

Indirizzi per l'applicazione degli articoli 28 e 29 del D.Lgs. 152/2006: il monitoraggio e il sistema sanzionatorio - Lettura ragionata



CReIAMO PA

Per un cambiamento sostenibile

Titolo	Indirizzi per l'applicazione degli articoli 28 e 29 del D.Lgs. 152/2006: il monitoraggio e il sistema sanzionatorio - Lettura ragionata
Autore	Unità Tecnica Specialistica del Progetto CReIAMO PA - Linea di intervento LQS1
Oggetto	Indirizzi per l'applicazione degli articoli 28 e 29 del D.Lgs. 152/2006: il monitoraggio e il sistema sanzionatorio - Lettura ragionata
Argomenti	Valutazione di Impatto Ambientale (VIA)
Parole chiave	Valutazione di Impatto Ambientale, monitoraggio, sanzioni
Thesaurus	GEMET - Themes, versione 4.1.3, 28 Gennaio 2019
Descrizione	Esame ragionato degli articoli 28 e 29, D.Lgs. 152/2006, tramite l'analisi giuridica delle singole disposizioni ivi contenute.
Responsabile pubblicazione	Unità Tecnica Specialistica del Progetto CReIAMO PA - Linea di intervento LQS1
Contributi	Regioni e Province Autonome
Data stesura	30 novembre 2022
Date aggiornamento	
Versione	1
Tipo	Documento testuale
Formato dei dati	PDF
Nome e versione del software	Adobe Acrobat
Identificatore	-
Origine	-
Lingua dei dati	ITA
Riferimenti/Relazioni	-
Commenti	-
Copertura	-
Diritti	Accesso libero
Dimensione	
Lingua del metadato	ITA
Responsabile del metadato	Unità Tecnica Specialistica del Progetto CReIAMO PA - Linea di intervento LQS1

Si ringraziano per i contributi forniti

- Regione Campania: direzione generale 501700 – ciclo integrato delle acque e dei rifiuti, valutazioni e autorizzazioni ambientali – staff tecnico amministrativo 501792 – valutazioni ambientali
- Regione Liguria: dipartimento ambiente e territorio – vicedirezione ambiente – settore valutazione impatto ambientale e sviluppo sostenibile
- Regione Marche: servizio tutela, gestione e assetto del territorio – P.F. valutazioni ambientali e autorizzazioni ambientali, qualità dell'aria e protezione naturalistica – servizio tutela delle acque e difesa del suolo e della costa
- Regione Piemonte: direzione ambiente, governo e tutela del territorio – valutazioni ambientali e procedure integrate
- Regione Puglia: dipartimento mobilità, qualità urbana, opere pubbliche, ecologia e paesaggio – sezione autorizzazioni ambientali
- Regione Toscana: direzione ambiente ed energia – settore VIA - VAS - opere pubbliche di interesse strategico regionale
- Provincia Autonoma di Trento – APPA Trento
- Regione Umbria: direzione regionale agricoltura, ambiente, energia, cultura, beni culturali e spettacolo – servizio valutazioni ambientali, sviluppo e sostenibilità ambientale
- Regione Veneto: direzione commissioni valutazioni – U.O. valutazione impatto ambientale

SOMMARIO

PREFAZIONE	5
ACRONIMI E DEFINIZIONI.....	6
1. INTRODUZIONE	7
1.1. FINALITÀ E STRUTTURA DEL DOCUMENTO.....	7
1.2. METODOLOGIA, STRUMENTI E STRUTTURA DEL DOCUMENTO	7
2. VERIFICHE DI OTTEMPERANZA E MONITORAGGIO: L'ART. 28, D.LGS. 152/2006.....	7
2.1 ARTICOLO 28, COMMA 1.....	7
2.1.1 QUADRO GENERALE	7
2.2 ARTICOLO 28, COMMA 2.....	8
2.2.1 REGIONI CHE HANNO PRESENTATO OSSERVAZIONI	9
2.2.2 QUADRO GENERALE	9
2.2.3 IL PRINCIPIO DI AVVALIMENTO NELLA VERIFICA DI OTTEMPERANZA DELLE CONDIZIONI AMBIENTALI.....	11
2.2.4 GLI OSSERVATORI AMBIENTALI	11
2.2.5 PRINCIPALI CRITICITÀ EMERSE E IPOTESI DI LAVORO	12
2.3 ARTICOLO 28, COMMI 3 E 4	13
2.3.1 REGIONI CHE HANNO PRESENTATO OSSERVAZIONI	13
2.3.2 QUADRO GENERALE	13
2.3.3 L'IPOTESI DI INERZIA DEI SOGGETTI INDIVIDUATI PER LA VERIFICA DI OTTEMPERANZA.....	15
2.3.4 PRINCIPALI CRITICITÀ EMERSE E IPOTESI DI LAVORO	16
2.4 ARTICOLO 28, COMMA 5.....	17
2.4.1 REGIONI CHE HANNO PRESENTATO OSSERVAZIONI	17
2.4.2 QUADRO GENERALE E CONFRONTO CON L'ART. 29, COMMA 2	17
2.5 ARTICOLO 28, COMMI 6 E 7	17
2.5.1 REGIONI CHE HANNO PRESENTATO OSSERVAZIONI	17
2.5.2 QUADRO GENERALE	17
2.5.3 PRINCIPALI CRITICITÀ EMERSE E IPOTESI DI LAVORO	20
2.6 ARTICOLO 28, COMMA 7-BIS	20
2.6.1 REGIONI CHE HANNO PRESENTATO OSSERVAZIONI	20
2.6.2 QUADRO GENERALE	20
2.6.3 PRINCIPALI CRITICITÀ EMERSE E IPOTESI DI LAVORO	21
2.7 ARTICOLO 28, COMMA 8.....	21
2.7.1 REGIONI CHE HANNO PRESENTATO OSSERVAZIONI	22
2.7.2 QUADRO GENERALE	22
2.7.3 GLI ESITI DEL MONITORAGGIO E L'INFORMAZIONE AL PUBBLICO	22
2.7.4 PRINCIPALI CRITICITÀ EMERSE E IPOTESI DI LAVORO	23

3. L'ARTICOLO 29, D.LGS. 152/2006: L'INOSSERVANZA DEI PROVVEDIMENTI DI VALUTAZIONE AMBIENTALE, CONSEGUENZE SANZIONATORIE E PROCEDIMENTALI	24
3.1. ARTICOLO 29, COMMA 1.....	24
3.1.1. REGIONI CHE HANNO PRESENTATO OSSERVAZIONI	24
3.1.2. QUADRO GENERALE E CONSEGUENZE DELLA PREVISIONE NORMATIVA.....	24
3.2. ARTICOLO 29, COMMA 2.....	25
3.2.1. REGIONI CHE HANNO PRESENTATO OSSERVAZIONI	25
3.2.2. QUADRO GENERALE E CONSEGUENZE DELLA PREVISIONE NORMATIVA.....	25
3.2.3. IL RIMEDIO PROCEDIMENTALE DI CUI ALL'ART. 29, COMMA 2: IL PROCEDIMENTO CONSEGUENTE ALL'ACCERTAMENTO DEI PRESUPPOSTI.....	29
3.2.4. PRINCIPALI CRITICITÀ EMERSE E IPOTESI DI LAVORO	31
3.3. ARTICOLO 29, COMMA 3.....	31
3.3.1. REGIONI CHE HANNO PRESENTATO OSSERVAZIONI	31
3.3.2. QUADRO GENERALE	31
3.3.3. LE DIFFERENTI IPOTESI DI VIA POSTUMA: LA VIA POSTUMA "PATOLOGICA" E LA VIA POSTUMA "FISIOLOGICA"	32
3.3.4. LA VIA POSTUMA "PATOLOGICA"	32
3.3.5. LA VIA POSTUMA "FISIOLOGICA"	33
3.3.6. PRINCIPALI CRITICITÀ EMERSE E IPOTESI DI LAVORO	36
3.4. ARTICOLO 29, COMMI 4, 5, 6.	36
3.4.1. REGIONI CHE HANNO PRESENTATO OSSERVAZIONI	36
3.4.2. QUADRO GENERALE	36
3.4.3. I PRESUPPOSTI APPLICATIVI DEI RIMEDI SANZIONATORI: LA REALIZZAZIONE DI UN PROGETTO O PARTE DI ESSO SENZA LA PREVIA VIA O VERIFICA DI ASSOGGETTABILITÀ A VIA	37
3.4.4. I PRESUPPOSTI APPLICATIVI DEI RIMEDI SANZIONATORI: L'INOSSERVANZA DELLE CONDIZIONI AMBIENTALI	39
3.4.5. I RIMEDI SANZIONATORI: CRITICITÀ COMUNI.....	39
3.4.6. PRINCIPALI CRITICITÀ EMERSE E IPOTESI DI LAVORO	40
3.5. ARTICOLO 29, COMMI 7 E 8	41
3.5.1. REGIONI CHE HANNO PRESENTATO OSSERVAZIONI	41
3.5.2. QUADRO GENERALE	41

Prefazione

Il presente documento, prodotto nell'ambito delle attività della Linea di intervento LQS1 del Progetto CREIAMO PA dedicata alle Valutazioni Ambientali di cui il Ministero dell'ambiente e della sicurezza energetica è beneficiario, è finalizzato a contribuire, tramite una lettura ragionata delle singole disposizioni, all'interpretazione della disciplina di cui agli art. 28 e 29, D.Lgs. 152/2006.

Il documento è stato predisposto dall'Unità Tecnico Specialistica della Linea di intervento LQS1 sulla base dell'analisi della documentazione giuridica e tecnica di livello nazionale e regionale e in virtù del contributo fornito da regioni e province autonome, nonché dall'amministrazione statale.

La possibilità di disporre di strumenti di supporto alle attività delle autorità competenti in materia di VIA e dei proponenti rappresenta un'importante opportunità per garantire un'omogenea applicazione della disciplina di VIA sul territorio nazionale: tale obiettivo è perseguito dal Progetto CREIAMO PA attraverso la pubblicazione del presente documento di indirizzo che, sebbene non vincolante, può rappresentare un valido strumento orientativo.

arch. Gianluigi Nocco
Direttore Generale valutazioni ambientali
Ministero dell'ambiente e della sicurezza energetica

Acronimi e definizioni

Autorità competente	La pubblica amministrazione cui compete l'adozione del provvedimento di verifica di assoggettabilità, l'elaborazione del parere motivato, nel caso di valutazione di piani e programmi, e l'adozione dei provvedimenti conclusivi in materia di VIA, nel caso di progetti.
Direttiva VIA	Direttiva 2014/52/UE del Parlamento europeo e del Consiglio del 16 aprile 2014 che modifica la direttiva 2011/92/UE concernente la valutazione dell'impatto ambientale di determinati progetti pubblici e privati
DVA	Direzione Generale Valutazioni Ambientali - Ministero della Sicurezza Energetica
Linea LQS1	Linea di intervento Valutazioni Ambientali - Azioni per il miglioramento dell'efficacia dei processi di VAS e di VIA relativi a programmi, piani e progetti
MASE	Ministero dell'Ambiente e della Sicurezza Energetica
Progetto CReIAMO PA	Competenze e Reti per l'Integrazione Ambientale e per il Miglioramento delle Organizzazioni della PA – PON Governance e capacità istituzionale 2014-2020
UTS	Unità Tecnica Specialistica del Progetto CReIAMO PA - Linea di intervento LQS1
VIA	Valutazione di Impatto Ambientale

1. INTRODUZIONE

1.1. Finalità e struttura del documento

Il presente documento ha lo scopo di esaminare i profili problematici che sono emersi sia sul piano teorico, che nell'applicazione pratica, in relazione agli articoli 28 e 29 del D.Lgs. 152/2006, a cinque anni di distanza dalle modifiche apportate dal D.Lgs. 104/2017.

Il documento si pone l'obiettivo di offrire una prospettiva di sistema delle esperienze formatesi tra le amministrazioni regionali che, non senza difficoltà, si sono cimentate nell'applicazione della normativa in esame. Anche a fronte dell'eterogeneità delle singole esperienze regionali, tuttavia, sono emersi dei profili comuni di criticità, che costituiscono, appunto, oggetto di analisi privilegiata nel presente lavoro.

È opportuno precisare, tuttavia, che alcuni profili necessitano di una più profonda riflessione, anche *de iure condendo*, dunque, l'obiettivo del presente lavoro non è, e non potrebbe essere, quello di risolvere tali ricorrenti problemi, quanto piuttosto quello di individuarli, "metterli in fila" così da stimolare una futura e condivisa riflessione.

1.2. Metodologia, strumenti e struttura del documento

La metodologia adottata è rappresentata da un esame di natura giuridica e procedurale delle singole disposizioni. La finalità dell'analisi, come già anticipato, è quella di offrire un contributo all'attività interpretativa della normativa e, auspicabilmente, al consolidamento delle *best practice* ad oggi formatesi.

L'esame, dunque, verrà condotto tramite l'analisi puntuale delle singole previsioni normative, contenute agli articoli 28 e 29, D.Lgs. 152/2006 e verrà scandito dai singoli commi, aspirando al massimo grado di completezza.

Il documento è frutto delle numerose attività che nell'ambito della linea LQS1 del Progetto CREIAMO PA hanno permesso un confronto diretto con le amministrazioni regionali.

Le osservazioni delle Regioni e delle Province Autonome sono state acquisite e discusse nei Tavoli tecnici VIA dedicati gli articoli 28 e 29 del D.Lgs. 152/2006 svolti nell'ambito delle attività della Linea LQS1 – Valutazioni Ambientali del Progetto CREIAMO PA in data 19 e 26 maggio 2021.

Il presente documento ha preso spunto anche da tali osservazioni al fine di tentare di offrire una lettura coerente della normativa, e di cristallizzare le proposte interpretative migliorative del tessuto normativo.

Inoltre, il documento ha tenuto conto anche delle prassi ed esperienze maturate nell'ambito dei procedimenti di competenza statale ed è stato condiviso con la competente Divisione V – Procedure di valutazione VIA e VAS della Direzione Generale Valutazioni Ambientali del MASE.

2. VERIFICHE DI OTTEMPERANZA E MONITORAGGIO: L'ART. 28, D.LGS. 152/2006

2.1. Articolo 28, comma 1

Il proponente è tenuto a ottemperare alle condizioni ambientali contenute nel provvedimento di verifica di assoggettabilità a VIA o nel provvedimento di VIA.

2.1.1 Quadro generale

La riforma dell'art.28 operata dal D. Lgs. 104/2017 (entrato in vigore il 21 luglio 2017), è stata molto significativa ed ha introdotto una puntuale disciplina per una fase topica delle valutazioni ambientali (VIA e verifica di assoggettabilità a VIA) precedentemente non definita e pertanto poco efficace.

Il legislatore ha voluto quindi porre la necessaria attenzione alla fase successiva all'emanazione del provvedimento, necessaria a verificare le condizioni in base alle quali l'autorità competente ha ritenuto compatibile sotto il profilo ambientale il progetto proposto, in assenza delle quali, tale decisione potrebbe risultare inficiata nella sostanza.

Non un mero adempimento pertanto ma una fase sostanziale del procedimento che non si conclude con l'emanazione del provvedimento, ma prosegue con la verifica *ex post* dei requisiti, ritenuti necessari per sostenere l'assenza di potenziali impatti significativi negativi, spesso valutati su basi previsionali e probabilistiche e quindi intrinsecamente affetti da possibili margini di incertezza, ovvero per il necessario controllo dell'efficacia delle eventuali misure previste per ridurli e/o compensarli.

Gli effetti del provvedimento di VIA e del provvedimento di verifica di assoggettabilità a VIA, ove siano previste condizioni ambientali, non si limitano alla mera fase di rilascio del titolo, bensì si protraggono per l'intero ciclo di vita del progetto e dell'opera che ne deriva. Il provvedimento di VIA, infatti, ha un contenuto fortemente conformativo, esercitato tramite l'apposizione di condizioni ambientali – elemento fondamentale della decisione – che concernono sia le eventuali ulteriori fasi progettuali che quelle di realizzazione (cd. fase di cantiere) e di esercizio, fino alla fase di dismissione dell'opera.

Il rispetto delle condizioni ambientali è oggetto di un dettagliato procedimento di controllo, denominato “verifica di ottemperanza”, da attivarsi con le modalità definite dall'art. 28 sulla base delle tempistiche indicate nei quadri prescrittivi delle stesse condizioni ambientali.

Le disposizioni dell'art. 28 del D.Lgs. 152/2006, come sostituito dall'art. 17 del D.Lgs. 104/2017, hanno efficacia retroattiva ai sensi dell'art. 23, comma 3, del D.Lgs. 104/2017 che estende l'applicazione del novellato art. 28 alle attività di monitoraggio ed ai provvedimenti di verifica di assoggettabilità a VIA e di VIA adottati secondo la normativa previgente.

2.2. Articolo 28, comma 2

L'autorità competente, in collaborazione con il Ministero dei beni e delle attività culturali e del turismo per i profili di competenza, verifica l'ottemperanza delle condizioni ambientali di cui al comma 1 al fine di identificare tempestivamente gli impatti ambientali significativi e negativi imprevisti e di adottare le opportune misure correttive. Per tali attività, l'autorità competente può avvalersi, tramite appositi protocolli d'intesa, del Sistema nazionale a rete per la protezione dell'ambiente di cui alla legge 28 giugno 2016, n. 132, dell'Istituto superiore di sanità per i profili concernenti la sanità pubblica, ovvero di altri soggetti pubblici, i quali informano tempestivamente la stessa autorità competente degli esiti della verifica. Per il supporto alle medesime attività, nel caso di progetti di competenza statale particolarmente rilevanti per natura, complessità, ubicazione e dimensioni delle opere o degli interventi, l'autorità competente può istituire, sentito il proponente e con oneri a carico di quest'ultimo, appositi osservatori ambientali finalizzati a garantire la trasparenza e la diffusione delle informazioni concernenti le verifiche di ottemperanza, che operano secondo le modalità definite da uno o più decreti del Ministro dell'ambiente e della tutela del territorio e del mare adottati sulla base dei seguenti criteri:

- a) designazione dei componenti dell'Osservatorio da parte di ciascuna delle Amministrazioni e degli Enti individuati nel decreto di Valutazione di Impatto Ambientale;*
- b) nomina del 50 per cento dei rappresentanti del Ministero della transizione ecologica tra soggetti estranei all'amministrazione del Ministero e dotati di significativa competenza e professionalità per l'esercizio delle funzioni;*
- c) previsioni di cause di incandidabilità, incompatibilità e conflitto di interessi;*
- d) temporaneità dell'incarico, non superiore a quattro anni, non rinnovabile e non cumulabile con incarichi in altri Osservatori;*
- e) individuazione degli oneri a carico del proponente, fissando un limite massimo per i compensi dei componenti dell'Osservatorio.*

All'esito positivo della verifica l'autorità competente attesta l'avvenuta ottemperanza pubblicando sul proprio sito web la relativa documentazione, entro quindici giorni dal ricevimento dell'esito della verifica.

2.2.1. Regioni che hanno presentato osservazioni

Campania, Lazio, Liguria, Marche, Piemonte, Puglia, Toscana, Umbria, Veneto, Provincia Autonoma di Trento

2.2.2. Quadro generale

Il comma individua, al primo periodo, le finalità principali della verifica l'ottemperanza delle condizioni ambientali in termini di identificazione tempestiva degli impatti ambientali significativi e negativi imprevisti ai quali consegue la necessità di porre in essere le opportune misure correttive.

Il legislatore ha posto quindi espressa attenzione rispetto a situazioni "impreviste" che potrebbero verificarsi se il proponente non adempie all'obbligo sancito dal comma 1 dell'art. 28 di ottemperare alle condizioni ambientali contenute nel provvedimento di verifica di assoggettabilità a VIA o nel provvedimento di VIA.

Richiamando le finalità delle condizioni ambientali (art. 5, comma 1, lettere o-ter, o-quater, D.Lgs. 152/2006) di garantire un'efficace prevenzione, riduzione o compensazione dei potenziali impatti significativi negativi, già individuati e valutati nell'ambito dell'attività istruttoria svolta dall'autorità competente, la mancata attuazione delle condizioni da parte del proponente si pone come condizione "patologica" che può generare impatti significativi "imprevisti". Questi non sono da intendersi pertanto come non preventivamente identificati e valutati ma derivanti dall'inadempienza del proponente sulla quale l'autorità competente deve vigilare ed eventualmente porre rimedio con misure volte a sanare le eventuali ripercussioni negative sull'ambiente conseguenti alla mancata ottemperanza.

Le prime misure che l'autorità competente deve mettere in atto, in caso di esito negativo della verifica di ottemperanza, sono quelle disciplinate dal comma 5 dell'art. 28.

Il termine "impatti imprevisti" è altresì richiamato al comma 6 dell'art. 28 ove, tuttavia, come riportato al Cap. 2.5, si evidenzia esplicitamente che tali eventi configurano fattispecie non ordinarie "ulteriori o diverse" e non sono pertanto imputabili al mancato adempimento delle condizioni ambientali da parte del proponente.

Il secondo periodo definisce la possibilità che l'autorità competente, come definita dall'art. 5, comma 1, lettera p), D.Lgs. 152/2006¹, possa avvalersi di altri soggetti per la verifica dell'ottemperanza delle condizioni ambientali, pur mantenendo l'esclusiva titolarità del procedimento. Il periodo appare formulato in maniera orientata alla sfera di competenza statale, individuando forme diverse di collaborazione/avvalimento tra quest'ultima e soggetti pubblici di livello centrale (Ministero per i beni e le attività culturali e il turismo, ora Ministero della Cultura, Sistema Nazionale a rete per la Protezione dell'Ambiente, Istituto Superiore di Sanità), pur non limitando a questi soggetti ma rimandando in generale ad altri soggetti pubblici.

Non essendo pertanto esplicitato chiaramente il rango dell'autorità competente, statale o regionale, occorre rifarsi alla definizione di quest'ultima ai sensi del citato art. 5, comma 1, lettera p) e riferire quindi le disposizioni sia alle competenze dello Stato che delle Regioni e Province Autonome ovvero alle pubbliche amministrazioni da queste eventualmente delegate nelle funzioni.

Sebbene l'avvalimento da parte dell'autorità competente di altri soggetti sia facoltativa, tale possibilità sembra prefigurarsi come effettivamente realizzabile solo a seguito della stipula tra le parti coinvolte di specifici atti (protocolli di intesa), in assenza dei quali non appare concretamente attuabile.

Tale aspetto è oggetto di specifico approfondimento nel Cap. 2.2.5 nell'ambito delle criticità emerse e ipotesi di lavoro.

¹ la pubblica amministrazione cui compete l'adozione del provvedimento di verifica di assoggettabilità a VIA, l'elaborazione del parere motivato, nel caso di valutazione di piani e programmi, e l'adozione dei provvedimenti di VIA, nel caso di progetti ovvero il rilascio dell'autorizzazione integrata ambientale o del provvedimento comunque denominato che autorizza l'esercizio

Si richiama inoltre la Legge 132/2016 di istituzione del Sistema Nazionale a rete per la Protezione dell'Ambiente (SNPA) che all'art. 3 comma 1 lettera l) individua che tra le funzioni istituzionali del SNPA le attività di monitoraggio degli effetti sull'ambiente derivanti dalla realizzazione di opere infrastrutturali di interesse nazionale e locale anche attraverso la collaborazione con gli Osservatori Ambientali eventualmente costituiti.

Sul termine "avvalimento", più estesamente trattato nel seguito, si segnala che al fine di evitare possibili dubbi sull'attribuzione di responsabilità e competenze per le attività di verifica dell'ottemperanza è opportuno stabilire chiaramente nell'ambito del provvedimento di VIA, ovvero nel quadro prescrittivo ad esso associato, i soggetti coinvolti ed i rispettivi ruoli.

Il DM MATTM n. 308 del 24/12/2015 "Indirizzi metodologici per la predisposizione dei quadri prescrittivi nei provvedimenti di VIA di competenza statale", utilizzato spesso come "modello" anche per i quadri prescrittivi dei provvedimenti regionali, ha operato in tal senso una razionalizzazione formale e sostanziale dei contenuti dei quadri prescrittivi e delle singole "prescrizioni" per la corretta attuazione delle stesse da parte del proponente e di efficace verifica da parte dell'autorità competente.

Il citato decreto ministeriale, emanato prima della sostanziale riforma dell'art. 28 operata dal D.Lgs. 104/2017, individua un unico "ente vigilante", responsabile della verifica dell'ottemperanza, ed eventuali diversi "enti coinvolti" cui è attribuito un ruolo e funzioni specifiche per l'attuazione della condizione da parte del proponente e non un ruolo di collaborazione con l'autorità competente ai fini della verifica dell'ottemperanza.

In base all'attuale formulazione del comma 2, l'"ente vigilante" equivale all'autorità competente mentre per gli "enti coinvolti" la disciplina vigente non prevede specifiche indicazioni, individuando invece i soggetti di cui l'autorità competente ha facoltà di avvalersi per le attività di verifica dell'ottemperanza.

Nel caso di condizioni ambientali dettate in pareri regionali nell'ambito della VIA statale e recepiti dal decreto di VIA, l'autorità competente è il MASE e la Regione rappresenta l'ente di cui si avvale il MASE che, ai sensi del DM 308/2015, corrisponderebbe all'ente coinvolto.

Gli eventuali soggetti individuati per le attività di verifica dell'ottemperanza sono tenuti a comunicare gli esiti della verifica all'autorità competente in maniera tempestiva. Tale previsione deve essere interpretata congiuntamente alle tempistiche massime per la conclusione del procedimento stabiliti dal comma 3.

Il terzo periodo del comma è interamente dedicato all'istituto degli osservatori ambientali, più estesamente trattato nel seguito.

L'ultimo periodo del comma, a garanzia dei diritti del pubblico all'informazione sulle decisioni assunte in tutte le fasi dei procedimenti di valutazione ambientale, prevede che a seguito dell'esito positivo della verifica dell'ottemperanza che attesta il pieno adempimento da parte del proponente della condizione ambientale, venga resa disponibile al pubblico la documentazione relativa al procedimento attraverso i siti web dedicati, entro quindici giorni dalla conclusione del medesimo.

Il legislatore ha limitato tale adempimento all'esito positivo della verifica, tuttavia, l'amministrazione statale per prassi consolidata, pubblica sin dall'avvio del procedimento la documentazione pervenuta, nel rispetto del principio di trasparenza dell'azione amministrativa e di informazione al pubblico.

Sebbene non espressamente previsto, per "relativa documentazione" è da intendersi tutta quella afferente al procedimento, in analogia agli altri procedimenti disciplinati dal Titolo terzo della Parte Seconda del D.Lgs. 152/2006, ovvero quella presentata dal proponente all'avvio dell'istanza di verifica dell'ottemperanza unitamente all'attestazione dell'esito positivo della verifica da parte dell'autorità competente. La natura formale dell'attestazione non è esplicitata nella norma generale ed è quindi lasciata alla discrezionalità dell'autorità competente (comunicazione o altro atto amministrativo).

Si specifica inoltre che, anche nel caso in cui l'esito positivo sia conseguente all'attività svolta da un soggetto diverso dall'autorità competente, resta comunque in capo a quest'ultima l'adempimento degli obblighi di informazione al pubblico.

2.2.3. Il principio di avvalimento nella verifica di ottemperanza delle condizioni ambientali

Il legislatore della riforma dell'art. 28 operata con il D.Lgs. 104/2017 «*ha sancito in termini inequivoci l'esclusiva titolarità del potere di verificare l'ottemperanza delle condizioni ambientali in capo all'autorità competente con un duplice effetto (rispetto a quanto accadeva in precedenza, sulla base dell'assunto secondo il quale delle verifiche di ottemperanza erano considerati responsabili, di volta in volta, gli enti o gli organi che avevano richiesto la introduzione di una determinata condizione ambientale nel provvedimento finale): da un lato, quello di rendere più efficiente, spedito e trasparente il relativo procedimento, consentendo – tra l'altro – al proponente di relazionarsi con un unico interlocutore pubblico responsabile della verifica; dall'altro, quello di impedire quella “politicizzazione” dell'attività di verifica che spesso scaturiva allorché la titolarità di quest'ultima fosse considerata in capo alla Regione o agli enti locali territorialmente interessati*»².

Il rapporto di “avvalimento” richiamato nel comma 2 nel diritto amministrativo, indica la modalità con le quali un soggetto pubblico usufruisce delle capacità tecniche e/o gestionali di un altro soggetto pubblico senza tuttavia trasferire la propria titolarità nell'esercizio della funzione ad esso assegnata.

Ciò, dunque, non inficia il mantenimento della titolarità esclusiva dell'autorità competente dell'intero procedimento di valutazione ambientale, ivi incluso il monitoraggio disciplinato dall'art. 28.

La partecipazione al procedimento dei soggetti individuati dall'autorità competente per le specifiche competenze tecniche, si configura quindi come una forma di collaborazione tra pubbliche amministrazioni, e non come una delega, e pertanto non solleva l'autorità competente dalle responsabilità e funzioni ad essa attribuite dall'art. 28.

Il legislatore ha inteso individuare una forma di “accordo” tra l'autorità competente e il soggetto pubblico di cui intende avvalersi individuando a tal fine che siano stipulati appositi protocolli d'intesa.

Tale strumento, in linea generale, descrive un accordo bilaterale o plurilaterale e non si configura come un vero e proprio vincolo contrattuale ma piuttosto come un atto che disciplina attività di supporto e di collaborazione istituzionale collegate al conseguimento di obiettivi di interesse comune quali quelli connessi alla tutela dell'ambiente e della salute, direttamente connessi alle finalità primarie del procedimento di valutazione ambientale.

Diversamente dall'istituto dell'accordo tra pubbliche amministrazioni, disciplinato dall'art. 15 della L. 241/1990, il protocollo d'intesa non è disciplinato da alcuna fonte normativa e differisce dall'accordo e da altre forme di natura contrattuale, quali la convenzione, in quanto ha natura prevalentemente programmatica e di indirizzo potendo essere propedeutico alla successiva stipula di strumenti più vincolanti quali accordi e convenzioni.

2.2.4. Gli osservatori ambientali

Anche il terzo periodo del comma che disciplina le finalità e le modalità organizzative degli osservatori ambientali è formulato in maniera orientata alla sfera di competenza statale in quanto il campo di applicazione è riferito ai *progetti di competenza statale*, è individuato il Ministro della Transizione Ecologica all'adozione di atti che disciplinano l'operatività degli osservatori, sono citati il *decreto di Valutazione di Impatto Ambientale* nonché *rappresentanti estranei al Ministero*.

In attuazione a delle disposizioni del comma 2 dell'art. 28, con decreto del Ministro della Transizione Ecologica 25 giugno 2021 (GU Serie Generale n.165 del 12.7.2021³) sono state stabilite le modalità di funzionamento degli osservatori ambientali in sostituzione del precedente decreto del Ministro dell'ambiente e della tutela del territorio e del mare n. 175 del 13 agosto 2020 che viene contestualmente abrogato.

² Marcello Cecchetti “La riforma dei procedimenti di valutazione d'impatto ambientale tra D.Lgs. n. 104 del 2017 e Corte costituzionale n. 198 del 2018”; Federalismi.it, 9 gennaio 2019

³ <https://www.gazzettaufficiale.it/eli/id/2021/07/12/21A04112/SG>

All'art. 3 del citato decreto l'osservatorio ambientale è definito come *organismo collegiale che svolge compiti di supporto all'autorità competente per lo svolgimento delle attività previste dall'art. 28, comma 2, del D.Lgs. 152/2006 e che garantisce la trasparenza e la diffusione delle informazioni concernenti le verifiche di ottemperanza, al fine di assicurarne la piena e immediata conoscibilità.*

L'articolo individua, come già il comma 2 dell'art. 28, un ruolo dell'osservatorio finalizzato alla trasparenza ed alla più ampia condivisione con il pubblico delle informazioni relative alle verifiche di ottemperanza, indicata anche tra i compiti, definiti nel medesimo art. 3.

In ragione della rilevanza ambientale e territoriale delle opere per le quali viene istituito le funzioni dell'osservatorio ambientale vanno quindi oltre il supporto tecnico all'autorità competente per la verifica di ottemperanza delle condizioni ambientali configurando un ruolo primario di presidio permanente che garantisce alla collettività (*enti pubblici, associazioni, comitati, singoli cittadini*) non solo la *corretta esecuzione delle prescrizioni e/o condizioni ambientali disposte dal provvedimento di VIA*, ma anche la trasparenza e l'informazione dell'azione di verifica e controllo attraverso modalità telematiche (siti internet) nonché la partecipazione attiva e il confronto costante con gli *stakeholder*.

Si richiama nel merito nuovamente l'art. 3 comma 1 lettera l) della Legge 132/2016 di costituzione del SNPA che individua tra le funzioni istituzionali del SNPA le attività di monitoraggio degli effetti ambientali connessi alla *realizzazione di opere infrastrutturali di interesse nazionale e locale anche attraverso la collaborazione con gli Osservatori Ambientali eventualmente costituiti.*

2.2.5. Principali criticità emerse e ipotesi di lavoro

- Come segnalato da molte Regioni ed ARPA si riscontra, alla data di redazione del presente documento, l'assenza di Protocolli di intesa stipulati tra l'autorità competente e il SNPA, ovvero con gli altri soggetti pubblici competenti richiamati nel comma 2. Tale condizione rappresenta una criticità in quanto risulta non definito chiaramente il ruolo e le modalità di coinvolgimento delle Agenzie regionali per la protezione dell'ambiente nei procedimenti di verifica di ottemperanza, sia di competenza statale che regionale.

A tale riguardo, nelle conclusioni del documento "Proposta di linee guida per le attività del sistema agenzia le in relazione alle prescrizioni dei decreti VIA ed ai piani di monitoraggio ambientali"⁴ approvato con Delibera del Consiglio SNPA 27/2018 del 22.2.2018, si riporta che "In ragione delle specifiche fonti normative regionali da cui discendono le rispettive strutture agenziali, molto diversa risulta sia l'articolazione delle strutture preposte in materia, qualora sia previsto un coinvolgimento nella procedura statale e/o in quella regionale, sia delle competenze. Inoltre, detto coinvolgimento a volte risulta avvenire su base convenzionale ed è, con modalità molto difformi, talvolta disciplinato da regolamenti o circolari interne. [...] In conclusione, questi risultati evidenziano la stringente necessità di uniformare ed armonizzare le attività in materia di VIA e le modalità di coinvolgimento delle strutture territoriali regionali e locali, con particolare riferimento a quelle afferenti al Sistema Agenziale."

Nell'ottica di snellimento e semplificazione dell'azione amministrativa, appare auspicabile la stipula di Protocollo di Intesa "quadro" tra MASE ed altri soggetti pubblici di livello centrale (SNPA, Ministero della Cultura, Istituto Superiore Sanità) che definisca in maniera chiara ed univoca le possibili modalità di coinvolgimento delle strutture statali e di quelle regionali, in primis nei procedimenti di competenza statale, definendo altresì opportune forme di raccordo per le attività di verifica di ottemperanza in ambito regionale affinché le regioni possano disciplinare, in maniera coerente con l'assetto amministrativo interno, le modalità più opportune di coordinamento con gli altri soggetti coinvolti nelle attività disciplinate dall'art. 28. Tale possibilità è peraltro prevista dalle disposizioni dell'art. 7-bis, comma 8 del D.Lgs. 152/2006, purché sia assicurata la conformità alla legislazione europea e nazionale.

⁴ <https://www.snpambiente.it/wp-content/uploads/2018/10/Delibera27conallegati.pdf>

In assenza di tale condizione, la stipula di protocolli di intesa si configurerebbe pertanto come un “passaggio burocratico” condizionante le diverse possibilità di avvalimento dei diversi soggetti pubblici richiamati dalla norma per le attività di verifica di ottemperanza.

- Alla luce delle rilevanti novità introdotte all’istituto della verifica di ottemperanza dal D.Lgs. 104/2017, appare necessario provvedere ad aggiornare il Decreto del Ministero dell’Ambiente e della Tutela del Mare n.308 del 24/12/2015 "Indirizzi metodologici per la predisposizione dei quadri prescrittivi nei provvedimenti di VIA di competenza statale" che, sebbene relativo alla sfera di competenza statale, come noto è stato preso a riferimento anche da molte autorità regionali, consentendo uniformare la formulazione e i contenuti dei quadri prescrittivi. Tale aggiornamento consentirebbe in primis di adeguare le terminologie e le funzioni attribuite ai diversi soggetti coinvolti nel procedimento (es. enti vigilanti, enti coinvolti), il campo di applicazione, nonché di apportare eventuali modifiche ai contenuti del citato decreto, anche in relazione alle esperienze operative maturate in materia.
- In base alle disposizioni vigenti, l’esito della verifica di ottemperanza può risultare esclusivamente “positivo” o “negativo” e conseguentemente sono previsti diversi specifici adempimenti da parte dell’autorità competente. Nella prassi statale è prevista anche l’ipotesi della condizione “parzialmente ottemperata”. Questa ricorre nei casi in cui l’esito della verifica di ottemperanza non è completamente positivo, ma il termine per l’adempimento (ad esempio, la messa in esercizio dell’impianto) non è ancora decorso. In tal caso, secondo la prassi citata, il proponente ha la possibilità di completare l’adempimento, purché ciò accada entro il termine indicato nel provvedimento. Solo in caso di superamento di quest’ultimo l’autorità competente provvede a formulare la diffida di cui all’art. 28, comma 5.

2.3. Articolo 28, commi 3 e 4

3. Per la verifica dell'ottemperanza delle condizioni ambientali, il proponente, nel rispetto dei tempi e delle specifiche modalità di attuazione stabilite nel provvedimento di verifica di

assoggettabilità a VIA o nel provvedimento di VIA, trasmette in formato elettronico all'autorità competente, o al soggetto eventualmente individuato per la verifica, la documentazione contenente gli elementi necessari alla verifica dell'ottemperanza.

L'attività di verifica si conclude entro il termine di trenta giorni dal ricevimento della documentazione trasmessa dal proponente.

4. Qualora i soggetti individuati per la verifica di ottemperanza ai sensi del comma 2 non provvedano entro il termine stabilito dal comma 3, le attività di verifica sono svolte direttamente dall'autorità competente.

2.3.1. Regioni che hanno presentato osservazioni

Calabria, Campania, Lazio, Liguria, Marche, Piemonte, Puglia, Toscana, Umbria, Veneto, Provincia Autonoma di Trento

2.3.2. Quadro generale

I commi 3 e 4 disciplinano gli adempimenti di tutti i soggetti coinvolti, proponente, autorità competente ed eventuali soggetti di cui si avvale, fissando inoltre le tempistiche per la conclusione del procedimento.

Nella formulazione sintetica delle norme in questione il procedimento è articolato nelle due fasi riportate al primo e secondo periodo del comma 3:

- trasmissione da parte del proponente «*all'autorità competente o al soggetto eventualmente individuato per la verifica*» della documentazione contenente gli elementi necessari alla verifica dell'ottemperanza;

- verifica dell'ottemperanza da parte dei soggetti sopra indicati «entro il termine di trenta giorni dal ricevimento della documentazione trasmessa dal proponente».

Rispetto alla prima fase, la norma dispone innanzi tutto che il proponente trasmetta la documentazione «nel rispetto dei tempi e delle specifiche modalità di attuazione stabilite nel provvedimento», sia esso di verifica di assoggettabilità a VIA o di VIA. Inoltre, fatto salvo il formato elettronico, la norma non specifica i contenuti della documentazione se non in termini generali di esaustività e adeguatezza rispetto a quanto previsto nella condizione ambientale.

A tal fine, assume fondamentale importanza la chiarezza e il necessario dettaglio nella formulazione della condizione ambientale anche in termini di tempistiche entro le quali il proponente è tenuto ad adempiere, al fine di consentirne la corretta attuazione da parte del proponente a cui è lasciata la piena discrezionalità rispetto ai contenuti della documentazione che può pertanto comprendere diverse tipologie di elaborati.

Sono vincolanti per il proponente i termini per l'attuazione della condizione ambientale e per la conseguente attivazione del procedimento di verifica di ottemperanza all'autorità competente.

La norma prevede inoltre che tale documentazione possa essere trasmessa all'autorità competente o al soggetto di cui quest'ultima intende avvalersi per la verifica indicando una duplice opzione, quindi in via alternativa e non in via esclusiva (ad un unico soggetto) o cumulativa (a entrambi i soggetti).

Tale aspetto appare foriero di incertezze e conseguenti possibili difficoltà o difformità nell'interpretazione e applicazione della norma.

Nel caso il proponente optasse per la trasmissione all'autorità competente si potrebbero configurare ulteriori adempimenti per quest'ultima nei riguardi del soggetto eventualmente preposto alla verifica e conseguenti aggravii procedurali che potrebbero incidere, in particolare, sul rispetto delle tempistiche, già molto limitate, per la conclusione del procedimento.

Nel caso il proponente optasse invece per la trasmissione al soggetto di cui l'autorità intende avvalersi per la verifica, si configura una potenziale contraddizione con quanto disciplinato dal comma 2 in merito alla titolarità esclusiva del procedimento da parte dell'autorità competente che non essendo informata dell'avvio del procedimento, perderebbe il ruolo di coordinamento del medesimo necessario a garantire il rispetto delle responsabilità previste sia dal comma 2 che dal comma 4 dell'art. 28.

Pertanto, onde evitare le possibili discrasie sopra evidenziate si ritiene opportuno che l'istanza e la relativa documentazione sia presentata contestualmente ad entrambi i soggetti, ovvero all'autorità competente e al soggetto di cui si avvale.

La seconda fase prevede che l'attività istruttoria da parte del soggetto preposto alla verifica si concluda nel termine di 30 giorni.

Tali stringenti tempistiche, anche se non esplicitamente indicate come perentorie, al contrario degli altri procedimenti disciplinati dagli articoli 19, 25, 27 e 27-bis del D.Lgs. 152/2006, se da un lato assicurano tempi certi e celeri al proponente, possono risultare eccessivamente limitate per lo svolgimento di attività che possono rivelarsi complesse in relazione alla specificità della condizione ambientale.

Va evidenziato inoltre che la norma non prevede ulteriori fasi che caratterizzano altri procedimenti, quali ad esempio la richiesta di chiarimenti/integrazioni alla documentazione presentata dal proponente, la sospensione dei termini procedurali, la consultazione con altri soggetti.

Tuttavia, in assenza di disposizioni contrarie sembra poter trovare applicazione la disciplina generale in materia di procedimenti amministrativi e pertanto anche l'istituto della sospensione procedimentale di cui all'art. 2, comma 7, L. 241/1990. Ciò purché ricorrano i presupposti ivi indicati, ovvero che la sospensione sia motivata ed il termine individuato sia proporzionato e congruo rispetto alle esigenze rappresentate.

La medesima riflessione sembra potersi svolgere anche con riferimento all'eventuale diffida ai sensi del successivo comma 5 dell'art.28.

Si rammenta inoltre la previsione del comma 2 dell'articolo 28 che prevede la *tempestiva* comunicazione degli esiti della verifica all'autorità competente da parte dei soggetti individuati per tali attività. Il termine "tempestivo" va quindi ricondotto ad un termine utile al rispetto del termine di 30 giorni per la conclusione del procedimento stabilito dal comma 3, pertanto verosimilmente inferiore.

Il comma 4 disciplina l'ipotesi di inerzia dei soggetti individuati per la verifica di ottemperanza, aspetto più estesamente trattato nel seguito.

2.3.3. L'ipotesi di inerzia dei soggetti individuati per la verifica di ottemperanza

Come già indicato in relazione al comma 2, la piena ed esclusiva responsabilità del procedimento di verifica dell'ottemperanza posta in capo all'autorità competente è confermata dal comma 3 che disciplina la fattispecie relativa all'inadempienza del soggetto di cui l'autorità competente si avvale entro il termine di 30 giorni.

In tale caso è previsto infatti che l'autorità competente provveda, in via sostitutiva, alle attività di verifica dell'ottemperanza.

L'art. 2, comma 2, della legge 241/1990 stabilisce che le pubbliche amministrazioni debbano concludere i procedimenti amministrativi di loro competenza con un provvedimento espresso, che deve essere adottato entro trenta giorni dalla data di inizio del procedimento ovvero nel diverso termine stabilito con legge o con regolamento adottato con decreto del Presidente del Consiglio dei Ministri. Per "provvedimento espresso" si intende quello che scaturisce dall'attività istruttoria, indifferentemente dall'esito, positivo o negativo.

Da ciò discende l'obbligo di concludere i procedimenti nei termini prestabiliti dal comma 4 dell'art.28 pari a 30 giorni, senza deroghe se non previste *ex lege*.

L'art. 2 della legge 241/1990, commi 9-bis, 9-ter, 9-quater disciplinano, in caso di inerzia dell'amministrazione, l'attivazione dei poteri sostitutivi.

Tali norme, secondo il principio per cui il decorso del tempo è un bene tutelabile, sanciscono che la pubblica amministrazione deve agire rispettando i tempi amministrativi poiché questo è considerato una declinazione del principio di legalità, ma anche di efficienza ed efficacia dell'azione amministrativa.

Con il comma 9-bis dell'articolo 2 della Legge 241/1990 è previsto il potere sostitutivo in caso di ritardo o inerzia nella conclusione del procedimento. Si tratta di un potere conferito *ex lege* ai vertici della stessa amministrazione e può essere esercitato entro gli stessi confini escludendosi, dunque, una possibile funzione sostitutiva in capo agli organi di indirizzo politico. Il mancato rispetto dei termini procedurali produce dunque un effetto riparatorio a favore del soggetto rimasto privo di risposta, potendo l'inerzia essere neutralizzata, prima del ricorso alla giustizia amministrativa, mediante il potere sostitutivo. L'organo di governo può individuare un solo soggetto al quale attribuire poteri sostitutivi che, ai sensi del comma 4 dell'articolo 28 è univocamente definito in capo all'autorità competente. La *ratio* sottesa dalla norma conferma la sua piena responsabilità in tutti i casi in cui non sia stata rispettata la tempistica prevista per concludere i singoli procedimenti.

Il comma 4 dell'art. 28 non definisce i termini entro i quali l'autorità competente, in via sostitutiva al mancato adempimento da parte del soggetto incaricato alla verifica di ottemperanza, deve concludere le attività di verifica.

La Legge 241/1990 all'art. 2, comma 9-ter, dispone che decorso inutilmente il termine per la conclusione del procedimento il responsabile o l'unità organizzativa di cui al comma 9-bis dell'articolo 2, d'ufficio o su richiesta dell'interessato, esercita il potere sostitutivo entro un termine pari alla metà di quello originariamente previsto, concludendo il procedimento attraverso le strutture competenti o con la nomina di un commissario.

In base alla norma generale in materia di procedimento amministrativo sembrerebbe pertanto configurarsi un termine di 15 giorni per concludere il procedimento di verifica dell'ottemperanza della condizione ambientale da parte dell'autorità competente in caso di inerzia del soggetto preposto a tale verifica.

Dal punto di vista formale le disposizioni del comma 4 dell'articolo 28 risultano chiare ed esplicite, non configurando possibili incertezze, trattandosi di mero potere sostitutivo in caso di inerzia del soggetto preposto alla verifica, né sono previste attività prodromiche da parte dell'autorità competente rispetto all'avocazione delle funzioni di verifica, come quelle invece previste espressamente dal comma 5, sebbene per una diversa fattispecie.

Dal punto di vista sostanziale, si ravvisano diverse criticità nell'attuazione delle disposizioni, trattate nel paragrafo successivo.

2.3.4. Principali criticità emerse e ipotesi di lavoro

- L'aspetto più critico delle disposizioni è relativo ai tempi stringenti per la conclusione del procedimento, ritenuti dalle autorità competenti, sia statali che regionali, non congrui e sufficienti all'istruttoria tecnica ed alla valutazione della documentazione da parte del soggetto preposto alla verifica, sia esso l'autorità competente o il soggetto di cui si avvale.
- Nel caso di avalimento, le tempistiche complessive devono inoltre includere i tempi per il necessario coordinamento tra i due soggetti.
- In prospettiva de iure condendo appare auspicabile prevedere la possibilità, da parte dell'autorità competente, di richiedere chiarimenti e/o integrazioni alla documentazione presentata dal proponente, e, conseguentemente, di prevedere possibili deroghe alle tempistiche procedurali indicate dalla norma.
- Un'ulteriore azione che contribuisce a far sì che l'attività di monitoraggio non rappresenti un onere eccessivo sia per le autorità competenti che per i proponenti, risiede nell'opportunità di snellire il quadro prescrittivo associato al provvedimento finale, limitando le condizioni ambientali a quelle che effettivamente rispecchiano le finalità indicate dall'art. 5, comma 1, lettere o-ter) e o-quater), ovvero a quelle misure necessarie ad evitare, prevenire, ridurre e, ove opportuno, compensare gli impatti ambientali significativi e negativi e quelle di monitoraggio.
- Sebbene il rispetto dei termini per l'attuazione della condizione ambientale e per la conseguente attivazione del procedimento di verifica di ottemperanza sia vincolante per il proponente, può accadere che questo non presenti la documentazione nei termini indicati nella condizione ambientale. Sul punto si ribadisce la necessità che nella condizione ambientale sia indicato il termine per l'avvio della verifica di ottemperanza, facendo riferimento alla specifica fase e macrofase, come definite nel DM 308/2015.
- Qualora, fatto salvo quanto sopra, il Proponente non adempia nei termini indicati dalla condizione ambientale, l'Autorità competente ha l'onere di verificare il rispetto di tali adempimenti, ai sensi dell'art. 29, comma 2, attraverso un'attività di accertamento dell'inadempienza o della violazione delle condizioni ambientali.
- La norma prevede che la documentazione per la verifica di ottemperanza da parte del proponente possa essere trasmessa, in via alternativa, all'autorità competente o al soggetto di cui quest'ultima intende avvalersi. Nel caso in cui l'autorità competente si avvalga di altro soggetto, per evitare possibili incertezze o problematiche nel coordinamento, appare opportuno procedere alla trasmissione contestuale all'Autorità competente e al soggetto individuato per la verifica di ottemperanza.

2.4. Articolo 28, comma 5

Nel caso in cui la verifica di ottemperanza dia esito negativo, l'autorità competente diffida il proponente ad adempiere entro un congruo termine, trascorso inutilmente il quale si applicano le sanzioni di cui all'articolo 29.

2.4.1. Regioni che hanno presentato osservazioni

Liguria, Marche, Piemonte, Toscana, Provincia Autonoma di Trento.

2.4.2. Quadro generale e confronto con l'art. 29, comma 2

Il comma 5 disciplina l'ipotesi in cui l'esito della verifica di ottemperanza risulti negativo. In tal caso, l'autorità competente provvederà ad assegnare un termine al proponente per adempiere ed osservare correttamente la condizione ambientale. Solo in caso di decorso infruttuoso del termine l'autorità competente dovrà avviare l'*iter* di cui all'art. 29, sia in termini di strumenti rimediali procedurali che di strumenti sanzionatori. Ciò crea delle difficoltà interpretative soprattutto con riferimento al rapporto tra il comma in argomento e l'art. 29 comma 2.

Si rinvia sul punto a quanto più ampiamente argomentato al Capitolo 3.2.2 e in particolare nel *box* recante "Focus su art. 28, comma 5 e art. 29, comma 2".

2.5. Articolo 28, commi 6 e 7

6. Qualora all'esito dei risultati delle attività di verifica di cui ai commi da 1 a 5, ovvero successivamente all'autorizzazione del progetto, dall'esecuzione dei lavori di costruzione ovvero dall'esercizio dell'opera, si accerti la sussistenza di impatti ambientali negativi, imprevisti, ulteriori o diversi, ovvero di entità significativamente superiore a quelli valutati nell'ambito del procedimento di VIA, comunque non imputabili al mancato adempimento delle condizioni ambientali da parte del proponente, l'autorità competente, acquisite ulteriori informazioni dal proponente o da altri soggetti competenti in materia ambientale, può ordinare la sospensione dei lavori o delle attività autorizzate e disporre l'adozione di opportune misure correttive.

7. Nei casi in cui, al verificarsi delle fattispecie di cui al comma 6, emerga l'esigenza di modificare il provvedimento di VIA o di stabilire condizioni ambientali ulteriori rispetto a quelle del provvedimento originario, l'autorità competente, ai fini della riedizione del procedimento di VIA, dispone l'aggiornamento dello studio di impatto ambientale e la nuova pubblicazione dello stesso, assegnando al proponente un termine non superiore a novanta giorni.

2.5.1. Regioni che hanno presentato osservazioni

Campania, Marche, Piemonte, Provincia Autonoma di Trento, Toscana, Umbria, Veneto.

2.5.2. Quadro generale

I commi 6 e 7 disciplinano fattispecie particolari che possono verificarsi nelle fasi successive a:

- la verifica di ottemperanza delle condizioni ambientali (commi da 1 a 5);
- l'autorizzazione del progetto;
- l'esecuzione dei lavori di costruzione dell'opera;
- l'esercizio dell'opera.

Si premette che si tratta di situazioni specifiche per le quali l'esperienza applicativa, sia in sede statale che regionale, è piuttosto limitata e che il legislatore ha disciplinato in via generale ma che devono essere necessariamente affrontate caso per caso, pur sempre nell'alveo della norma.

Le disposizioni si riferiscono ad una fase successiva a tutti gli adempimenti disciplinati dal Titolo III della Parte Seconda del D.Lgs. 152/2006 ed altresì successiva agli (eventuali) adempimenti autorizzativi. Tali condizioni circoscrivono, esclusivamente dal punto di vista temporale, il campo di applicazione dei commi 6 e 7.

Dal punto di vista sostanziale, le condizioni per l'applicazione della disciplina indicate al comma 6 risultano abbastanza ben delineate, sebbene con margini di indeterminatezza rispetto ad alcuni aspetti trattati nel seguito. Deve essere infatti "accertata" la sussistenza di impatti ambientali (negativi, imprevisti, ulteriori o diversi, ovvero di entità significativamente superiore a quelli valutati nell'ambito del procedimento di VIA) che non siano attribuibili alla mancata ottemperanza delle condizioni ambientali da parte del proponente.

L'ultima parte del periodo ribadisce quanto già esplicitato nelle condizioni temporali sopra indicate e presuppone positivamente conclusa la verifica di ottemperanza ed altresì compiutamente attuate le condizioni ambientali da parte del proponente. Tali condizioni sollevano quindi il proponente da ogni responsabilità relativa al verificarsi degli impatti ambientali di seguito descritti.

Gli impatti ambientali devono essere in primis negativi. Nella formulazione è omesso il termine "significativi" e ciò lascerebbe presupporre che l'entità ovvero l'intensità degli stessi non debba risultare necessariamente rilevante.

Le indicazioni successive che caratterizzano l'impatto negativo sono elencate in parte in sequenza (*impresvisi, ulteriori o diversi*) e in parte in forma alternativa (*ovvero di entità significativamente superiore a quelli valutati nell'ambito del procedimento di VIA*).

L'interpretazione porta quindi a delineare due fattispecie di impatti negativi:

1. contemporaneamente sia "impresvisi" che "ulteriori" cioè aggiuntivi e nuovi rispetto a quanto scaturito dal procedimento di valutazione;
2. di natura/tipologia analoga agli impatti già analizzati e valutati nell'ambito del procedimento di valutazione ma di entità e quindi di intensità significativamente superiore.

La locuzione "impatti imprevisti" è altresì richiamata al comma 2 dell'art. 28. Come già indicato al Cap. 2.2.2 in tale sede la locuzione è utilizzata proprio per esprimere la finalità primaria della verifica dell'ottemperanza delle condizioni ambientali: monitorare *ex post* affinché qualsiasi situazione "impresvisa" possa essere prontamente identificata e possano essere effettuate azioni correttive in grado di ripristinare condizioni ordinarie.

L'imprevedibilità dell'impatto non scaturisce, pertanto, dal mancato adempimento delle condizioni ambientali da parte del proponente ma da cause o eventi non ordinari e non preventivamente prevedibili nell'ambito del procedimento di VIA.

La locuzione "ulteriori o nuovi" caratterizza una diversa natura o tipologia di impatti, rispetto a quelli già individuati e valutati nell'ambito del procedimento di VIA, da leggere congiuntamente al termine "impresvisi".

La prima fattispecie di impatti negativi (impresvisi, ulteriori o nuovi) è quindi del tutto estranea e nuova rispetto allo scenario *ante operam* e *post operam* alla base delle analisi e delle valutazioni condotte nell'ambito del procedimento di VIA, ciascuno per le proprie competenze e responsabilità (proponente, autorità competente, altri soggetti coinvolti).

La seconda fattispecie è invece completamente diversa e prefigura una diversa entità ovvero una maggiore significatività di impatti già analizzati e valutati nell'ambito del procedimento di valutazione. La norma non sembra sottendere una inadeguata valutazione (sottostima) da parte dell'autorità competente o del proponente quanto piuttosto la possibilità che si possano verificare cause/eventi che modifichino le condizioni ambientali a contorno e possono originare sia "nuovi impatti" (prima fattispecie) che "impatti maggiormente significativi" (seconda fattispecie).

Il verificarsi di tali condizioni, di carattere quindi "non ordinario", non esime l'autorità competente dall'obbligo di effettuare tutte le necessarie ricerche e approfondimenti, avvalendosi della collaborazione

del proponente e dei soggetti coinvolti. Successivamente, può agire in via preventiva, ove motivatamente ritenuto necessario, ordinando la sospensione dei lavori (nel caso di impatti negativi verificati in fase di realizzazione dell'opera) o la sospensione dell'esercizio e l'adozione di misure idonee a mitigare gli impatti ovvero ad evitare che le condizioni che li hanno generati possano nuovamente verificarsi.

La locuzione "misure correttive" assume in questo caso lo stesso significato utilizzato per il comma 2 come azioni efficaci per ripristinare la situazione antecedente il verificarsi dell'evento che ha generato l'impatto negativo. Nel comma 2, come già evidenziato, la causa è tuttavia diversa ed è attribuita alla mancata ottemperanza delle condizioni ambientali.

Il comma 7 va letto, in combinato disposto con il comma 6. Il primo, infatti, definisce le specifiche fattispecie e individua i presupposti per poter procedere, eventualmente e non obbligatoriamente, alle azioni definite dal secondo.

Con il comma 7 il legislatore ha voluto disciplinare un'ulteriore ipotesi che può scaturire dal comma 6 nel caso in cui gli accertamenti, l'inibizione delle attività ovvero l'adozione di misure correttive da parte dell'autorità competente non siano risultate sufficienti a garantire l'effettiva "rimozione" delle cause e dei conseguenti effetti sopraggiunti (impatti negativi), e sia pertanto necessaria un'azione sistematica finalizzata ad incidere sul provvedimento di VIA originario.

Le cause/eventi che hanno generato gli impatti negativi, indipendentemente dalle due diverse fattispecie individuate al comma 6, possono infatti richiedere la necessità di una revisione della valutazione effettuata dall'autorità competente che tenga conto dei nuovi elementi e scenari che hanno determinato l'insorgenza di nuovi o più significativi impatti ambientali.

La norma delinea a tutti gli effetti un nuovo procedimento ("riedizione") che tuttavia non è, come nella procedura ordinaria, avviato su istanza di parte, ma è disposto dall'autorità competente nei confronti del proponente che è tenuto ad aggiornare lo studio di impatto ambientale e che, entro novanta giorni, dovrà presentare una nuova istanza che proseguirà l'iter ordinario.

Il nuovo provvedimento che scaturisce dalla valutazione effettuata dall'autorità competente in base all'aggiornamento dello studio di impatto ambientale potrà essere modificato sia nei contenuti che nel quadro prescrittivo che potrà contenere diverse e/o ulteriori condizioni ambientali.

Considerate le particolari fattispecie all'origine del nuovo procedimento, dal punto di vista sostanziale la riedizione del medesimo verterà sui nuovi elementi conoscitivi forniti dal proponente con la finalità di individuare idonee misure, anche a carattere preventivo e di monitoraggio, che possano efficacemente contrastare gli impatti negativi sopraggiunti.

Tale finalità non dovrebbe pertanto inficiare le analisi e le valutazioni già effettuate dall'autorità competente inerenti quegli aspetti che non attengono, in maniera diretta, indiretta o cumulativa, all'insorgenza dei nuovi o maggiormente significativi impatti negativi accertati.

Un primo elemento degno di nota risiede nel fatto che la norma si riferisce esclusivamente al "*procedimento di VIA*", confermato dal fatto che il proponente è tenuto ad aggiornare lo studio di impatto ambientale.

Come indicato nel successivo Cap. 2.5.3, è possibile tuttavia prefigurare anche un'applicazione più ampia della norma, in riferimento a tipologie progettuali che ricadono nel campo di applicazione della verifica di assoggettabilità a VIA e che pertanto risulterebbero escluse da tale disposizione, pur potendosi verificare le medesime fattispecie disciplinate dal comma 7.

Va infine precisato che l'applicazione del comma 6 e/o del comma 7 non contemplano in nessun caso l'applicazione di misure e/o sanzioni ai sensi dell'art. 29 D.Lgs. 152/2006 in quanto non si configurano inadempimenti da parte del proponente per mancato adempimento delle condizioni ambientali.

2.5.3. Principali criticità emerse e ipotesi di lavoro

- Il comma 6 fa riferimento esclusivamente al “procedimento di VIA”, mentre nei commi da 1 a 5, peraltro richiamati dal medesimo comma 6, tutte le attività di monitoraggio disciplinate dall’art. 28 sono riferite sia ai procedimenti/provedimenti di verifica di assoggettabilità a VIA che di VIA. Ne consegue che la norma può essere interpretata in senso ampio e che quindi, i commi 6 e 7 siano applicabili anche con riferimento alle ipotesi di verifica di assoggettabilità a VIA.

2.6. Articolo 28, comma 7-bis

Il proponente, entro i termini di validità disposti dal provvedimento di verifica di assoggettabilità a VIA o di VIA, trasmette all'autorità competente la documentazione riguardante il collaudo delle opere o la certificazione di regolare esecuzione delle stesse, comprensiva di specifiche indicazioni circa la conformità delle opere rispetto al progetto depositato e alle condizioni ambientali prescritte. La documentazione è pubblicata tempestivamente nel sito internet dell'autorità competente.

2.6.1. Regioni che hanno presentato osservazioni

Nessuna in quanto il comma è stato introdotto dopo lo svolgimento dei Tavoli Tecnici con le Regioni e Province Autonome dedicati agli articoli 28 e 29 del D.Lgs. 152/2006.

2.6.2. Quadro generale

Il comma 7-bis è stato introdotto dal D.L. 76/2020 convertito con modificazioni dalla Legge 11 settembre 2020, n. 120.

Il comma rafforza il controllo ex post delle opere realizzate, ponendo in capo al proponente nuovi adempimenti da effettuare entro i termini di validità disposti dal provvedimento di verifica di assoggettabilità a VIA o di VIA.

La nuova disposizione riveste un'importanza fondamentale in quanto fornisce concrete certezze all'autorità competente rispetto all'effettiva realizzazione del progetto valutato in relazione agli esiti di specifiche attività di verifica e controllo disciplinate da norme di settore.

Il collaudo delle opere pubbliche è un istituto obbligatorio disciplinato dall' art. 102 del Codice dei contratti pubblici (D.Lgs. 50/2016) rubricato “Collaudo e verifica di conformità” che ha la finalità di verificare la conformità dell'opera realizzata ai progetti ed ai contratti, attestandone la piena regolarità a livello tecnico, economico e funzionale.

Il collaudo è previsto per i lavori mentre la verifica di conformità è relativa ai servizi ed alle forniture e non attiene pertanto alla disciplina del comma 7-bis.

Il collaudo è un'attività tecnico-amministrativa che vede diversi soggetti coinvolti (Responsabile Unico del Procedimento, direttore dei lavori, direttore dell'esecuzione, collaudatore) che deve essere conclusa, in via provvisoria, non oltre sei mesi dall'ultimazione dei lavori, salvo casi diversamente disciplinati per i quali il termine è di un anno, ed assume carattere definitivo decorsi due anni dall'emissione del certificato di collaudo provvisorio (anche ricorrendo al meccanismo giuridico del silenzio-assenso).

Il certificato di collaudo è il documento che dà certezza della conformità sopra descritta e costituisce atto conclusivo del collaudo.

Il certificato di regolare esecuzione delle opere può sostituire il certificato di collaudo nel caso di opere i cui contratti di lavori siano inferiori a 1.000.000 di Euro, qualora la stazione appaltante decida di avvalersi di tale facoltà, ovvero per importi superiori a 1.000.000 di Euro in specifiche fattispecie disciplinate dal comma 2 dell'art. 102 del D.Lgs. 50/2016. Il certificato è rilasciato dal direttore dei lavori entro tre mesi dalla data di ultimazione dei lavori.

L'ultima parte del primo periodo del comma, prescrive in capo al proponente un obbligo di trasmissione di ulteriore documentazione idonea ad attestare *“la conformità delle opere rispetto al progetto depositato e alle condizioni ambientali prescritte”*.

Con riferimento a tale conformità, è presumibile che il “progetto” menzionato corrisponda a quello depositato ai fini della valutazione ambientale, quindi avente un livello non necessariamente equivalente a quello oggetto dell'autorizzazione. Tale profilo, presenta potenziali criticità nel caso di procedura di verifica di assoggettabilità a VIA per la quale la normativa vigente non prevede l'obbligo di deposito del progetto.

Ciò premesso, appare evidente che in entrambe i casi (VIA e verifica di assoggettabilità a VIA) la documentazione depositata in adempimento alle disposizioni di cui al comma in argomento, dovrà essere idonea ad evidenziare differenze/modifiche eventualmente sopraggiunte nelle successive fasi di sviluppo del progetto o nelle successive fasi autorizzative.

Per ciò che concerne la conformità delle opere alle condizioni ambientali prescritte, la documentazione dovrà riportare gli estremi del provvedimento/comunicazione di attestazione dell'avvenuta ottemperanza da parte dell'autorità competente per le condizioni ambientali che hanno scenari temporali (macrofasi e fasi secondo il DM 308/2015) che rientrano nei termini di validità disposti dal provvedimento di verifica di assoggettabilità a VIA o di VIA. Per scenari temporali successivi ai termini sopra indicati, può essere opportuno richiamare le condizioni ambientali per le quali sarà successivamente avviato il procedimento di verifica di ottemperanza.

Gli adempimenti previsti dal comma 7-bis sono finalizzati a consentire all'autorità competente di compiere le necessarie verifiche in ordine all'assenza di modifiche progettuali di natura sostanziale rispetto a quelle già valutate nonché dell'avvenuto rispetto delle condizioni ambientali, che altrimenti determinerebbero l'applicazione dei rimedi di cui all'art. 29, commi 2 e 5.

L'ultimo periodo del comma richiama l'adempimento finalizzato ad assicurare l'informazione al pubblico, già prevista al comma 2 e al comma 8 dell'art. 28.

2.6.3. Principali criticità emerse e ipotesi di lavoro

- La corretta applicazione del comma 7-bis da parte del proponente di opere private, in mancanza di una specifica disciplina unitaria quale quella emanata per le opere pubbliche (art. 102, D.Lgs. 50/2016) appare più complessa e meritevole di una specifica regolamentazione che definisca con chiarezza la documentazione da presentare (ad es. attraverso apposita modulistica o linee guida).
- La criticità sopra richiamata ricorre in termini ancor più evidenti con riferimento ai provvedimenti di verifica di assoggettabilità a VIA, ove non essendo previsto obbligo di deposito del progetto, risulta non del tutto agevole individuare i criteri per dimostrare la conformità richiesta dalla norma.
- Laddove nel provvedimento di verifica di assoggettabilità a VIA non sia indicato il termine di validità del provvedimento, ad oggi non esplicitamente previsto dalla normativa vigente, risulta non definito il termine entro il quale il proponente è tenuto a presentare la documentazione. Nell'auspicio che, anche de iure condendo, l'obbligo di stabilire un termine di validità del provvedimento divenga esplicitamente obbligatoria anche per quello di verifica di assoggettabilità a VIA, è possibile prospettare che la documentazione sia trasmessa conseguentemente al collaudo delle opere ovvero alla certificazione di regolare esecuzione o equivalente documentazione.

2.7. Articolo 28, comma 8

Delle modalità di svolgimento delle attività di monitoraggio, dei risultati delle verifiche, dei controlli e delle eventuali misure correttive adottate dall'autorità competente, nonché dei dati derivanti dall'attuazione dei monitoraggi ambientali da parte del proponente è data adeguata informazione attraverso il sito web dell'autorità competente.

2.7.1. Regioni che hanno presentato osservazioni

Liguria, Marche, Piemonte, Toscana, Provincia Autonoma di Trento

2.7.2. Quadro generale

La nuova formulazione del comma operata dal D.Lgs. 104/2017 che, alla data di redazione del presente documento, non ha subito ulteriori modifiche, conserva la finalità generale di assicurare l'informazione al pubblico rispetto a tutte le attività di monitoraggio svolte dall'autorità competente successivamente all'adozione del provvedimento negativo di verifica di assoggettabilità a VIA o del provvedimento di VIA (verifiche, controlli, misure correttive) includendo anche i dati derivanti dall'attuazione dei monitoraggi ambientali da parte del proponente, qualora prescritti nell'ambito delle condizioni ambientali.

La norma integra quanto già previsto in materia di trasparenza e informazione al pubblico dal comma 2 (esiti delle verifiche di ottemperanza delle condizioni ambientali) e dal comma 7-bis (documentazione attestante la conformità delle opere realizzate al progetto approvato ed alle condizioni ambientali prescritte nel provvedimento di verifica di assoggettabilità a VIA o di VIA) nella fase più importante e significativa del procedimento di valutazione ambientale che risiede proprio nel complesso di attività di "valutazione ex post del progetto" finalizzate a garantire che l'opera sia realizzata ed esercitata nel pieno rispetto delle condizioni imposte dall'autorità competente che ha l'obbligo di presidiare le decisioni assunte che possono anche essere frutto della partecipazione del pubblico al procedimento.

Tale aspetto è pertanto fondamentale per garantire il necessario riscontro dei contributi forniti da parte di tutti i soggetti coinvolti nel processo decisionale nonché credibilità e fiducia nell'operato delle istituzioni da parte dei cittadini.

2.7.3. Gli esiti del monitoraggio e l'informazione al pubblico

Gli esiti del monitoraggio, inteso come nella più ampia accezione di insieme di attività verifica successive all'emanazione del provvedimento, e le relative informazioni sia amministrative che tecniche (documentazione predisposta dal proponente e dall'autorità competente) rappresentano nel complesso quello che nel comma è definito come "modalità di svolgimento delle attività di monitoraggio".

Per "risultati delle verifiche" sono da intendersi gli esiti del procedimento di verifica di ottemperanza che, come già indicato per il comma 2, può essere sia positivo (art. 28, comma 2) che negativo (art. 28, comma 5), comportando in tale ultimo caso specifiche azioni da intraprendere da parte dell'autorità competente.

Perseguendo l'intero comma la garanzia di completa trasparenza dell'azione amministrativa e di informazione al pubblico è auspicabile che sia interpretato in maniera estensiva comprendendo l'informazione al pubblico, *attraverso il sito web dell'autorità competente*, anche nei casi di esito negativo delle verifiche.

Oltre alle verifiche la norma include anche i risultati dei "controlli", termine di ampia portata che può includere diverse attività che possono essere svolte anche mediante sopralluoghi sul campo, poste in capo sia all'autorità competente ovvero ai soggetti di cui eventualmente si avvale in quanto comunque finalizzate a verificare la corretta attuazione della condizione ambientale.

Il comma richiama inoltre "le eventuali misure correttive adottate dall'autorità competente", aspetto già individuato nel comma 2, in relazione alla finalità delle attività di verifica di ottemperanza, e nel comma 6 per diverse fattispecie non imputabili al mancato adempimento delle condizioni ambientali da parte del proponente.

Non è chiaramente esplicitato se l'informazione al pubblico riguardi, oltre alle misure correttive eventualmente adottate ai sensi del comma 2, anche quelle adottate ai sensi del comma 6. Quest'ultima fattispecie non sembra tuttavia oggetto di tale adempimento in quanto può aver luogo solo dopo che le attività di verifica di ottemperanza si sono positivamente concluse, ovvero successivamente all'autorizzazione del progetto, configurando pertanto una situazione a carattere straordinario che esula dalle ordinarie attività di monitoraggio disciplinate ai commi da 1 a 5 dell'art. 28.

La parte innovativa della norma rispetto alla formulazione previgente al D. Lgs. 104/2017 riguarda l'informazione al pubblico dei dati derivanti dall'attuazione dei monitoraggi ambientali da parte del proponente.

Tale aspetto rappresenta quindi uno specifico ambito oggetto di condizioni ambientali contenute nel provvedimento di VIA, definito all' art. 25, comma 4, lettera c) come:

le misure per il monitoraggio degli impatti ambientali significativi e negativi, anche tenendo conto dei contenuti del progetto di monitoraggio ambientale predisposto dal proponente ai sensi dell'articolo 22, comma 3, lettera e). La tipologia dei parametri da monitorare e la durata del monitoraggio sono proporzionati alla natura, all'ubicazione, alle dimensioni del progetto ed alla significatività dei suoi effetti sull'ambiente. Al fine di evitare una duplicazione del monitoraggio, è possibile ricorrere, se del caso, a meccanismi di controllo esistenti derivanti dall'attuazione di altre pertinenti normative europee, nazionali o regionali.

La finalità della disposizione è molto ambiziosa e, come indicato nel successivo paragrafo, presenta notevoli criticità in merito alla concreta possibilità di attuazione da parte delle autorità competenti in quanto presuppone la disponibilità di criteri e metodologie nonché di risorse umane e strumentali affinché tali informazioni siano rese accessibili al pubblico.

Le linee guida per la predisposizione dello Studio di Impatto Ambientale della Commissione europea⁵ dedicano ampio spazio alle misure di monitoraggio ambientale sebbene con approccio prevalentemente tecnico, che esula quindi lo scopo del presente documento.

Si evidenziano in questa sede unicamente le raccomandazioni relative alla messa a disposizione del pubblico dei risultati del monitoraggio e lo sviluppo di idonee banche dati per consentire non solo l'informazione al pubblico ma anche per accrescere il patrimonio conoscitivo ambientale utile anche a ridurre gli oneri relativi per la costruzione di scenari ambientali in medesimi contesti ambientali.

Tale ultimo aspetto assume un rilievo fondamentale per offrire l'opportunità ai professionisti che predispongono gli studi ambientali di riutilizzare il patrimonio conoscitivo costituito dai monitoraggi ambientali prescritti nell'ambito dei procedimenti di VIA in un'ottica di "economia circolare" volta a valorizzare le risorse informative disponibili.

Molte sono inoltre le linee guida predisposte sia a livello statale che regionale per il monitoraggio ambientale nell'ambito dei procedimenti di VIA a supporto sia dei proponenti che delle autorità competenti, sviluppate con diversi approcci orientati sia alla tipologia progettuale che alla specifica componente ambientale.

2.7.4. Principali criticità emerse e ipotesi di lavoro

- L'informazione al pubblico relativa ai dati dei monitoraggi ambientali rappresenta un adempimento ad oggi disatteso dalla maggior parte delle autorità competenti, principalmente dovuta a carenza di risorse umane e strumentali: in ambito statale l'informazione è garantita per le grandi opere attraverso i siti web realizzati nell'ambito degli osservatori ambientali.
- A livello regionale sono state avviate diverse iniziative ed esperienze, tuttavia, ad oggi non compiutamente strutturate e quindi fruibili al pubblico attraverso i siti web delle autorità competenti.
- Per consentire la condivisione dei dati dei monitoraggi ambientali, è necessario disporre di standard metodologici per strutturare idonee banche dati e, in primis, per consentire al proponente di fornire i dati secondo formati idonei ad implementare le banche dati. A tal fine le "Linee Guida per la predisposizione del Progetto di Monitoraggio Ambientale (PMA) delle opere soggette a procedure di VIA" 6 predisposte dall'ex Ministero dell'Ambiente e della tutela del territorio e del mare MATTM in

⁵ <https://circabc.europa.eu/ui/group/3b48eff1-b955-423f-9086-0d85ad1c5879/library/b7451988-d869-4fee-80de-0935695f67f2/details?download=true>

⁶ <https://va.minambiente.it/File/DocumentoCondivisione/1da3d616-c0a3-4e65-8e48-f67bc355957a>

collaborazione con l'ex Ministero per i Beni e le Attività Culturali e il Turismo e l'ISPRA forniscono standard metodologici che tuttavia, in base all'esperienza operativa, non vengono frequentemente utilizzati dai proponenti.

3. L'ARTICOLO 29, D.LGS. 152/2006: L'INOSSERVANZA DEI PROVVEDIMENTI DI VALUTAZIONE AMBIENTALE, CONSEGUENZE SANZIONATORIE E PROCEDIMENTALI

3.1. Articolo 29, comma 1

I provvedimenti di autorizzazione di un progetto adottati senza la verifica di assoggettabilità a VIA o senza la VIA, ove prescritte, sono annullabili per violazione di legge.

3.1.1. Regioni che hanno presentato osservazioni

Campania, Puglia

3.1.2. Quadro generale e conseguenze della previsione normativa

Il comma in argomento dispone che l'adozione di un'autorizzazione alla realizzazione o esercizio di un progetto senza una previa valutazione ambientale, ove prevista, comporta l'illegittimità dell'autorizzazione stessa e la relativa annullabilità per "violazione di legge".

Tale disposizione era già esistente, proprio al comma 1 dell'art. 29, D.Lgs. 152/2006, prima della riforma operata con il D.Lgs. 104/2017, ancorché in una formulazione parzialmente differente.

A differenza delle successive (e del tutto innovative) previsioni dell'art. 29, quella in argomento non solo non si colloca in un contesto propriamente sanzionatorio (come vedremo solo il comma 4 e il comma 5 prevedono sanzioni amministrative), ma non prefigura neanche rimedi specifici per l'autorità competente (come accade invece con quanto disposto ai commi 2 e 3).

Si tratta, infatti, di una disposizione che è rivolta ad amministrazioni diverse dall'autorità competente in materia di VIA, e nello specifico a tutte le amministrazioni competenti al rilascio di titoli autorizzativi di progetti che hanno per presupposto il preventivo svolgimento di una verifica di assoggettabilità a VIA o una VIA. La norma, infatti, invalida i titoli rilasciati in assenza di una previa valutazione ambientale, censurando la condotta delle amministrazioni che, nonostante la mancanza di un presupposto previsto *ex lege* (la previa valutazione ambientale), adottino comunque il provvedimento autorizzatorio di propria competenza.

La conseguenza, dell'illegittimità, tuttavia, non è l'inefficacia delle autorizzazioni in argomento, bensì la relativa suscettibilità di impugnazione entro i termini di legge (60 giorni con ricorso al TAR competente, 120 giorni con ricorso straordinario al Capo dello Stato), e – con tempistiche un po' più ampie – di essere soggette ad un provvedimento di secondo grado (cd. autotutela): annullamento d'ufficio ex art. 21-*nonies*, L. 241/1990, entro 18 mesi o, meno propriamente, revoca ex art. 21, *quinquies*, L. 241/1990.

Si tratta, dunque, di una misura di portata relativa, poiché non priva *ex lege* il provvedimento autorizzatorio invalido dei propri effetti (come sarebbe accaduto ove si fosse prevista un'ipotesi di nullità di tali provvedimenti) e, anzi, ne subordina la rimozione agli ordinari rimedi ordinamentali. Ciò significa che, decorsi i termini di impugnazione, l'efficacia del provvedimento risulterà intangibile, se non dall'autorità competente al relativo rilascio, nelle forme e nei limiti degli artt. 21-*nonies* e 21-*quinquies*, L. 241/1990.

La potenziale tenuità di tale previsione, tuttavia, può giustificarsi in virtù delle conseguenze che comunque si generano in capo al proponente che abbia realizzato un progetto senza la preventiva valutazione impatto ambientale. L'esistenza di un provvedimento, invalido ma efficace (quindi non impugnato e annullato, né

rimosso in autotutela), di autorizzazione del progetto realizzato senza previa valutazione ambientale, infatti, non inibisce l'applicazione del rimedio procedimentale della cd. VIA postuma "patologica", disciplinata al successivo comma 3 dell'art. 29, né l'irrogazione della sanzione prevista al comma 4 dello stesso articolo 29.

In altri termini, la previsione di cui al comma in argomento statuisce l'annullabilità dei provvedimenti autorizzatori adottati senza previa valutazione ambientale, ove richiesta, ma non individua alcun presupposto applicativo dei successivi commi dell'art. 29, che, invece, trovano diretta applicazione a prescindere dall'avvenuto annullamento del provvedimento autorizzatorio rilasciato senza valutazione ambientale.

3.2. Articolo 29, comma 2

«Qualora siano accertati inadempimenti o violazioni delle condizioni ambientali di cui all'articolo 28, ovvero in caso di modifiche progettuali che rendano il progetto difforme da quello sottoposto al procedimento di verifica di assoggettabilità a VIA, al procedimento di VIA, ovvero al procedimento unico di cui all'articolo 27 o di cui all'articolo 27-bis, l'autorità competente procede secondo la gravità delle infrazioni:

- a) alla diffida, assegnando un termine entro il quale devono essere eliminate le inosservanze;*
- b) alla diffida con contestuale sospensione dell'attività per un tempo determinato, ove si manifesti il rischio di impatti ambientali significativi e negativi;*
- c) alla revoca del provvedimento di verifica di assoggettabilità a VIA, del provvedimento di VIA, in caso di mancato adeguamento alle prescrizioni imposte con la diffida e in caso di reiterate violazioni che determinino situazioni di pericolo o di danno per l'ambiente»*

3.2.1. Regioni che hanno presentato osservazioni

Campania, Piemonte, Puglia, Toscana, Umbria, Veneto

3.2.2. Quadro generale e conseguenze della previsione normativa

La portata innovativa delle modifiche apportate all'articolo 29 dal D.Lgs. 104/2017, si percepisce dalla lettura dei commi successivi al primo, e in particolare dei commi 2, 3, 4 e 5.

Le previsioni ivi contenute, infatti, prescindono dagli atti autorizzatori conseguiti dal proponente, e concernono, invece, la condotta di quest'ultimo. Tali disposizioni disciplinano le ipotesi in cui il proponente abbia commesso uno o più illeciti in violazione della disciplina VIA, e prefigurano degli strumenti rimediali in capo all'autorità competente.

Tra i sopra menzionati strumenti rimediali, tuttavia, occorre compiere una netta distinzione. Una prima tipologia di rimedi all'illecito commesso dal proponente, definibili come "rimedi procedimentali", è disciplinata ai commi 2 e 3 dell'art. 29. Una seconda tipologia di rimedi, indipendenti rispetto a quelli "procedimentali" ancorché aventi la medesima circostanza genetica, è quella individuata dai commi 4 e 5, che prevedono l'irrogazione al proponente di sanzioni amministrative, e che dunque possono definirsi come "rimedi sanzionatori".

Le singole differenze verranno esaminate nel corso della trattazione, tuttavia, è importante in questa sede mettere in evidenza la differente funzione che tali rimedi svolgono nell'ordinamento.

I "rimedi procedimentali", disciplinati ai commi 2 e 3, hanno la finalità di "correggere" la condotta del proponente, con lo scopo di perseguire l'interesse pubblico di tutela ambientale, e al fine di garantire una piena applicazione della disciplina in materia di VIA, impedendo il prodursi di effetti pregiudizievoli sul bene ambiente. Sono pertanto misure che non hanno contenuto propriamente "punitivo", quanto piuttosto prescrittivo e conformativo. Si tratta, dunque, di procedimenti amministrativi volti a valutare la situazione

emergente dall'illecito, e ad individuare le necessarie prescrizioni perché i relativi effetti siano, ove possibile, rimossi dal contesto ambientale di riferimento.

I “rimedi sanzionatori”, invece, sostanziandosi in una sanzione amministrativa, hanno lo scopo precipuo di punire la condotta illecita del proponente, e trovano la propria applicazione a prescindere dall'efficacia dei rimedi procedurali e dall'eventuale condotta in quella sede tenuta dal proponente. Si tratta, infatti, di sanzioni che trovano il proprio presupposto sulla mera realizzazione del fatto illecito da parte del proponente: l'avvenuta realizzazione di un progetto o parte di esso senza la previa valutazione ambientale (art. 29, comma 4) o la mancata osservanza di condizioni ambientali (art. 29, comma 5).

I due tipi di rimedi, dunque, condividono la medesima circostanza genetica, ma non hanno alcun rapporto di interdipendenza, in quanto vanno entrambi avviati – contestualmente e parallelamente – al momento dell'accertamento dell'illecito.

Ciò ha creato alcune criticità applicative da parte di alcune amministrazioni, che – in particolare con riferimento ad ipotesi di buona fede da parte dei proponenti, magari avallata dalla presenza di titoli, anche ambientali, per l'esercizio del progetto – riterrebbero più equo irrogare la sanzione solo in caso di esito negativo delle procedure rimediali (ex commi 2 e 3).

Tale opzione interpretativa non sembra compatibile con l'attuale formulazione normativa, e potrebbe piuttosto essere considerata come ipotesi di lavoro in termini *de iure condendo*.

La prima categoria di rimedi procedurali, disciplinati al comma 2, trova applicazione in presenza di «accertati inadempimenti o violazioni delle condizioni ambientali di cui all'articolo 28, ovvero in caso di modifiche progettuali che rendano il progetto difforme».

I presupposti applicativi di tali strumenti, dunque, consistono in primo luogo nell'avvenuto accertamento della circostanza di fatto che consente l'avvio dell'iter procedimentale.

La norma non prescrive particolari forme da attribuire all'accertamento. Tuttavia, atteso che generalmente l'autorità competente in materia di VIA non svolge attività di vigilanza, le ipotesi di conoscenza del fatto illecito del proponente sono tipicamente tre.

La prima consiste nella segnalazione da parte di autorità di vigilanza. In particolar modo le Arpa e le forze dell'ordine preposte alla tutela ambientale che, nel corso della propria attività ispettiva e di controllo, accertino l'esistenza di tali violazioni.

La seconda ipotesi, invece, consiste nella (generalmente non volontaria) auto-segnalazione da parte del proponente all'autorità competente, nell'occasione di una richiesta di nuova valutazione, o di avvio di una verifica di ottemperanza con riferimento a condizioni ambientali diverse da quelle non adempiute o violate.

La terza ipotesi, invece, è quella derivante dell'esito negativo di una verifica di ottemperanza avviata ai sensi dell'art. 28, che sia persistito anche a seguito della “diffida” ad adempiere formulata dall'autorità competente, ai sensi dell'art. 28, comma 5.

Focus su art. 28, comma 5 e art. 29, comma 2

Il tema del rapporto tra art. 28, comma 5, e art. 29, comma 2, è di particolare rilievo.

Si tratta, infatti, di due ipotesi differenti, che tuttavia condividono dei profili terminologici idonei ad ingenerare dubbi sui caratteri di ciascuna.

Art. 28, comma 5: «Nel caso in cui la verifica di ottemperanza dia esito negativo, l'autorità competente diffida il proponente ad adempiere entro un congruo termine, trascorso inutilmente il quale si applicano le sanzioni di cui all'articolo 29».

Art. 29, comma 2: «Qualora siano accertati inadempimenti o violazioni delle condizioni ambientali di cui all'articolo 28 [...] l'autorità competente procede secondo la gravità delle infrazioni:

a) alla diffida, assegnando un termine entro il quale devono essere eliminate le inosservanze;

b) alla diffida con contestuale sospensione dell'attività per un tempo determinato, ove si manifesti il rischio di impatti ambientali significativi e negativi;

c) alla revoca del provvedimento di verifica di assoggettabilità a VIA, del provvedimento di VIA, in caso di mancato adeguamento alle prescrizioni imposte con la diffida e in caso di reiterate violazioni che determinino situazioni di pericolo o di danno per l'ambiente».

Entrambe le fattispecie concernono la mancata ottemperanza delle condizioni ambientali, tuttavia, traggono origine da circostanze ben diverse.

L'ipotesi disciplinata dall'art. 29, comma 2, infatti, disciplina una fattispecie "patologica", di illecito commesso dal proponente – la "violazione" di una condizione ambientale – e rivelato all'autorità competente all'esito di una verifica ispettiva o di controllo.

L'ipotesi disciplinata dall'art. 28, comma 5, invece, disciplina un diverso contesto, che si colloca nell'ambito di un procedimento amministrativo, avviato spontaneamente dal proponente al fine di dimostrare l'avvenuta ottemperanza di una determinata condizione ambientale, che poi tuttavia risulta "non ottemperata" (e non, dunque, "violata").

La differenza sostanziale risiede nell'assenza di una condotta illecita nell'ipotesi disciplinata dall'art. 28, comma 5, essendo al contrario l'accertamento l'esito di un procedimento avviato tempestivamente dal proponente proprio al fine di ottemperare le condizioni ambientali prescritte. Anche in tale ipotesi è possibile che si realizzi una condotta illecita, ma solo ove il proponente non ottemperi alle condizioni ambientali nei termini assegnati dall'autorità competente. In caso di mancata ottemperanza, infatti, si configura un'ipotesi speculare a quella prevista dal comma 2 dell'art. 29, in quanto ci si trova innanzi ad una condizione ambientale non adempiuta, e dunque sussiste il presupposto per l'applicazione dei rimedi procedurali e sanzionatori.

Ciò è d'altronde disposto in termini espressi proprio dall'art. 28, comma 5, che, infatti, specifica che, trascorso inutilmente il termine assegnato per ottemperare la condizione ambientale, «si applicano le sanzioni di cui all'articolo 29».

L'utilizzo del termine «sanzioni», potrebbe lasciar presupporre che il legislatore abbia voluto rinviare unicamente all'applicazione dell'art. 29, comma 5, essendo solo in tale norma previste propriamente delle "sanzioni", escludendo dunque l'applicabilità anche dei rimedi procedurali di cui al comma 2.

Tuttavia, tale interpretazione appare contraria – oltre al dato testuale dell'art. 29, comma 2, che trova applicazione in casi "accertati" di inadempimento delle condizioni ambientali, come in questo caso – ai principi ordinamentali, anche di derivazione europea, in materia di valutazioni ambientali, che impongono il perseguimento dell'effetto utile della disciplina e che, dunque, impongono alle amministrazioni di adottare tutti gli strumenti utili per garantire un pieno rispetto della disciplina VIA.

Sembra, dunque, possibile concludere che, in caso di mancato rispetto del termine prescritto dall'autorità competente da parte del proponente, trovi piena applicazione la disciplina dell'art. 29, sia con riferimento ai rimedi "procedurali" (art. 29, comma 2) sia con riferimento ai rimedi "sanzionatori" (art. 29, comma 5).

Permane, invece, qualche perplessità con riferimento all'eventualità di avvenuto rispetto del termine, ad esempio tramite la trasmissione tempestiva della documentazione necessaria, in cui tuttavia l'esito della verifica di ottemperanza abbia nuovamente esito negativo.

Con riferimento a tale ipotesi, si potrebbe argomentare – in termini più favorevoli al proponente – che, essendo subordinata dall'art. 28, comma 5, l'applicazione dell'art. 29 e, dunque, l'ingresso nella fase "patologica", alla circostanza che sia «trascorso inutilmente» il termine assegnato dall'autorità competente, l'avvenuto "tentativo" di ottemperanza entro tale termine sia idoneo ad inibire l'accesso alla fase "patologica". A favore di tale tesi, può menzionarsi, in termini analogici, quanto previsto dall'art. 29, comma 3, che associa espressamente i medesimi effetti negativi alle ipotesi di decorso inutile del termine per presentare istanza per una nuova valutazione ambientale, e l'esito negativo di quest'ultima.

È, tuttavia, possibile altresì interpretare la norma in termini meno favorevoli al proponente, e cioè ritenere che l'inutile decorso del termine concerna l'effettiva ottemperanza della condizione ambientale, non il mero tentativo, e che dunque l'eventuale esito negativo della verifica di ottemperanza sia equiparabile all'inutile decorso del termine stesso. D'altronde la norma nella sua formulazione impone al proponente di «adempire entro un congruo termine», e dunque sembra vincolare al termine non già la trasmissione della documentazione richiesta, quanto piuttosto l'effettivo adempimento della condizione ambientale.

L'accertamento, dunque, deve riguardare *«inadempimenti o violazioni delle condizioni ambientali di cui all'articolo 28, ovvero in caso di modifiche progettuali che rendano il progetto difforme da quello sottoposto al procedimento [di valutazione ambientale]»*.

La prima ipotesi, pertanto, concerne le condizioni ambientali, già ampiamente affrontate *supra* con riferimento all'art. 28.

I presupposti applicativi dell'articolo 29 risiedono nell'eventualità di *«inadempimenti»* o *«violazioni»* di tali condizioni ambientali.

Per "inadempimenti", come si evince anche dall'analisi dell'art. 28, comma 5, possono intendersi le ipotesi in cui il proponente pur avendo tentato di adempire alla condizione ambientale, non sia pervenuto ad un esito positivo. Ciò lascerebbe presupporre che tale inadempimento derivi da un accertamento condotto proprio dall'autorità competente in sede di verifica di ottemperanza.

Come già evidenziato sopra, questa condizione non è autonomamente idonea a integrare il presupposto applicativo dell'art. 29, poiché, ai sensi dell'art. 28, comma 5, è prima necessario il reiterarsi dell'esito negativo della valutazione all'esito della diffida ad adempire intimata al proponente (si veda *supra*).

È lecito interrogarsi sull'esistenza di ipotesi di "inadempimento" di condizioni ambientali che non derivino da una verifica di ottemperanza, e che dunque non presuppongano un previo esperimento del procedimento di cui all'art. 28, comma 5.

Un'ipotesi da considerare potrebbe essere quella del mancato rispetto del termine assegnato dall'autorità competente per l'avvio del procedimento di verifica di ottemperanza ai sensi dell'art. 28. In tal caso, tuttavia – ferma la necessità di valutare caso per caso l'effettivo eventuale adempimento della condizione ambientale – sembra più riconducibile alla fattispecie della "violazione" delle condizioni ambientali, in quanto la tempistica di ottemperanza della condizione ambientale è anch'essa parte della condizione stessa.

Per "violazioni" delle condizioni ambientali, infatti, sembra possibile intendere le ipotesi in cui il proponente abbia del tutto soprasseduto dal rispetto della condizione ambientale, non mettendo all'opera neanche un tentativo di adempimento della condizione ambientale stessa. È evidente che le due ipotesi non sono sempre distinguibili e riconducibili a categorie unitarie, ben potendo presentarsi fattispecie che rechino gli elementi di entrambe. È per tale ragione che il legislatore non ha differenziato le conseguenze derivanti dalle due ipotesi, rimettendo alla valutazione – da compiersi caso per caso – dell'amministrazione la soluzione procedimentale da adottare.

Equiparato a tali ipotesi, poi, vi è il secondo scenario descritto dalla norma, cioè quello che si concretizza *«in caso di modifiche progettuali che rendano il progetto difforme da quello sottoposto al procedimento [di valutazione ambientale]»*.

Si tratta di uno scenario non privo di criticità interpretative, soprattutto con riferimento all'ipotesi di valutazioni ambientali sommarie come la verifica di assoggettabilità a VIA.

La criticità principale risiede infatti nell'individuazione del corretto perimetro da attribuire al termine *«difforme»*. Nell'ipotesi della verifica di assoggettabilità a VIA, ma anche nella stessa VIA (quantomeno di competenza statale), il livello di elaborazione progettuale richiesto al proponente corrisponde ad un grado di approfondimento ancora "preliminare", spesso essendo sufficiente anche il solo studio di fattibilità.

Ebbene, nello sviluppo degli elaborati progettuali, tramite la redazione del progetto definitivo e poi esecutivo, sono fisiologiche delle divergenze progettuali, quantomeno in termini di approfondimento degli aspetti oggetto dell'elaborazione preliminare.

Appare evidente che tali "approfondimenti" non sembrano poter ragionevolmente integrare delle ipotesi di *difformità* del progetto rispetto a quello sottoposto al procedimento di valutazione ambientale, pena la sanzionabilità di qualsiasi progetto autorizzato e poi sviluppato in fase di realizzazione.

Se tale conclusione appare ragionevole è altresì opportuno tentare di individuare dove si pone la linea di confine, poiché è evidente che non tutte le elaborazioni frutto dello sviluppo progettuale possano ritenersi ammesse.

Ebbene, ferma la necessità di valutare caso per caso le singole fattispecie, appare ragionevole ritenere che le *difformità* devono riguardare aspetti direttamente oggetto della valutazione ambientale, la cui sostanza ha determinato un convincimento positivo da parte dell'autorità competente, nonché tutti gli elementi che, al contrario, avrebbero portato ad una diversa decisione da parte dell'autorità stessa. In altri termini, il progetto deve certamente attenersi ai contenuti dello studio preliminare ambientale (in caso di verifica di assoggettabilità) e dello studio di impatto ambientale (in caso di valutazione di impatto ambientale), qualificandosi dunque come *difforme* quel progetto che in fase di realizzazione non corrisponda a quanto ivi descritto, o aggiunga degli elementi che avrebbero dovuto essere rappresentati in quelle sedi, poiché recanti potenziali impatti significativi e negativi.

3.2.3. Il rimedio procedimentale di cui all'art. 29, comma 2: il procedimento conseguente all'accertamento dei presupposti

All'esito dell'accertamento dei presupposti sopra descritti, l'autorità competente è tenuta ad attivare un procedimento amministrativo finalizzato a ripristinare il rispetto della disciplina in materia di valutazioni ambientali, intervenendo direttamente sulla condotta del proponente.

Ai sensi del comma in argomento, infatti, l'autorità competente deve procedere «secondo la gravità delle infrazioni: a) alla diffida, assegnando un termine entro il quale devono essere eliminate le inosservanze; b) alla diffida con contestuale sospensione dell'attività per un tempo determinato, ove si manifesti il rischio di impatti ambientali significativi e negativi; c) alla revoca del provvedimento di verifica di assoggettabilità a VIA, del provvedimento di VIA, in caso di mancato adeguamento alle prescrizioni imposte con la diffida e in caso di reiterate violazioni che determinino situazioni di pericolo o di danno per l'ambiente».

All'autorità competente, dunque, è attribuito un ampio potere discrezionale, essendo questa tenuta in prima battuta a compiere una valutazione circa la "gravità" dell'infrazione commessa dal proponente. A seconda della gravità l'autorità competente potrà – sulla base della lettera della norma – ricorrere a tre differenti strumenti rimediali.

I primi due strumenti sembrano in tutta evidenza alternativi e frutto di un differente esito del giudizio di gravità dell'infrazione del proponente.

Entrambi, infatti, prevedono una diffida del proponente e l'assegnazione di un termine entro cui eliminare le inosservanze. Nell'ipotesi *sub b*, invero, l'indicazione del termine non è esplicitata, ma è possibile ritenere, logicamente, prima che analogicamente, applicabile tale disposizione anche a tale ipotesi.

La differenza tra l'ipotesi *sub a*) e quella *sub b*) risiede nella possibilità per l'autorità competente, di disporre nell'ipotesi *sub b*) la contestuale sospensione dell'attività per un tempo determinato. Ciò può avvenire, infatti, nel caso in cui l'autorità competente rilevi la presenza di un «rischio di impatti ambientali significativi e negativi».

Ne consegue che l'autorità competente sarà tenuta a compiere un'attività istruttoria finalizzata a compiere una valutazione circa l'esistenza di potenziali impatti ambientali e significativi. Tale istruttoria, tuttavia, deve essere compiuta con la finalità di individuare non la certezza dell'esistenza di tali impatti, bensì anche il mero "rischio". Si tratta dunque di una valutazione improntata sul principio di precauzione, e ancor più

cautelativa dell'ordinaria valutazione ambientale, poiché anche la sola esistenza del rischio comporta la conseguente sospensione dell'attività.

Il provvedimento di sospensione dell'attività, dunque, deve essere motivato espressamente tramite l'indicazione dei rischi di impatti ambientali rilevati, in presenza dei quali, tuttavia, la sospensione diviene un atto dovuto.

Tirando le fila, all'esito dell'accertamento dei presupposti di cui al comma 2 prima parte, l'autorità competente dovrà avviare un'istruttoria finalizzata, in primo luogo, a valutare la gravità dell'infrazione e, in secondo luogo, a valutare l'esistenza di un "rischio di impatti ambientali significativi e negativi". In caso di esito positivo di questa seconda valutazione, l'autorità competente dovrà provvedere ai sensi di quanto previsto dal comma 2, lett. b), mentre in caso contrario alla mera diffida ai sensi del comma 2, lett. a).

A tali scenari, poi, va aggiunto quello disciplinato dal comma 2, lett. c). La norma infatti prevede che l'autorità competente debba provvedere «alla revoca del provvedimento di verifica di assoggettabilità a VIA, del provvedimento di VIA, in caso di mancato adeguamento alle prescrizioni imposte con la diffida e in caso di reiterate violazioni che determinino situazioni di pericolo o di danno per l'ambiente».

Tale norma sembra descrivere due differenti scenari.

Un primo scenario, corrispondente alla prima parte della disposizione («in caso di mancato adeguamento alle prescrizioni imposte con la diffida») non sembra porsi in un livello di gradualità – in termini di gravità dell'infrazione – rispetto agli scenari *sub a)* e *b)*. Al contrario, è proprio l'attuazione delle misure contenute agli scenari *sub a)* e *b)*, in particolar modo la misura della diffida (con o senza contestuale sospensione dell'attività), e la corrispondente inosservanza delle relative prescrizioni da parte del proponente, a risultare propedeutica all'applicazione dei rimedi di cui alla lett. c), consistenti nella "revoca" del provvedimento di valutazione ambientale.

Un secondo scenario, invece, è quello descritto dall'ultima parte della lett. c), e corrisponde all'ipotesi in cui l'autorità competente rilevi: «reiterate violazioni che determinino situazioni di pericolo o di danno per l'ambiente».

Si tratta di un'ipotesi che, al contrario della precedente, ben può porsi su un livello di gradualità, in termini di gravità dell'infrazione, rispetto alle ipotesi *sub a)* e *sub b)*.

Infatti, l'ipotesi qui descritta concerne il caso in cui le violazioni accertate dall'autorità competente siano addirittura reiterate, e dunque: corrispondenti ad un'unica condizione ambientale più volte violata, corrispondenti a più condizioni ambientali o corrispondenti cumulativamente sia a una violazione di condizioni ambientali che alla presenza di una difformità progettuale. Tali circostanze, tuttavia, non sono di per sé idonee all'applicazione della norma nelle sue piene conseguenze, poiché è altresì necessario che l'autorità competente compia un'istruttoria finalizzata ad accertare la sussistenza di un «pericolo o di danno per l'ambiente». Le reiterate violazioni, dunque, devono comportare non solo un "rischio", come visto con riferimento all'ipotesi *sub b)*, bensì un concreto e certo pericolo per l'ambiente, o addirittura devono aver già comportato il prodursi di un «danno» all'ambiente.

Si tratta, dunque, di un'ipotesi di estrema gravità, nella quale trova applicazione non più il principio di precauzione, con il mero rischio di impatti significativi e negativi e la temporanea sospensione dell'attività, bensì il principio di prevenzione, con la certezza del pericolo all'ambiente o l'avvenuta concretizzazione di tale pericolo in un danno all'ambiente, e la successiva – più grave – conseguenza della revoca definitiva del provvedimento di valutazione.

Tale valutazione appare particolarmente problematica, in quanto sembra implicare un *quid pluris* rispetto alle competenze specifiche dell'autorità competente in materia di VIA, concernendo aspetti legati alla disciplina del "danno ambientale" art. 300 e ss. D.Lgs. 152/2006, che prevede un procedimento di accertamento a sé stante.

3.2.4. Principali criticità emerse e ipotesi di lavoro

- Appare utile specificare, in relazione all'art. 28, comma 5, che un nuovo esito negativo della verifica di ottemperanza è equiparabile alla decorrenza del termine e dunque dà origine all'applicazione dell'art. 29, o se al contrario, in caso di avvenuto rispetto del termine, pur con conseguente nuovo esito negativo della verifica di ottemperanza, trovi nuovamente applicazione lo stesso art. 28, comma 5.
- Appare utile specificare il procedimento da compiersi al fine di addivenire alle valutazioni previste dal comma in argomento. In particolare, le modalità valutative che presidiano la scelta di sospendere o meno il provvedimento, con riferimento all'esistenza di un "rischio" di impatti significativi e negativi, e ancor più, quella prevista alla lett. c), ove la revoca è connessa all'esistenza di un "pericolo o di un danno all'ambiente", valutazione ampia che potrebbe non corrispondere pienamente alle competenze dell'autorità competente in materia di VIA.

3.3. Articolo 29, comma 3

Nel caso di progetti a cui si applicano le disposizioni del presente decreto *realizzati senza la previa sottoposizione al procedimento di verifica di assoggettabilità a VIA, al procedimento di VIA ovvero al procedimento unico di cui all'articolo 27 o di cui all'articolo 27-bis, in violazione delle disposizioni di cui al presente Titolo III, ovvero in caso di annullamento in sede giurisdizionale o in autotutela dei provvedimenti di verifica di assoggettabilità a VIA o dei provvedimenti di VIA relativi a un progetto già realizzato o in corso di realizzazione, l'autorità competente assegna un termine all'interessato entro il quale avviare un nuovo procedimento e può consentire la prosecuzione dei lavori o delle attività a condizione che tale prosecuzione avvenga in termini di sicurezza con riguardo agli eventuali rischi sanitari, ambientali o per il patrimonio culturale.*

Scaduto inutilmente il termine assegnato all'interessato, ovvero nel caso in cui il nuovo provvedimento di VIA, adottato ai sensi degli articoli 25, 27 o 27-bis, abbia contenuto negativo, l'autorità competente dispone la demolizione delle opere realizzate e il ripristino dello stato dei luoghi e della situazione ambientale a cura e spese del responsabile, definendone i termini e le modalità. In caso di inottemperanza, l'autorità competente provvede d'ufficio a spese dell'inadempiente. Il recupero di tali spese è effettuato con le modalità e gli effetti previsti dal testo unico delle disposizioni di legge relative alla riscossione delle entrate patrimoniali dello Stato approvato con regio decreto 14 aprile 1910, n. 639.

3.3.1. Regioni che hanno presentato osservazioni

Campania, Piemonte, Puglia, Toscana, Umbria, Veneto.

3.3.2. Quadro generale

Il comma 3, dell'art. 29 disciplina l'ipotesi più grave di mancato rispetto della disciplina VIA: la realizzazione dell'opera senza aver svolto il procedimento di valutazione ambientale. A tale ipotesi è affiancata ed equiparata quella di successivo annullamento del provvedimento di VIA, tramite pronuncia giudiziale o intervento in autotutela.

Si tratta, dunque, di ipotesi in cui un progetto è stato realizzato, anche parzialmente, in assenza di una preventiva (e valida) valutazione ambientale, in tutti i casi in cui questa fosse invece prescritta dalla legge.

In tali ipotesi, ci si è interrogati sulla possibilità di svolgere una valutazione *ex post*, a fronte della ontologica natura preventiva che caratterizza le valutazioni ambientali.

Ad integrazione di quanto descritto di seguito si segnala l'interpello ambientale MiTE n. 43387 del 04.04.2022⁷.

3.3.3. Le differenti ipotesi di VIA postuma: la via postuma “patologica” e la via postuma “fisiologica”

Il tema della VIA postuma, tuttavia, non è limitato alla sola ipotesi descritta *supra*. Stante le numerose criticità che caratterizzano il tema, manifestate da tutte le Regioni e Province Autonome che hanno preso parte al dibattito in materia, nel presente contributo si ritiene opportuno tentare una ricostruzione sistematica di tale fattispecie al fine di individuare la corretta disciplina applicabile nelle sue diverse declinazioni.

Sono almeno due, infatti, le ipotesi principali in cui un la realizzazione di un progetto non sia stata preceduta da una valutazione ambientale.

- a) L'avvenuta realizzazione di un progetto senza una previa valutazione ambientale pur essendo vigenti delle disposizioni che ne imponevano lo svolgimento (art. 29, comma 3).
- b) L'avvenuta realizzazione di un progetto senza una previa valutazione ambientale perché antecedente all'entrata in vigore delle relative disposizioni, e dunque, prima dell'entrata in vigore della prima direttiva in materia di VIA, la direttiva 85/335/CEE, corrispondente al 3 luglio 1988, e dei successivi recepimenti nell'ordinamento nazionale.

Si tratta di due casi radicalmente diversi l'uno rispetto all'altro, poiché nel caso *sub a*) l'impianto è stato realizzato in diretta violazione delle disposizioni vigenti che imponevano lo svolgimento di un procedimento di valutazione ambientale, e pertanto la relativa realizzazione assume tratti di evidente illegittimità.

Nel caso *sub b*), invece, il progetto è stato realizzato nella vigenza di un contesto normativo che non imponeva lo svolgimento di valutazioni ambientali, e pertanto è stato realizzato in piena e totale legittimità.

Con riferimento ad entrambi è lecito domandarsi – ad oggi – che applicazione può trovare la disciplina in materia di valutazioni ambientali.

3.3.4. La via postuma “patologica”

Il caso *sub a*), e cioè la realizzazione di un progetto senza la previa valutazione ambientale pur essendo questa prescritta dalla legge applicabile *ratione temporis*, è l'ipotesi di più pronta soluzione, in quanto è espressamente normata dall'art. 29, comma 3 (in commento), ed è stata oggetto di numerose pronunce da parte della Corte di Giustizia UE.

Tale ipotesi, infatti, si colloca in un contesto “patologico”, nell'ambito del quale il proponente ha realizzato il progetto (o parte di esso) illegittimamente, in violazione dunque delle norme vigenti. Ci si trova, pertanto, innanzi ad un fatto illecito del proponente stesso.

In ogni momento in cui l'autorità competente venga a conoscenza della realizzazione illegittima di un progetto (o di parte di esso) deve, ai sensi dell'art. 29, comma 3:

- assegnare un termine all'interessato entro il quale avviare un nuovo procedimento di valutazione ambientale;
- valutare la possibilità di consentire la prosecuzione dei lavori o delle attività, ma solo a condizione che tale prosecuzione avvenga in termini di sicurezza con riguardo agli eventuali rischi sanitari, ambientali o per il patrimonio culturale.

7

Il procedimento di valutazione ambientale che scaturirà dall'impulso dato dall'autorità competente, tuttavia, sarà un procedimento del tutto peculiare, poiché avrà ad oggetto un progetto già realizzato, perdendo, dunque, quella funzione preventiva che costituisce il presupposto fondante della disciplina in materia di VIA.

Si tratterà, appunto, di un procedimento di VIA postuma.

Tuttavia, come chiarito dalle numerose pronunce della Corte di Giustizia dell'Unione europea (CGUE) sul punto, tale VIA postuma non potrà svolgere una funzione di "sanatoria" dell'illecito perpetrato dal proponente. Al contrario, al fine di preservare la piena efficacia della disciplina delle valutazioni ambientali e di recuperare la relativa natura preventiva, la valutazione non andrà condotta con riferimento ai soli impatti ambientali futuri, bensì dovrà tener conto di quelli prodotti fin dalla realizzazione dell'opera, dovrà, cioè, consistere in un giudizio "ora per allora". Su tutte si vedano CGUE C-196/16 «*una valutazione effettuata dopo la realizzazione e la messa in servizio di un impianto non può limitarsi all'impatto futuro di quest'ultimo sull'ambiente, ma deve prendere in considerazione altresì l'impatto ambientale intervenuto a partire dalla sua realizzazione*».

La valutazione, pertanto, dovrà essere del tutto indifferente all'avvenuta realizzazione dell'opera considerando anche un possibile esito negativo: «*Il fatto che il progetto sia già stato realizzato non deve incidere in modo determinante sulla nuova valutazione, al fine di evitare di indurre a realizzare un progetto in un primo tempo in modo abusivo, senza previa valutazione*» (CGUE C-196/16 – conclusioni avvocato generale).

È il legislatore stesso all'art. 29, comma 3, a precisare che, ove il proponente non rispetti il termine assegnato per l'avvio del procedimento, ovvero nel caso in cui il nuovo provvedimento di VIA abbia contenuto negativo, l'autorità competente sarà tenuta a disporre la demolizione delle opere realizzate e il ripristino dello stato dei luoghi e della situazione ambientale a cura e spese del responsabile.

Si tratta, dunque, di un procedimento di valutazione ambientale che ha contenuti molto incisivi e che può avere conseguenze travolgenti nei confronti del proponente, poiché interviene in un contesto di illegittima realizzazione dell'opera, e dunque in un contesto patologico.

Per tale ragione – anche al fine di distinguere l'istituto dal caso *sub b*) – è possibile denominare il procedimento di VIA postuma in argomento come: "VIA postuma patologica".

3.3.5. La via postuma "fisiologica"

L'ipotesi descritta *sub b*) è, invece, profondamente differente.

In tale scenario, infatti, il progetto è stato realizzato in un momento storico in cui non vi era nessuna disposizione che imponesse lo svolgimento di una previa valutazione ambientale. La realizzazione dell'opera è, pertanto, pienamente legittima, in quanto preesistente alla normativa ambientale di riferimento (prima direttiva VIA, entrata in vigore il 3 luglio 1988). Non sussiste, dunque, alcun tratto "patologico" in quanto non vi è alcuna violazione normativa.

Ne consegue che è fin da subito possibile escludere l'applicabilità dell'istituto della VIA postuma "patologica" (il cui presupposto applicativo risiede proprio nella violazione della disciplina in materia di VIA), così come disciplinato dall'art. 29, comma 3, D.Lgs. 152/2006.

In linea di principio, poi, è possibile affermare che non sembra rinvenibile alcuna disposizione, nazionale o europea, che consenta di applicare la disciplina in materia di valutazioni ambientali ove tale progetto, realizzato prima dell'entrata in vigore della disciplina, rimanga successivamente invariato sia in termini fisici che autorizzativi.

Ciò poiché vige nel nostro ordinamento il principio di irretroattività delle norme giuridiche (art. 11, disp. Prel. c.c.).

Il tema dell'applicabilità della disciplina in materia di valutazioni ambientali, invece, si pone con riferimento alle ipotesi di modifica dell'opera e/o di rinnovo del relativo titolo autorizzativo.

Si tratta di due ipotesi non sempre sovrapponibili, ma per entrambe l'interrogativo è il medesimo: se è possibile sottoporre a VIA (postuma) ed eventualmente in che modo, la parte di opera preesistente che rimane invariata.

Anche in tali casi la generale applicazione della disciplina VIA è condizionata dall'esistenza dei presupposti già ricordati *supra*.

In primo luogo, l'intervento di modifica o rinnovo deve integrare la nozione di «progetto», e in secondo luogo deve trattarsi di un progetto che rientra nelle categorie soggette alla disciplina di VIA.

Con riferimento al primo punto, ricordando che la definizione di progetto riportata nella direttiva VIA è la seguente: «*la realizzazione di lavori di costruzione o di altri impianti od opere e di altri interventi sull'ambiente naturale o sul paesaggio, compresi quelli destinati allo sfruttamento delle risorse del suolo*», è opportuno formulare le seguenti osservazioni.

In termini generali sembra dover essere esclusa l'applicabilità della disciplina VIA ad ipotesi in cui l'attività compiuta non sia in nessun modo riconducibile a tale ampia definizione.

Emblematica sul punto è la pronuncia della CGUE che a fronte di un mero rinnovo di un'autorizzazione, senza alcuna attività di modifica dell'opera ha dichiarato l'inapplicabilità della disciplina VIA.

In particolare, la Corte ha affermato che: «[...] il termine “costruzione” [...] non presenta alcuna ambiguità e deve essere inteso nel suo senso usuale, cioè come volto a far riferimento alla realizzazione di opere prima inesistenti oppure alla modifica, in senso fisico, di opere preesistenti [...] il rinnovo di un'autorizzazione esistente a gestire un aeroporto non può, in assenza di lavori o interventi che modifichino la realtà fisica del sito, essere qualificato rispettivamente come “progetto” o come “costruzione” ai sensi delle dette disposizioni».

È, tuttavia, necessario compiere tale analisi caso per caso, nonché distinguere tra le tipologie progettuali, poiché il contenuto della nozione di progetto deve essere inteso in senso estensivo (CGUE sentenza 28 febbraio 2008, causa C 2/07, punto 32). A tal proposito si consideri quanto statuito dalla stessa CGUE, con riferimento ad un rinnovo di un'autorizzazione allo sfruttamento di una cava, la quale concernendo le modalità di sfruttamento delle risorse del suolo è comunque ritenuta compatibile con la nozione di “progetto”: «*Alla luce di ciò, va rilevato che decisioni come quella di determinazione di nuove condizioni e quella di approvazione dei punti oggetto delle nuove condizioni per lo sfruttamento della cava [...] costituiscono, nell'insieme, una nuova autorizzazione [...]*».

Le decisioni adottate dalle autorità competenti, che abbiano l'effetto di consentire la ripresa di un'attività di estrazione, costituiscono, nell'insieme, un'autorizzazione [...] per cui le autorità competenti hanno l'obbligo di effettuare, qualora occorra, una valutazione dell'impatto ambientale di una tale attività» (CGUE C-201/02, sent. 7 gennaio 2004).

Argomentazioni speculari sono rinvenibili anche nelle pronunce della Corte costituzionale, che con riferimento a concessioni termali e minerali dichiara la: «*necessità, in sede di rinnovo della concessione, di procedere alla valutazione sia di impatto ambientale (VIA), sia di incidenza*» (Corte cost. sent. 14.01.2010, n. 1).

Da tale ricognizione giurisprudenziale sembra possibile affermare che:

- il mero rinnovo di un'autorizzazione senza alcuna modifica, né in termini di variazione della realtà fisica preesistente, né in termini di intervento sull'ambiente naturale e paesaggio, o di sfruttamento del suolo, non sembra radicare l'applicabilità della disciplina VIA.
- In tutti i casi in cui, al contrario, il rinnovo comporta una modifica dell'attività, anche solo in termini quantitativi, si radica pienamente l'applicabilità della disciplina VIA.

A fronte di tale prima precisazione è opportuno chiedersi in che termini tale disciplina trova applicazione.

Ebbene, questa troverà piena applicazione, in termini di valutazione ambientale “preventiva”, con riferimento a tutte le modifiche apportate. Queste, infatti, sono ancora da realizzare e pertanto sono

soggette alla piena applicazione della disciplina: la valutazione ambientale potrà intervenire in via preventiva.

Cosa accade tuttavia alle parti dell'opera che non sono interessate dalle modifiche?

Anche in questo caso è la giurisprudenza ad offrire una risposta.

Il T.A.R. Campania, infatti, ricorda come di norma: *«il giudizio di compatibilità ambientale riguarderà, il progetto di modifica o di ampliamento dell'impianto (e non si estenderà pertanto all'intera opera), sempre che ne ricorra il presupposto positivamente contemplato dalla disciplina, vale a dire la possibilità che si verifichino “notevoli ripercussioni negative sull'ambiente”»* (T.A.R. Campania, n. 3086/2020).

Ciò premesso, tuttavia, lo stesso Tar specifica che: *«Nondimeno, è naturale che, per giudicare l'impatto ambientale della modifica operata, non potrà non tenersi conto anche dell'impianto preesistente, ove ciò si renda necessario, perché, ad es., gli effetti di quanto progettato si possono apprezzare soltanto tenendo conto dell'intera struttura e dell'intero processo produttivo»* (T.A.R. Campania, n. 3086/2020 e T.A.R. Campania, Salerno, sez. II, 24/12/2019, n. 2254).

Appare pertanto possibile – nell'ottica di consentire una piena valutazione degli effetti, anche cumulativi, dell'opera – prendere in considerazione anche la parte non modificata.

Anche la CGUE giunge alle medesime conclusioni con riferimento alle modifiche apportate alle strutture aeroportuali ritenute idonee ad aumentarne l'attività e il traffico aereo, la valutazione deve tener conto anche dell'aumento dell'attività: *«Le autorità competenti devono tener conto del progettato aumento dell'attività di un aeroporto in sede di esame dell'effetto sull'ambiente delle modifiche apportate alle sue infrastrutture al fine di consentire tale aumento di attività»* (CGUE 28 febbraio 2008, C-02/07).

La valutazione da compiersi sulle parti di impianto non modificate, tuttavia, non può certamente qualificarsi come “preventiva”, riguardando infatti opere già realizzate. Si tratta, dunque, anche in questo caso di una VIA “postuma”, che tuttavia assume caratteri ben diversi da quella “patologica”, concernendo invece un'opera realizzata in piena legittimità. Può, dunque, qualificarsi come VIA postuma “fisiologica” e tipica degli impianti legittimamente realizzati prima dell'adozione della disciplina VIA in sede di successiva modifica.

Ciò chiarito, sussiste un ultimo interrogativo: l'effettiva estensione della VIA postuma “fisiologica”.

Si è già detto più volte che l'estensione di tale valutazione non può in nessun modo assumere i tratti della VIA postuma “patologica”, disciplinata dall'art. 29, comma 3, D.lgs. 152/2006, che consentirebbe addirittura di addivenire alla demolizione dell'opera.

Nel caso della VIA postuma “fisiologica” va certamente esclusa la possibilità di demolire l'opera, così come la necessità di compiere una valutazione “ora per allora” per recuperare la mancata applicazione della disciplina VIA.

Ciò è d'altronde riconosciuto dalla stessa giurisprudenza, che ha precisato come: *«Un ragionevole bilanciamento degli interessi in campo - la tutela dell'ambiente e l'iniziativa economica privata - entrambi costituzionalmente protetti, giustifica l'intento di non travolgere e azzerare opere o attività da lungo tempo legittimamente localizzate, senza tuttavia consentire che tale status acquisito possa trasmettersi ad interventi di modifica successivi, da assoggettare a VIA»* (Corte cost. sent. 209/2011).

In termini ancor più esaustivi: *«Il presupposto di tale prescrizione deve essere cercato nella necessità, emergente dalla giurisprudenza comunitaria, di “vegliare” a che l'effetto utile della direttiva n. 85/337/CEE sia comunque raggiunto, senza tuttavia rimettere in discussione, nella loro interezza, le localizzazioni di tutte le opere e le attività ab antiquo esistenti. Ciò sarebbe contrario al ragionevole bilanciamento che deve esistere tra l'interesse alla tutela ambientale ed il mantenimento della localizzazione storica di impianti e attività, il cui azzeramento - con rilevanti conseguenze economiche e sociali - sarebbe l'effetto possibile di un'applicazione retroattiva degli standard di valutazione divenuti obbligatori per tutti progetti successivi al 3 luglio 1988, data di scadenza del termine di attuazione della suddetta direttiva».*

E ancora: «trattandosi di impianto preesistente rispetto alla normativa impositiva della sua sottoposizione a VIA, il Collegio non può esimersi dal rilevare che, in caso di stabilimenti preesistenti all'introduzione della disciplina ambientale, la soluzione della delocalizzazione non sarebbe stata percorribile dall'amministrazione regionale, ostandovi la teorica dei diritti quesiti e, in buona sostanza, il principio di affidamento (principio, questo, di rango euro-unitario), sicché il punto di equilibrio fra la tutela delle contrapposte situazioni in conflitto (prosecuzione dell'attività d'impresa - tutela ambientale) avrebbe dovuto essere necessariamente rinvenuto nell'individuazione delle migliori "soluzioni" disponibili per la mitigazione dell'impatto ambientale da parte dell'amministrazione procedente, le quali avrebbero dovuto essere doverosamente adottate dall'impresa per poter continuare lo svolgimento della sua attività produttiva» (Tar Campania, n. 3086/2020).

L'attività valutativa, pertanto, dovrà contemperare gli elementi già acquisiti e non modificabili (come, ad esempio, la localizzazione dell'impianto), e bilanciare l'interesse all'applicazione della disciplina VIA con il legittimo affidamento del proponente, considerando unicamente gli effetti *pro futuro* del progetto.

In tal senso, può citarsi la normativa della Regione Toscana, convalidata dalla sentenza n. 209/2011 della Corte costituzionale, che – proprio con riferimento ai progetti realizzati prima dell'entrata in vigore della disciplina VIA e soggetti a modifica – recita: «Per le parti di opere o attività non interessate da modifiche, la procedura è finalizzata all'individuazione di eventuali misure idonee ad ottenere la migliore mitigazione possibile degli impatti, tenuto conto anche della sostenibilità economico-finanziaria delle medesime in relazione all'attività esistente».

3.3.6. Principali criticità emerse e ipotesi di lavoro

- La possibilità di consentire la prosecuzione dei lavori o delle attività a condizione che tale prosecuzione avvenga in termini di sicurezza con riguardo agli eventuali rischi sanitari, ambientali o per il patrimonio culturale, costituisce un aspetto di estrema delicatezza anche in ordine ai tempi per l'acquisizione di informazioni compiute da parte dei Soggetti preposti e delle conseguenti decisioni.
- Con riferimento all'ultima parte del comma 3 va rilevato che l'ipotesi di demolizione delle opere da parte dell'Autorità Competente alla VIA in surroga dell'inerzia del "trasgressore" si rivela, nella pratica, per i Bilanci della maggior parte degli EE.LL., assai difficile da attuare, specie se la realizzazione dei manufatti sia in fase avanzata e quindi l'anticipo della spesa per la rimessa in pristino dello stato dei luoghi sia particolarmente oneroso.

3.4. Articolo 29, commi 4, 5, 6.

4. Salvo che il fatto costituisca reato, chiunque realizza un progetto o parte di esso, senza la previa VIA o senza la verifica di assoggettabilità a VIA, ove prescritte, è punito con una sanzione amministrativa da 35.000 euro a 100.000 euro.

5. Salvo che il fatto costituisca reato, si applica la sanzione amministrativa pecuniaria da 20.000 euro a 80.000 euro nei confronti di colui che, pur essendo in possesso del provvedimento di verifica di assoggettabilità o di valutazione di impatto ambientale, non ne osserva le condizioni ambientali.

6. Le sanzioni sono irrogate dall'autorità competente.

3.4.1. Regioni che hanno presentato osservazioni

Campania, Toscana, Umbria, Veneto.

3.4.2. Quadro generale

I commi 4 e 5, infine, disciplinano i rimedi già definiti sopra come “sanzionatori”. Si tratta infatti di strumenti provvedimenti che hanno origine da circostanze di fatto coincidenti con quelle già esaminate con riferimento ai rimedi “procedimentali”, ma che si distinguono da questi ultimi sotto il profilo teleologico: non già ripristinare gli *standard* di tutela ambientale, bensì “punire” la condotta illecita del proponente.

I due commi, infatti, prevedono l'irrogazione di una sanzione amministrativa pecuniaria da parte dell'autorità competente in materia di VIA, al responsabile della condotta illecita.

Le due norme si distinguono sotto il profilo dell'elemento oggettivo dell'illecito (il fatto che genera la sanzione) e sotto il profilo del *quantum* della sanzione.

Il comma 6 attribuisce la competenza in materia di irrogazione della sanzione all'autorità competente.

L'autorità competente è individuata a livello statale all'art. 7-bis, comma 4: «*Per autorità competente si intende In sede statale, l'autorità competente è il Ministero dell'ambiente e della tutela del territorio e del mare, che esercita le proprie competenze in collaborazione con il Ministero dei beni e delle attività culturali e del turismo per le attività istruttorie relative al procedimento di VIA*».

A livello regionale, invece, è disciplinata dall'art. 7-bis, comma 5: «*In sede regionale, l'autorità competente è la pubblica amministrazione con compiti di tutela, protezione e valorizzazione ambientale individuata secondo le disposizioni delle leggi regionali o delle Province autonome*».

Il soggetto competente all'irrogazione delle sanzioni, dunque, è l'autorità competente in materia di VIA.

Il concreto esercizio dell'attività sanzionatoria è disciplinato dalla L. 689/1981, e pertanto, ai sensi dell'art. 14, della sopra menzionata legge, «*gli estremi della violazione debbono essere notificati agli interessati residenti nel territorio della Repubblica entro il termine di novanta giorni e a quelli residenti all'estero entro il termine di trecentosessanta giorni dall'accertamento*».

Una volta notificata la violazione, questa deve essere irrogata dall'autorità competente entro il termine di prescrizione della stessa, che, ai sensi dell'art. 18, L. 689/1981, corrisponde a 5 anni dalla violazione: «*Il diritto a riscuotere le somme dovute per le violazioni indicate dalla presente legge si prescrive nel termine di cinque anni dal giorno in cui è stata commessa la violazione*».

3.4.3. I presupposti applicativi dei rimedi sanzionatori: la realizzazione di un progetto o parte di esso senza la previa VIA o verifica di assoggettabilità a VIA

Il comma 4 prevede l'irrogazione di una sanzione amministrativa dai 35.000 ai 100.000 a coloro che abbiano realizzato un progetto o parte di esso senza la previa VIA o verifica di assoggettabilità a VIA.

La sanzione, dunque, trova il proprio presupposto applicativo in una circostanza di fatto che appare sovrapponibile a quella esaminata con riferimento all'applicazione del comma 3, che dà origine all'applicazione della disciplina concernente la VIA postuma "patologica".

Appare infatti evidente in nessun caso l'irrogazione della sanzione possa trovare applicazione con riferimento alle ipotesi di VIA postuma "fisiologica", in quanto – come ampiamente chiarito *supra* – in tali casi non vi è alcun illecito.

L'irrogazione della sanzione, infatti, ancor più dell'applicazione dei rimedi procedurali di cui ai commi 2 e 3, trova il proprio fondamento e la propria legittimità nell'esistenza di una condotta illegittima da parte del proponente, poiché la *ratio* alla base della sanzione è proprio l'intento "punitivo" della condotta illecita.

Pertanto, in tutti i casi in cui non si accerti una violazione delle disposizioni in materia di VIA, come accade ad esempio, con riferimento alla VIA postuma "fisiologica", non può esservi alcuna legittima irrogazione di sanzioni amministrative.

Ciò chiarito, la disposizione non appare perfettamente sovrapponibile alle ipotesi di VIA postuma "patologica", poiché descrive unicamente le ipotesi in cui il progetto sia stato realizzato *senza* la previa VIA o verifica di assoggettabilità a VIA, non già, dunque, le ipotesi in cui questo sia stato realizzato in virtù di previa VIA o verifica di assoggettabilità a VIA successivamente annullate in via giurisdizionale o in autotutela.

In tali casi, dunque, sembra doversi escludere l'applicabilità della disposizione sanzionatoria di cui al comma 4. Tale soluzione interpretativa, d'altronde, oltre che dalla necessità di interpretare in termini restrittivi le disposizioni sanzionatorie, sembra trovare il proprio fondamento del principio di

ragionevolezza, in virtù dell'assenza di una condotta illecita da parte del proponente, che ha legittimamente realizzato il progetto in virtù di un provvedimento rilasciato dall'autorità competente, ancorché rivelatosi successivamente illegittimo.

Come noto tuttavia il tema del legittimo affidamento con riferimento ai provvedimenti dichiarati successivamente illegittimi è oggetto di interpretazioni contrastanti in dottrina e giurisprudenza. Inoltre, in termini ancor più penalizzanti per il proponente, non può non farsi cenno alle ipotesi – pacifiche in giurisprudenza penale – in cui la rimozione del provvedimento illegittimo viene ritenuta idonea a configurare una fattispecie di illecito penale del proponente, con l'imputazione del corrispondente reato. Pertanto, non può escludersi da parte dei tribunali una interpretazione maggiormente afflittiva rispetto a quella qui proposta e auspicata.

Focus: il rapporto tra il comma 3 e il comma 4 dell'art. 29

La coincidenza dell'evento genetico, nei termini sopra evidenziati, che dà origine all'applicazione della disciplina di cui al comma 3 (VIA postuma "patologica") e al comma 4 (sanzione amministrativa), pone delle questioni interpretative circa il rapporto tra le due disposizioni.

In particolare, ci si è chiesti se il procedimento di VIA postuma "patologica" e i relativi esiti possano svolgere un ruolo, addirittura di presupposto, rispetto all'irrogabilità della sanzione di cui al comma 4.

Alcuni interpreti, infatti, hanno teorizzato una consequenzialità tra le due ipotesi, ritenendo applicabile la sanzione solo in caso di esito negativo del procedimento di VIA postuma "patologica". In altri termini, tale tesi ritiene che il presupposto per l'irrogazione della sanzione di cui al comma 4 non sia l'avvenuta realizzazione di un progetto o parte di esso senza previa valutazione ambientale, bensì appunto sia determinato dall'esito negativo del procedimento di VIA postuma "patologica".

A parere di tali interpreti ciò sarebbe utile anche al fine di determinare l'intensità dell'illecito e dunque individuare all'interno del quadro edittale il corretto *quantum* di sanzione.

Tale interpretazione, anche se suggestiva, sulla base della normativa attualmente vigente non sembra condivisibile.

Infatti, dalla piana lettura del comma 4, non emerge alcun condizionamento dell'irrogazione della sanzione al previo esperimento del procedimento di cui al comma 3 (VIA postuma "patologica").

Al contrario, il testo della norma appare univoco individuando come presupposto per l'irrogazione della sanzione proprio la realizzazione di «*un progetto o parte di esso, senza la previa VIA o senza la verifica di assoggettabilità a VIA, ove prescritte*».

A ben vedere, infatti, tale circostanza di fatto costituisce di per sé un illecito, essendo stato realizzato il progetto in violazione della disciplina in materia di valutazioni ambientali, a prescindere dall'eventuale successivo esperimento del procedimento di VIA postuma "patologica" e dai relativi esiti.

Pertanto, l'accertamento dell'illecito appare sufficiente all'irrogazione della sanzione, a prescindere dagli esiti del procedimento rimediante di VIA postuma.

D'altronde, le due disposizioni, come già premesso, rispondono a due esigenze pubbliche diverse. Per un verso il comma 4 è finalizzato a punire la condotta illecita («*chiunque realizza [...] è punito con una sanzione amministrativa*»), per altro verso, invece, il comma 3 è finalizzato a recuperare l'applicazione della disciplina in materia di VIA, imponendo l'avvio del relativo procedimento ancorché *ex post*.

In termini di quantificazione della sanzione, invece, l'autorità competente dovrà attenersi a quanto stabilito dall'art. 11, L. 689/1981 e dunque: «*Nella determinazione della sanzione amministrativa pecuniaria fissata dalla legge tra un limite minimo ed un limite massimo e nell'applicazione delle sanzioni accessorie facoltative, si ha riguardo alla gravità della violazione, all'opera svolta dall'agente per l'eliminazione o attenuazione delle conseguenze della violazione, nonché alla personalità dello stesso e alle sue condizioni economiche*».

Pertanto, il repentino avvio del procedimento di VIA postuma patologica ben potrà rappresentare un elemento di valutazione con riferimento al *quantum* della sanzione, senza tuttavia rappresentare questo il presupposto unico per l'irrogazione della stessa.

3.4.4. I presupposti applicativi dei rimedi sanzionatori: l'inosservanza delle condizioni ambientali

Il comma 5, invece, trova il proprio fondamento nelle ipotesi in cui il proponente, pur in possesso di un provvedimento di VIA o di verifica di assoggettabilità a VIA, non ne osservi le condizioni ambientali.

In tal caso, il presupposto di fatto che presidia l'applicabilità della norma sembra corrispondere – ancorché sussistano delle evidenti differenze terminologiche – al medesimo presupposto descritto al comma 2, ove si fa riferimento a «inadempimenti o violazioni delle condizioni ambientali di cui all'articolo 28».

Pertanto, in caso in cui siano accertati tali presupposti di fatto, l'autorità competente sarà tenuta ad irrogare una sanzione da 20.000 euro a 80.000 euro. Con riferimento al corretto inquadramento di tale fattispecie si rimanda a quanto già esaminato *supra* al Cap. 3.2.

Non sembra, invece, essere riconducibile all'applicazione di tale disposizione l'ulteriore fattispecie disciplinata al comma 2, consistente nella realizzazione di un progetto difforme da quello oggetto di valutazione ambientale.

Suscita numerose perplessità, infatti, il corretto inquadramento in termini sanzionatori di tale particolare fattispecie, che tuttavia non sembra riconducibile propriamente all'osservanza di una condizione ambientale. Tale conclusione, invero, sembra presupporre necessariamente un'analisi caso per caso, poiché ben può configurarsi una inosservanza di una condizione ambientale che si traduca in una modifica progettuale che renda difforme il progetto da quello autorizzato.

Per altro verso, invece, la modifica progettuale, ove consista nella realizzazione di una parte mai sottoposta a valutazione, potrebbe configurare addirittura un'ipotesi sanzionatoria corrispondente a quella disciplinata dal comma 4, ove si fa riferimento alla realizzazione di un progetto «o di parte di esso».

Sembra possibile, dunque, escludere che la fattispecie espressamente contemplata dai rimedi procedurali, e consistente nella realizzazione di un progetto difforme da quello sottoposto a valutazione, non sia soggetta a rimedio sanzionatorio. Ciò premesso, tuttavia, la corretta sanzione irrogabile va definita caso per caso, al fine di identificare correttamente la corrispondenza della fattispecie a quella descritta dal comma 4 (realizzazione di parte di progetto senza previa valutazione ambientale) o dal comma 5 (realizzazione di parte di progetto senza l'osservanza di condizioni ambientali). Né l'esito di tale analisi caso per caso appare necessariamente univoca, ben potendosi configurare ipotesi di concorrenza tra le due fattispecie, e dunque di concorrenza tra le sanzioni amministrative.

3.4.5. I rimedi sanzionatori: criticità comuni.

In via preliminare è opportuno specificare che le modalità di esercizio del potere sanzionatorio, stante l'assenza di qualsiasi deroga espressa, vanno rinvenute nella legge generale sulle sanzioni amministrative la L. 689/1981.

Tuttavia, sussistono con riferimento ai commi in argomento numerose questioni interpretative.

Alcuni dei profili di criticità delle singole disposizioni sono già stati esaminati nei capitoli precedenti. Di seguito verranno esaminati i profili di criticità che sono condivisi da entrambe le fattispecie sanzionatorie.

Il primo profilo di criticità che si manifesta per entrambe le norme è rappresentato dalla presenza della cd. "clausola di salvezza", che ne limita l'applicabilità alle sole ipotesi in cui il fatto, che costituisce l'elemento oggettivo della condotta, non costituisca reato. Ciò ha creato numerose questioni interpretative, a causa della divergenza in termini sia di tempistiche, sia soprattutto di competenze, che caratterizza i due tipi di accertamento.

In particolare, ci si chiede come l'autorità competente possa riconoscere se il fatto costituisca o meno reato. Atteso, infatti, che la competenza per l'accertamento di una fattispecie di reato non risiede certamente in

capo all'amministrazione, bensì unicamente in capo all'autorità giudiziaria, e che le tempistiche per l'accertamento della sussistenza del reato potrebbero non risultare compatibili con quelle per l'irrogazione della sanzione.

Inoltre, una volta accertata la condotta illecita, molti interpreti hanno manifestato le proprie perplessità con riferimento alla determinazione dell'effettivo *quantum* della sanzione nell'ambito della cornice edittale definita dalla norma, stante anche l'assenza di esperienza in termini di poteri sanzionatori in capo a molte delle amministrazioni competenti in materia di VIA.

Sul punto, come si è osservato sopra (Cap. 3.4.3) l'autorità competente dovrà attenersi a quanto stabilito dall'art. 11, L. 689/1981 e dunque: «*Nella determinazione della sanzione amministrativa pecuniaria fissata dalla legge tra un limite minimo ed un limite massimo e nell'applicazione delle sanzioni accessorie facoltative, si ha riguardo alla gravità della violazione, all'opera svolta dall'agente per l'eliminazione o attenuazione delle conseguenze della violazione, nonché alla personalità dello stesso e alle sue condizioni economiche*».

Infine, ma non in termini di importanza, sono sorti numerosi dubbi interpretativi in ordine all'applicabilità delle sanzioni nel tempo e in particolare sulla possibilità di sanzionare la condotta di chi abbia realizzato progetti senza valutazione ambientale prima dell'entrata in vigore del D.Lgs. 104/2017, che ha istituito le sanzioni in argomento.

L'art. 23 del D.Lgs. 104/2017, pur concernendo la disciplina transitoria, nulla contiene con riferimento alle neo-istituite sanzioni. Pertanto, si potrebbe ipotizzare che, vigendo la disciplina generale, la sanzione sia irrogabile solo agli illeciti commessi *dopo* l'entrata in vigore, in virtù dell'art. 1, L. 689/1981 «*nessuno può essere assoggettato a sanzioni amministrative se non in forza di una legge che sia entrata in vigore prima della commissione della violazione*».

Tuttavia, il nodo sta nel definire il momento di consumazione dell'illecito. Con riferimento agli illeciti in materia urbanistica, edilizia, paesaggistica ed ambientale, consistenti nella realizzazione di opere senza le prescritte concessioni o autorizzazioni, infatti, si ritiene per costante giurisprudenza che questa si protragga nel tempo e venga meno solo con il cessare della situazione di illiceità, cioè, con l'irrogazione della sanzione pecuniaria o con il conseguimento dell'autorizzazione. Si tratta del cd. illecito permanente. In tale tipo di illecito, la consumazione si protrae per un tratto di tempo per volontà cosciente dell'agente con la conseguenza che, nel caso di successione di leggi più severe, qualora la permanenza si protragga sotto il vigore della nuova legge, è questa soltanto che deve trovare applicazione.

Su tali basi appare legittimo ritenere che la fattispecie sanzionatoria di cui all'art. 29, commi 4 e 5 sia riconducibile proprio nell'ambito della definizione dell'illecito permanente e che, pertanto, proprio in virtù dell'applicazione del principio *tempus regit actum* sarebbero sanzionabili anche condotte iniziate con la realizzazione del progetto, prima dell'entrata in vigore del D.lgs. 104/2017 (21 luglio 2017), ma protrattesi fino a date successive alla relativa entrata in vigore.

Pertanto, il termine del 21 luglio 2017 non appare determinante ai fini dell'irrogazione della sanzione, che sembra irrogabile anche a progetti realizzati prima di tale data, purché, ovviamente, siano ancora esistenti al momento dell'entrata in vigore della disposizione sanzionatoria.

3.4.6. Principali criticità emerse e ipotesi di lavoro

- Appare utile prevedere un allineamento terminologico tra le fattispecie oggetto di provvedimento sanzionatorio (commi 4 e 5) e quelle oggetto di rimedio procedimentale (commi 2 e 3).
- Appare di difficile soluzione l'eventuale concorrenza tra fattispecie sanzionatorie amministrative e penali.
- L'esistenza della clausola di salvezza sembra rappresentare un limite al rispetto delle tempistiche nell'irrogazione della sanzione.

3.5. Articolo 29, commi 7 e 8

7. Alle sanzioni amministrative pecuniarie previste dal presente articolo non si applica il pagamento in misura ridotta di cui all'articolo 16 della legge 24 novembre 1981, n. 689.

8. I proventi derivanti dall'applicazione delle sanzioni amministrative pecuniarie di competenza statale per le violazioni previste dal presente articolo, sono versati all'entrata del bilancio dello Stato e sono successivamente riassegnati ai pertinenti capitoli di spesa del Ministero dell'ambiente e della tutela del territorio e del mare per essere destinati al miglioramento delle attività di vigilanza, prevenzione e monitoraggio ambientale, alle attività di cui all'articolo 28 del presente decreto per la verifica dell'ottemperanza delle condizioni ambientali contenute nel provvedimento di verifica di assoggettabilità a VIA o nel provvedimento di VIA, nonché alla predisposizione di misure per la protezione sanitaria della popolazione in caso di incidenti o calamità naturali.

3.5.1. Regioni che hanno presentato osservazioni

Nessuna.

3.5.2. Quadro generale

Il comma 7 dell'art. 29 è anch'esso concernente il sistema sanzionatorio e prevede l'esclusione del pagamento in misura ridotta anche al ricorrere delle condizioni di cui all'art. 16, L. 689/1981.

Si tratta di una deroga alla disciplina generale, spesso prevista con riferimento alle sanzioni in materia ambientale a causa del particolare disvalore sociale che il legislatore attribuisce alle relative condotte illecite. Per tale ragione anche ove il soggetto sanzionato provvedesse al pagamento entro il termine di sessanta giorni dalla notificazione degli estremi della violazione (o della, più improbabile, contestazione immediata) sarebbe tenuto comunque a corrispondere l'intera somma, non potendo beneficiare di alcuna agevolazione.

Infine, anche il comma 8 attiene al sistema sanzionatorio ed è rivolto a disciplinare l'utilizzo dei fondi reperiti in seguito all'irrogazione delle sanzioni amministrative pecuniarie di cui ai commi 4 e 5.

Nello specifico, il comma 8 definisce le possibili destinazioni di tali fondi, con esclusivo riferimento tuttavia a quelli derivanti da sanzioni di competenza statale. In tali casi, infatti, i fondi dovranno essere destinati «*al miglioramento delle attività di vigilanza, prevenzione e monitoraggio ambientale, alle attività di cui all'articolo 28 [...] per la verifica dell'ottemperanza delle condizioni ambientali contenute nel provvedimento di verifica di assoggettabilità a VIA o nel provvedimento di VIA, nonché alla predisposizione di misure per la protezione sanitaria della popolazione in caso di incidenti o calamità naturali*».

Non vi è alcuna previsione all'interno del comma 8 con riferimento ai proventi delle sanzioni amministrative pecuniarie di competenza regionale. L'utilizzo di questi ultimi, infatti, è rimesso ai sensi dell'art. 7-bis, comma 8, D.lgs. 152/2006 ad apposite leggi o regolamenti da adottare da parte delle Regioni e Province autonome. Tuttavia, l'autonomia del legislatore regionale è comunque limitata a definire «*la destinazione alle finalità di cui all'articolo 29, comma 8, dei proventi derivanti dall'applicazione delle sanzioni amministrative pecuniarie*».

Pertanto, se per un verso sono le Regioni e Province autonome a determinare le modalità di riparto e di erogazione di tali proventi, non sembra ammissibile che queste possano discostarsi dalle finalità già individuate all'art. 29, comma 8.

Competenze e Reti
per l'integrazione
Ambientale per
il Miglioramento
delle Organizzazioni
della PA

Edizione 2019

