

# Amministrazione in cammino

Rivista elettronica di diritto pubblico, di diritto dell'economia e di scienza dell'amministrazione  
a cura del **Centro di ricerca sulle amministrazioni pubbliche "Vittorio Bachelet"** - **Luiss Guido Carli**

## LA DIRITTA V.I.A. ERA SMARRITA? OSSERVAZIONI A MARGINE DELL' ORDINANZA 4 GIUGNO 2002, N. 2329 DEL CONSIGLIO DI STATO

a cura di Raffaele Manfredi

1. L' ordinanza che qui si commenta presenta una serie di interessanti profili di riflessione, non soltanto per la novità del tema, ma, altresì, perché di poco successiva alla riforma costituzionale del 2001 e, pertanto, utile per comprendere le linee secondo le quali la riforma medesima viene ad essere percepita nella sensibilità del giudice amministrativo, in particolare per quanto concerne il proprio ruolo nell' ambito di quest' ultima. E' necessario, tuttavia, prestare peculiare attenzione perché il carattere, appunto, di ordinanza della pronuncia in commento determina una qualche sommarietà nei passaggi argomentativi che potrebbero indurre a errori di comprensione.

L' ordinanza esordisce, in primo luogo, con una dichiarazione di incompetenza, da parte del Consiglio di Stato, relativa alla possibilità di conoscere in materia di azione inibitoria a tutela della salute, in ragione della clausola di cui all' art. 33, co. II, lett. e) del d. lgs. 80/98. Ad avviso del Supremo Giudice dell' amministrazione, infatti, l' esclusione delle "controversie meramente risarcitorie che riguardano il danno alla persona" dalla cognizione esclusiva del giudice amministrativo comprenderebbe, altresì, la tutela risarcitoria in forma specifica; per cui, l' inibitoria dovrebbe ritenersi proponibile soltanto di fronte al giudice ordinario.

Invero, tale impostazione lascia perplessi nella parte in cui sembra equiparare l' azione inibitoria alla tutela risarcitoria in forma specifica; istituti profondamente diversi tanto nella struttura quanto nella funzione, essendo l' inibitoria preordinata non alla riparazione del danno, come il risarcimento, ma alla sua prevenzione<sup>1</sup>; e rientrando essa, dunque, piuttosto nella tutela cautelare avente, nella specie, ad oggetto la costruzione di un impianto necessario per l' erogazione di un servizio pubblico. Ai sensi degli artt. 33 e 34 del decreto 80 del 1998 (in particolare nella vasta accezione della materia urbanistica utilizzata da quest' ultimo, concernente "tutti gli aspetti dell' uso del territorio"<sup>2</sup>), nonché del novellato testo dell' art. 21 della legge 1034/71<sup>3</sup>, sarebbe forse stato, dunque, possibile non negarsi la giurisdizione del giudice amministrativo in materia di inibitoria riguardante la costruzione di un impianto collegato, tra l' altro, all' erogazione di un servizio pubblico, anche alla luce della tendenza sistemica, chiaramente delineatasi alla luce delle recenti riforme processuali, alla *concentrazione* della tutela<sup>4</sup>.

2. L' ordinanza in esame identifica nell' art. 2 *bis* del d. l. 1° maggio 1997, n. 115, convertito in legge 1° luglio 1997, n. 189 una previsione normativa direttamente applicabile nella parte in cui

<sup>1</sup> C. M. BIANCA, *Diritto civile, V. La responsabilità*, Milano, 1994, pp. 781 ss.

<sup>2</sup> G. ABBAMONTE – R. LASCHENA, *Giustizia amministrativa*, in *Trattato di diritto amministrativo* diretto da G. SANTANIELLO, XX, Padova, 2001, p. 100.

<sup>3</sup> Sul quale si veda, per i profili che qui interessano, D. DE CAROLIS, *Il nuovo assetto della tutela cautelare*, in *Il nuovo processo amministrativo*, a cura di F. CARINGELLA – M. PROTTO, Milano, 2001, pp. 238 ss.

<sup>4</sup> G. ABBAMONTE – R. LASCHENA, *Giustizia amministrativa*, cit., pp. 77 ss.; F. CORTESE, *Momenti e luoghi salienti di una transizione: la tutela giurisdizionale amministrativa e i suoi sviluppi al cospetto delle amministrazioni indipendenti*, in *Dir. proc. amm.*, 2001, pp. 493 ss.

# Amministrazione in cammino

Rivista elettronica di diritto pubblico, di diritto dell'economia e di scienza dell'amministrazione  
a cura del **Centro di ricerca sulle amministrazioni pubbliche "Vittorio Bachelet" - Luiss Guido Carli**

prevede la sottoposizione ad “opportune procedure di valutazione di impatto ambientale” relativamente all’installazione di infrastrutture per l’erogazione di servizi di comunicazioni mobili e personali. Ciò determina, secondo il Consiglio di Stato, la legittimazione dell’amministrazione locale ad assoggettare a procedura di V.I.A. tali impianti anche nel silenzio di prescrizioni legislative regionali.

La motivazione che adotta il giudice di Palazzo Spada offre l’occasione per svolgere alcune puntualizzazioni in ordine al sistema delle fonti in materia di V.I.A., anche alla luce delle modificazioni risultanti dalla riforma del Titolo V della Carta Fondamentale.

Nonostante, infatti, il problema dell’inquinamento elettromagnetico sia suscettibile di coinvolgere una pluralità di interessi costituzionalmente protetti<sup>5</sup>, sembra possibile ascrivere la disciplina della V.I.A. alla materia della tutela dell’ambiente o, tutt’al più, alla tutela della salute. È noto che, nel testo dell’art. 117 risultante dalla riforma costituzionale, tali ambiti materiali sono attribuiti, rispettivamente, alla competenza legislativa esclusiva dello Stato e a quella concorrente dello Stato e della Regione. Né si dimentichi la garanzia della riserva di legge prescritta dall’ultimo comma dell’art. 41 Cost., relativamente alla possibilità di istituire controlli all’iniziativa economica privata o, comunque, di limitarla per salvaguardare interessi sociali.

Ora, la disposizione di cui al comma II dell’art. 2 *bis* citato si limita ad individuare le infrastrutture oggetto della valutazione, tacendo completamente in ordine al procedimento relativo alla valutazione medesima, e senza neppure dettare i principi che potrebbero soddisfare la riserva di legge<sup>6</sup> ex artt. 117, co. II, lett. s), e 41, co. II e III, ove la si intendesse come relativa<sup>7</sup>. La norma legislativa in esame, dunque, o non è direttamente applicabile, poiché manca della specificazione del contenuto dell’obbligo di sottoporre a V.I.A. le infrastrutture cui si riferisce (secondo, peraltro, un’impostazione espressa dallo stesso Consiglio di Stato<sup>8</sup>), o è costituzionalmente illegittima nella parte in cui fallisce il suo scopo costituzionale di predisporre una regolazione legislativa efficiente<sup>9</sup>. In entrambe le ipotesi, il ragionamento del Consiglio di Stato non può essere del tutto condiviso.

**3. In realtà, potrebbe discutersi sulla competenza dello Stato o della Regione a disciplinare le “opportune procedure” in materia di V.I.A. Il problema è quello della determinazione del soggetto competente a disciplinare i procedimenti amministrativi alla luce della riforma.**

La nuova formulazione dell’art. 118 Cost. opera una valorizzazione dell’ente comunale, strumentale alla realizzazione della dignità umana, una volta che si riveli necessario l’intervento

<sup>5</sup> G. GRASSO, *Il modello di ripartizione di funzioni e competenze tra Stato, Regioni ed enti locali nella l. 22.2.2001, n. 36* (“Legge quadro sulla protezione dalle esposizioni a campi elettrici, magnetici ed elettromagnetici”). Una lettura coordinata degli artt. 4, 6, 7 e 8, in *Inquinamento da campi elettromagnetici e normativa di tutela*, a cura di G. COCCO, Torino, 2001, pp. 113 ss.

<sup>6</sup> Come è noto, si è discusso, in dottrina, se l’art. 117 Cost. fissi una riserva di legge in senso tecnico ovvero voglia limitarsi a fissare un mero riparto di competenze normative che prescindono dalla fonte (primaria o secondaria) che interviene nel processo di regolazione. Per alcuni rinvii alla dottrina precedentemente alla riforma si veda, A. PATRONI GRIFFI, *La delegificazione nel sistema delle autonomie regionali*, in *I rapporti tra Governo e Parlamento attraverso le fonti del diritto*, a cura di V. COCOZZA – S. STAIANO, II, Torino, 2001, pp. 763 ss.

Il problema non può essere esaurito in questa sede. Ad avviso di chi scrive, tuttavia, la prima soluzione sembra più coerente con il vigente modello costituzionale, essendo difficile ipotizzare la rinuncia alla funzione garantista della riserva in materie, per definizione, di fondamentale interesse unitario quali quelle elencate dal secondo comma dell’art. 117. Sul punto, da ultima, S. MABELLINI, *Osservazioni in tema di regolamenti statali di delegificazione nelle materie regionali*, in *Giur. Cost.*, 2001, p. 534, e bibliografia ivi citata.

<sup>7</sup> Non si intende, qui, entrare nel merito della questione relativa alla configurazione dell’art. 41, co. II, quale riserva di legge implicita. Per una panoramica relativa a tale problema, da ultimo, F. S. MARINI, *Il “privato” e la costituzione*, Milano, 2000, pp. 91 ss.

<sup>8</sup> Si confronti, infatti, Cons. St., sez. VI, sent. 16 luglio 1990, n. 728, in *Cons. St.*, 1990, pp. 1007 ss.

<sup>9</sup> Chiaramente, sul punto, V. CRISAFULLI, *Lezioni di diritto costituzionale, II, 1 (Le fonti normative)*, Padova, 1993, p. 64.

# Amministrazione in cammino

Rivista elettronica di diritto pubblico, di diritto dell'economia e di scienza dell'amministrazione  
a cura del **Centro di ricerca sulle amministrazioni pubbliche "Vittorio Bachelet" - Luiss Guido Carli**

pubblico. La carica ideologica che sottende il primo comma dell' art. 118 esclude che quest' ultimo possa connotarsi secondo la coattività che è propria delle aggregazioni sociali difensive: il Comune segna il passaggio da un' istanza di protezione ad una di solidarietà, definendo una realtà "in cui ciascuno dipende dall' altro"<sup>10</sup>. Lo scopo solidaristico, non la mera difesa dell' ordine e della sicurezza dei consociati, è l' elemento qualificante del Comune, la *comunione* dei cittadini secondo principi di giustizia sociale e di rispetto della dignità dei cittadini stessi il suo obiettivo: ed invero, non può esservi né comunione né solidarietà sociale, prescindendo dall' equa distribuzione delle risorse.

Il principale elemento di novità ricavabile dalla disposizione citata è la scissione della potestà amministrativa da quella legislativa: essa attribuisce, infatti, ai Comuni la competenza amministrativa generale a prescindere dall' assenza di titolarità in capo ai Comuni medesimi di funzioni normative di rango primario. Ne deriva una sorta di parallelismo tra le posizioni costituzionali della Regione e del Comune, la prima titolare, in linea di principio, della potestà legislativa generale, il secondo di quella amministrativa. Per altro verso, l' attribuzione ai Comuni di potestà amministrative deriva direttamente dal testo costituzionale, "a titolo originario", per così dire, prescindendo, dunque, dall' intervento della legge ordinaria volto a riallocare le funzioni amministrative secondo i principi espressi dalla norma in esame<sup>11</sup>.

E' chiaro che il problema dell' attribuzione delle funzioni amministrative da parte della norma costituzionale comprende, altresì, quello della titolarità del potere di disciplinare le forme procedurali attraverso le quali le funzioni medesime vanno ad esplicarsi.

4. Si tratta di comprendere, allora, se le autonomie territoriali siano libere di fissare le forme che ritengono opportune, senza vincoli da parte del legislatore statale, della loro attività amministrativa, come è sembrato coerente affermare nel contesto della riforma<sup>12</sup>, ovvero se lo Stato possa (o debba) fissare quanto meno i principi generali comuni dei medesimi procedimenti. Si intende che, ove si accogliesse la prima soluzione, dovrebbero ritenersi superati pilastri del nostro sistema amministrativo previgente la riforma quali la legge 241/90.

In realtà, non sembra che quest' interpretazione sia coerente con il principio di unità ed indivisibilità dell' ordinamento giuridico *ex* art. 5 Cost., che verrebbe pregiudicato dalla potenziale "giungla di procedimenti" cui potrebbe dar luogo l' anarchia procedimentale delle autonomie locali. In realtà, sembra insito nel sistema costituzionale che la legge dello Stato fissi le ineludibili garanzie di unitarietà dell' ordinamento quali sono da ritenere i principi generali comuni del procedimento amministrativo; come del resto avviene anche in altre esperienze giuridiche pure attente alla salvaguardia delle autonomie, quali quella spagnola. Dall' art. 5 Cost. è, pertanto, possibile far scaturire la potestà del Parlamento di fissare, anche nel silenzio dell' art. 117, le linee guida dell' attività amministrativa entro

<sup>10</sup> T. FLEINER – GERSTER, *Allgemeine Staatslehre*, Berlin – Heidelberg, 1995, pp. 15 ss.

<sup>11</sup> S. CASSESE, *L' amministrazione nel nuovo titolo quinto della Costituzione*, in *Giorn. dir. amm.*, 2001, pp. 1193 ss.

*Contra*, B. CARAVITA, *La Costituzione dopo la riforma del Titolo V*, Torino, 2002, pp. 128 ss.; A. CORPACI, *Revisione del titolo V della parte II della Costituzione e sistema amministrativo*, in *Le Regioni*, n. 6/2001, cui si rinvia anche per ulteriori riferimenti bibliografici. Si confronti, altresì, l' intervento di A. ROMANO TASSONE nel corso dell' indagine conoscitiva sugli effetti nell' ordinamento della revisione del Titolo V della Parte II della Costituzione nella seduta di mercoledì 28 novembre 2001, presso la I Commissione Permanente del Senato della Repubblica.

Quest' interpretazione, tuttavia, priva, in buona sostanza, la norma in esame di efficacia autonoma, rimettendone l' attuazione al legislatore ordinario senza che sia possibile sanzionarne le omissioni e ripropone, in pratica, l' antica distinzione tra norme costituzionali precettive e programmatiche di cui la dottrina e la giurisprudenza hanno fatto giustizia, nella parte in cui subordina all' intervento legislativo la portata normativa che il disposto costituzionale, nella sua attuale formulazione, possiede già.

Sui rischi di alcune interpretazioni di attribuire al nuovo art. 118, co. I un' efficacia solo formale e dichiarativa, G. FALCON, *Il nuovo Titolo V della Parte seconda della Costituzione*, in *Le Regioni*, 2001, p. 9.

<sup>12</sup> G. D'AURIA, *Funzioni amministrative e autonomia finanziaria delle regioni e degli enti locali*, in *Le modifiche al titolo V della parte seconda della Costituzione*, in *Foro it.*, 2001, V, p. 217.

# Amministrazione in cammino

Rivista elettronica di diritto pubblico, di diritto dell'economia e di scienza dell'amministrazione  
a cura del **Centro di ricerca sulle amministrazioni pubbliche "Vittorio Bachelet" - Luiss Guido Carli**

cui delimitare la discrezionalità degli enti locali in merito alla disciplina del procedimento. I principi contenuti nella legge 241/90, anche eventualmente modificata, costituiscono, in altri termini, principi generali dell'ordinamento che non possono essere derogati dai legislatori regionali, pure liberi di stabilire modalità di attuazione diverse da quelle fissate nella legge citata, purché altrettanto idonee ad assicurare il rispetto dei principi medesimi e, con essi, dell'unitarietà ed indivisibilità dell'ordinamento repubblicano.

Se questo è vero, non è condivisibile neppure la conclusione del Consiglio di Stato relativamente alla possibilità delle fonti locali (*rectius*, delle "deliberazioni della Giunta comunale") di prevedere procedimenti di V.I.A., in quanto tale competenza non è attribuita in via esclusiva allo Stato e, pertanto, non può essere delegata agli enti locali sulla base del comma VI dell'art. 117 Cost. (ammesso, naturalmente, che fosse possibile interpretare l'ermetica previsione dell'art. 2 *bis* del d.l. 115/97 in tal senso), e non rientra neppure nelle funzioni amministrative proprie o in quelle delegate al Comune che possono essere disciplinate da quest'ultimo ai sensi della norma costituzionale da ultimo citata (certamente, non in quelle del Comune di Roma dal momento che non esiste alcuna norma dell'ordinamento, né statale né comunale, che gli attribuisce una simile competenza). La disciplina della V.I.A. richiedeva, nel caso di specie, l'intervento legislativo della Regione, come la stessa ordinanza in commento è costretta a riconoscere, e non può pensarsi, sul piano dell'assetto costituzionale delle fonti normative, di supplire all'inerzia della Regione tramite una "deliberazione della Giunta comunale", come, invece, l'ordinanza stessa sembra ritenere.

L'interesse unitario sotteso alla problematica ambientale avrebbe, forse, richiesto una differente soluzione nell'ipotesi di "urgenza a provvedere" che l'ordinanza sembra affermare, soluzione, del resto, espressamente presa in considerazione dal vigente testo della Costituzione.

Invero, l'inerzia regionale nell'adozione di una disciplina della V.I.A. nel caso di specie avrebbe potuto essere supplita attraverso l'intervento normativo dello Stato (escludendosi, ovviamente, l'applicazione dell'art. 120, co. II, Cost. in ragione dell'inidoneità a risolvere la questione sul mero piano della sostituzione amministrativa), per esempio attraverso lo strumento della decretazione d'urgenza, in modo da circondare tale sostituzione con le garanzie costituzionali prescritte per siffatto istituto e, contemporaneamente, non escludere, in futuro, un intervento regionale in senso difforme dalla disciplina statale, purché altrettanto idoneo a salvaguardare gli interessi unitari del Paese in materia ambientale. Questi ultimi avrebbero, pertanto, probabilmente richiesto non tanto un intervento in sostituzione della Regione "dal basso", legittimando le Giunte comunali ad intervenire in via amministrativa, bensì "dall'alto", individuandosi nel Governo l'organo più idoneo, anche sotto il profilo della responsabilità politica, ad operare tale sostituzione alla luce del sistema della Carta costituzionale.

5. Altrettanto dubbia, in punto di diritto, è l'affermazione, da parte dell'ordinanza, della possibilità di prevedere, con atto amministrativo, procedure atipiche di V.I.A. La questione, a ben guardare, non è che una specificazione del problema delle fonti in materia di V.I.A. che si è affrontato subito prima, in particolare in riferimento al rispetto del principio di legalità.

Qui si vuole prescindere dalla funzione garantista dell'atto legislativo nel sistema costituzionale<sup>13</sup>, che quest'affermazione del Consiglio di Stato disconosce completamente. La questione concerne la stessa funzione della procedura di valutazione di impatto ambientale, che è la tutela dell'interesse ambientale protetto tanto dalla Carta costituzionale che dall'ordinamento comunitario e,

---

<sup>13</sup> Per tutti, S. FOIS, *La "riserva di legge"*, Milano, 1962, pp. 25 ss.; nonché, secondo una differente prospettiva, M. VILLONE, *Interessi costituzionalmente protetti e giudizio sulle leggi*, Milano, 1974, pp. 166 ss.

# Amministrazione in cammino

Rivista elettronica di diritto pubblico, di diritto dell'economia e di scienza dell'amministrazione  
a cura del **Centro di ricerca sulle amministrazioni pubbliche "Vittorio Bachelet" - Luiss Guido Carli**

pertanto, oggetto di "apprezzamento tecnico discrezionale necessariamente unitario nell'ambito del singolo Stato"<sup>14</sup>.

Ora, non vi è dubbio sulla possibilità dello Stato di derogare al modello procedimentale previsto dalla legge 349/86, anche stabilendo una normativa quadro che possa essere differentemente attuata da parte di interventi legislativi regionali di tipo concorrente<sup>15</sup>; in entrambe le ipotesi, viene garantito un apprezzamento unitario degli interessi costituzionali coinvolti da parte della legge del Parlamento, senza pregiudizio, dunque, per l'unità dell'ordinamento della Repubblica.

Ciò che desta preoccupazione, è che tale atipicità dai modelli legislativi possa essere stabilita con un mero atto amministrativo della Giunta comunale, il che apre la possibilità di scenari inquietanti di selve intricate di procedimenti amministrativi e di valutazioni d'impatto ambientale più o meno severe a seconda della rilevanza del bene ambientale nell'indirizzo politico e negli interessi economici locali.

6. Se l'ordinanza che si commenta costituisse un "banco di prova" del giudice amministrativo relativamente alla percezione, da parte di quest'ultimo, del ruolo che la riforma costituzionale del 2001 gli assegna, il risultato sarebbe, invero, assai poco incoraggiante.

La valorizzazione dell'interesse amministrativo locale nel contesto della riforma non può far dimenticare che, pur nella varietà di tutele amministrative strumentali ai diversi interessi, si pone come legittimazione e, per conseguenza, vincolo dell'azione amministrativa il rispetto della dignità della persona, nella conformazione che essa assume nella fattispecie oggetto del provvedimento amministrativo prima ed, eventualmente, del processo poi. La garanzia del rispetto della dignità del caso singolo è affidata agli organi della giustizia amministrativa, in specie quelli di carattere giurisdizionale, cui è rimesso il sindacato sulla legittimazione dell'attività dell'amministrazione<sup>16</sup>; il controllo giurisdizionale è l'unico momento in cui vi può essere un sindacato sulla tutela del principio di unità e indivisibilità dell'ordinamento repubblicano, dopo la rinuncia, da parte del legislatore costituzionale, al controllo amministrativo.

Si comprende, allora, l'importanza che assume nel contesto della riforma il giudice dell'amministrazione: il legislatore del 2001 ha, per un verso, rinunciato al controllo di natura amministrativa, conservando, tuttavia, il monopolio della disciplina del controllo giurisdizionale. Quest'ultimo, prosecuzione in sede processuale dell'attività degli enti locali, costituisce pertanto l'istanza di unitarietà dell'ordinamento giuridico all'interno del pluralismo delle autonomie locali. I principi generali del diritto che il giudice continuerà ad elaborare, su tutto il territorio nazionale, ed il ruolo di garante di quei principi che esso continuerà a svolgere specie tramite il sindacato sull'eccesso di potere, dovrebbero sostituire il controllo di legittimità sugli atti da parte dell'amministrazione statale, con un duplice effetto: da un lato, quello dello snellimento della macchina amministrativa centrale e delle forme della funzione amministrativa locale, con effetti certo rilevanti in riferimento alla realizzazione dei principi di efficienza ed efficacia *ex art. 97 Cost.*; dall'altro, la sussistenza, in ogni caso, di un momento di omogeneità dell'attività amministrativa preordinata a preservare l'unità e indivisibilità dell'ordinamento repubblicano.

Nel caso di specie, non sembra che il Consiglio di Stato abbia saputo tutelare tali valori; in verità, non sembra che li abbia neppure percepiti appieno. E, del resto, non sorprenderebbe un ritorno,

<sup>14</sup> Il punto è pacifico nella giurisprudenza costituzionale. Tra le pronunzie più recenti, sent. (7 luglio) 17 luglio 1998, n. 273, in *Giur. cost.*, 1998, pp. 2125 ss., da cui è tratta l'espressione testuale riportata; nonché, meno recentemente, sent. (22 maggio) 28 maggio 1987, n. 210, in *Giur. cost.*, 1987, pp. 1577 ss.

<sup>15</sup> Altro problema sarebbe quello di ipotizzare un analogo intervento attuativo in via regolamentare, ove la procedura in materia di V.I.A. rientrasse tra le funzioni proprie del Comune (per scelta statutaria) o delegate dallo Stato o dalla Regione. La soluzione di tale problema imporrebbe alcune considerazioni di ordine sistematico in ordine agli artt. 117, co. VI, e 118 Cost., ed esulerebbe troppo dalla prospettiva del presente lavoro.

<sup>16</sup> G. ABBAMONTE – R. LASCHENA, *Giustizia amministrativa*, cit., pp. 64 ss.

# **Amministrazione in cammino**

Rivista elettronica di diritto pubblico, di diritto dell'economia e di scienza dell'amministrazione  
a cura del **Centro di ricerca sulle amministrazioni pubbliche "Vittorio Bachelet" - Luiss Guido Carli**

---

da parte del giudice dell' amministrazione, su tali problematiche, volto a chiarire alcuni passaggi lasciati in ombra dal carattere succinto dell' ordinanza in esame, in modo da "fare giustizia" di tutte le perplessità cui, come visto, essa potrebbe dar luogo.