quali si basano questi nuovi percorsi sono quelli di apertura, partecipazione, responsabilità, efficacia e coerenza che vanno a sostegno dei principi di proporzionalità e sussidiarietà. Sono principi che esprimono la necessità di una forte elasticità nell'azione pubblica e di un forte orientamento di essa al perseguimento di risultati previamente configurati in termini di rendicontabilità.

Parlare di governance significa parlare della crisi dello Stato-nazione e del problema di governare la complessità. Da qui – afferma Alberto Andronico – il tentativo di elaborare un nuovo stile di governo, distinto dal tradizionale modello del controllo gerarchico e caratterizzato da un maggior grado di cooperazione tra soggetti pubblici e privati. Con la governance si assiste alla perdita di presa sulla realtà sociale di un'intera architettura concettuale, quella propria del pensiero giuridico e politico della modernità, la cui chiave di volta era costituita dallo Stato-nazione, con un suo popolo, un suo territorio ed un centro di potere ben identificabile attraverso la figura del sovrano<sup>86</sup>.

Di fronte alla contrapposizione tra Stato e mercato, la governance intende offrire una risposta “complessa”: non si tratta di scegliere l'uno o l'altro, ma di ripensare i loro legami e le loro interconnessioni. Meno Stato, ma non per questo puro mercato, scrive Andronico. E non solo. Meno Stato non significa certo meno governo. Al contrario: si tratta di individuare una forma di direzione e di controllo capace realmente di incidere su una realtà oramai divenuta troppo complessa per poter essere governata dall'alto e da un unico centro di potere. La governance viene così proposta come l'unica possibilità attualmente praticabile per governare il mercato in chiave sociale, capace di fare i conti sia con i limiti della pianificazione centralizzata che con l'anarchia strutturalmente propria degli scambi economici. E questo proprio attraverso un più esteso coinvolgimento delle varie componenti della cd. “società civile” alle dinamiche del governo, sia al momento della scelta delle politiche pubbliche che sul piano della loro concreta realizzazione<sup>87</sup>.

Il diritto che entra in gioco quando si parla di governance è ancora un mezzo il cui fine, però, non è più la costruzione dell'ordine sociale, ma il mantenimento di quel processo comunicativo che è la condizione stessa per l'esistenza di una qualsiasi organizzazione, pubblica o privata che sia.

---

<sup>84</sup> *Libro bianco del Comitato delle regioni sulla governante multilivello*, 17-18 giugno 2009 (CONST-IV-020), in *Gazzetta ufficiale dell'Unione europea C/211 del 4/9/2009*. Secondo il Libro bianco si “intende per governante multilivello un'azione coordinata dell'Unione, degli Stati membri e degli enti regionali e locali fondata sul partenariato e volta a definire e attuare le politiche dell'UE”.

<sup>85</sup> P.DE CARLI, *L'emersione giuridica della società civile*, Milano, 2006, p.62.

<sup>86</sup> A.ANDRONICO, *Governance*, in B.MONTANARI (a cura di), *Luoghi della filosofia del diritto. Un manuale*, Torino, 2009, p.254

<sup>87</sup> *Ibidem*, p.257.

Non è un mezzo di cui il potere legittimo si serve, quindi, per realizzare fini già individuati a tavolino, ma una tecnica che dovrebbe garantire tanto la legittimità quanto l'effettività del potere attraverso una sempre più estesa partecipazione dei singoli interessati alla scelta delle politiche pubbliche e alla stessa selezione dei problemi cui si intenderebbe far fronte. Si tratta di decidere insieme, e innanzitutto di decidere insieme quando e cosa decidere. Non è più in gioco, dunque, un sistema di norme. Ma un processo capace di individuare al proprio interno gli obiettivi da perseguire, imparando – riflessivamente – anche dai propri fallimenti. In ciò risiede – sottolinea Andronico – il carattere autenticamente “rivoluzionario” della governance, peraltro raramente sottolineato. Se questo è vero – prosegue Andronico – si capisce il motivo per cui della governance si sono finora occupati, prevalentemente (anche se non esclusivamente), sociologi, economisti, studiosi delle organizzazioni aziendali, filosofi della politica, e non filosofi del diritto. O quantomeno non si parla del diritto così come siamo abituati a parlarne. Insomma: non si parla della legge, intesa come misura esterna all'azione<sup>88</sup>.

Ma, appunto: il fatto che non si parli più del diritto così come la modernità ci ha abituato a parlarne non significa, a ben vedere, che non se ne possa parlare in altro modo. Anzi. La sfida che la governance sembra proporre è proprio quella della costruzione di una nuova grammatica, diversa da quella moderna: che come tutti gli ordini del discorso ha una storia, una vita, uno sviluppo ed una fine, forse proprio quella cui stiamo assistendo oggi. Del resto, non è certo un caso se da più parti si è parlato di un paradossale “ritorno al futuro”: come se il nostro futuro, e per certi versi già il nostro presente, fosse destinato a somigliare al nostro passato remoto, piuttosto che al nostro passato prossimo. Provocatoriamente, infatti, può sorgere il sospetto che, qualora si fosse dovuto confrontare con un fenomeno come quello della governance, un giurista medievale sarebbe stato più attrezzato di un nostro contemporaneo<sup>89</sup>.

## **Capitolo terzo**

### **La governance ambientale**

#### **1. La governance mondiale.**

Nella governance mondiale il diritto internazionale si confonde con le relazioni internazionali per dare vita ad un universo istituzionale meno formale e più aperto ai privati con i quali gli stati creano un alto grado di collaborazione: ad esempio, sottolinea Ferrarese, si costituiscono dei “*network* regolativi” in tema di ambiente perché la *regulation* non riesce più a stare entro i confini statali e richiede un allargamento dei riferimenti<sup>90</sup>.

Il secondo “pilastro” della Convenzione di Aarhus, prevede la pubblica partecipazione ai processi decisionali in materia ambientale e rappresenta la naturale continuazione del diritto di accesso sulla strada della realizzazione di una governance ambientale improntata a criteri di democrazia partecipativa.

La Convenzione di Aarhus esalta il ruolo della società civile e, soprattutto, degli enti esponenziali attivi nel campo ambientale, nella convinzione che piani, programmi e politiche ambientali debbano essere basate sul confronto con i soggetti sociali interessati e tradursi in strategie condivise, prevedendo che la partecipazione del pubblico debba essere garantita nella fase iniziale del processo decisionale in materia ambientale, “quando tutte le alternative sono ancora praticabili e tale partecipazione può avere un'influenza effettiva”.

Le organizzazioni non governative (ONG), pur essendo organizzazioni private, partecipano alla governance mondiale in quanto perseguono fini di pubblico interesse nelle aree più diverse, quale la tutela dell'ambiente, o dei consumatori o la garanzia dei diritti fondamentali, o la lotta

---

<sup>88</sup> *Ibidem*, p.258.

<sup>89</sup> *Ibidem*, p.259.

<sup>90</sup> M.R.FERRARESE, *La governance tra politica e diritto*, cit., p.126.

contro il traffico d'armi, o altri possibili fini di pubblico interesse che, per essere perseguiti, richiedono un'organizzazione di tipo transnazionale<sup>91</sup>.

La transnazionalità e l'indipendenza dagli stati consente alle ONG di dar voce ad un nuovo tipo di "pubblico interesse" della cosiddetta "società civile globale", intesa come non solo diversa, ma addirittura opposta al mondo degli stati. In altri termini, via via che emergono alcuni interessi su scala globale, ci si accorge che, per proteggerli, non serve tanto internazionalizzarli, quanto denazionalizzarli<sup>92</sup>.

Altro soggetto privato non statale che partecipa al processo giuridico globale sono le *corporations* e le *law firms*, che vanno considerate congiuntamente in quanto le seconde sono il braccio giuridico delle prime. E' grazie al lavoro giuridico delegato alle *law firms* che le grandi imprese possono funzionare come attori giuridici globali, pur non apparendo tali<sup>93</sup>.

## **2. La governance ambientale italiana.**

L'art.3-ter del d.lgs.n.152 del 2006, rubricato "principio dell'azione ambientale", dispone che "la tutela dell'ambiente ... deve essere garantita da tutti gli enti pubblici e privati e dalle persone fisiche e giuridiche pubbliche e private, mediante una adeguata azione che sia informata ai principi della precauzione, dell'azione preventiva, della correzione, in via prioritaria alla fonte, dei danni causati all'ambiente".

La giurisprudenza ha avuto modo di rilevare che, con tale articolo, "viene in questo modo consacrato il modello di 'governance ambientale', ossia di un modello di gestione dei beni ambientali non più ispirato al classico modello gerarchico ma ad un nuovo stile di governo caratterizzato da un maggior grado di cooperazione ed interazione tra poteri pubblici da una parte ed attori non statuali dall'altra parte (realtà economica e realtà sociale)"<sup>94</sup>.

Ed ancora che "la governance ambientale presuppone, in chiave di progressiva democratizzazione dei processi decisionali in *subiecta materia* e nell'ottica del principio di sussidiarietà orizzontale di cui all'art.118, quarto comma, Cost., la necessità di visione comune intorno ad un problema, con il coinvolgimento di tutti i soggetti interessati per raggiungere risultati migliori"<sup>95</sup>.

La governance ambientale si sostanzia nella ricerca di forme di gestione che favoriscono la coerenza, la convergenza e la sinergia tra le azioni che competono ai diversi soggetti operanti sul territorio, sia in senso verticale (dai poteri locali ai poteri globali), sia in senso orizzontale, tra le diverse politiche settoriali e tra i diversi "saperi" (compresi quelli incorporati nelle culture locali) che in vario modo incidono sui processi di trasformazione ambientale<sup>96</sup>.

La disciplina del procedimento amministrativo registra, inoltre, una evoluzione verso le forme partecipate con l'ampliamento della partecipazione nella conferenza di servizi, Vas, Via, Vinca, Aia, ecc.

La governance ambientale è uno strumento utile anche per superare quella che Salvatore Settis definisce "una fra le maggiori cause della presente devastazione del nostro paesaggio: la perpetua conflittualità Stato-Regioni, ulteriormente cresciuta dopo la riforma del titolo V della Costituzione"<sup>97</sup>.

## **PARTE QUARTA**

### **Nuovi modelli di gestione dell'ambiente**

---

<sup>91</sup> F.MUNARI, L.SCHIANO DI PEPE, *Diritto internazionale dell'ambiente e ruolo dei 'non-State actors': alcuni recenti sviluppi*, in *La com.intern.*, 2006, p.483.

<sup>92</sup> M.R.FERRARESE, *La governance tra politica e diritto*, cit., p.110.

<sup>93</sup> *Ibidem*, p.108.

<sup>94</sup> TAR Puglia-Lecce, sez.I, n.1786 del 7 luglio 2009.

<sup>95</sup> TAR Puglia-Lecce, n.1786/2009, cit.-

<sup>96</sup> R.GAMBINO, *Parchi e continuità ambientale: da Caracas a Barcellona*, in F.FERRONI, B.ROMANO, *Biodiversità, consumo del suolo e reti ecologiche. La conservazione della natura nel governo del territorio*, 2010, p.56.

<sup>97</sup> S.SETTIS, *Paesaggio, costituzione, cemento. La battaglia per l'ambiente contro il degrado civile*, cit., p.195.

## 1. I nuovi modelli in generale.

Ad un primo sguardo, il sistema del “comando e controllo”, cioè l’imposizione di un divieto, accompagnata dalla minaccia di sanzioni a carico dei trasgressori, parrebbe concretare la più semplice e abituale misura dissuasiva, anche nella tutela dell’ambiente.

Però tale sistema, basato esclusivamente sull’uso di strumenti autoritativi affidati al potere legislativo o alla pubblica amministrazione si caratterizza per eccessiva rigidità e centralismo, considerato che l’imposizione di medesimi *standard* in situazioni reali assai diverse rischiava di provocare squilibri richiedendo “sacrifici troppo alti ad alcuni ed impegni troppo blandi ad altri”<sup>98</sup>.

In tale prospettiva ben si comprende come un siffatto approccio giuridico – adottato nel periodo di costruzione delle fondamenta del diritto comunitario ambientale e realizzato pressoché esclusivamente sull’imposizione di prescrizioni e *standard* – abbia suscitato giudizi negativi e soprattutto prodotto risultati deludenti dopo i primi decenni di applicazione di strumenti esclusivamente autoritativi che si sono rivelati “inefficaci, inadeguati al raggiungimento degli obiettivi costosi e inefficienti in sede di applicazione”<sup>99</sup>.

Secondo Maurizio Cafagno il titolo di un lavoro di Elinor Ostrom “riassume bene il messaggio che va stagliandosi in queste conclusioni: *né mercato né Stato nella gestione delle risorse collettive*. Invero nessuno dei due è autosufficiente ed entrambi occorrono, poiché i difetti dell’uno sono mitigati e compensati dai pregi dell’altro. La complessità evolutiva del sistema rende velleitaria ogni presunzione di comando e controllo, all’insegna della rigidità e dell’accentramento. L’indivisibilità funzionale del sistema condanna a pericolosi insuccessi ogni avventato programma di privatizzazione delle sue componenti. Come spesso accade, in materia di *commons*, le soluzioni vanno cercate nella flessibile e adattativa integrazione di strumenti diversi”<sup>100</sup>.

## 2. Segue: l’intesa.

L’esercizio del potere finalizzato alla funzione pubblica deve rispettare le regole intrinseche, non scritte, di logicità e imparzialità, che sono desumibili dall’articolo 97 della Costituzione (oltre che dai principi di logicità essenziali al diritto come discorso e come prodotto culturale).

Carpentieri sostiene che queste regole si compendiano nel canone della *razionalità pratica dell’agire comunicativo orientato all’intesa* che caratterizza (deve caratterizzare) la pubblica funzione. Dove l’*orientamento all’intesa* deve essere assunto – con Habermas - non già come finalizzazione dell’azione all’*accordo*, nel senso di modulo consensuale di produzione dell’effetto giuridico, bensì come esclusione e divieto dell’*orientamento strategico* dell’azione amministrativa, in chiave egoistica e conflittuale con l’interlocutore (cooperatore sociale). L’*intesa* – cui è (deve essere) orientato l’*agire comunicativo* dell’amministrazione – consiste nella condivisibilità del valore di verità e di giustizia normativa delle proposizioni in cui l’azione medesima si fa e si esprime (provvedimenti amministrativi razionalmente giustificabili). E’ vietato all’amministrazione porre in essere azioni di tipo strategico (egoistico), volte al conseguimento del risultato perseguito al di fuori di una riscattabilità del valore di verità dei propri assunti, posti a base della scelta operata. Questa riscattabilità deve soddisfare un quadruplice criterio di giustificazione razionale: un primo criterio (teleologico) di *corrispondenza* ai fini (ai valori) dati dalla legge; un secondo criterio (proposizionale) di *verità* riguardo ai presupposti di fatto assunti a base della decisione amministrativa; un terzo criterio (deontologico) di *giustizia normativa* (in base a regole giuridiche procedurali e sostanziali); infine, un quarto criterio (empirico) di *razionalità*, proprio dell’*agire orientato a uno scopo pratico-sociale* (non strategico, ma orientato all’intesa comunicativa), che si riassume nella *proporzionalità* dei mezzi rispetto ai fini.

<sup>98</sup> M.CAFAGNO, *Principi e strumenti di tutela dell’ambiente, come sistema complesso, adattativo, comune*, cit., p.337.

<sup>99</sup> S.NESPOR, *I contratti ambientali: una rassegna critica*, in *Dir pubbl.comp. ed eur.*, 2003, p.962.

<sup>100</sup> M.CAFAGNO, *Principi e strumenti di tutela dell’ambiente, come sistema complesso, adattativo, comune*, cit., p.441-442.

L'*intesa* con il privato, che rileva e connota l'agire amministrativo, non è da intendersi dunque nel senso dell'accordo con il destinatario dell'azione come modello consensuale di produzione giuridica, bensì nel senso di *telos* linguistico in cui si iscrive la ragione comunicativa di cui l'atto deve essere espressione, ossia della necessità di una ricerca, da parte dell'amministrazione procedente, di conclusioni *vere, giuste e proporzionate*, sul cui valore illocutivo proposizionale, normativo e pratico-razionale sia ragionevolmente possibile intendersi col destinatario. Non è l'accordo in quanto negozio giuridico che deve essere ricercato, ma è l'intesa epistemica e conoscitiva, come condivisione e consenso sulla verità dei presupposti di fatto, sulla giustizia normativa delle ragioni giuridiche della decisione e sulla proporzionalità dei mezzi prescelti, che deve costituire l'obiettivo e il criterio di razionalità della scelta amministrativa. Non è il consenso immediato del diretto interlocutore dell'atto (quale elemento strutturale e della fattispecie condizionante la produzione degli effetti), ma il consenso mediato della collettività nel lungo periodo sulla razionalità (proposizionale, deontologica, assiologia e pratica) delle scelte amministrative, ciò che davvero merita di essere perseguito.

Nella società del rischio e di risorse scarse, il principio di precauzione e dell'azione preventiva impone come principale criterio di razionalità nell'azione della pubblica amministrazione quello della programmazione e della pianificazione<sup>101</sup>.

Infine la controllabilità (e, quindi, la ricorribilità giurisdizionale, la giustiziabilità degli atti) è condizione indefettibile della razionalità e della garanzia di verità dell'azione amministrativa. La motivazione è il riscatto argomentativo della pretesa di verità e di giustizia normativa contenuta nella decisione amministrativa. Il procedimento e la motivazione sono coesenziali all'azione amministrativa come azione razionale orientata all'intesa e al perseguimento di scopi di pubblica utilità<sup>102</sup>.

### **3. Segue: la giurisdizione.**

L'influenza crescente della giustizia sulla vita collettiva è stato uno dei fatti politici più significativi della fine del secolo scorso e tale è ancora oggi<sup>103</sup>. Il superamento dello Stato assistenziale ed il suo indebolimento per la pressione del mercato, la perdita di centralità della legge in favore dei principi di valore superiore quali la Costituzione, i trattati internazionali e l'ordinamento comunitario, sono fattori che ampliano il ricorso alla giurisdizione ed il ruolo della magistratura, sempre più chiamata a sopperire alle inadeguate risposte del legislatore, del governo, della politica. Il luogo simbolico della democrazia migra silenziosamente dallo Stato verso la giustizia<sup>104</sup>.

Nelle riflessioni dei sociologi sul fenomeno della globalizzazione, è frequente il rilievo che sta mutando il ruolo del giudice, che da "distributore automatico di diritto", si sta sempre più sostituendo alla legge come fonte del diritto stesso. Considerazioni analoghe vengono svolte dalla dottrina giuridica, che segnala uno stato d'animo tendente a "rivalutare il momento giurisprudenziale del diritto", essendo convinzione oramai diffusa che il compito di adeguare il diritto alla realtà storico-sociale spetti anche al giudice, tant'è che si considera la sua opera come fonte, concorrente e strumentale, di produzione giuridica<sup>105</sup>. Il fatto che il giudice sia anche un

---

<sup>101</sup> L.PENNACCHI (a cura di), *Pubblico, provato, comune. Lezioni dalla crisi globale*, cit.- Sul confronto tra pianificazione territoriale e libero mercato, si veda: R.CAMAGNI, *Liberalismo contro pianificazione? Una idiosincrasia non autorizzata dalla teoria economica*, in *Archivio di studi urbani e regionali*, n.90/2007.

<sup>102</sup> P.CARPENTIERI, *L'azione amministrativa e la sua inaggrabile specialità*, cit.-

<sup>103</sup> S.RODOTÀ, *Repertorio di fine secolo*, Bari, 1992, p.169.

<sup>104</sup> A.GARAPON, *I custodi dei diritti*, Milano, 1997, p.33. S.RODOTÀ, *cit.*, p.177.

<sup>105</sup> F.SAITTA, *Valore del precedente giudiziale e certezza del diritto nel processo amministrativo del terzo millennio*, in *Dir.amm.*, 2005, p.585; G.ALPA, *La creatività nella giurisprudenza*, in *Diritto e processo. Studi in memoria di A.Giuliani*, Napoli, 2001, pp.6 ss.; S.CHIARLONI, *Ruolo della giurisprudenza e attività creative di nuovo diritto*, in *Riv.trim.dir.proc.civ.*, 2002, p.1 ss.-

legislatore è oramai considerato “un’ovvia banalità”<sup>106</sup>. Ma, rileva Gustavo Zagrebelsky, i giudici non sono i padroni del diritto nello stesso senso in cui il legislatore lo è stato in passato. Essi sono più propriamente i garanti della complessità strutturale del diritto nello Stato costituzionale, cioè della necessaria, mite, coesistenza di legge, diritti e giustizia. Tra Stato costituzionale e qualsiasi “padrone del diritto” c’è una radicale incompatibilità. Il diritto, conclude Zagrebelsky, non è oggetto della proprietà di uno ma deve essere oggetto delle cure di tanti<sup>107</sup>.

La globalizzazione ci pone di fronte al fatto evidente che il diritto è elaborato principalmente da élites di professionisti. La *lex mercatoria* è prodotta nei grandi studi transnazionali di Londra, di New York, di Parigi. In realtà il diritto è sempre stato elaborato sostanzialmente dai giuristi. La legge del legislatore ha sempre dovuto inserirsi, trovare il suo spazio, nel diritto di elaborazione forense. Il contesto della globalizzazione rende semplicemente più evidente questo fenomeno, perché tale elaborazione professionale del diritto non avviene più entro gli Stati, ma al di fuori dei quadri di riferimento statali<sup>108</sup>.

Alla crisi della legge si accompagna quindi la crescita del ruolo della giurisdizione e del contratto. Diritto giudiziario e diritto contrattuale sono i due eredi che si spartiscono una cospicua parte dell’eredità della legislazione, e che finiscono per svolgere molti dei compiti in precedenza svolti da essa. Il diritto diventa così un prodotto dell’azione competitiva di soggetti e gruppi animati da specifici obiettivi e interessi<sup>109</sup>.

## PARTE QUINTA

### La tutela dell’ambiente nella governance

#### Capitolo primo

#### L’associazionismo nella tutela ambientale

##### 1. Il ruolo dell’associazionismo ambientale.

La società civile globale è l’espressione organizzata delle opinioni diffuse nella collettività e va considerata come una “pietra angolare delle democrazie moderne”, in particolare, le associazioni ambientaliste hanno costituito il più esteso e influente movimento del nostro tempo e hanno formato quella che è stata definita la “sfera pubblica verde”<sup>110</sup>.

La domanda sociale di tutela giudiziaria di interessi diffusi o collettivi è connessa a nuove esigenze di qualità della vita e proprio le esigenze di tutela del paesaggio e dell’ambiente si sono espresse in modo pressante e generale in tutte le società industrializzate<sup>111</sup>.

Numerosi studiosi concordano che l’associazionismo, il volontariato e le organizzazioni non governative, siano realtà produttrici di senso civico e che vi è stato un ribaltamento di prospettiva nel senso che le associazioni sono ora chiamate a legittimare le istituzioni e non viceversa. Esse sono chiamate a ratificare che l’impegno delle istituzioni pubbliche è veramente rivolto a tutti. Il terzo settore per l’ambiente è il luogo privilegiato per la verifica del senso civico, visto che la questione ambientale impone di riflettere e cercare nuovi fondamenti del vivere comune o civile e sollecita, quindi, la ricerca di un nuovo senso civico<sup>112</sup>.

<sup>106</sup> M.CAPPELLETTI, *Giudici legislatori?*, Milano, 1984, p.14; C.GUARNIERI, P.PEDERZOLI, *La democrazia giudiziaria*, Bologna, 1997, p.14.

<sup>107</sup> G.ZAGREBELSKY, *Il diritto mite*, Torino, 1992, p.213.

<sup>108</sup> P.G.MONATERI, A.M.MUSY, *Globalizzazione e giustizia. L’impatto della globalizzazione sul sistema giuridico italiano e sull’organizzazione degli studi legali*, Milano, 2003, p.7.

<sup>109</sup> M.R.FERRARESE, *La governance tra politica e diritto*, cit., p.116.

<sup>110</sup> S.NESPOR, *Il governo dell’ambiente. La politica e il diritto per il progresso sostenibile*, Milano, 2009, p.217. M.CASTELLS, *La città delle reti*, Venezia, 2004; R.LEWANSKI, *Governare l’ambiente. Attori e processi della politica ambientale: interessi in gioco, sfide, nuove strategie*, Bologna, 1997, p.141 e ss.

<sup>111</sup> A.PREDIERI, voce *Paesaggio*, in *Enc.dir.*, cit., p.528.

<sup>112</sup> G.OSTI, L.PELLIZZONI, *Partecipazione democratica e cooperazione nella tutela dell’ambiente*, in <http://www.sociologia.unical.it/convegno99/ostipellizzoni.rtf>, p.17.

Il volontariato ambientale in senso stretto produce senso civico come testimonianza e la militanza produce senso civico come azione politica. Il primo produce in genere servizi ambientali, il secondo produce critiche e proposte alle istituzioni sulle norme di tutela dell'ambiente. Negli ultimi anni si è assistito ad un intreccio fra le due modalità: i gruppi ambientalisti più avvertiti hanno promosso sia il volontariato in senso stretto che l'azione politica<sup>113</sup>.

Inoltre, le associazioni ambientaliste e i comitati sono ritenuti da Salvatore Settis soggetti determinanti nella tutela, anche nella forma dell'azione popolare, dell'ambiente, del paesaggio e del territorio che "sono un bene comune, sul quale tutti abbiamo, individualmente e collettivamente, non solo un passivo diritto di fruizione, ma un attivo diritto-dovere di protezione e difesa. La comunità dei cittadini nel suo insieme (ma anche il sottoinsieme formato da un'associazione nazionale, provinciale, locale,...) è in questo senso un soggetto plurimo ... che può dunque agire in propria difesa come prevede l'art.118 della Costituzione"<sup>114</sup>.

## **2. Le organizzazioni non governative in Europa.**

Il Regolamento CE n.1367/2006 "Sull'applicazione alle istituzioni e agli organi comunitari delle disposizioni della convenzione di Aarhus sull'accesso alle informazioni, la partecipazione del pubblico ai processi decisionali e l'accesso alla giustizia in materia ambientale", nei considerando precisa che "le organizzazioni non governative attive nel campo della tutela dell'ambiente che soddisfino determinati criteri, in particolare finalizzati ad assicurare che siano organizzazioni indipendenti e affidabili che abbiano dimostrato che il loro obiettivo primario è promuovere la protezione dell'ambiente, dovrebbero essere legittimate a richiedere una revisione interna a livello comunitario di atti adottati nel quadro della legislazione ambientale o di omissioni da parte di un'istituzione o organo comunitario di deliberare in materia di legislazione ambientale nella prospettiva di un riesame da parte dell'istituzione o organo in questione".

L'art.11 dello stesso regolamento individua i seguenti criteri di legittimazione a livello comunitario:

"1. Un'organizzazione non governativa può formulare una richiesta di riesame interno ai sensi dell'articolo 10, a condizione che:

- a) sia una persona giuridica indipendente senza fini di lucro a norma del diritto nazionale o della prassi di uno Stato membro;
- b) abbia come obiettivo primario dichiarato di promuovere la tutela dell'ambiente nell'ambito del diritto ambientale;
- c) sia stata costituita da più di due anni e persegua attivamente l'obiettivo di cui alla lettera b);
- d) l'oggetto della richiesta di riesame interno rientri nel suo obiettivo e nelle sue attività".

Con la decisione del 13 dicembre 2007<sup>115</sup> la Commissione ha stabilito le modalità di applicazione del citato regolamento n. 1367/2006 ed ha precisato (art.3) che "qualsiasi organizzazione non governativa che presenta una richiesta di riesame interno di un atto o di una omissione di natura amministrativa a norma dell'articolo 10 del regolamento (CE) n. 1367/2006, deve provare la propria conformità ai criteri stabiliti all'articolo 11, paragrafo 1, di detto regolamento, trasmettendo i documenti elencati nell'allegato alla presente decisione.

## **3. Enti non profit in Italia.**

In Italia, l'art. 28, L. 26.02.1987, n. 49 definisce le organizzazioni non governative (ONG) come quelle che operano nel campo della cooperazione con i Paesi in via di sviluppo.

Invece è l'espressione "enti non profit" che ricomprende i numerosi tipi di soggetti che svolgono, con diversa forma giuridica, attività caratterizzate da rilevanza ideale e sociale, senza finalità di lucro. La realtà degli enti non profit appare complessa, in quanto caratterizzata da una varietà di soggetti giuridici, oltre che di campo di attività, che rende difficilmente inquadrabile e

---

<sup>113</sup> *Ibidem*, p.23.

<sup>114</sup> S.SETTIS, *Paesaggio, costituzione, cemento. La battaglia per l'ambiente contro il degrado civile*, cit., p.311.

<sup>115</sup> In Gazzetta ufficiale dell'Unione europea del 16.1.2008 L 13/24.



classificabile il settore. A livello giuridico, rientrano tra gli enti non profit diversi soggetti individuati dal codice civile o da leggi speciali.

Secondo l'Agenzia per le onlus rientrano tra gli enti non profit: 1. Associazioni riconosciute (artt. 14 ss. del c.c.); 2. Fondazioni riconosciute (artt. 14 ss. del c.c.); 3. Associazioni non riconosciute (artt. 36 ss. del c.c.); 4. Comitati (artt. 39 ss. del c.c.); 5. Organizzazioni di volontariato (L. 11.08.1991, n. 266); 6. Cooperative sociali (L. 08.11.1991, n. 381); 7. Associazioni sportive (L. 16.12.1991, n. 398); 8. ONG (Organizzazioni Non Governative) (art. 28, L. 26.02.1987, n. 49); 9. Enti di promozione sociale (art. 3, comma 6, L. 25.08.1991, n. 287 e L. 07.12.2000, n. 383); 10. Enti lirici (D.Lgs. 29.06.1996, n. 367); 11. Società di mutuo soccorso (L. 15.04.1886 n. 3818); 12. Centri di formazione professionale (L. 21.12.1978, n. 845); 13. Istituti di patronato (L. 30.3.2001 n. 152, L. 27.3.1980, n. 112, DPR 22.12.1986, n.1017); 14. ONLUS (Organizzazioni Non Lucrative di Utilità Sociale – D.Lgs. 4.12.1997 n.460)<sup>116</sup>.

L'elenco, per espressa precisazione della stessa Agenzia, non è esaustivo e vanno sicuramente aggiunte le associazioni di protezione ambientale (art.13, L. 8.07.1986, n.349).

Dal punto di vista tributario, invece, rilevano la categoria degli "enti non commerciali", identificata dall'art. 73 (comma 1 lettera c e commi 2 e seguenti) e dall'art. 149 del Testo Unico delle Imposte sui Redditi (D.P.R. 917/1986), e quella delle Onlus, introdotta dal D.Lgs. 460/1997, che costituisce un "contenitore" fiscale nel quale entrano o possono entrare vari soggetti giuridici in possesso dei requisiti previsti dal citato decreto legislativo.

#### **4. I comitati per la difesa dell'ambiente.**

I conflitti ambientali hanno assunto, in tutti i paesi industrializzati, una rilevanza e un peso notevoli in termini economici, ambientali e sociali. Il processo di localizzazione o di trasformazione di grandi impianti e infrastrutture è quasi sempre fonte di forti opposizioni da parte di associazioni ambientaliste o di comitati spontanei, che attraverso la loro azione bloccano, ritardano o modificano i progetti iniziali.

Per definire tale fenomeno si è parlato di effetto o sindrome "Nimby" (*not in my back-yard*). Secondo l'Osservatorio Nimby Forum che analizza "le motivazioni che sono alla base dei fenomeni di contestazione ambientale territoriale", nel "2009 sono 283 gli impianti che, indipendentemente dal loro stato di avanzamento – siano essi solo ipotesi di progetto o impianti già in funzione – sono stati oggetto di opposizione da parte dei territori interessati dal loro insediamento".

Il fenomeno è meglio e più correttamente descritto nel dossier del WWF del 3 dicembre 2010 a cura di Stefano Lenzi, responsabile del settore legislativo, intitolato "Sindrome nimby *no grazie*. I veri motivi dei ritardi sulle grandi opere"<sup>117</sup> nel quale si dà conto del fatto che la citata ricerca è stata condotta da una società privata e "che non ha alcun riscontro nella realtà e, di conseguenza, non ha alcuna rilevanza nei più importanti studi e indagini ufficiali pubblicati in questi anni sulle grandi opere, identificate in Italia nelle cosiddette "infrastrutture strategiche".

Infatti, si legge nello stesso dossier, che la dimensione del contenzioso generato dalle associazioni ambientaliste è molto modesta e che "il CIPE ha fornito il 28 luglio 2009 il quadro aggiornato del contenzioso sulle infrastrutture strategiche, che è composto a quella data da 259 ricorsi amministrativi e giurisdizionali: 176 promossi da privati (aziende o singoli cittadini, ad es. espropri), 62 promossi da enti pubblici e 21 da associazioni (comprese le organizzazioni dei consumatori). Quindi, come si può facilmente vedere, solo l'8,1% dei ricorsi sarebbe promosso da associazioni varie tra cui quelle ambientaliste".

Questi dati sono stati forniti dal WWF anche per contrastare "la proposta di legge AC 2271 recante "Modifica dell'articolo 18 della legge 8 luglio 1986, n. 349 in materia di responsabilità

---

<sup>116</sup> *Linee guida e schemi per la redazione dei bilanci di esercizio degli enti non profit*, Agenzia per le onlus, Atto di indirizzo, ai sensi dell'art. 3, comma 1, lett. a) del D.P.C.M. 21 marzo 2001 n. 329, approvato dal Consiglio dell'11 febbraio 2009, pp.6-7.

<sup>117</sup> [Http://www.wwf.it/UserFiles/File/News%20Dossier%20Appti/DOSSIER/Istituzionale/SindromeNimby\\_NoGrazie\\_DossierWWF.pdf](http://www.wwf.it/UserFiles/File/News%20Dossier%20Appti/DOSSIER/Istituzionale/SindromeNimby_NoGrazie_DossierWWF.pdf)

processuale delle associazioni di protezione ambientale”; in estrema sintesi viene giustificata dalla evidenza che la cosiddetta sindrome “Nimby” (not in my back yard) determini un *costante ritardo del cantiere Italia*, sino addirittura a *paralizzarlo*, e che questa sia generata da un *egoismo territoriale* alimentato dalle associazioni ambientaliste riconosciute a livello nazionale che avrebbero un atteggiamento irresponsabile nell’ingenerare un contenzioso giudiziario”.

Il sorgere di numerosi comitati a difesa dell’ambiente, quasi sempre affiancati dalle associazioni ambientaliste, è uno dei fenomeni più rilevanti degli ultimi anni ed evidenzia la crescente e diffusa attenzione dei cittadini alle tematiche ambientali.

Alberto Asor Rosa, coordinatore e promotore della Rete dei Comitati per la difesa del territorio partita dalla Toscana, con riferimento ai comitati ed alla realtà principalmente toscana, parla a tale proposito di neoambientalismo “per distinguerlo dall’esperienza storica (per carità, positivistissima) di altre associazioni ambientaliste più centralizzate e gerarchizzate”. Ritiene che l’obiettivo sia “di creare, non una Rete nazionale, ma una Rete di Reti, coerentemente con lo spirito del neoambientalismo, che non prevede, né in loco né fuori, rapporti gerarchici di direzione” e auspica un “salto di scala” ed una crescita dal basso “ma solo se si contestualizzano e si organizzano, su di un orizzonte strategico più vasto, gli innumerevoli focolai locali”<sup>118</sup>.

L’importante esperienza dei comitati sembra in tal modo volersi affrancare dalla dimensione locale ed occasionale, per approdare ad un orizzonte più vasto e stabile, quello stesso orizzonte sul quale riflettono ed operano da tempo le associazioni ambientaliste.

## **Capitolo secondo** **Le associazioni ambientaliste**

### **1. La partecipazione qualificata alla governance ambientale.**

La partecipazione al procedimento amministrativo avvicina “il nuovo cittadino” ai meandri prima inaccessibili di un potere pubblico costretto a “democratizzarsi”<sup>119</sup>. Osserva però Ferrara che se questo è vero non si può tacere il fatto che, accanto alla partecipazione come “mito”, alla partecipazione come “diritto” si colloca la partecipazione come onere, e come onere greve e fastidioso<sup>120</sup>.

Le formule altamente seducenti con cui il fenomeno della partecipazione procedimentale viene talora spiegato (“il nuovo cittadino” che è chiamato a conquistare spazi crescenti nel corpo vivente delle istituzioni) finiscono per provare troppo – o troppo poco! – e, soprattutto, concorrono a delineare, suggestivamente, straordinari “quadri fantastici” dai quali la realtà risulta solo in parte interpretata e spiegata e, più spesso, deformata. Il “nuovo cittadino”, le cui attribuzioni e facoltà sono certamente in crescita, apparirà, semmai, come il partecipante “laico” e non professionista, ma saranno soprattutto coloro che praticano una partecipazione di tipo “professionale” a marchiare a fuoco il procedimento, imprimendovi in modo indelebile il segno del loro passaggio<sup>121</sup>.

In un procedimento amministrativo relativo alla realizzazione di una grande opera (Ponte sullo Stretto di Messina, MOSE di Venezia, per citare solo gli esempi più noti) è evidente che il singolo cittadino, per quanto motivato, non sarà in grado di mettere in campo le competenze tecniche necessarie per discutere dell’opera ed eventualmente contrastarla.

A ciò si aggiunge che molte opere impattanti sul territorio, che potrebbero sollecitare la partecipazione del “nuovo cittadino”, sono spesso presentate da un privato fortemente motivato, esperto e interessato a far valere il proprio punto di vista. Da un privato che, lungi dall’essere lo sprovvisto *quivis de populo*, è invece *homo oeconomicus* esperto e avvertito in grado di dispiegare nel procedimento i migliori consulenti allo scopo di far meglio valere le proprie aspettative di vita, e nel contesto di una situazione nella quale i cd. interessi pubblici sono sempre più raramente dati

---

<sup>118</sup> A. ASOR ROSA, *Il neoambientalismo*, Il Manifesto, 17 novembre 2010.

<sup>119</sup> F. BENVENUTI, *Il nuovo cittadino*, Venezia, 1994.

<sup>120</sup> R. FERRARA, *Introduzione al diritto amministrativo*, cit., p.135.

<sup>121</sup> *Ibidem*, p.136-137.

(dalla legge) e sempre più spesso interpretati nel corso dei procedimenti avviati dal privato o che al privato comunque si rivolgono<sup>122</sup>.

## 2. Il riconoscimento delle associazioni ambientaliste.

Ben prima dell'approvazione della legge n.349 del 1986, con la storica sentenza n.253 del 9 marzo 1973<sup>123</sup>, il Consiglio di Stato ha riconosciuto per la prima volta la legittimazione ad agire in giudizio di un'associazione ambientalista (Italia Nostra), affermandone la titolarità di una "posizione differenziata rispetto al comune cittadino, idonea a legittimare l'azione in giudizio"<sup>124</sup>.

A seguito di tale sentenza, ampio è stato il dibattito dottrinale in merito alla legittimazione processuale delle stesse associazioni ambientaliste che sono state definite di volta in volta "difensori civici processuali"<sup>125</sup>, "pubblici ministeri ambientali"<sup>126</sup>, "governo ombra dell'ambiente"<sup>127</sup>.

La legge n.349 del 1986 ha previsto il riconoscimento delle associazioni ambientaliste, definendole "associazioni di protezione ambientale". Recita l'art.13 della citata legge n.349 del 1986 che "le associazioni di protezione ambientale a carattere nazionale e quelle presenti in almeno cinque regioni sono individuate con decreto del Ministro dell'ambiente sulla base delle finalità programmatiche e dell'ordinamento interno democratico previsti dallo statuto, nonché della continuità dell'azione e della sua rilevanza esterna, previo parere del Consiglio nazionale per l'ambiente da esprimere entro novanta giorni dalla richiesta".

Alle stesse associazioni, l'art.18 attribuisce la legittimazione ad intervenire nei giudizi per danno ambientale e a ricorrere in sede di giurisdizione amministrativa per l'annullamento di atti illegittimi.

## 3. Il ruolo di amministrazione attiva delle associazioni ambientaliste.

Le associazioni ambientaliste svolgono un'importante funzione al servizio dei politici-legislatori. In primo luogo, operano come intermediari dell'informazione durante il processo di approvazione della legge, fungendo da rilevatori dei bisogni diffusi nella popolazione. In secondo luogo, invocano controlli procedurali sull'attuazione amministrativa e attivano il sindacato giurisdizionale, così indirettamente contribuendo a rafforzare la supervisione dei committenti politici sul comportamento burocratico.

Le associazioni ambientaliste hanno progressivamente assunto anche ruoli di amministrazione attiva. Già nel 1990 Pierluigi Mantini rilevava che "il riconoscimento operato dal diritto positivo nei riguardi delle associazioni ambientaliste possa dirsi espressione e momento di quell'allargamento della plurisoggettività ordinamentale che è, secondo autorevole dottrina, uno dei connotati peculiari degli Stati pluriclasse"<sup>128</sup>.

---

<sup>122</sup> *Ibidem*, p.145-146.

<sup>123</sup> In *Foro it.*, 1974, III, p.33, con note favorevoli di ROMANO e ZANNUTIGH, "Italia Nostra" di fronte al Consiglio di Stato.

<sup>124</sup> M.CALABRO', *Il ruolo delle associazioni ambientaliste in tema di prevenzione e riparazione del danno ambientale*, in F.GIAMPIETRO (a cura di), *La responsabilità per danno all'ambiente*, Milano, 2006, p.197. Prosegue l'A. ricordando come però in seguito la Cassazione abbia annullato la suddetta pronuncia sostenendo come in capo all'ente esponenziale non sussistesse alcuna posizione differenziata non bastando a ciò la coincidenza tra lo scopo statutario e l'interesse diffuso alla salvaguardia ambientale (Cass. Civ., sez.un., 8 maggio 1978, n.2207 in *Foro it.*, 1978, I, 1090; sentenza commentata da ZANNUTIGH, "Italia Nostra" di fronte alla Corte di Cassazione, in *Foro it.*, 1979, I, 169).

<sup>125</sup> G.ROMEO, *L'interesse diffuso, l'ambiente e il giudice amministrativo*, in *Foro amm.*, 1986 II, 2594.

<sup>126</sup> G.MORBIDELLI, *Profili giurisdizionali e giustiziali nella tutela amministrativa dell'ambiente*, in *Ambiente e diritto*, 1999, p. 321.

<sup>127</sup> F.DE LEONARDIS, *Il principio di precauzione nell'amministrazione del rischio*, Milano, 2005. Sulla legittimazione processuale delle associazioni ambientaliste, tra i contributi più recenti si segnalano: P.DURET, *Riflessioni sulla legittimatio ad causam in materia ambientale tra partecipazione e sussidiarietà*, in *Dir. proc .amm.*, 2008, 3, 688; A.MAESTRONI, *Associazioni ambientali e interessi diffusi*, in S.NESPOR, A.L.DE CESARIS, *Codice dell'ambiente*, Milano, 2009; M.CERUTI, nota a Corte d'Appello di Milano, Sez. II civ., 31 agosto 2009, n.2168, in *Riv. Giur. Amb.*, 2/2010.

<sup>128</sup> P.L.MANTINI, *Associazioni ambientaliste e interessi diffusi nel procedimento amministrativo*, Padova, 1990.

Si citano solo i casi più noti: il Consiglio nazionale per l'ambiente (art.12 legge n.349/1986); la Consulta tecnica per le aree naturali protette (art.3, legge 394/1991); i Consigli direttivi dei parchi nazionali (art.9 legge 394/1991); la gestione delle aree protette marine (art.19 legge 397/1991); le Commissioni regionali per formulare proposte per la dichiarazione di notevole interesse pubblico degli immobili e delle aree di interesse paesaggistico (art.137 del D.Lgs.n.42/2004); la partecipazione ai procedimenti di approvazione dei piani paesaggistici (art.144 del D.Lgs.n.42/2004).

Inoltre, nel codice dell'ambiente alle associazioni ambientaliste (che per la prima volta vengono definite "organizzazioni non governative") viene riconosciuta la sola facoltà di presentare denunce o osservazioni in caso di danno ambientale (art.309 del D.Lgs.n.152/2006).

L'insieme di tali funzioni è talmente rilevante che vi è stato chi ha proposto di inserire le associazioni ambientaliste nella categoria degli "enti di interesse pubblico"<sup>129</sup> per sottolineare proprio che esse si affiancano alle amministrazioni pubbliche e ai cittadini, in un certo senso riappropriandosi della titolarità originaria della funzione amministrativa<sup>130</sup>.

E' evidente, afferma Fabrizio De Leonardis, che il processo di progressiva condivisione delle decisioni amministrative contribuisce a ridefinire anche il ruolo delle associazioni ambientaliste alle quali il diritto positivo vigente assegna oramai un ruolo che trascende la mera aggregazione a fini processuali di interessi altrimenti non attivabili in sede giurisdizionale<sup>131</sup>. In conclusione, afferma sempre De Leonardis, "il principio di sussidiarietà in senso orizzontale sembra giocare un ruolo fondamentale nel favorire la 'responsabilizzazione dei privati, singoli o nelle loro forme associative, proprio in relazione alla delicatezza della materia, nei confronti dell'ambiente': l'insieme dei soggetti che curano l'interesse generale in campo ambientale è oramai plurisoggettivo dal momento che assieme ai soggetti pubblici istituzionali competenti, svolgono ruoli sempre più attivi oltre ai cittadini le associazioni ambientaliste e le stesse imprese"<sup>132</sup>.

Anche Paolo Carpentieri ritiene che la direzione da seguire sia "quella della sussidiarietà orizzontale, della partecipazione democratica delle persone, singole o associate, perché facciano sentire il peso dell'interesse generale, in sussidio e in supplenza rispetto alle amministrazioni competenti. E' del resto noto e condiviso il ruolo centrale svolto dalla partecipazione attiva dell'associazionismo in campo ambientale"<sup>133</sup>. La tutela del paesaggio, conclude Carpentieri, "deve essere integrata dal protagonismo attivo delle associazioni ambientaliste e dei cittadini comunque organizzati, al fine di dare corpo e sostanza all'interesse diffuso alla tutela paesaggistica, altrimenti destinato a soccombere al più pervicace interesse economico produttivo che mira al consumo del territorio"<sup>134</sup>.

#### **4. Associazioni ambientaliste e tutela delle generazioni future.**

Il problema della tutela delle generazioni future si pone con particolare acutezza nella tutela dell'ambiente nei confronti di attività sia negative sia positive, pubbliche e private<sup>135</sup>.

Se, inoltre, la tutela delle generazioni future viene affermata pacificamente nel diritto positivo e dalla giurisprudenza, occorre chiedersi attraverso quali strumenti si possa rendere effettivo il dovere delle generazioni presenti nei confronti di quelle future<sup>136</sup>.

Due sono le soluzioni: quella amministrativa e quella giurisdizionale.

---

<sup>129</sup> G.MORBIDELLI, *Profili giurisdizionali e giustiziali nella tutela amministrativa dell'ambiente*, in *Ambiente e diritto*, Milano, 1999, p.318.

<sup>130</sup> F.DE LEONARDIS, *Il principio di precauzione nell'amministrazione del rischio*, Milano, 2005, p.224.

<sup>131</sup> *Ibidem*, p.224.

<sup>132</sup> *Ibidem*, p.227-228.

<sup>133</sup> P.CARPENTIERI, *Principio di differenziazione e paesaggio*, in *Riv.giur.edilizia*, 2007, p.95.

<sup>134</sup> *Ibidem*, p.96.

<sup>135</sup> R.BIFULCO, *Rappresentare chi non esiste (ancora)?*, in L.CHIETTI (a cura di), *Rappresentanza politica, gruppi di pressione, élites al potere*, Torino, 2006, p.265.

<sup>136</sup> F.DE LEONARDIS, *Verso un ampliamento della legittimazione per la tutela delle generazioni future*, cit., p.4.

E' sintomatico che la Francia, che costituisce la culla della giurisdizione amministrativa, abbia intrapreso il percorso "amministrativo" ossia abbia provveduto alla creazione di un organismo *ad hoc* imputando ad esso la competenza alla tutela degli interessi delle generazioni future.

Con il decreto n. 93-298 dell'8 marzo 1993 si è costituito un vero e proprio Consiglio per i diritti delle generazioni future: si tratta di un'organizzazione costante e stabile che media e rappresenta gli interessi di lungo periodo di coloro i quali non hanno voce per difendere i propri diritti.

Tale soluzione amministrativa è stata auspicata a livello globale dalla dottrina americana che in più occasioni ha proposto la creazione di un Ombudsman planetario, di una Commissione per i diritti del pianeta, di un trust planetario, di un guardiano delle generazioni future, di una Commissione per la tutela dei diritti delle generazioni future.

Tali organismi avrebbero il compito di far rispettare gli obblighi assunti dagli accordi internazionali, di partecipare a procedimenti amministrativi e giudiziari in qualità di esponenti delle generazioni future e di allertare la comunità internazionale quando si verificano eventi in grado di danneggiare le generazioni future.

In buona sostanza consentirebbero di garantire una tutela di lungo periodo nei processi decisionali che concernono l'utilizzazione delle risorse planetarie.

La cd. soluzione amministrativa, che prevede la creazione di organismi *ad hoc* dei vari livelli ordinamentali, si scontra, però, con considerazioni di carattere finanziario dal momento che la creazione di un nuovo organismo non può certamente avvenire a costo zero per la collettività.

A prescindere da tali difficoltà non è mancato, poi, chi si è chiesto se la creazione di organismi *ad hoc*, con la conseguente personificazione e istituzionalizzazione di un interesse, sia effettivamente indispensabile e se non si possano, invece, al fine di rendere effettiva tale tutela, percorrere vie alternative non solo al fine di contenere la spesa pubblica.

Ritiene De Leonardis che una seconda strada percorribile ed auspicabile sia quella di utilizzare gli strumenti giurisdizionali ampliando in modo netto la legittimazione ad agire, che anche per Michele Ainis, passa attraverso la costituzione di poteri diffusi ed il potenziamento delle attribuzioni di cui già oggi sono titolari le associazioni ambientaliste. Questa seconda strada si muove dal basso verso l'alto perché si affida ai soggetti esponenziali della comunità civile e, conclude Ainis, "nella materia dell'ambiente un difensore civico c'è già: e si tratta per l'appunto delle associazioni di protezione ambientale riconosciute, *ombudsman* collettivo anziché – come di norma – monocratico"<sup>137</sup>.

### **5. Segue: il caso Minors Oposa**

Nell'unico caso giurisprudenziale<sup>138</sup> in cui risulta finora essere riconosciuta la legittimazione di soggetti deputati a far valere i diritti delle generazioni future si è utilizzata proprio la soluzione giurisprudenziale riconoscendosi la legittimazione non ad un organismo *ad hoc* bensì, da una parte, a un'associazione ambientalista e, dall'altra, a un gruppo di cittadini.

Nel caso *Minors Oposa v. Secretary of the department of environment and natural resources* 43 minorenni, i loro genitori e un'associazione ambientalista avevano richiesto l'annullamento delle licenze di sfruttamento del legno rilasciate dal Ministero filippino (*Timber License Agreement*) e che si vietasse qualsiasi altra autorizzazione del legno.

Si pensi che le foreste filippine, proprio a causa di tale attività di sfruttamento del legno, si erano ridotte in 25 anni dal 53% del territorio al 2,8% con un tasso di deforestazione pari addirittura a 25 ettari l'ora.

---

<sup>137</sup> M.AINIS, *Questioni di "democrazia ambientale": il ruolo delle associazioni ambientaliste*, in *Riv.giu.amb.*, 1995, p.239.

<sup>138</sup> Il caso descritto è in: F.DE LEONARDIS, *Verso un ampliamento della legittimazione per la tutela delle generazioni future*, cit., p.9; risulta pubblicato in *International Legal Materials*, 1994, p.173-206.

I ricorrenti avevano rilevato che, in base ad un tale tasso di deforestazione, si sarebbe consegnato alle generazioni future un territorio degradato e fruibile a condizioni assai peggiori di quelle di cui avevano beneficiato le generazioni precedenti.

In primo grado il Ministero si era difeso sostenendo che le generazioni future ancora non esistono e, come tali, non hanno diritti d'agire e neppure possono essere rappresentate in giudizio e che, in ogni caso, la decisione in ordine al tasso di deforestazione era di carattere politico e, come tale, insindacabile.

La Corte suprema delle Filippine ha ribaltato la sentenza di primo grado affermando la legittimazione ad agire delle generazioni future: il giudice si è fondato su una norma costituzionale sull'ambiente e su alcune disposizioni legislative nelle quali le generazioni future venivano menzionate (seppure non al fine di attribuire loro uno specifico diritto di agire in giudizio).

La sentenza della Corte Suprema delle Filippine ha un'importanza storica: è uno dei primi casi, se non il primo in assoluto, in cui alle generazioni future è stata riconosciuta la legittimazione ad agire in giudizio e benché non seguito in altre vicende analoghe (nel 1997 nel caso *Farooque v. Government of Bangladesh* il giudice ha assunto una posizione opposta) potrebbe rappresentare un precedente che contribuisce ad aprire la strada di effettività che pone sotto una luce diversa il principio intergenerazionale.

## **6. Prospettive di riforma: per una legge organica delle associazioni ambientaliste.**

Nonostante il diritto alla tutela dell'ambiente sia stato definito dalla Corte costituzionale un diritto primario ed assoluto, assistiamo ad una progressiva compressione della tutela di tale diritto nel processo amministrativo, in particolare della legittimazione processuale delle associazioni ambientaliste.

Si va dall'art.20, comma 8, del d.l. n.185 del 28 novembre 2008, convertito in legge 29 gennaio 2009, n.2, in tema di appalti ritenuti strategici (che ha ridotto i termini processuali nei giudizi avverso le grandi opere), all'abrogazione dell'art.9, comma 3, D.Lgs.n.267/2000 che prevedeva la sostituzione processuale per le azioni risarcitorie in materia di danno ambientale, per arrivare alla citata proposta di legge n.2271 presentata alla Camera dei Deputati il 10 marzo 2009 (Scandroglio ed altri), con la quale si vorrebbe modificare l'art.18 della l.n.349 del 1986 ed introdurre la responsabilità per lite temeraria e la condanna al risarcimento del danno delle associazioni ambientaliste<sup>139</sup>.

Senza dimenticare che la nuova disciplina sul danno ambientale di cui all'art.299 D.Lgs. 152/2006 stabilisce un accentramento delle competenze in capo al Ministero dell'ambiente mentre viene notevolmente ridimensionata la legittimazione ad agire degli enti locali e delle associazioni ambientaliste<sup>140</sup>. Questa restrizione è stata criticata dalla dottrina, per la quale la statalizzazione della tutela del danno ambientale mal si concilia con i principi della sussidiarietà orizzontale e verticale<sup>141</sup>.

A distanza di venticinque anni dalla legge n.349 del 1986 istitutiva del Ministero dell'ambiente e del riconoscimento delle "associazioni di protezione ambientale", è maturo il

---

<sup>139</sup> Si veda in proposito: G.TUMINELLO, *Il diritto internazionale e comunitario dell'ambiente, e il dialogo fra i formanti: brevi note a margine di un recente tentativo (inidoneo) di ridimensionamento delle associazioni di protezione ambientale*, in *Giust.amm.*, n.3/2009, p.10 e ss.-

<sup>140</sup> B.POZZO, *La direttiva 2004/35/CE e il suo recepimento in Italia*, in *Riv.giur.amb.*, n.1/2010, pag.62. Con riferimento alla direttiva 2004/35/CE, diversi autori concordano nel ritenere che nella nozione di "Autorità competenti" alle quali viene attribuita la legittimazione attiva sul danno ambientale, siano da ricomprendere anche le associazioni ambientaliste, il che rende ancor più evidente il non corretto recepimento in Italia della citata direttiva: P.BRAMBILLA, *Poteri delle associazioni ambientali nella direttiva e alla luce dell'evoluzione della legislazione comunitaria*, in *La responsabilità ambientale. Diritto ed economia dell'ambiente*, Milano, 2005, p.86; A.MAESTRONI, *Gli approdi giurisprudenziali sui poteri processuali delle associazioni ambientaliste*, in *Speciale 20 anni, Quaderni della Riv.giur.amb.*, 2006, p.408-409; P.DURET, *Riflessioni sulla legittimatio a causam in materia ambientale*, in *Dir.proc.amm.*, 2008, p.766.

<sup>141</sup> AA.VV. *Codice dell'ambiente, Commento al D.lgs. 3 aprile 2006, n.152*, Milano, 2008, p.2542.

momento per un bilancio ed una riflessione sul ruolo che le associazioni ambientaliste hanno svolto e su quello determinante che saranno chiamate a svolgere nella governance ambientale e nella giurisdizione a tutela dell'ambiente della presente e delle future generazioni.

Una legge organica sulle associazioni ambientaliste dovrebbe innanzitutto prevedere una più ampia partecipazione al procedimento amministrativo (nella citata dimensione della governance ambientale) ed una maggiore legittimazione processuale sia nella forma della sostituzione processuale per le azioni risarcitorie sul danno ambientale (recuperando la citata norma abrogata), sia a tutela delle generazioni future. La legge organica dovrebbe inoltre prevedere, da un lato, norme di favore per agevolare la tutela del fondamentale diritto all'ambiente, e, dall'altro, criteri più rigorosi di riconoscimento ministeriale (oggi sono circa ottanta le associazioni riconosciute). Le agevolazioni potrebbero essere di tipo fiscale (vedi onlus e associazioni di volontariato, ma si potrebbe pensare anche ad un 5% in favore della tutela delle generazioni future, e inoltre a dare certezza al gratuito patrocinio e all'esenzione dal contributo unificato, ecc.).

### Capitolo terzo

#### Il ruolo della giurisprudenza e degli avvocati nell'evoluzione del diritto ambientale

##### 1. Il diritto vivente ambientale.

Nel nostro ordinamento esiste un vero e proprio "diritto vivente" ambientale creato dalla giurisprudenza, il cui ruolo non è stato solo quello di interprete, ma, soprattutto fino ai primi anni novanta del secolo scorso, di supplenza dei vuoti di una normativa spesso gravemente incompleta e incerta<sup>142</sup>.

Basti pensare alla stessa nozione di ambiente che il legislatore non ha mai descritto e sulla quale la Corte costituzionale è ripetutamente intervenuta sino ai più recenti approdi dei quali si è già dato conto.

Il diritto vivente ambientale ha trovato ampio sviluppo in particolare grazie all'intervento della magistratura penale ed alle decisioni di quella amministrativa. Cresce, quindi, il ruolo di giudici ed avvocati, in quanto entrambi artefici, sia pure con distinte funzioni, del diritto vivente e della sua effettiva tutela nel processo. In particolare l'avvocato, in quanto svolge nel processo un ruolo propositivo, caratterizzato da un maggiore dinamismo rispetto a quello del giudice, può concorrere con efficacia alla evoluzione della giurisprudenza e alla formazione del diritto vivente. E' infatti l'avvocato che pone le questioni al giudice, che propone l'interpretazione delle norme di legge, che sollecita con le sue argomentazioni l'adeguamento del diritto legislativo a tali principi e valori, che chiede l'applicazione diretta delle disposizioni che tutelano i diritti fondamentali<sup>143</sup>.

##### 2. L'accesso alla giustizia nella Convenzione di Aarhus.

L'articolo 9 della Convenzione di Aarhus disciplina l'accesso alla giustizia in materia ambientale e la sua *ratio* è da ricercare nel Preambolo del Trattato in cui gli Stati firmatari, dopo avere riconosciuto ad ogni persona "il diritto di vivere in un ambiente atto ad assicurare la sua salute e il suo benessere e il dovere di tutelare e migliorare l'ambiente, individualmente o collettivamente, nell'interesse delle generazioni presenti e future", riconoscono che "per poter affermare tale diritto e adempiere a tale obbligo, i cittadini devono avere accesso alla giustizia in materia ambientale".

Di particolare interesse è la disposizione che accorda un particolare *favor* alle organizzazioni non governative che promuovono la tutela dell'ambiente: la Convenzione le esonera, infatti, dall'onere di provare volta per volta la sussistenza di un interesse sufficiente per avviare una procedura di ricorso, presumendo che tale requisito sia intrinseco negli scopi che tali ONG

---

<sup>142</sup> P.FIMIANI, *Il ruolo della giurisprudenza nell'evoluzione del diritto ambientale*, in G.DI PLINIO, P. FIMIANI (a cura di), *Principi di diritto ambientale*, Milano, 2002, p.143.

<sup>143</sup> A.MARIANI MARINI, *Avvocatura, diritto vivente e diritti fondamentali*, in A.MARIANI MARINI, D.CERRI, *Diritto vivente. Il ruolo innovativo della giurisprudenza*, Pisa, 2007, p.8.

statutariamente perseguono e per questa ragione esse sono considerate titolari di un autonomo diritto di azione in giudizio.

Nell'ottica dell'effettività di tutela, il paragrafo 4 del citato art.9 richiede che le procedure di ricorso siano "eque, rapide e non eccessivamente onerose". Ciò significa che tali procedure dovranno evitare costi eccessivi. Al riguardo, dispone l'articolo 9, par. 5, che "per accrescere l'efficacia delle disposizioni del presente articolo, ciascuna Parte provvede affinché il pubblico venga informato della possibilità di promuovere procedimenti di natura amministrativa o giurisdizionale e prende in considerazione l'introduzione di appositi meccanismi di assistenza diretti ad eliminare o ridurre gli ostacoli finanziari o gli altri ostacoli all'accesso alla giustizia."

### **3. Il ruolo degli avvocati.**

L'uomo moderno diventa giurista per necessità. Per Antoine Garapon è il prezzo che deve pagare per la propria autonomia: la società democratica paga la propria emancipazione dalla norma con un'influenza sempre maggiore della giustizia. I suoi membri si liberano dal vincolo sociale divenendo tutti giuristi<sup>144</sup>.

Secondo Ulrich Beck "i movimenti di difesa della società civile sono gli avvocati, i creatori e i giudici dei valori e delle norme globali. Essi creano e acquisiscono la consapevolezza – nello stesso tempo quotidiana, locale e globale – dei valori, mettendo in scena e alimentando lo sdegno e la riprovazione dell'opinione pubblica mondiale per le violazioni più clamorose delle norme"<sup>145</sup>.

Beck individua tre realtà in grado di incidere sullo scenario internazionale: gli Stati, gli attori dell'economia mondiale e gli attori della società civile globale. Afferma poi che la principale strategia dei movimenti della società civile è quella di organizzarsi nelle ONG (organizzazioni non governative) e in quelli che, con un neologismo, definisce "i movimenti avvocatori": "le reti e le strategie avvocatorie transnazionali devono essere intese come uno spazio politico autocreato nel quale gli attori acquisiscono e utilizzano il loro "capitale di legittimazione", minacciato di continuo nel gioco che li oppone agli attori statali e a quelli dell'economia globale"<sup>146</sup>.

Se il diritto globale non è più un monopolio statale, ciò significa che il diritto non è più sottratto alla competizione. La competizione, afferma Ferrarese, riguarda anche le diverse categorie di giuristi, ognuna delle quali cerca di mantenere la propria centralità lungo il processo di ristrutturazione giuridica che accompagna la globalizzazione. Il segno più vistoso di questa competizione è l'ascesa di quei settori della professione giuridica che coltivano in maniera altamente specialistica le competenze relative ai mercati. Questa competizione si pone in un "campo" giuridico diverso dal tradizionale territorio statale. A differenza che negli stati, dove accademici e magistrati detengono una posizione privilegiata, in funzione di un maggiore prestigio o potere che è loro ascritto, nel campo transnazionale sono stati gli avvocati a conquistare una posizione privilegiata, accompagnata da potere, prestigio e lauti guadagni<sup>147</sup>.

Guido Alpa, Presidente del Consiglio Nazionale Forense, afferma che l'evoluzione dell'ordinamento apre sempre più numerosi spazi professionali all'avvocatura e che, se è vero che viviamo nell'*età dei diritti*, la difesa dei diritti "nuovi", come l'ambiente e le biotecnologie, appartiene esclusivamente alle funzioni dell'avvocato<sup>148</sup>.

### **4. Avvocati e organizzazione degli studi professionali.**

In un mondo in cui il ruolo dello Stato nel diritto si indebolisce, quello della professione legale è destinato a divenire di massima importanza, molto più della funzione del giudice. E' sempre più la professione a gestire i meccanismi giuridici, e tale gestione avviene di necessità attraverso una riorganizzazione della professione stessa<sup>149</sup>.

<sup>144</sup> A.GARAPON, *I custodi dei diritti*, Milano, 1996, p.133.

<sup>145</sup> U.BECK, *Potere e contropotere nell'età globale*, Roma-Bari, 2010, p.310.

<sup>146</sup> *Ibidem*, p.314.

<sup>147</sup> M.R.FERRARESE, *Le istituzioni della globalizzazione*, Bologna, 2000, p.135.

<sup>148</sup> G.ALPA, *La nobiltà della professione forense*, Bari, 2004, p.7.

<sup>149</sup> P.G.MONTANERI, A.M.MUSY, cit., p.148



Il professionista del XXI secolo deve orientarsi in mezzo a contrasti forti, tra le rappresentazioni del passato, quando l'immagine virtuosa alimentava il prestigio sociale, e quelle di un presente nel quale la retorica del bene pubblico non serve a difendersi dalla paura della proletarizzazione né a tutelarsi dalle lusinghe della ricchezza e del potere. Altro non può fare se non trovare un difficile e precario equilibrio tra lo stato e il mercato, il pubblico e il privato, l'altruismo e l'interesse<sup>150</sup>.

La globalizzazione dell'economia tende a generare la "globalizzazione" degli studi professionali, ai quali viene rivolta la domanda di una gamma completa di servizi. Americani e inglesi sono, oggi, i maggiori esportatori del professionalismo globale<sup>151</sup>. Negli ultimi decenni, grandi studi legali americani hanno sviluppato un progetto di espansione globale per diffondere il proprio modello anche in Europa<sup>152</sup>.

Il "diritto" è uno dei più potenti strumenti con cui gli USA giocano la loro partita sul tappeto globale con l'esportazione del modello di *common law* (promosso con l'ausilio dei cugini inglesi) quale paradigma della pratica internazionale degli affari. Secondo la guida *Chambers Global*, la quale effettua annualmente, sulla base dei dati provenienti da 170 paesi, il *ranking* delle migliori *law firms* mondiali – ossia degli snodi cruciali per la progettazione e gestione del *business* planetario –, risultano in mano a *common lawyers*: 12 delle 19 *law firms* africane, 32 delle 38 sudamericane, 29 delle 30 mediorientali, 18 delle 25 giapponesi. La tendenza non risparmia però neppure il nostro continente: in Germania 38 dei 146 migliori studi sono controllati da *law firms* angloamericane, in Europa centrale e orientale 21 su 26, in Italia 22 su 102, in Francia ne troviamo 40 su 119, in Spagna 18 su 90<sup>153</sup>.

Se le *law firms* cui si deve l'elaborazione della *lex mercatoria* e di un nuovo diritto contrattuale e degli scambi, osserva Ferrara, hanno introiettato nel proprio codice di valori e di comportamento gli imperativi dettati dal primato della tecnica, alla stregua di una logica emergenziale su cui sintonizzarsi, non appare in alcun modo pensabile che la risposta degli apparati amministrativi (e del loro diritto) possa essere diversa o eccessivamente diluita nel tempo<sup>154</sup>.

In Italia, la nascita di reti di collegamento telematiche tra un certo numero di studi legali non solo ha reso meno attraente l'ipotesi dell'accorpamento strutturale in grandi studi, tipica del modello americano, ma ha messo in luce il fatto che la pratica giuridica in Europa sta evolvendosi verso un sistema professionale auto-controllato<sup>155</sup>. Inoltre, in Europa e nel nostro paese il ruolo dell'avvocato, lungi dall'essere esclusivamente giuridico, ha una connotazione sociale, in quanto finalizzato al presidio della legalità e alla tutela dei delicati interessi che sono alla base del patto sociale che i membri di una collettività stipulano idealmente tra di loro a salvaguardia del bene comune<sup>156</sup>.

Stefano Zamagni, Presidente dell'Agenzia per le ONLUS, ritiene che, per il futuro delle libere professioni in Italia, è "improponibile sia l'approccio neo-statalista (che vorrebbe gli ordini professionali di nuovo appiattiti sullo Stato, anche se in forme rivedute e razionalizzate) sia l'approccio neoliberista (che, al contrario, vorrebbe la scomparsa degli ordini e ciò sulla base delle considerazioni che un servizio professionale è nulla di diverso da qualsiasi bene privato), giudico fattibile e promettente – prosegue Zamagni – la via di una nuova alleanza tra mondo delle professioni e società civile"<sup>157</sup>.

---

<sup>150</sup> F.MALATESTA, *Professionisti e gentiluomini. Storia delle professioni nell'Europa contemporanea*, Torino, 2006, p.356.

<sup>151</sup> S.ZAMAGNI, *Le professioni liberali nell'epoca della globalizzazione*, in F.MALATESTA (a cura di), *Corpi e professioni tra passato e futuro*, 2002, p.28.

<sup>152</sup> V.OLGIATI, *Le professioni giuridiche in Europa*, Urbino, 1996, p.78.

<sup>153</sup> M.BUSSANI, *Il diritto dell'occidente. Geopolitica delle regole globali*, Torino, 2010, p.54.

<sup>154</sup> R.FERRARA, *Introduzione*, op.cit., p.265-266.

<sup>155</sup> V.OLGIATI, cit., p.78.

<sup>156</sup> Consiglio Nazionale Forense, *Il ruolo sociale dell'avvocato e la sua immagine nei media*, Matera, 2009, p.75.

<sup>157</sup> S.ZAMAGNI, cit., p.34.

## **5. Il caso Chevron-Texaco/Indios dell'Equador.**

È una guerra legale senza esclusione di colpi che si trascina dal lontano 1993, quella che riferisce Claudio Gatti sul Sole24Ore del 31 dicembre 2010. Cominciata nell'aula di un tribunale federale di New York e poi trasferitasi in una corte ecuadoregna, vede come protagonisti la Chevron-Texaco, seconda società petrolifera e terza maggiore corporation d'America, e una comunità di indigeni dell'Amazzonia dell'Equador che ha denunciato il colosso petrolifero per danni ambientali.

Il risarcimento richiesto è stratosferico: 27 miliardi di dollari. Ne occorrerebbe un terzo solo per risistemare il terreno e tappare i buchi, riferisce Ettore Mo sul Corriere della Sera del 26 ottobre 2010: la penetrazione di 60 milioni di litri di scarti e scorie dell'oro nero nei polmoni dell'Amazzonia, che lascia presagire un inquinamento di devastanti proporzioni, con conseguenze allarmanti soprattutto per le comunità locali dove i malati di cancro continuano ad aumentare.

La strategia difensiva della Chevron è chiara, prosegue Gatti: grazie a un esercito di avvocati ed esperti vuole tirarla per le lunghe fino a svuotare le casse degli indios costringendoli alla resa legale.

La tattica avrebbe probabilmente funzionato, se non fosse stato per un fondo d'investimento, il Burford Capital Ltd, che ha deciso di investire nella causa degli indios. Nel senso che ha fornito i capitali necessari per assoldare un nuovo, più prestigioso studio legale di Washington. Ma non per spirito di solidarietà. Bensì in cambio di una percentuale dell'eventuale risarcimento.

Può sembrare una forma di investimento fuori del comune, ma in America – riferisce Gatti – sta diventando sempre più diffusa. Si calcola che i capitali investiti in dispute legali di soggetti terzi abbiano ormai superato il miliardo di dollari. E sono oltre 250 gli studi legali Usa che hanno preso denaro in prestito oppure assunto impegni di condivisione del risarcimento danni con un finanziatore esterno. Che potrebbe essere un fondo dedicato come Burford (che nel novembre 2010 ha raccolto oltre 100 milioni di dollari in fondi freschi sul mercato della Borsa londinese), una banca specializzata come Esquire Bank, oppure una divisione di un colosso finanziario come Citibank o Deutsche Bank. Tutti fornitori di capitali per cause altrui.

Come spesso succede, prosegue Gatti, il fenomeno può essere visto in termini tanto positivi quanto negativi. Da una parte questo nuovo *trend* favorisce l'accesso alla giustizia - o al risarcimento dei danni - a chi non può permettersi di pagare di tasca propria avvocati ed esperti per cause lunghe e difficili in cui la controparte si serve della tattica del rinvio o della procrastinazione legale. «Per avere giustizia civile servono i soldi. Con meno soldi ci sarebbero senza dubbio meno cause, ma anche meno giustizia», sostiene Alan Zimmerman, fondatore di LawFinance Group, uno dei primi fondi di finanziamento di vertenze di terzi.

Fatto sta – conclude Gatti - che senza i soldi di Burford gli indios dell'Amazzonia ecuadoregna non avrebbero neppure gli avvocati di Washington.

Il 14 febbraio 2011 il tribunale di Lago Agrio dell'Equador ha parzialmente accolto la domanda degli indigeni - assistiti *in loco* da un brillante avvocato di 38 anni, Pablo Fajardo<sup>158</sup> - ed ha condannato la Chevron a pagare quasi 9 miliardi di dollari per il danno ambientale. Si tratta di uno dei risarcimenti più alti della storia giudiziaria. La Chevron ha annunciato l'appello contro la sentenza.

## **6. Il vertice di Cancun.**

Dal 29 novembre al 10 dicembre 2010, si è svolto il vertice sul clima a Cancun in Messico. 194 Paesi hanno partecipato alla 16° conferenza sui cambiamenti climatici organizzata dalle Nazioni Unite, il cui obiettivo era di contenere il riscaldamento globale entro il limite dei 2 gradi, considerato che si prevede che un innalzamento della temperatura da oggi al 2060 di quattro gradi centigradi, possa avere conseguenze catastrofiche per l'innalzamento del livello dei mari.

---

<sup>158</sup> Così lo descrive Ettore Mo in: *La sfida degli indigeni alla Texaco*, Corriere della Sera, 7 novembre 2010.

“Il vertice di Cancun è il paradiso degli avvocati?” Si è chiesta Mariagrazia Midulla che per conto del WWF Italia ha seguito i lavori del vertice. “In parte sì” è la risposta che si è data, perché un aspetto rilevante della discussione riguarda la natura vincolante o meno dell’accordo<sup>159</sup>.

Tra i molti osservatori presenti a Cancun, in attesa di valutare le formali decisioni che ne sono emerse e che coinvolgeranno molte aree economiche dei vari Paesi, c’è anche Norton Rose, studio legale tra i massimi esperti internazionali in energia, climate change e carbon finance. Team che, attraverso il proprio blog [www.nortonrose.com/climatechangeblog](http://www.nortonrose.com/climatechangeblog), informava in tempo reale sull’andamento degli incontri a Cancun e sulle eventuali ripercussioni sulla normativa esistente.

Secondo Umberto Mauro, avvocato partner Norton Rose, “una delle chiavi per affrontare il grande tema del cambiamento climatico è individuare come coinvolgere la finanza privata. Uno dei punti fondamentali per poter combattere questa battaglia con successo. E’ sicuramente un problema complesso che può avere molteplici soluzioni ma è importante che nel corso della conferenza di Cancun le parti riescano a raggiungere un livello almeno minimo di obblighi vincolanti circa la riduzione di emissioni nocive di CO<sub>2</sub> nei prossimi anni”<sup>160</sup>.

### **7. Il caso Celdf.**

Il Celdf, “Community Environmental Legal Defense Fund”, è un fondo per la difesa legale dell’ambiente con sede negli Stati Uniti, fondato e diretto da Thomas Linzey.

Inizialmente, ricorda Cormac Cullinan<sup>161</sup>, il Celdf ha fatto ricorso alle tradizionali strategie forensi, puntando il dito contro i difetti di forma delle procedure seguite per rilasciare le concessioni. Nonostante i successi iniziali, però, Linzey ha compreso che le vittorie così ottenute avrebbero avuto vita breve, in quanto le imprese sarebbero semplicemente tornate alla carica.

Il primo passo del nuovo approccio è stato mettere in luce i limiti dell’ordinamento in vigore, evidenziando come gli interessi economici tendano a prevalere su quelli delle comunità locali. Successivamente il Celdf ha cercato di dare maggiore potere alle comunità locali, così da metterle in condizione di usare l’ordinamento giuridico in modo attivo, per supportare la creazione di economie sostenibili sul territorio.

Il Celdf ha fornito la sua consulenza a oltre 100 amministrazioni decise a varare ordinanze volte alla sostenibilità ambientale dei territori.

### **8. Segue: il caso della foresta di Shapleigh.**

Il 19 luglio 2009, il “Boston Globe” ha pubblicato un articolo intitolato, “Citato in giudizio da una foresta?”. Ecco cosa è accaduto. Nel febbraio 2009, 2.326 abitanti di Shapleigh nel Maine hanno votato un’ordinanza per proteggere le falde acquifere dalle attività della Nestlé Corporation. Shapleigh ha così affermato i diritti legali e naturali della cittadina: “Le comunità naturali e gli ecosistemi possiedono diritti inalienabili e fondamentali di esistere, crescere ed evolversi nell’ambito della città di Shapleigh”.

Dunque, secondo tale ordinanza, ogni residente ha il diritto di chiedere giustizia per i danni arrecati alla natura, chiunque potrà citare in giudizio privati e società che danneggiano un corso d’acqua – e proprio nel nome di quel corso d’acqua. In Usa sono già una dozzina le città che hanno adottato misure simili, anche grazie all’azione del Celdf, che supporta anche la coalizione di quindici municipalità unite nella difesa dei diritti della natura della contea di Franklyn, in Pennsylvania, nata nel 1998. Nella dichiarazione di intenti della coalizione si legge: “Noi crediamo che gli spazi aperti, le zone umide e le foreste sono di vitale importanza per la protezione dell’habitat naturale tanto quanto lo sono per il nostro benessere”.

---

<sup>159</sup> [Http://magazine.quotidiano.net/ecquo/mariagrazia/2010/12/02/le-piccole-isole-salveranno-il-mondo-ma-il-mondo-salvera-loro/](http://magazine.quotidiano.net/ecquo/mariagrazia/2010/12/02/le-piccole-isole-salveranno-il-mondo-ma-il-mondo-salvera-loro/)

<sup>160</sup> [Http://www.affaritaliani.it/green/cancun30112011.html](http://www.affaritaliani.it/green/cancun30112011.html)

<sup>161</sup> C.CULLINAN, *I diritti della terra: dalla colonizzazione alla gestione partecipata*, in *State of the world 2010*, Milano, 2010, p.274.

## 9. La Fabbrica del diritto.

Ricorda Gino Gorla, che la “Fabbrica del diritto”, che lo stesso autore colloca fra i secoli XVI e XVIII quando si formano gli Stati moderni, è una “fabbrica giurisprudenziale”, benché nella gerarchia delle fonti venga prima la legislazione dello Stato<sup>162</sup>.

Presso i comparatisti è diffuso il luogo comune che nella storia giuridica dei paesi di diritti continentale, compresa l'Italia, l'eroe culturale (*Cultural Hero*) sarebbe il professore universitario; e ciò a differenza dell'Inghilterra, ove quell'eroe è il grande giudice, proveniente dai grandi giureconsulti forensi. Contro questo luogo comune, prosegue Gorla, si può invece dire che nei secoli XVI-XVIII in Italia l'eroe culturale è il grande avvocato, che partecipa alla “fabbrica giurisprudenziale”, e il grande giudice, che pur sempre viene scelto fra gli avvocati “primari”<sup>163</sup>.

L'epilogo e il declino della posizione degli avvocati nella “fabbrica del diritto”, Gino Gorla lo attribuisce all'idea (che oramai si era diffusa dopo la rivoluzione francese e la codificazione napoleonica) della legge statutale come unica ed esclusiva fonte del diritto<sup>164</sup>.

L'attuale crisi della legge ed il rilievo nella produzione del diritto assunto dalla giurisprudenza e dal contratto, restituiscono all'avvocato un ruolo che la stessa avvocatura ha forse dimenticato.

---

<sup>162</sup> G.GORLA, *Gli avvocati nella “Fabbrica del diritto” in Italia fra i secoli XVI-XVIII (con un epilogo nei secoli XIX e XX)*, in *L'Avvocatura nei principali ordinamenti giuridici, Atti del Convegno internazionale*, Roma-Napoli 21-22-23 maggio 1987, Roma, 1990 p.282.

<sup>163</sup> *Ibidem*, p.286.

<sup>164</sup> *Ibidem*, p.287.