

4. La proposta di aggiudicazione

Una volta completata la valutazione delle offerte secondo il criterio prescelto dalla stazione appaltante e proceduto alla verifica e all'eventuale esclusione delle offerte c.d. anormalmente basse, si perviene all'**aggiudicazione del contratto**.

Si tratta dell'atto che conclude la procedura di gara.

Il nuovo codice ha introdotto delle significative modifiche rispetto alla previgente scansione procedimentale di aggiudicazione dei contratti pubblici.

Superando la precedente strutturazione "**aggiudicazione provvisoria-aggiudicazione definitiva**", attualmente la procedura di aggiudicazione è strutturata nel modo che segue:

- i) all'esito della procedura di gara, viene effettuata una **proposta di aggiudicazione** nei confronti del miglior offerente (v. art. 17, comma 5);
- ii) previa verifica e approvazione della proposta di aggiudicazione, la stazione appaltante provvede all'**aggiudicazione** (v. artt. 17, comma 7 e 18).

Il nuovo codice sembra aver fatto proprie le posizioni dottrinarie e giurisprudenziali sviluppatesi attorno alla figura dell'**aggiudicazione provvisoria** (atto a ben vedere **infraprocedimentale** e non definitivo, ma considerato dalla giurisprudenza suscettibile di impugnazione facoltativa), in particolare, alla sua instabilità rispetto a quella definitiva.

La proposta di aggiudicazione si pone come **atto conclusivo della fase valutativa delle offerte** condotta dal seggio di gara, tuttavia priva della "*vis* autoritativa" necessaria a rendere definitiva la scelta del contraente.

Successivamente all'adozione dell'atto provvisorio in esame, si apre una **fase di verifica** finalizzata non solo a vagliare la legittimità dell'operato della stazione appaltante, bensì anche a bilanciare la compatibilità degli esiti della procedura (anche qualora in sé legittimi) con l'interesse pubblico perseguito.

5. La verifica e approvazione della proposta di aggiudicazione

La stazione appaltante provvede all'aggiudicazione definitiva solo dopo **la verifica e l'approvazione della proposta di aggiudicazione**, nel rispetto dei termini previsti dai singoli ordinamenti, decorrenti dal ricevimento della stessa da parte dell'organo competente.

In ordine alla **natura giuridica** dell'atto di approvazione, già prima delle modifiche introdotte con il nuovo codice, la giurisprudenza tradizionale aveva **escluso che lo stesso avesse natura vincolata**, in quanto l'approvazione non può essere ricompresa nella nozione di controllo in senso stretto, ma si risolve in una revisione interna della correttezza del procedimento connessa alla responsabilità unitaria del procedimento spettante alla figura dirigenziale.

Quanto al **rapporto tra approvazione tacita della proposta di aggiudicazione e provvedimento finale di aggiudicazione**, occorre dar conto delle differenti posizioni registratesi in giurisprudenza nel vigore della previgente disciplina.

Secondo un **primo orientamento**, il decorso del termine previsto per l'approvazione della proposta di aggiudicazione non determinerebbe solo il formarsi, *ope legis*, dell'atto approvativo *tout court*, al contrario darebbe luogo anche a un'**aggiudicazione tacita**. In altri termini, l'approvazione tacita sarebbe equipollente a una vera e propria aggiudicazione del contratto.

Alla stregua di un **diverso orientamento**, il meccanismo del silenzio assenso atterrebbe **esclusivamente all'approvazione dell'aggiudicazione provvisoria** (oggi, proposta di aggiudicazione), non anche all'adozione dell'aggiudicazione definitiva.

È stato, infatti, affermato che ai sensi dell'art. 17 del Codice dei contratti pubblici la stazione appaltante, previa verifica della proposta di aggiudicazione, provvede all'aggiudicazione.

6. L'aggiudicazione quale provvedimento conclusivo

L'aggiudicazione costituisce il **provvedimento conclusivo della fase pubblicistica** di selezione del contraente. Con tale atto l'Amministrazione esprime in modo definitivo la propria scelta in ordine all'*an* dell'affidamento del contratto, nonché in relazione alla identificazione della propria controparte contrattuale.

Anche il codice del 2023, all'art. 17, comma 6, chiarisce espressamente che il rapporto di rilevanza privatistica sorge esclusivamente con la sottoscrizione del contratto e non con la mera aggiudicazione, che, appunto, **non è equipollente all'accettazione del contratto**. Si sancisce, così, la qualificazione della procedura di gara come procedimento esclusivamente amministrativo culminante con l'atto di scelta del soggetto con cui stipulare il contratto nella successiva fase negoziale, caratterizzata dalla libera e autonoma esplicazione della volontà negoziale delle parti.

Viene, quindi, respinta la lettura privatistica (recepita dall'art. 16, comma 4, del R.D. 2440/1923), secondo cui la procedura amministrativa di gara sarebbe anche un'attività privatistica di esercizio dell'autonomia negoziale; e si sancisce la qualificazione della procedura di gara come procedimento esclusivamente amministrativo che culmina con l'atto di scelta del soggetto con cui stipulare il contratto all'esito della successiva fase negoziale, caratterizzata dalla libera e autonoma esplicazione della volontà negoziale delle parti; si tratta del c.d. **principio di scissione**, di derivazione europea, tra gara e contratto (c.d. **teoria del doppio grado**, accentuata dallo *stand still* sostanziale e processuale). L'aggiudicazione non è, quindi, atto costitutivo a effetto negoziale, ossia elemento costitutivo che integri, *ab intra*, la volontà o la capacità dell'ente, ma **atto presupposto**, a carattere autorizzativo, *ab externo*, che, a mo' di fattore permissivo di legittimazione, incide sul **piano funzionale del rapporto**, non sul versante genetico dell'atto; **il collegamento non è strutturale (attizio), ma funzionale (effettuale)**.

7. L'aggiudicazione e la verifica dei requisiti dell'aggiudicatario

L'aggiudicazione diviene efficace solo a seguito della **positiva verifica del possesso dei requisiti di partecipazione** da parte dell'aggiudicatario (art. 17, comma 5, del nuovo codice).

Una delle questioni che hanno ruotato attorno alla fase in commento è quella relativa alla **natura giuridica** dell'atto nel quale si compendia l'attività di verifica.

Rispetto a tale atto, è possibile **escludere** che lo stesso rivesta una sorta di autonomia funzionale nell'ambito del procedimento di gara e che, conseguentemente, **possa essere caratterizzato da diretta e autonoma lesività** rispetto alla posizione giuridica preten-siva vantata dal soggetto aspirante all'aggiudicazione. In altre parole, l'atto di verifica non assume una valenza provvedimentale autonoma, in quanto è adottato a gara ormai conclusa, nell'ambito di un sub-procedimento con esito meramente integrativo dell'efficacia dell'aggiudicazione e al solo fine della stipulazione del contratto con l'offerente, già definitivamente selezionato.

Sul punto, la giurisprudenza è chiara nel ritenere che **l'atto conclusivo della procedura di gara è sempre e comunque l'aggiudicazione**, rispetto alla quale l'esito positivo della verifica del possesso dei requisiti costituisce una mera condizione di efficacia.

8. La procedura di affidamento a evidenza pubblica: esposizione delle singole procedure

La **procedura di scelta del contraente** avviene, nelle sue diverse forme e moduli procedurali, attraverso l'esperimento di una procedura di gara. **I sistemi di aggiudicazione dei contratti sono oggi elencati all'art. 70 del codice** e così individuati:

- i) procedura aperta;
- ii) procedura ristretta;
- iii) procedura competitiva con negoziazione;
- iv) procedura negoziata senza pubblicazione del bando;
- v) dialogo competitivo;
- vi) partenariato per l'innovazione.

La **procedura aperta e quella ristretta** rappresentano due modelli di gara analoghi (disciplinate, rispettivamente, agli artt. 71 e 72 del codice). Nella prima, ogni operatore economico interessato a partecipare ha la facoltà di presentare un'offerta; la seconda è quella alla quale possono prendere parte soltanto gli operatori economici invitati dalle stazioni appaltanti tra coloro che abbiano fatto richiesta di partecipazione.

Il principio generale, sancito dall'art. 70 del codice, è quello dell'utilizzo, di regola, delle procedure aperte e ristrette, mentre **il ricorso alla procedura negoziata, al dialogo competitivo, al partenariato per l'innovazione e alla procedura competitiva con negoziazione costituisce un'eccezione** a cui poter ricorrere nei casi espressamente previsti dalla legge.

La *ratio* della **procedura competitiva con negoziazione** (v. art. 73 del codice) risiede nel fatto di consentire alle stazioni appaltanti di **consultare preventivamente il "mercato"** e di valutare assieme agli stessi operatori economici le condizioni di appalto e le varie soluzioni tecnico-economiche prospettate.

Ulteriore modalità "eccezionale" di affidamento dei contratti pubblici, la **procedura negoziata senza previa pubblicazione del bando di gara** (v. art. 76 del nuovo codice) consente all'Amministrazione di **(con)trattare direttamente con un operatore eco-**

nomico le condizioni della stipulazione, prescindendo dall'osservanza di particolari forme procedimentali.

Il c.d. **“dialogo competitivo”** consente alla stazione appaltante **di avviare un dialogo con gli operatori economici al fine di elaborare una o più soluzioni**, sulla base delle quali i candidati selezionati saranno invitati a presentare le offerte (v. art. 74 del nuovo codice).

Infine, un ulteriore modello procedimentale venuto alla luce con il nuovo codice, è **il partenariato per l'innovazione** (v. art. 75 del codice), attraverso cui le stazioni appaltanti sviluppano e, successivamente, acquistano prodotti, servizi o lavori altamente innovativi che non possono essere reperiti sul mercato esistente.

Il D.Lgs. 31 marzo 2023, n. 36, agli artt. da 193 a 195, si occupa dell'istituto del **partenariato pubblico-privato**, quale forma sinergica tra interessi pubblici e privati con il precipuo scopo di finanziare, costruire o gestire opere infrastrutturali o fornire pubblici servizi.

Il c.d. **project financing** designa una specifica **modalità per l'affidamento di concessioni di lavori pubblici nell'ambito di operazioni economico-finanziarie a elevato rischio economico-imprenditoriale** e fondate su un globale coinvolgimento di capitali privati.

In dettaglio, i capitali privati investiti nell'opera sono ricompensati dai proventi che conseguono alla sua gestione, all'interno di un dato arco di tempo.

L'istituto in esame coinvolge **diversi soggetti**: il promotore, la Pubblica Amministrazione e un finanziatore, ovvero colui che è chiamato a fornire il capitale alla società, in cambio delle entrate scaturenti dal *cash flow*.

Elemento fondamentale dell'istituto è il c.d. **piano economico e finanziario** (asseverato) che deve essere obbligatoriamente inserito nelle offerte, insieme al progetto definitivo e alla bozza di convenzione. Quanto all'applicabilità di tale procedura anche alle concessioni di servizi, la soluzione positiva è stata definitivamente accolta dall'art. 193 del nuovo codice.

Si rinvia, inoltre, a quanto anticipato nel par. 4.2. quanto a modifiche apportate dal Decreto correttivo e a rimessione alla Corte di Giustizia in merito alla compatibilità del diritto di prelazione rispetto alla disciplina comunitaria.

Si segnala che l'istituto del *project financing* è stato oggetto della lettera della Commissione dello scorso 8 ottobre 2025, avente ad oggetto diverse procedure di infrazione contro l'Italia, tra cui quella NFR(2018)2273 per il Codice degli Appalti Pubblici (D.Lgs. 36/2023).

9. Il confine tra la fase pubblicistica e quella privatistica. Gli obblighi di *stand still*: il primo termine dilatorio per la stipula del contratto

La scissione fra fase pubblicistica e fase privatistica è stata resa maggiormente evidente dal più “profondo solco di confine” tracciato dal D.Lgs. 20 marzo 2010, n. 53. Con tale decreto, infatti, in recepimento della direttiva 2007/66/CE (c.d. direttiva ricorsi) è stato previsto un **duplice termine dilatorio – c.d. *stand still* – prima del quale le stazioni appaltanti non possono procedere con la stipula del contratto**.

L'art. 18, comma 3, del nuovo codice prevede che i contratti pubblici non possano essere stipulati prima che siano decorsi **trentacinque giorni dall'invio dell'ultima delle comunicazioni del provvedimento di aggiudicazione; termine ridotto a trentadue** dal recente Decreto correttivo (c.d. ***stand still* sostanziale**).

Tale mutamento si è reso opportuno alla luce, in particolare, degli impegni assunti dal Legislatore italiano in sede europea, in relazione all'ambito di applicazione della normativa in materia di contratti pubblici. In particolare, infatti, la *milestone* M1C1-84bis si pone l'obiettivo di introdurre misure per migliorare la rapidità decisionale nell'aggiudicazione degli appalti da parte delle stazioni appaltanti, individuando la c.d. rapidità decisionale media (intesa come tempo che intercorre tra il termine per la presentazione delle offerte, l'aggiudicazione e la stipula del contratto) tra i criteri per misurare l'efficienza delle stazioni appaltanti.

La novella, inoltre, precisa che tale termine di trentadue giorni non si applica ai contratti di importo inferiore alle soglie europee, eliminando il riferimento all'art. 55, comma 2 del Codice.

Si segnala che l'intenzione iniziale del Legislatore Delegato, nella proposta di Decreto correttivo sottoposta al vaglio del parere del Consiglio di Stato, era quella di ridurre il termine di *standstill* sostanziale da trentacinque a trenta giorni. Sul punto, forti sono state le critiche mosse dal Consiglio di Stato, nel parere del 2 dicembre 2024, n. 1463. Infatti, il Collegio ha evidenziato che la riduzione del termine di *standstill* sarebbe in realtà estranea agli obiettivi di cui alla *milestone* MIC1 citata, la quale è invece riferita agli obiettivi di riduzione dei tempi di aggiudicazione.

Il Consiglio di Stato ha, inoltre, ravvisato l'importanza di non ridurre eccessivamente il termine di sospensione, il quale è non solo volto a salvaguardare il rimedio in forma specifica per gli operatori economici che mirano alla stipula del contratto ma è anche destinato a tutelare le stesse stazioni appaltanti che, in virtù dello *standstill*, sono messe nelle di evitare di stipulare un contratto con un soggetto illegittimamente individuato quale aggiudicatario.



Per altro verso, la scelta di riduzione dello *standstill* a 30 giorni poteva risultare giustificabile alla luce della ormai desueta notificazione del ricorso a mezzo posta. Infatti, posto che il termine decadenziale in materia di appalti è pari a 30 giorni (*ex art. 120 c.p.a.*), i cinque giorni in più potevano assumere carattere rilevante qualora ai 30 giorni si fosse aggiunto il tempo della notifica materialmente impiegato dall'ufficio postale per la consegna della posta raccomandata. Tuttavia, è ormai noto che le notifiche dei ricorsi, specie in materia di procedure di gara cui partecipano imprese ovvero professionisti, avvengano mediante posta elettronica certificata. Per tale ragione, il margine di 5 giorni ulteriori rispetto ai 30 giorni per la notifica del ricorso avrebbe potuto considerarsi superfluo e non più utile per le stazioni appaltanti. Ad ogni modo, sulla base dei decisivi e pressanti rilievi del Consiglio di Stato, il Legislatore Delegato ha optato per una scelta di compromesso, riducendo comunque il termine di *standstill*, ma di soli 3 tre giorni rispetto ai trentacinque originari.

Il termine di *stand still* trova, tuttavia, eccezioni, anche e soprattutto con l'introduzione del nuovo codice (vedi le ipotesi di cui all'art. 18, comma 3).

10. Segue: Il secondo termine dilatorio per la stipula del contratto

Inquadrato il primo termine di *stand still*, l'art. 18, comma 4, del nuovo codice dispone inoltre che, se è proposto ricorso avverso l'aggiudicazione con contestuale **do-**

manda cautelare, il contratto non può essere stipulato dal momento della notificazione dell'istanza cautelare alla stazione appaltante o all'ente concedente **fino alla pubblicazione del provvedimento cautelare** di primo grado o del dispositivo o della sentenza di primo grado, in caso di decisione del merito all'udienza cautelare (c.d. *stand still* processuale).

L'effetto sospensivo **cessa** qualora, in sede di esame della domanda cautelare, il giudice si dichiari **incompetente**, ovvero fissi con ordinanza la data di **discussione del merito** senza pronunciarsi sulle misure cautelari, con il consenso delle parti, da intendersi quale implicita rinuncia all'immediato esame della domanda cautelare.

La **ratio** dell'introduzione del secondo termine di *stand still* (invero solo eventuale in quanto connesso alla presentazione di un ricorso al TAR) risiede nella evidente considerazione per cui il solo *stand still ex art. 18, comma 3*, non sarebbe idoneo ad assicurare la piena tutela al concorrente non aggiudicatario. Infatti, ove non fosse prevista la sospensione *ex lege* della facoltà di stipulare a seguito della proposizione del ricorso, la stazione appaltante ben potrebbe, nelle more del giudizio (e della pronuncia cautelare), procedere alla sottoscrizione del contratto una volta decorsi i citati trentacinque giorni.

11. Segue: Le sanzioni per la violazione degli obblighi di *stand still*

A fronte della violazione degli obblighi *stand still*, oltre all'ovvia configurabilità di ipotesi di **responsabilità**, anche **risarcitoria**, risultano applicabili le **sanzioni alternative** di cui all'art. 123 c.p.a.

Al contrario, la giurisprudenza nega che la violazione dell'obbligo di *stand still* possa incidere sulla **legittimità dell'aggiudicazione** definitiva a monte, in quanto atto antecedente che non potrebbe essere retroattivamente inficiato da una violazione a esso successiva; *contra*, tuttavia, altra parte della giurisprudenza ritiene legittima la decadenza dell'aggiudicazione per mancata stipulazione del contratto nel termine di *stand still*.

Inoltre, è diffuso il convincimento che la sola violazione dell'obbligo di *stand still* **non possa determinare l'inefficacia del contratto stipulato**. Tale convincimento si basa su di una interpretazione letterale dell'art. 121 c.p.a., ove il mancato rispetto del termine dilatorio è assunto a causa di inefficacia del contratto. Causa di inefficacia necessaria, ma non sufficiente in quanto da "abbinarsi" alla privazione del ricorrente della possibilità di avvalersi di mezzi di ricorso prima della stipulazione del contratto, nonché alla circostanza che tale violazione, aggiungendosi a vizi propri dell'aggiudicazione, abbia influito sulle possibilità del ricorrente di ottenere l'affidamento.

12. Segue: Il termine massimo per la stipulazione del contratto

La descritta divisione logico-temporale tra la fase pubblicistica e quella privatistica della formazione del contratto pubblico è ancor più chiara se si considera che l'art. 18, comma 2, del nuovo codice prevede un **termine di sessanta giorni entro il quale deve essere stipulato il contratto** una volta divenuta efficace l'aggiudicazione.

Qualora la sottoscrizione non avvenga entro tale termine, l'aggiudicatario può, mediante atto notificato alla stazione appaltante, **sciogliersi da ogni vincolo**. Stessa facoltà spetta all'aggiudicatario già contraente nel caso in cui l'atto di controllo sull'approvazione del contratto non intervenga nel termine previsto.

All'aggiudicatario non spetta alcun **indennizzo**, salvo il rimborso delle spese contrattuali documentate.

La netta autonomia tra momento pubblicistico e dinamica negoziale porta a **escludere** che il contratto stipulato all'esito di una gara illegittima o mancata sia **nullo per mancanza di elemento essenziale** (causa, forma, consenso); o **annullabile per vizio della capacità o della volontà** (artt. 1425 o 1429, n. 3 e 4, c.c.) o **inefficace per difetto del potere rappresentativo** (artt. 1398 e 1399 c.c.). La sorte del contratto è invece una **questione effettuale**, da risolvere con lo strumento dell'inefficacia relativa o della caducazione automatica.

13. I concorrenti alle procedure per la stipula dei contratti pubblici

In linea con l'impostazione accolta con il precedente impianto codicistico, anche il D.Lgs. 36/2023 prevede, per l'accesso alle procedure a evidenza pubblica (e in alcuni casi, per la mera conclusione di un contratto con la P.A.), la necessaria **sussistenza di una serie di requisiti** che possono essere suddivisi in quattro categorie: **morali** (o generali), **formali**, **economico-finanziari e tecnici-professionali** (artt. 65 e ss.).

La struttura della gara pubblica prevede che, in sede di offerta o di domanda di partecipazione, **i concorrenti, in forma individuale o associata** (i raggruppamenti di imprese, orizzontali o verticali) **presentino le proprie offerte attraverso l'utilizzo del documento di gara unico europeo e che dimostrino il possesso dei requisiti** attraverso l'utilizzo delle dichiarazioni sostitutive di cui agli artt. 46 e 47 del D.P.R. 28 dicembre 2000, n. 445.

Solo in un secondo momento, **tramite sorteggio a campione** in corso di gara, ovvero all'esito della procedura nei confronti dei primi due classificati, le stazioni appaltanti procedono a richiedere la **comprova dei requisiti dichiarati** dai concorrenti. Questi dovranno, dunque, farsi parte attiva e procedere a fornire alla P.A. tutta la documentazione necessaria.

Le cause di esclusione dalla gara sono rette dal c.d. **principio di tassatività** (art. 10) con il divieto per le Stazioni Appaltanti di prevedere diverse e ulteriori cause di esclusione nella *lex specialis*, pena la nullità delle stesse: l'esclusione, quindi, può essere disposta solo in applicazione di una specifica causa indicata dalla legge.

Tale principio è stato da ultimo ribadito anche dall'**Adunanza Plenaria del Consiglio di Stato** (16 ottobre 2020, n. 2), la quale ha precisato che **le clausole escludenti** del disciplinare di gara che si pongano in violazione dell'art. 83, comma 8, del Codice dei contratti pubblici sono da considerare non già annullabili, bensì **affette da nullità parziale** di cui all'art. 1419, comma 2, del Codice civile. Ne discende che, da un lato, **detta nullità non si estende al provvedimento nel suo complesso** (in ossequio al noto brocardo: *vitiatur sed non vitiat*); d'altro lato, non sussiste l'onere per l'impresa esclusa di proporre alcun ricorso, atteso che tale clausola – in quanto inefficace e improduttiva di effetti – si deve intendere come “non apposta”, a tutti gli effetti di legge.



L'istituto dell'**avvalimento** (art. 104 del codice del 2023) consente agli operatori economici (singoli o in raggruppamento) di partecipare alle procedure di evidenza pubblica **integrando i propri requisiti di partecipazione con quelli di altri operatori economici**, avvalendosi dei mezzi, degli strumenti o delle risorse in possesso di questi ultimi.

Tale istituto è stato storicamente oggetto di spinte – di matrice prevalentemente sovranazionale – volte a una decisa liberalizzazione e alla sistematica rimozione di restrizioni normative. In tale contesto, l'attuale intervento riformatore del D.Lgs. 36/2023 appare ispirato all'ampliamento del raggio operativo dell'istituto.

Un notevole rilievo – sebbene nella successiva fase esecutiva – assume poi l'istituto del **subappalto**, potenziato e liberalizzato dall'art. 119 del codice del 2023.

Il subappalto è il **contratto con il quale l'appaltatore affida a terzi l'esecuzione di parte delle prestazioni o lavorazioni oggetto del contratto di appalto** e comunque qualsiasi contratto avente a oggetto attività del contratto di appalto ovunque espletate che richiedono l'impiego di manodopera.

L'istituto in questione, a partire dall'approvazione del D.Lgs. 50/2016, ha registrato una storia "tribolata", in quanto oggetto di spinte liberalizzatrici di matrice unionale, da un lato, e di una inclinazione più restrittiva a livello interno, dall'altro.

Ad ogni buon conto, la spinta liberalizzatrice unionale ha avuto la prevalenza, anche per evitare procedure di infrazione nelle quali l'Italia rischiava di incorrere in via definitiva per effetto delle eccessive limitazioni in spregio del divieto di *gold plating* (cfr., da ultimo, lettera di costituzione in mora dello Stato italiano da parte della Commissione UE del 6 aprile 2022, nell'ambito della procedura di infrazione a carico dell'Italia 2018/2273).

Il nuovo codice, al fine di ridurre gli oneri documentali ed economici a carico dei soggetti partecipanti nonché per limitare le esclusioni di concorrenti da procedure di affidamento di contratti pubblici (e, quindi, deflazionare il relativo contenzioso), nel solco tracciato dal precedente codice, ha **potenziato**, all'art. 101, il **soccorso istruttorio**. L'istituto in parola consente il superamento delle carenze di qualsiasi elemento formale della domanda di partecipazione, del documento di gara unico europeo (DGUE) – riguardo ad esso, invero, è al vaglio del Consiglio di Stato la soccorribilità per il caso di sua totale mancanza – e delle dichiarazioni, fatta eccezione di quelle relative all'offerta tecnica e di quella economica.

Chiave ermeneutica della norma è, pertanto, la leale collaborazione delle parti (stazione appaltante e operatori economici), corollario del **principio della fiducia** di cui all'art. 2 del Codice.



Particolare rilievo assume sul tema la pronuncia del Cons. Stato, sez. V, 21 agosto 2023, n. 7870 (più di recente confermata da **Cons. Stato, Ad. Plen., 9 giugno 2025, n. 6**, pronunciatasi in merito alla soccorribilità del mancato pagamento del contributo ANAC), secondo cui si deve, in ogni caso, puntualizzare, sotto un profilo funzionale, la necessaria distinzione tra:

- a) **soccorso integrativo o completivo** (comma 1, lett. a) dell'art. 101, cit. non difforme dall'art. 83, comma 9 del D.Lgs. 50/2016), che mira, in termini essenzialmente quantitativi, al recupero

di carenze della c.d. documentazione amministrativa necessaria alla partecipazione alla gara (con esplicita esclusione, quindi, della documentazione inerente all'offerta, sia sotto il profilo tecnico sia sotto il profilo economico), sempreché non si tratti di documenti acquisibili direttamente dalla stazione appaltante (in prospettiva, tramite accesso al fascicolo virtuale dell'operatore economico);

- b) **soccorso sanante** (comma 1 lett. *b*), anche qui non difforme dall'art. 83, comma 9 del D.Lgs. 50/2016), che consente, in termini qualitativi, di rimediare a omissioni, inesattezze o irregolarità della documentazione amministrativa (con il limite della irrecuperabilità di documentazione di incerta imputazione soggettiva, che varrebbe a rimettere in gioco domande inammissibili);
- c) **soccorso istruttorio in senso stretto** (comma 3), che – recuperando gli spazi già progressivamente riconosciuti dalla giurisprudenza alle forme di soccorso c.d. procedimentale – abilita la stazione appaltante (o l'ente concedente) a sollecitare chiarimenti o spiegazioni sui contenuti dell'offerta tecnica e/o dell'offerta economica, finalizzati a consentirne l'esatta acquisizione e a ricercare l'effettiva volontà dell'impresa partecipante, superandone le eventuali ambiguità, a condizione di pervenire ad esiti certi circa la portata dell'impegno negoziale assunto, e fermo in ogni caso il divieto (strettamente correlato allo stringente vincolo della *par condicio*) di apportarvi qualunque modifica;
- d) **soccorso correttivo** (comma 4): che, in realtà, a differenza delle altre ipotesi – rispetto alle quali si atteggia, peraltro, a fattispecie di nuovo conio, come tale insuscettibile, almeno in principio, di applicazione retroattiva – prescinde dall'iniziativa e dall'impulso della stazione appaltante o dell'ente concedente (sicché non si tratta, a rigore, di soccorso in senso stretto), abilitando direttamente il concorrente, fino al giorno di apertura delle offerte, alla rettifica di errori che ne inficino materialmente il contenuto, fermo il duplice limite formale del rispetto dell'anonimato e sostanziale della immodificabilità contenutistica.

Quanto, invece, al **soccorso istruttorio processuale**, il Cons. Stato, sez. III, 27 novembre 2023, n. 10166 ha rilevato che il perimetro applicativo di tale istituto – di natura pretoria – corrisponde a quello che caratterizza il “soccorso istruttorio” nella sua tipica forma procedimentale, disciplinata dall'art. 101, cit. Secondo l'orientamento giurisprudenziale che ammette il “soccorso istruttorio processuale”, il giudizio può rappresentare la sede per il compimento di quelle verifiche, funzionali all'accertamento della sussistenza del requisito di partecipazione non dichiarato dal concorrente, illegittimamente omesse dalla stazione appaltante, previo invito all'impresa ad integrare/regolarizzare le dichiarazioni carenti/incomplete/irregolari, in ossequio ad elementari principi di economicità dell'azione amministrativa e di effettività della tutela giurisdizionale.

14. Gli oneri e i costi di sicurezza

Nell'ambito della formulazione delle offerte particolare rilevanza assume la **quantificazione degli oneri relativi alla sicurezza**.

Come chiaramente esposto dalla delibera ANAC 8 febbraio 2017, n. 100, gli importi della sicurezza **si distinguono in costi della sicurezza e in oneri aziendali di sicurezza**. L'individuazione dei primi spetta alla stazione appaltante; la determinazione e l'indicazione in sede di offerta degli oneri aziendali della sicurezza costituisce, invece, un obbligo posto a carico degli operatori economici concorrenti.

I primi non sono soggetti a ribasso; i secondi individuano quegli oneri che l'impresa sostiene relativamente sia all'organizzazione della sicurezza aziendale sia alla gestione e organizzazione del cantiere e devono essere obbligatoriamente indicati dalle stesse nelle rispettive offerte, costituendone un elemento essenziale.

Sulla questione ha da ultimo preso posizione anche la **Corte di Giustizia**, la quale ha affermato la piena **compatibilità con i principi della certezza del diritto, della parità di trattamento e di trasparenza**, quali contemplati nella direttiva 2014/24/UE del Parlamento europeo e del Consiglio, del 26 febbraio 2014, sugli appalti pubblici e che abroga la direttiva 2004/18/CE, di una normativa nazionale secondo la quale *“la mancata indicazione separata dei costi della manodopera, in un'offerta economica presentata nell'ambito di una procedura di aggiudicazione di un appalto pubblico, comporta l'esclusione della medesima offerta senza possibilità di soccorso istruttorio, anche nell'ipotesi in cui l'obbligo di indicare i suddetti costi separatamente non fosse specificato nella documentazione della gara d'appalto, sempreché tale condizione e tale possibilità di esclusione siano chiaramente previste dalla normativa nazionale relativa alle procedure di appalti pubblici espressamente richiamata in detta documentazione. Tuttavia, se le disposizioni della gara d'appalto non consentono agli offerenti di indicare i costi in questione nelle loro offerte economiche, i principi di trasparenza e di proporzionalità devono essere interpretati nel senso che essi non ostano alla possibilità di consentire agli offerenti di sanare la loro situazione e di ottemperare agli obblighi previsti dalla normativa nazionale in materia entro un termine stabilito dall'amministrazione aggiudicatrice”*.

15. La disciplina dei contratti sotto-soglia. Il principio di rotazione

L'art. 48 introduce la Parte I del Libro II del Codice (artt. 48-55 e All. II.1), dedicata a raccogliere unitariamente l'insieme delle disposizioni riferite ai c.d. contratti sotto-soglia (la soglia è fissata dall'art. 14), ispirate a una **logica di semplificazione rispettosa del divieto di gold plating** (divieto di accedere a livelli di regolazione non richiesti dalla normativa europea ed eccentrici rispetto agli scopi competitivi da perseguire: **Corte cost. 100/2020**).

Il codice si riferisce agli appalti sotto-soglia, ma la dottrina prevalente reputa che la *ratio* ne giustifichi l'estensione, *mutatis mutandis*, alle concessioni.

A differenza del previgente D.Lgs. 50/2016, il decreto n. 36, cit. prevede espressamente che l'affidamento e l'esecuzione dei contratti sotto-soglia devono ispirarsi ai **principi comuni che riguardano tutti gli affidamenti delle stazioni appaltanti, a prescindere dal loro importo**. Tali principi sono riepilogati al Libro I, Parti I e II, della novella legislativa.

La novità di maggior rilievo consiste nell'**estensione ai contratti sotto-soglia del regime delle procedure ordinarie sopra-soglia di cui alle parti II e seguenti del Libro II** qualora la stazione appaltante accerti la **sussistenza di un interesse transfrontaliero** (sulla base di parametri come la vicinanza alla soglia, il luogo di esecuzione della prestazione prossimo alla frontiera, le manifestazioni di interesse di operatori di altri Stati, la specificità tecnologica della prestazione); in tale caso, infatti, si applicano le procedure ordinarie (art. 48, comma 2).

L'art. 49 del D.Lgs. 36/2023 dispone che l'affidamento e l'esecuzione di lavori, servizi e forniture di importo inferiore alle soglie di rilevanza europea avvengono nel rispetto del **principio di rotazione**.

In via generale, tale principio è ispirato all'esigenza di **garantire la massima partecipazione, l'imparzialità e la trasparenza nelle procedure a evidenza pubblica**, cercando di riequilibrare e implementare le dinamiche competitive del mercato in cui il gestore uscente è in una posizione di vantaggio rispetto alle altre imprese concorrenti.

Tale regola è, dunque, senza dubbio servente e strumentale rispetto al **principio di concorrenza**, dovendo trovare applicazione nei limiti in cui non incida su quest'ultimo.

Nonostante la giurisprudenza sia piuttosto oscillante sul punto, il rispetto del principio di rotazione degli affidamenti e degli inviti fa sì che **l'affidamento o il reinvito al contraente uscente abbiano carattere eccezionale e richiedano un onere motivazionale più stringente**.

In particolare, la stazione appaltante deve motivare tale scelta in considerazione:

- i) della particolare struttura del mercato;
- ii) della riscontrata effettiva assenza di alternative;
- iii) del grado di soddisfazione maturato a conclusione del precedente rapporto contrattuale;
- iv) della competitività del prezzo offerto rispetto alla media dei prezzi praticati nel settore di mercato di riferimento.

Sezione III

Contenzioso e autotutela

1. Il riparto di giurisdizione

Con riferimento specifico ai contratti disciplinati dal Codice dei contratti pubblici, si evidenzia che, aderendo alla tesi prevalente secondo cui la **posizione soggettiva dell'aggiudicatario-potenziale contraente** vada qualificata, alla stregua di quanto statuito dagli artt. 17 e 18, in termini di **interesse legittimo pretensivo**, deve concludersi che le controversie inerenti alla mancata definizione della procedura e stipula del contratto rientrano nella giurisdizione del G.A. in base al **normale criterio di riparto**.

Tale orientamento appare in linea con la *ratio* della giurisdizione esclusiva, ossia con l'estensione della giurisdizione a posizioni di diritto soggettivo. Se, infatti, sino all'adozione del provvedimento di aggiudicazione si rientra nella fase pubblicistica caratterizzata dalla sussistenza di sole posizioni di interesse legittimo e lo iato temporale intercorrente tra l'aggiudicazione e la stipulazione costituisce una sorta di "zona grigia" in cui le posizioni soggettive assumono natura al limite tra l'interesse e il diritto, **la giurisdizione esclusiva non viene meno con l'aggiudicazione, ma permane sino alla stipulazione**.

Sulla giurisdizione in tema di responsabilità precontrattuale è da registrare un contrasto tra Consiglio di Stato e Cassazione. Il nuovo codice, invero, pur se non in via esplicita, opta per la **giurisdizione amministrativa** con riferimento non solo ai danni cagionati dalla P.A. nel corso della procedura, ma anche ai **pregiudizi arrecati da comportamenti scorretti da parte dei partecipanti alla gara** nei confronti sia dell'Amministrazione che degli altri competitori (artt. 2, 5 e 209, di modifica dell'art. 124 c.p.a.).

Tuttavia, anche dopo il nuovo codice, **Cass., Sez. Un., 29 febbraio 2024**, n. 5441, ha affermato che la domanda risarcitoria proposta da una stazione appaltante per mancata stipula del contratto rientra nella competenza giurisdizionale dell'Autorità giudiziaria ordinaria.

CAPITOLO 1

Ambiente

Sommario: **1.** La nozione di ambiente: ambiti di tutela. - **2.** Fondamento costituzionale e riparto di competenze legislative. - **3.** Quadro generale: i principi europei: 3.1 *Il principio di integrazione*; 3.2 *Il principio di proporzionalità*; 3.3 *Il principio di precauzione*; 3.4 *Il principio di cooperazione*; 3.5 *Il principio “chi inquina paga”*: rinvio; 3.6 *I principi di sussidiarietà e di adeguatezza*; 3.7 *Il principio dell’elevato livello di tutela*. - **4.** Le procedure ambientali: 4.1 *La valutazione ambientale strategica (VAS)*; 4.2 *La valutazione di impatto ambientale (VIA)*; 4.3 *L’autorizzazione integrata ambientale (AIA)*; 4.4 *Autorizzazione unica ambientale (AUA)*; 4.5 *Migliori tecniche disponibili (Best available techniques - BAT)*. - **5.** Diritto di accesso alle informazioni ambientali. - **6.** L’istituto del silenzio assenso in materia ambientale. - **7.** La gestione dei rifiuti e la nozione di End of Waste. - **8.** Transizione ecologica e discrezionalità amministrativa. - **9.** Il danno ambientale, tra diritto nazionale e normativa europea: 9.1 *La legittimatio ad causam di associazioni e comitati a difesa del diritto dell’ambiente*; 9.2 *Le azioni di prevenzione e ripristino*; 9.3 *Risarcimento del danno in forma specifica e per equivalente*; 9.4 *Segue: Alcune criticità della disciplina*; 9.5 *Il risarcimento da danno ambientale all’esame dell’Adunanza Plenaria*: 9.5.1 *La rimessione della Plenaria alla Corte di Giustizia (ord. 21/2013)*; 9.5.2 *Il risarcimento da danno ambientale all’esame della Corte di Giustizia dell’Unione Europea (sent. 4 marzo 2015, c. n. 534/2013)*; 9.5.3 *La posizione delle Sezioni Unite della Corte di Cassazione (sent. 1° febbraio 2023, n. 3077)*; 9.5.4 *Considerazioni di sintesi sui termini del dibattito e permeanti fibrillazioni giurisprudenziali sul regime della responsabilità*. - **10.** Sanzioni amministrative. - **11.** Riparto di giurisdizione. - **12.** Il diritto al clima e il contenzioso climatico: la sopravvivenza dell’umanità ha disperatamente bisogno di un giudice coraggioso.

1. La nozione di ambiente: ambiti di tutela

Nell’era moderna si registra una crescente attenzione verso le problematiche connesse all’ambiente, quale *locus* nel quale si svolge la vita dei consociati. Al fine di garantire una qualità della vita sostenibile e un ecosistema salubre alle giovani generazioni, il Legislatore ha previsto un impianto normativo via via più robusto a tutela dell’ambiente.

In via preliminare, va chiarito che l’“ambiente” costituisce un **concetto metagiuridico** assai complesso, che involge realtà fenomeniche notevolmente estese e composite, quali la biosfera, l’ecosistema, il paesaggio e l’ambiente urbanizzato.

Di qui la **difficoltà a individuare una definizione normativa**, pur necessaria per perimetrare l’oggetto di tutela e per dettare una specifica normativa di settore. A fronte del silenzio del Legislatore, la dottrina e la giurisprudenza hanno offerto importanti contributi.

In un noto saggio, MASSIMO SEVERO GIANNINI osservava come l'ambiente non poteva essere inteso come **un bene in sé o come autonoma nozione giuridica**, dovendosi piuttosto considerare una **sintesi di una pluralità di interessi giuridicamente rilevanti**. In tal senso, il contenuto giuridico della disciplina ambientale veniva suddiviso in tre macro-settori:

- a) la disciplina di tutela del paesaggio e dell'interesse storico culturale (*c.d. nozione culturale*);
- b) la disciplina di tutela dalle forme di inquinamento dell'aria, del suolo e dell'acqua (*c.d. nozione sanitaria*);
- c) la disciplina di tutela del territorio (*c.d. nozione urbanistica*).

La **tesi pluralista** era certamente coerente con il quadro normativo dell'epoca.

In Italia, come in varia misura in tutti i Paesi, esistevano infatti solo normative di settore, finalizzate alla protezione di profili specifici ed eterogenei, quali igiene, salute, arte e assetto del territorio, solo in senso lato riconducibili all'ambiente e alla sua protezione come bene autonomo. Le relative funzioni amministrative di tutela erano dislocate nell'ambito delle funzioni ordinarie degli apparati già esistenti: nel panorama legislativo era viceversa assente un qualsiasi elemento idoneo a conferire sistematicità alla materia.

La crescente problematicità delle questioni ambientali, l'attenzione ad esse riservata sia in sede internazionale che in ambito europeo e la conseguente espansione della produzione normativa hanno successivamente posto le basi per il superamento dell'impostazione pluralista, in favore di una **ricostruzione unitaria** dell'istituto ambientale e delle relative misure giuridiche di tutela.

Sul piano normativo, i primi cenni di questa tendenza possono essere individuati nei provvedimenti istitutivi del superato Ministero per i beni culturali ed ambientali (L. 29 gennaio 1975, n. 5; D.P.R. 3 dicembre 1975, n. 805) e nelle norme relative al riparto delle attribuzioni tra Stato, Regioni e Enti locali (D.P.R. 24 luglio 1977, n. 616; D.Lgs. 31 marzo 1998, n. 112).

Sono poi stati previsti indicatori più eloquenti della volontà del Legislatore di elevare l'ambiente ad oggetto dotato di **identità propria e come tale suscettibile di autonoma protezione**: si pensi, a titolo esemplificativo, all'istituzione del Ministero dell'ambiente ad opera della L. 8 luglio 1986, n. 349.

Accanto all'evoluzione normativa, una seconda fonte di consolidamento della nozione di ambiente come autonomo bene giuridico si è avuta ad opera della giurisprudenza, la quale, **in assenza di riferimenti costituzionali espressi sul punto**, ha progressivamente individuato l'esistenza di situazioni soggettive protette, affermando l'esistenza di un diritto soggettivo all'ambiente sano.



Alla fine degli anni Settanta, la Suprema Corte di Cassazione riconosceva la tutela del diritto all'ambiente salubre in quanto **strettamente collegato al diritto di proprietà** (Cass., Sez. Un., 9 marzo 1979, n. 1463) o **al diritto alla salute** (Cass., Sez. Un., 6 ottobre 1979, n. 4172).

A ben vedere, l'ambiente non veniva ancora percepito come un bene giuridico autonomo, ricollegandosi la tutela ad altre posizioni giuridiche soggettive.

A partire dal 2001, la Consulta ha concluso che l'ambiente configura un **valore costituzionalmente protetto**, che, in quanto tale, delinea una sorta di **materia “transversale”**, in ordine alla quale si manifestano competenze diverse, che possono essere regionali, mentre spetta allo Stato assumere le determinazioni che rispondono alle esigenze di disciplina uniforme sull'intero territorio nazionale (**Corte cost. 12/2009**).

Il carattere primario riconosciuto alla tutela dell'ambiente non comporta però la prevalenza assoluta rispetto ad altri interessi costituzionalmente protetti.

Sul punto, occorre rammentare che non è auspicabile una gerarchia astratta tra i valori costituzionali dovendo invece assicurarsi un ragionevole bilanciamento tra diritti fondamentali.

Tale considerazione si pone in linea di continuità con l'insegnamento secondo cui **tutti i diritti fondamentali tutelati dalla Costituzione si trovano in rapporto di integrazione reciproca, essendo impossibile individuarne uno prevalente**. Se così non fosse, si verificherebbe l'illimitata espansione di uno dei diritti, che diverrebbe “tiranno” nei confronti delle altre situazioni giuridiche costituzionalmente riconosciute e protette, che costituiscono, nel loro insieme, espressione della dignità della persona (**Corte cost. 85/2013**).

Anche il diritto europeo ha sviluppato una propria nozione di “ambiente”, adottando una tecnica di delimitazione sistematica dei settori di applicazione dei precetti normativi, attraverso la definizione dei concetti generali di paesaggio, inquinamento, territorio, rifiuto, ecc., ancora prima di dettare le norme di procedimento e tutela (FALZONE).

In particolare, il **Trattato istitutivo della Comunità europea**, aggiornato ed integrato dal **Trattato di Nizza del 26 febbraio 2001** (entrato in vigore il 1° febbraio 2003), definisce la politica ambientale come un principio informatore dell'azione della Comunità.

L'intero Titolo XIX del Trattato è intitolato alla salvaguardia delle esigenze connesse con la tutela dell'ambiente.

È necessario altresì menzionare il **Trattato di Amsterdam del 2 ottobre 1997** (artt. 174 e 175), nonché la **“Dichiarazione sull'ambiente” del Consiglio europeo del 26 giugno 1990**.

Infine, la natura fondamentale del diritto all'ambiente salubre è stata confermata, a livello sovranazionale, dalla **Corte Europea dei Diritti dell'Uomo, sez. I, 24 gennaio 2019, n. 54414**, la quale, nel noto caso ILVA, ha condannato l'Italia per non avere adottato misure in grado di tutelare il diritto degli abitanti a vivere in un ambiente salubre.

2. Fondamento costituzionale e riparto di competenze legislative

Preso atto che l'ambiente costituisce **valore primario** occorre evidenziarne il fondamento costituzionale.

Anteriormente alla riforma del Titolo V della Parte II della Costituzione (L. cost. 18 ottobre 2001, n. 3), nella Carta fondamentale non si faceva menzione dell'ambiente.

I riferimenti più risalenti della giurisprudenza costituzionale, invero, ne rinvenivano la base positiva negli **artt. 9 e 32 Cost.**, che tutelano rispettivamente il paesaggio e il patrimonio storico e artistico della Nazione e il diritto alla salute, nella sua duplice dimensione individuale e collettiva.

La tutela del bene ambiente è stata, infine, fondata sull'**art. 2 Cost.**, che riconosce **i diritti inviolabili dell'uomo sia come singolo sia nelle formazioni sociali ove si svolge la sua personalità**, e sull'**art. 41 Cost.**, nell'ottica di un bilanciamento tra gli interessi ambientali e il principio costituzionalmente rilevante dell'iniziativa economica, **che non può svolgersi in contrasto con la utilità sociale o in modo da recare danno alla sicurezza, alla libertà, alla dignità umana**.

Un primo significativo riconoscimento costituzionale al bene “ambiente” è avvenuto solo a seguito della menzionata riforma del Titolo V.

L'art. 117, comma 2, lett. s), Cost. invero, affida alla legislazione esclusiva dello Stato “*la tutela dell'ambiente, dell'ecosistema e dei beni culturali*”, mentre “*la valorizzazione dei beni culturali e ambientali e promozione e organizzazione di attività culturali*” (art. 117, comma 3, Cost.) è affidata alla potestà legislativa concorrente di Stato e Regioni. Il riferimento alla “*tutela dell'ambiente, dell'ecosistema e dei beni culturali*” è stato pacificamente ritenuto attributivo di dignità di valore costituzionale fondamentale.

La **ratio** sottesa alla riforma si ravvisa nell'intento di assicurare **standard di tutela uniformi sul territorio nazionale** (legislazione esclusiva dello Stato), ammettendo comunque la competenza regionale in relazione alla salvaguardia di interessi funzionalmente collegati con quelli ambientali.

Da questo punto di vista, le regioni **possono** introdurre discipline dirette ad **incrementare i livelli della tutela ambientale**, senza però compromettere il punto di equilibrio tra esigenze contrapposte espressamente individuato dalla norma dello Stato; nel mentre, **in nessun caso**, gli è consentito di apportare **deroghe in peius** rispetto ai parametri di tutela dell'ambiente fissati dalla normativa statale.

La crescente attenzione della sensibilità sociale – e conseguentemente del Legislatore costituzionale – alle tematiche ambientali è da ultimo sfociata nella **riforma degli artt. 9 e 41 Cost.**, i quali, **come novellati dalla L. cost. 11 febbraio 2022, n. 1 riconoscono espressamente la natura fondamentale del bene ambiente**.

Sul tema merita menzione la decisione della **Consulta del 17 giugno 2024, n. 105**, la quale ha per la prima volta fatto applicazione dei nuovi principi contenuti negli art. 9 e 41 Cost.

Tenendo conto dei nuovi precetti costituzionali, la Corte ha infatti ritenuto compatibile con la Costituzione la previsione della facoltà per il Governo di individuare direttamente misure che consentano di assicurare continuità produttiva, contenendo il più possibile i rischi per l'ambiente e la salute. Tanto, purché le misure in questione intervengano ad arginare una situazione di crisi solo in via provvisoria e tendano a realizzare un rapido risanamento della situazione ambientale compromessa determinata da specifiche attività produttive, e **non invece a consentirne indefinitamente la prosecuzione attraverso un semplice abbassamento del livello di tutela di tali beni**. La **moderna nozione di ambiente**, resa evidente allo spettro dal danno universale da cambiamento climatico, segna, ormai, il passaggio da **una visione antropocentrica nel rapporto tra uomo e natura** (che trova alimento nelle radici giudaico-cristiane) a **una visione eco-centrica o biologica** (a cui allude il riferimento dell'art. 9 Cost. all'ecosistema e alla

biodiversità come elementi aggiunti all'ambiente) **che riconosce la natura come bene autonomo** e, quindi, come valore in sé che teoricamente potrebbe porsi in contrasto con le esigenze contingenti degli esseri umani.

Non è, quindi, seriamente discutibile che **il diritto diffuso all'integrità dell'ambiente salubre (o a un ambiente sano e sostenibile)** sia **un diritto assoluto e perfetto qualificabile come diritto umano o diritto della personalità**, quale valore in sé oltre che come diritto connesso alla salute umana (Convenzione Aarhus del 25 giugno 1998: *“una tutela ambientale adeguata è essenziale per il benessere dell'uomo”*); la **natura fondamentale del diritto all'ambiente salubre è suffragata dall'art. 9 Cost.** in combinato disposto con gli artt. 2 e 32 della Carta fondamentale), **dal Trattato di Nizza** (secondo cui la politica ambientale è principio informatore dell'azione della Comunità), dall'**art. 194 TFUE e dagli artt. 2 e 9 della CEDU**.

3. Quadro generale: i principi europei

Chiarita la nozione di ambiente ed esaminate le disposizioni più rilevanti della Costituzione italiana che possono essere ricondotte alla materia ambientale, è utile, soffermarsi sull'**ordinamento europeo**.

In particolare, **l'art. 191 TFUE consacra i tre principi-base di gestione dell'ambiente**: il principio della prevenzione e della correzione alla fonte dei danni causati all'ambiente; il principio *“chi inquina paga”*; e il principio precauzionale.

Inoltre, assai significativo sul tema appare il testo della Costituzione europea, che, sebbene mai adottata, rappresenta comunque uno dei principali punti di riferimento interpretativi unionali, anche con riferimento alle politiche ambientali.

Non può infine sottacersi la crescente attenzione dell'Unione Europea anche ai profili repressivo-sanzionatori degli illeciti ambientali in materia penale: sul tema si segnala la recentissima **Direttiva UE 2024/1203 dell'11 aprile 2024**, la quale stabilisce norme minime per la **definizione dei reati e delle sanzioni al fine di tutelare più efficacemente l'ambiente**, nonché per le misure finalizzate alla prevenzione e al contrasto della criminalità ambientale e all'applicazione efficace del diritto ambientale dell'Unione. La disposizione comunitaria, inoltre, reca un catalogo di condotte che gli Stati membri sono tenuti a incriminare e punire con sanzioni penali effettive, proporzionate e dissuasive.

3.1 *Il principio di integrazione*

Nella sua Prima Parte, tra gli *“Obiettivi”*, il Trattato prevede al **comma 3 dell'art. I-3**, che l'Unione si deve adoperare *“per lo sviluppo sostenibile dell'Europa, basato su una crescita economica equilibrata e sulla stabilità dei prezzi, su un'economia sociale di mercato fortemente competitiva, che mira alla piena occupazione e al progresso sociale, e su un elevato livello di tutela e di miglioramento della qualità dell'ambiente”*, promuovendo allo stesso tempo il progresso scientifico e tecnologico.

Attualmente, **l'art. 194 TFUE** impone di tenere conto *“dell'esigenza di preservare e migliorare l'ambiente”*, con ciò assicurando l'integrazione dell'ambiente nella politica economica dell'Unione Europea.

Lo scopo del principio di integrazione, pertanto, è proprio quello di assicurare che gli aspetti ambientali vengano tenuti in adeguata considerazione nel momento in cui le istituzioni europee si trovano a dover realizzare le altre politiche.

Le azioni concernenti la tutela ambientale sono “trasversali”, nel senso che anche le altre politiche impattano necessariamente sull’ambiente; inoltre, l’esperienza ha mostrato che i maggiori rischi per la tutela ambientale provengono proprio dall’attuazione delle decisioni riguardanti altri settori politici.

In ossequio al principio di integrazione, in definitiva, **le Istituzioni comunitarie hanno il dovere di bilanciare le misure proprie di ciascuna azione con le esigenze di tutela ambientale** e, quindi, di tenere in adeguata considerazione tali valori in sede di definizione e di attuazione delle politiche dell’Unione Europea.

3.2 Il principio di proporzionalità

Tra i principi più rilevanti nella materia del diritto ambientale, vi è quello di proporzionalità, secondo il quale **le limitazioni alle “libertà comunitarie”** (commercio, circolazioni delle merci ecc.), **non devono eccedere rispetto al perseguimento della tutela ambientale.**

Tali conclusioni sono state a più riprese ribadite dalla Corte di Giustizia UE, la quale ha rimarcato che il diritto unionale non osta a una normativa nazionale che adotti disposizioni restrittive alla libera circolazione delle merci, se hanno lo scopo di tutelare l’ambiente, ove idonei a conseguire tali obiettivi e non eccedono quanto necessario a tale fine (C.G.U.E., sez. III, 19 gennaio 2023, n. 147).

3.3 Il principio di precauzione

Ai sensi dell’**art. 174, comma 2 del Trattato di Lisbona**, la politica euro-unitaria in materia ambientale “è fondata sui principi della precauzione e dell’azione preventiva, sul principio della correzione, in via prioritaria alla fonte, dei danni causati all’ambiente, nonché sul principio «chi inquina paga»”, in tal modo assunto come fattore autonomo e distinto dai principi di prevenzione e correzione.

Il principio di precauzione, introdotto dal Trattato di Maastricht nel 1993, trova la sua origine nell’**art. 15 della Dichiarazione di Rio De Janeiro del 1992**, firmata in occasione della Conferenza delle Nazioni Unite sull’Ambiente e lo Sviluppo, la quale prevedeva originariamente che “*ove vi siano minacce di danno serio o irreversibile, l’assenza di certezze scientifiche non deve essere usata come ragione per impedire che si adottino misure di prevenzione della degradazione ambientale*”.

Il principio è stato poi trasfuso nella Comunicazione della Commissione sul principio di precauzione del 2000, ove si è ribadito che esso costituisce un elemento di valutazione nell’analisi e nella gestione del rischio. Detto criterio trova applicazione soprattutto nei casi in cui **i riscontri scientifici siano insufficienti** e **le valutazioni preliminari** indichino che esistono ragioni per ritenere che **gli effetti potenzialmente pericolosi** sull’ambiente possano risultare incompatibili con il livello di protezione prescelto dalle istituzioni comunitarie. Da questo punto di vista, quindi, l’incertezza scientifica non

osta alla previsione di misure protezione. In altri termini, il Legislatore e la pubblica amministrazione possono adottare misure efficaci per favorire la prevenzione ambientale anche nel caso in cui non vi sia certezza in ordine alle nocività o meno di un dato fenomeno.

L'azione politica deve inoltre basarsi su un attento esame del rapporto costi/benefici ed essere oggetto di revisione alla luce dei dati scientifici.

Sul tema, la Corte di Giustizia ha affermato che le Autorità pubbliche, pur in presenza di incertezze scientifiche, sono tenute all'adozione di misure appropriate al fine di prevenire taluni **rischi potenziali** per l'ambiente, facendo così prevalere le esigenze connesse alla protezione di tali interessi nei confronti di quelli economici.

Il principio di precauzione costituisce quindi un **rafforzamento della prevenzione**, richiedendo un intervento di tutela anche **in caso di dubbio** in ordine al verificarsi di un determinato danno di natura ambientale.

Il principio di precauzione costituisce, tra l'altro, il punto di partenza dell'art. 6, par. 2, della “Direttiva Habitat” (Direttiva 92/43/CEE), che prescrive che *“Gli Stati membri adottano le opportune misure per evitare nelle zone speciali di conservazione il degrado degli habitat naturali e degli habitat di specie nonché la perturbazione delle specie per cui le zone sono state designate, nella misura in cui tale perturbazione potrebbe avere conseguenze significative per quanto riguarda gli obiettivi della presente Direttiva”*.

Ebbene, tale disposizione normativa disciplina l'ipotesi specifica del “*degrado degli habitat*”, senza distinguere se tale degrado sia ancora potenziale o se è già in corso, potendo tale distinzione incidere solo sulla tipologia e sulla portata delle misure, ma non sulla loro doverosità. Peraltro, il par. 6.2 impone agli Stati membri di adottare tutte le “*opportune misure*” per garantire che non si verifichino, o che si interrompano, un “*degrado*” o una “*perturbazione*” significativi, onde evitare qualsiasi peggioramento, causato dall'uomo o di origine naturale prevedibile, degli *habitat* naturali e degli *habitat* di specie (Cons. Stato, sez. IV, 30 aprile 2024, cit.).



3.4 Il principio di cooperazione

L'obbligo di prevenire danni ambientali obbliga gli Stati a cooperare tra loro.

Questo dovere deve essere adempiuto con rigore e in modo costante nel tempo al fine di proteggere l'integrità dei territori di confine ovvero per gestire nel migliore dei modi le risorse naturali che coinvolgono i territori di più nazioni.

Tale dovere è consacrato dall'**art. 24 della Dichiarazione di Stoccolma**, dall'**art. 27 della Dichiarazione di Rio De Janeiro**, nonché in alcuni **trattati internazionali di carattere settoriale**, come la **Convenzione di Montego Bay del 1982** sul diritto del mare e la **Convenzione di Basilea del 1989** sul controllo dei movimenti transfrontalieri dei rifiuti pericolosi e sul loro smaltimento.

Il principio in esame è inscindibilmente connesso agli obblighi di prevenzione e si colloca quale parte integrante del diritto internazionale generale. Cooperare in modo proficuo, invero, può comportare l'adempimento di alcuni obblighi procedurali: tra questi, il dovere di acquisire attraverso lo svolgimento di una previa valutazione di impatto ambientale tutte le informazioni tecniche necessarie per stimare rischi di possibili danni transfrontalieri.

3.5 Il principio “chi inquina paga”: rinvio

Quando l'azione preventiva si rivela inefficace e non impedisce il verificarsi di gravi forme di inquinamento, il diritto internazionale ambientale riconosce il **principio del polluter pays: chi inquina deve sostenere i costi dell'inquinamento, tenendo indenne il pubblico da questi danni** (c.d. internalizzazione dei costi ambientali).



Le **Sezioni Unite della Corte di Cassazione** con **sent. 1° febbraio 2023, n. 3077** hanno peraltro escluso l'ammissibilità della responsabilità del proprietario del sito inquinato per fatto altrui.

Il principio in esame, pertanto, impone allo Stato di dotarsi dei meccanismi di tassazione e/o di norme che prevedano ipotesi di responsabilità oggettiva per alcune categorie di attività e di soggetti a rischio.

Esso rappresenta una **regola precettiva**, che si pone alla base delle regole sul risarcimento danni in materia ambientale: sul punto si rinvia ai par. 8 e ss.

3.6 I principi di sussidiarietà e di adeguatezza

L'art. 5 del Trattato sull'Unione Europea prevede espressamente che “**in virtù del principio di sussidiarietà, nei settori che non sono di sua competenza esclusiva l'Unione interviene soltanto se e in quanto gli obiettivi dell'azione prevista non possono essere conseguiti in misura sufficiente dagli Stati membri, né a livello centrale né a livello regionale e locale, ma possono, a motivo della portata o degli effetti dell'azione in questione, essere conseguiti meglio a livello di Unione**”.

Tale principio, architrave dell'ordinamento europeo, è nato proprio in materia ambientale e ha esteso i suoi effetti a tutte le materie di competenza concorrente dell'Unione Europea.

Il **principio di adeguatezza**, viceversa, prescrive che **venga scelto il miglior livello di governo per occuparsi di una determinata questione in base alla capacità organizzativa e finanziaria che è in grado di garantire**.

Il canone dell'adeguatezza non è, quindi, un antagonista del principio di sussidiarietà, ma anzi si può identificare con esso, costituendone un elemento fondante: il principio in parola prevede, infatti, che quando un livello di governo non è adeguato allo svolgimento di una determinata funzione, deve intervenire, sussidiariamente, il livello di governo superiore. Le due dinamiche, quella della sussidiarietà e quella dell'adeguatezza, sono pertanto destinate a funzionare in sinergia.

Venendo al **nostro ordinamento nazionale**, di stampo unitario e centralista, ci si avvede come l'applicazione del principio di sussidiarietà ha necessariamente implicato l'allocazione delle funzioni amministrative maggiormente verso il basso, ove certe funzioni sono effettivamente realizzabili in modo soddisfacente a un livello di governo più prossimo al territorio.

Per quello che concerne il diritto ambientale, ad ogni modo, a causa della dimensione – difficilmente circoscrivibile – dei fenomeni che costituiscono l'oggetto di tale complessa materia sia a livello europeo che nazionale i livelli di governo superiori

sono i più adeguati a esercitare la maggior parte delle funzioni normative e amministrative. Non deve meravigliare pertanto che, in nome del principio di sussidiarietà, i legislatori nazionali continuino a subire una certa invadenza del Legislatore europeo in materia di ambiente.

3.7 Il principio dell'elevato livello di tutela

Il **principio dell'elevato livello di tutela** trova fondamento nell'**art. 3 del Trattato UE**, nonché negli **artt. 115 e 191 del TFUE**.

In materia ambientale, esso **consente che il livello di protezione dell'ambiente sia mantenuto adeguatamente alto e che il bilanciamento tra gli interessi ambientali e gli altri interessi debba sempre avvenire riservando alla protezione dell'ambiente una considerazione elevata**. Ciò, però, non si traduce nella garanzia di un livello “massimo”, essendo le misure di protezione ambientale pur sempre il frutto di un bilanciamento di interessi, per come si è avuto modo di dimostrare.

Molteplici sono le declinazioni di questo principio nel diritto ambientale.

In primo luogo, occorre notare come il Legislatore europeo abbia progressivamente elevato il livello della tutela ambientale, introducendo misure ispirate dall'idea di anticipare la tutela stessa.

L'azione legislativa, d'altra parte, non può trascurare l'esistenza di ulteriori esigenze, quali la libertà di impresa, di circolazione ecc.: il **punto di equilibrio** fra questi valori dovrà quindi collocarsi a un livello di elevata, ma non massima, protezione ambientale.

Tra gli istituti in cui si concretizza con maggiore evidenza il principio dell'elevato livello di tutela è l'autorizzazione integrata ambientale (A.I.A.), la quale è stata prevista per sostituire numerose autorizzazioni ambientali (e della quale ci si occuperà *infra*, par. 4 e ss.).

4. Le procedure ambientali

La realizzazione di grandi opere pubbliche e private impone di valutare il **potenziale impatto sull'ambiente**, così da **assicurare la tutela delle matrici ambientali**, unitamente alla protezione del fondamentale bene costituito dalla salute umana.

Le funzioni amministrative che assumono rilevanza in materia di protezione dell'ambiente possono essere qualificate, in considerazione del loro indispensabile carattere preventivo e precauzionale, come **funzioni di regolazione a carattere prevalentemente autoritativo**, secondo un'impostazione prettamente pubblicistica.

Gli strumenti giuridici solitamente riconducibili all'esercizio delle funzioni amministrative per la protezione dell'ambiente vengono classificati come c.d. **command and control**, ovvero di comando e controllo, che permangono alla base del nostro sistema di tutela ambientale, anche in virtù della considerevole opera di adeguamento che negli ultimi anni ha interessato la categoria.

A tal fine, il **D.Lgs. 3 aprile 2006, n. 152, recante il c.d. “Codice dell'ambiente”**, ha recepito tre direttive europee *in subiecta materia* e ha fornito un **quadro unitario delle procedure ambientali**, cui in seguito si è aggiunta la normativa in materia di