

INTRODUZIONE



(Lettera di Capo Seattle al Presidente USA Franklin
Pierce)

Il termine “*diversità biologica*” viene utilizzato per la prima volta nel 1968 da Raymond F. Dasmann, scienziato conservazionista, nella sua opera “*A different kind of country*”. La sua vasta diffusione tra la comunità scientifica si deve, tuttavia, allo scritto “*Conservation biology*” di Michael Soulé e Bruce Wilcox del 1980, nella cui prefazione il biologo Thomas Lovejoy analizzava con preoccupazione la progressiva estinzione del patrimonio ecologico terrestre, ponendo la sua tutela come <<*one of the most basic issue of our time*>>¹.

La contrazione *biodiversity*, oggi di uso comune, compare solo successivamente: ne fa uso il sociobiologo E. O. Wilson nel 1988 come titolo per una raccolta scritta di interventi tenutisi durante il “National Forum on Biological Diversity” del 1986.

¹ <<*Hundreds of thousands of species will perish, and this reduction of 10 to 20 percent of the earth's biota will occur in about half a human life span. This reduction of the biological diversity of the planet is the most basic issue of our time*>>.

Ai sensi dell'art. 2 della <<Convenzione sulla diversità biologica>> di Nairobi <<l'espressione diversità biologica significa la variabilità degli organismi viventi di ogni origine, compresi inter alia gli ecosistemi terrestri, marini ed alti ecosistemi acquatici, ed i complessi ecologici di cui fanno parte; ciò include la diversità nell'ambito delle specie, e tra le specie di ecosistemi>>. Tale definizione quindi, non comprende solo la diversità delle specie animali e vegetali del nostro pianeta, ma implica l'analisi della ricchezza e della variazione strutturale su diverse scale dei sistemi viventi, ognuna delle quali include a) variabilità genetica tra individui; b) diversità tra le popolazione e tra le specie; c) diversità dei paesaggi, degli ecosistemi e dei biomi.

Il nocciolo fondamentale risiede, pertanto, nella “*diversità genetica*”, intesa come la varianza esistente tra i materiali di origine vegetale, animale, microbica o di altro tipo contenenti unità funzionali ereditarie.

Ad oggi possiamo riconoscere quattro tipologie di biodiversità, ciascuna indispensabile e necessaria per la conservazione della altre e dei relativi ecosistemi: 1) “*ecosistemica*”: analizza la varierà degli habitat presenti su un territorio adeguatamente circoscritto. E' sicuramente la nozione di biodiversità meno definibile, a causa dei numerosi criteri di classificazione prospettati; 2) “*genetica*”: intesa come variabilità del patrimonio genetico all'interno di una singola specie; 3) “*specificità*”: si riferisce al complesso di specie che abita una determinata regione; 4) “*culturale*”: prende in considerazione un ambito non prettamente scientifico, ossia la capacità di adattamento di determinati soggetti ad ambienti mutevoli e difficili, grazie a strumenti quali, ad esempio, il linguaggio e gestualità².

La biodiversità non è distribuita in modo uniforme nella biosfera, ma varia a seconda delle caratteristiche di zone ben precise, come la latitudine,

² Da <http://www.luciopesce.net/zoologia/crisi.html>.

l'altitudine e altri fattori che agiscono su scala locale (es. barriere geografiche o ambienti estremi). Su scala globale, però, la relazione più interessante è quella tra diversità biologica e latitudine: infatti la biodiversità, intesa stavolta come numero di specie e complessità di ambienti, tende ad aumentare spostandosi dai poli verso l'equatore. Tale fenomeno non è ancora stato compiutamente spiegato dalla scienza, ma sicuramente un ruolo fondamentale è giocato dall'energia solare, il cui impatto è maggiore in tali aree.

Altro aspetto importante è costituito dalla particolarità di alcuni ambienti, definibili come “*centri di endemismo*”, in cui organismi ed ambienti sono estremamente peculiari: la loro distribuzione è ristretta, determinando una sorta di “*esclusività biologica*” che ne impedisce l'eccessiva proliferazione e l'allontanamento. Basti pensare alla Cordigliera delle Ande, piuttosto che alla Rift Valley o alcune isole della Nuova Guinea, in cui l'isolamento fisico determinato da ostacoli inaccessibili o difficilmente superabili permette un'evoluzione più rapida delle specie a causa dell'assenza di scambio genetico con altre geograficamente limitrofe.

L'importanza della biodiversità risiede principalmente nei benefici e nei servizi che possono fornire i diversi ecosistemi, a beneficio tanto loro, quanto dell'essere umano. Questi possono essere suddivisi in quattro macrocategorie, se li si analizza dal punto di vista prettamente biologico: 1) servizi *di fornitura*: riguardano tutti i beni che possono essere utilizzati dalle diverse specie per la loro sopravvivenza (es. cibo, acqua, legname, foraggio); 2) servizi *di regolazione*: stabilizzano e mitigano gli effetti delle forze naturali e determinano un mantenimento accettabile della qualità dell'ambiente; 3) servizi *culturali*: comportano benefici non materiali, a carattere estetico e

ricreativo, ma anche culturale e spirituale; 4) servizi *di supporto*: ossia creazione di habitat e conservazione della biodiversità genetica^{3 4}.

Come può desumersi fin qui, quindi, la biodiversità non è solo una caratteristica fondamentale del nostro pianeta, ma anche e soprattutto un valore su cui basare le nostre scelte, nonché un bene da tutelare, in particolare dalla scellerata azione umana. Proprio su questi due aspetti è improntato il presente lavoro. La finalità preposta è quella di fornire, nei limiti del possibile, un quadro quanto più omogeneo e chiaro possibile sulle politiche che si fondano sulla varietà biologica o hanno come fine il preservarla, muovendoci in un contesto normativo frammentato, diversificato ed a volte superficiale.

Nel capitolo I cercheremo di tracciare un percorso normativo che funga da base necessaria per gli aspetti particolari affrontati successivamente, con l'analisi delle principali fonti, soprattutto internazionali, evidenziando come pure la dimensione locale rivesta un'importanza fondamentale in relazione anche ad una differenziazione culturale, che implica differenti modi di interagire con l'ambiente.

Nei capitoli II e III, invece, la biodiversità verrà analizzata sotto due distinti profili. Nel primo caso, prevarrà una trattazione "ecosistemica", cercando di evidenziare come le politiche ambientali si muovono in un'ottica conservatrice, potremmo dire "statica", in quanto l'oggetto di tutela è la

³ Da <http://www.isprambiente.gov.it/it/temi/biodiversita/argomenti/benefici/servizi-ecosistemici>.

⁴ Tali servizi, tuttavia, essendo sempre, o perlomeno fino ad oggi, disponibili e soprattutto fuori mercato, non vengono adeguatamente presi in considerazione nelle scelte politiche, determinando (in)volontariamente un loro deterioramento, così come evidenziato da economisti quali Robert Costanza e Ralph d'Arge: <<*because ecosystem services are not fully captured in commercial markets or adequately quantified in terms comparable with economic services and manufactured capital, they are often given too little weight in policy decision*>>, AA.VV., *The value of the world's ecosystem services and natural capital*, in *Nature*, vol. 387, 1997, p. 253.

preservazione dello *status quo* ed un miglioramento dei rapporti con le attività umane, in grado di depauperarlo, ma anche di coordinare i propri sforzi per un miglioramento della qualità della vita: lo strumento principale è quindi quello delle aree protette, con le dovute differenziazioni di modelli e finalità.

L'ultimo capitolo affronterà invece il rapporto tra la biodiversità e il progresso scientifico. La capacità dell'uomo di incidere sull'essenza stessa della natura, ossia il DNA, può rappresentare un grande beneficio, ma anche un enorme rischio. Per questo possiamo parlare di un'interazione "dinamica", in quanto, in assenza di certezze, ogni tipo di attività genetica dovrebbe necessitare delle adeguate precauzioni, senza che però sia possibile una concreta previsione (salvo alcuni casi) del rischio. Pertanto in questo caso il diritto si trova in una dimensione estremamente mutevole, fortemente collegato alla letteratura scientifica, e sicuramente condizionato da logiche economiche e sociali, all'alba di una stagione di innovazioni per la coproduzione normativa tra scienza e diritto.

La trattazione si svilupperà analizzando sempre la normativa di riferimento, partendo dalla fonte più lontana, per poi cercare, con esempi concreti, di rinvenire eventuali lacune o contraddizioni e, dove possibile, di proporre alternative e soluzioni.

CAPITOLO I

L'EVOLUZIONE DELLA DISCIPLINA IN MATERIA DI BIODIVERSITA'

1.1 LA <<CONVENZIONE DI RIO SULLA DIVERSITA' BIOLOGICA>>: UN PUNTO DI PARTENZA

La <<Convenzione sulla diversità biologica>> (CBD, dall'inglese <<Convention on biological diversity>>) è il primo trattato internazionale che analizza il fenomeno della biodiversità in maniera globale, proponendo una serie di obiettivi che trascendono una dimensione esclusivamente naturalistica.

Sin dagli inizi del Novecento la comunità internazionale ha utilizzato lo strumento della convenzione per la tutela di alcune specie animali e vegetali. Possiamo infatti ricordare la <<Convenzione destinata ad assicurare la conservazione della varie specie di animali selvatici in Africa, utili all'uomo ed inoffensive>> firmata a Londra nel 1900 dalle principali potenze coloniali europee, che sanciva il divieto generale di uccisione di alcune specie animali in relazione a utilità, rarità e pericolo di scomparsa (divieto tuttavia accompagnato dalla clausola generale della possibilità di una "riduzione sufficiente" di alcune specie particolarmente allettanti dal punto di vista venatorio). Oppure la <<Convenzione sulla protezione della natura e la preservazione della vita selvatica nell'emisfero occidentale>> di Washington del 1940, in cui è particolarmente interessante il preambolo, che per la prima

volta affronta l'esigenza di tutelare non solo singole specie, ma anche l'habitat, nonché aree caratterizzate da condizioni primitive, scenari di particolare bellezza, formazioni geologiche ed oggetti naturali di rilevante pregio estetico^{5 6}.

Richiamare tali atti è di aiuto per comprendere appieno la portata, estremamente innovativa, della Convenzione del 1992: se infatti quella del 1900 è frutto del c.d. approccio "*utilitaristico*", per cui all'essere umano è permesso sfruttare le risorse naturali fino all'estremo limite, identificabile come il rifacimento della natura secondo le proprie necessità e senza preoccupazione degli effetti a lungo termine, mentre la Convenzione del 1940 si fonda sul c.d. approccio "*separatista*", ossia l'applicazione di un regime di tutela solo ed esclusivamente all'interno di aree appositamente costituite, la Convenzione di Rio ha il merito di elevare la conservazione della biodiversità ad <<*interesse comune dell'umanità*>>⁷, senza nessun tipo di distinzione economica, politica, sociale o geografica. A tal proposito, si suole definire tale modello come "*ecosistemico*", laddove la comunità umana è vista come un elemento integrante degli ecosistemi e dei meccanismi che li regolano, e non più un dominus o un elemento di disturbo tipico dei criteri conservazionisti. Durante la quinta conferenza delle parti, tenutasi in Kenya nel 2000, è stata redatta una lista di 12 principi per definire la "struttura" del nuovo orientamento⁸.

⁵ <<*The Governments of the American Republics, wishing to protect and preserve in their natural habitat representatives of all species and genera of their native flora and fauna, including migratory birds, in sufficient numbers and over areas extensive enough to assure them from becoming extinct through any agency within man's control; and wishing to protect and preserve scenery of extraordinary beauty, unusual and striking geologic formations, regions and natural objects of aesthetic, historic or scientific value, and areas characterized by primitive conditions in those cases covered by this Convention*>>.

⁶ Da <http://sedac.ciesin.org/entri/texts/wildlife.western.hemisphere.1940.html>.

⁷ Preambolo:<<[...] *the conservation of biological diversity is a common concern of humankind*>>.

⁸ Da <http://www.cbd.int/decision/cop/?id=7148>.

Per giungere all'attuale formulazione sono stati necessari circa quattro anni di negoziati in seno all'UNEP (United Nation Environmental Program).

La versione definitiva è stata adottata nel maggio del 1992 a Nairobi, mentre nel corso del "*Summit mondiale dei capi di Stato*" di Rio de Janeiro nel giugno dello stesso anno è stata data la possibilità di aderirvi. In tale circostanza sono state presentate e sottoscritte anche la <<*Convenzione quadro delle Nazioni Unite sui cambiamenti climatici*>> e la <<*Convenzione contro la desertificazione*>>, denominate quindi le tre convenzioni di Rio.

Con la ratifica di Sudan ed Iraq nel 2009 il numero delle parti è salito a 193 paesi. Gli Stati Uniti d'America, pur avendola sottoscritta nel 1993, ancora non hanno avviato il procedimento di ratifica, ma mantengono un ruolo particolarmente attivo nello svolgimento dei lavori.

Il fine della Convenzione, così come si desume dall'art. 1, è triplice: la *conservazione* della biodiversità; *l'uso sostenibile* dei suoi elementi; *l'equa condivisione* dei benefici derivanti dall'utilizzo delle risorse genetiche⁹.

Le modalità di conservazione sono enunciate nell'art. 2, commi 4 e 5 e si distinguono in *ex situ*, quando le misure si applicano ad elementi costitutivi della biodiversità al di fuori del loro ambiente naturale, ed *in situ*, quando invece avvengono all'interno del loro ambiente naturale oppure in quello in cui hanno sviluppato le loro proprietà caratteristiche. Come dimostra poi l'art. 8, è accordata ovviamente preferenza alla seconda tipologia, da attuarsi tramite interventi di vario tipo ma connessi e funzionali: "*istituzione zone protette*" (lett. a)), <<*sviluppo durevole ed ecologicamente razionale delle zone adiacenti*>> (lett. e)), <<*divieto di introduzione di specie esotiche che minaccino ecosistemi, habitat o specie*>> (lett. h)). Una disposizione

⁹ <<Gli obiettivi della presente Convenzione, da perseguire in conformità con le sue disposizioni pertinenti, sono la conservazione della diversità biologica, l'uso durevole e la ripartizione giusta ed equa dei benefici derivanti dall'utilizzazione delle risorse genetiche [...]>>.

particolare è poi quella della lett. j), che prevede il rispetto, la preservazione ed il mantenimento delle conoscenze, innovazioni e pratiche delle comunità indigene e locali che incorporino stili di vita tradizionali rilevanti per la conservazione e l'uso sostenibile della varietà biologica, assicurandone la più ampia applicazione nonché il coinvolgimento degli stessi autoctoni tramite anche un'equa ripartizione dei benefici. Non è quindi un mero riconoscimento del folklore che tali popolazioni esercitano, ma anzi, una dichiarazione della grande importanza che la connessione tra stile di vita, conoscenze pratiche e teoriche e risorse biologiche riveste all'interno di un ecosistema¹⁰.

Le misure di conservazione *ex situ*, enunciate all'art. 9, sono indicate come integranti le precedenti e solo se la loro realizzazione è possibile ed opportuna. Vengono principalmente utilizzate per finalità di ricerca e in progetti di *ricostituzione, risanamento e reinsediamento* di specie minacciate nel loro habitat originale a condizioni appropriate, oppure per evitare contrasti con altre misure *in situ* a cui è accordata precedenza.

<<L'espressione "uso durevole" significa l'uso dei componenti della diversità biologica secondo modalità e ad un ritmo che non comportino una depauperazione a lungo termine, salvaguardando in tal modo il loro potenziale a soddisfare le esigenze e le aspirazioni delle generazioni presenti e future>>: tale definizione contenuta nel Preambolo riprende la nozione di "sviluppo sostenibile" definita compiutamente per la prima volta nel documento "Our common future"¹¹.

Mentre l'art. 5 detta un obbligo generale per ciascun contraente di cooperazione, l'art. 6 esplicita con quali strumenti tale finalità dovrà essere

¹⁰ A tal proposito nel 1998 la COP ha elaborato un documento ufficiale, "Akwe: Kon Voluntary Guidelines" (espressione Mohawk traducibile con "tutto in creazione") consultabile su <http://www.cbd.int/doc/publications/akwe-brochure-en.pdf>.

¹¹ <<Development implies meeting the needs of the present without compromising the ability of future to meet their own needs>> (WCED 1987).
Da <http://www.un.org/documents/ga/res/42/ares42-187.htm>.

perseguita. In primo luogo abbiamo lo sviluppo di strategie, piani o programmi nazionali o l'adeguamento di quelli preesistenti alla luce della presente convenzione, in secondo luogo la necessità di piani settoriali o intersettoriali che si occupino delle disposizioni più dettagliate e di coordinamento. Tali documenti dovranno essere predisposti in seguito ad attività di individuazione e monitoraggio, che implicano ricerca e prelievo di campioni; individuazione di attività con rilevante impatto negativo; creazione di un sistema di elaborazione di informazioni con annessa banca dati.¹² Ciascuna parte inoltre dovrà adottare misure economiche e sociali che fungano da incentivi per la conservazione e l'uso durevole, nonché adeguati strumenti di valutazione degli impatti sull'ambiente collegati alla realizzazione di progetti suscettibili di incidenze negative.

Il tema dell'equa condivisione dei benefici è sicuramente quello più delicato, in quanto coinvolge una pluralità di interessi economici e sociali da combinare tra di loro, nel rispetto della cornice di valori dettata da questo e da altri atti.

Vige su tutti il principio della *"sovranità statale"* sulle proprie risorse, la cui disciplina è dettata dalla legislazione statale che ne determina l'accesso. Alle parti è richiesto però di creare, nel limite degli sforzi possibili, condizioni favorevoli per l'accesso degli altri contraenti, ma solo per un uso razionale ed ecocompatibile.

Le misure di accesso non sono finalizzate solo alla divulgazioni dei risultati delle attività di lavorazione e sviluppo, ma si rivolgono anche alle utilità conseguite tramite attività commerciali e di altra natura (si parte quindi da una dimensione prettamente scientifica per giungere infine a quella economica). Tale ripartizione dovrà quindi tener conto sia delle disposizioni della convenzione, sia degli accordi e delle condizioni stabiliti con misure

¹² Art. 7 CBD.

legislative, amministrative o di politica generale da ciascun contraente.¹³ E' da precisare che nella nozione di risorse biologiche non sono comprese quelle umane, come espressamente dichiarato dalla COP.¹⁴

I principali organi della convenzione sono la *COP* e il *Subsidiary Body for the Technical, Technological and Scientific Advice*.

La COP (*Conference of the Parties*), già citata in precedenza, è composta da un rappresentante per ogni parte contraente. Ai sensi dell'art. 23 ha le funzioni di: adozione regolamento ed istituzione organi sussidiari; adozione bilancio preventivo; esame ed adozione protocolli; deliberazione emendamenti alla convenzione; esame dei pareri scientifici; esame ed adozione di ogni misura necessaria per il perseguimento degli obiettivi della convenzione. Della COP possono far parte anche stati non membri, nonché l'ONU e qualsiasi altro organo o agenzia governativi e non, che operino in settori inerenti alla conservazione ed all'uso durevole della diversità biologica.¹⁵

Il *Subsidiary Body for the Technical, Technological and Scientific Advice* è l'organo tecnico-scientifico deputato a fornire valutazioni sullo status della biodiversità, individuare tecnologie innovative ed efficaci, compresi i know-how, fornire consulenze per cooperazione internazionale e rispondere a quesiti scientifici, tecnici, tecnologici e metodologici posti alla COP. E' composto da rappresentanti dei Governi competenti nel settore di consulenza pertinente.¹⁶

¹³ Art. 15 CBD.

¹⁴ CBD Handbook, sec IV, Decision II/11, ref Article 2, use of terms.

¹⁵ Art. 22 CBD.

¹⁶ Art. 25 CBD.

1.2 DA RIO 1992 AD AICHI 2010: L'EVOLUZIONE DI UNA STRATEGIA INTERNAZIONALE VENTENNALE

Per usare un'espressione coniata da L. Marfoli, l'evoluzione della disciplina internazionale della tutela della varietà biologica, partendo dal 1992 e quindi dalla CBD, può essere indicata come una sorta di percorso¹⁷ intrapreso, la cui meta è ancora distante. I recenti sviluppi normativi, la creazione di nuovi strumenti e il notevole progresso scientifico hanno determinato un cambiamento incisivo della gestione della biodiversità per cui è fondamentale l'analisi delle strategie connesse agli obiettivi della Convenzione e messe in campo di volta in volta.

La prima tappa è l'"*Agenda 21*", un documento programmatico non vincolante volto a fissare programmi, priorità e iniziative a tutela dell'ambiente per il XXI secolo. E' una tipica espressione dell'approccio di *soft law*, adottata contestualmente al documento di Rio; tuttavia, come ricorda Johnson, <<*i governi non sono impegnati a rispettarla nel dettaglio, non richiede ratifica e non è sindacabile da nessuna corte internazionale*>>¹⁸.

Il documento è composto da quaranta capitoli, distribuiti in quattro parti: 1) dimensione economica e sociale; 2) conservazione e gestione delle risorse; 3) rafforzamento del ruolo dei gruppi più significativi; 4) mezzi di esecuzione del programma.

<<*L'umanità si trova ad un momento cruciale della propria storia, le disparità dovute alla povertà, alla fame, alla cattiva salute e all'ignoranza si moltiplicano: occorre impegnarsi per un futuro migliore*>>¹⁹. Si ravvisa quindi l'impellente necessità di riconciliare ambiente e sviluppo, e l'Agenda definisce

¹⁷ Così in *Biodiversità: un percorso internazionale ventennale*, in *Rivista quadrimestrale di diritto dell'ambiente*, numero 3, 2012, pp. 155- 172.

¹⁸ S. P. JOHNSON, *The Earth Summit: The United Nation Conference on Environment and Development*, Dordrecht, 1993, p. 127.

¹⁹ Preambolo.

gli ambiti in cui è più stringente. Grande risalto viene dato al commercio internazionale tramite proposte di alleggerimento del debito estero dei paesi più svantaggiati e l'uso di misure di armonizzazione delle politiche economiche per perseguire il fine dello sviluppo sostenibile. Nel 1997 l'Assemblea Generale dell'ONU si riunì in sessione speciale per verificare lo stato di attuazione dell'Agenda a cinque anni dalla sua approvazione (Rio+5). Si evidenziò come la crescente globalizzazione avesse introdotto una sempre maggiore disparità di progresso causata da eccessivo squilibrio del reddito e degrado ambientale.

Basandosi sullo slogan *“pensare globalmente, agire localmente”*, il cap. 28 auspica l'adozione di *“Local Agenda 21”*, documenti programmatici nati dal dialogo tra istituzioni, imprese e famiglie da realizzare con gli strumenti normativi a disposizione. In Italia è stata costruita una rete di Regioni ed Enti locali facente capo all'associazione *“Coordinamento Agende 21 Locali”*, con lo scopo di promuovere i contenuti dell'Agende 21 alla maggior parte delle realtà locali²⁰.

Una svolta apparentemente decisiva avverrà, come vedremo, nel *“Summit mondiale sullo sviluppo sostenibile”* (Earth Summit 2002 o WSSD).

Il <<Protocollo di Cartagena>>, chiamato anche *Biosafety Protocol*, è un atto discusso in sessione straordinaria dalla COP a Cartagena (Colombia) ed adottato a Montreal nel gennaio 2000, ai sensi dell'art. 28 CBD.²¹ Se ne tratterà più approfonditamente nel capitolo III, ma è opportuno qualche accenno in questa sede. Il suo scopo principale è assicurare un adeguato livello di protezione nel campo del trasferimento, della manipolazione e dell'uso degli organismi viventi modificati ottenuti con la moderna

²⁰ <http://www.a21italy.it/>.

²¹ <<Le Parti contraenti coopereranno alla formulazione ed all'adozione dei Protocolli alla presente Convenzione. I Protocolli saranno adottati da una riunione della Conferenza delle Parti>>.

biotecnologia. Costituisce quindi il primo accordo internazionale giuridicamente vincolante che regola il movimento transfrontaliero di OGM, in relazione ai rischi che potrebbero cagionare alla biodiversità. Strettamente collegato alla convenzione, recepisce la nozione generica ed antiquata di biotecnologia²² attualizzandola e circoscrivendola. Per “*moderna biotecnologia*” si intende, ai sensi dell’art. 3 lett. i): <<a) *l’applicazione delle tecniche in vitro agli acidi nucleici, ivi compresa la ricombinazione dell’acido desoxyiribonucleico e l’introduzione diretta di acidi nucleici in cellule o organismi; b) della fusione cellulare di organismi non appartenenti alla stessa famiglia tassonomica, che sormontano le barriere naturali della fisiologia della riproduzione o della ricombinazione e che non sono tecniche utilizzate per la riproduzione e la selezione di tipo classico*>>. Quindi tale definizione tende a ricomprendere tutte le attività che si basano sull’identificazione del DNA e sul trasferimento di suoi segmenti o interi geni da una specie ad un’altra per migliorarne le prestazioni, potendosi parlare di OVM (*organismi viventi modificati*) o OGM (*organismi geneticamente modificati*), e supera la precedente nozione che poteva includere un’enorme quantità di tecniche utilizzate secondo tradizioni anche millenarie da agricoltori o allevatori.

L’obiettivo del Protocollo è di gettare le basi per la creazione di un livello di protezione adeguato secondo il *principio di precauzione*: le Parti contraenti sono chiamate ad assicurare che <<*lo sviluppo, la manipolazione, il trasporto, l’uso, il trasferimento e il rilascio di OVM siano condotti in modo da evitare o ridurre i rischi per la diversità biologica, tenendo anche in considerazione i rischi per la salute umana*>>²³.

²² Art. 2 CBD: <<*Ogni applicazione tecnologica che si avvale di sistemi biologici, di organismi viventi o di loro derivati, per realizzare o modificare prodotti o procedimenti per un uso specifico*>>.

²³ Art. 2 CBD, vedi nota 25.

E' previsto un apparato istituzionale che utilizzi quello già creato con la CBD. La COP servirà per le riunioni delle Parti contraenti e ha un blando potere di controllo sull'applicazione del Protocollo.

Nonostante gli anni novanta abbiano goduto di una crescita economica e di un notevole progresso in campo scientifico, le aspettative di Rio sono stata in gran parte tradite nei decenni successivi: sono aumentate le pressioni sull'ambiente e sulle risorse a causa dei massicci consumi energetici, determinando il degrado di numerosi ecosistemi e presentando forti rischi per la biodiversità animale e vegetale.

E' in questo clima che a dieci anni dalla nascita della Convenzione si è svolto a Johannesburg il "*Summit mondiale dello sviluppo sostenibile*": un'occasione in cui capi di stato o di governo, ONG ed esponenti del mondo dell'associazionismo hanno avuto modo di discutere sullo stato di attuazione delle strategie di Rio in un momento di rinnovata riflessione (da qui il nome Rio+10).

L'evento può essere analizzato con una duplice lente: da una parte si è preso atto di come gli sforzi attuati fino ad allora non avessero dato i risultati sperati, considerando la diminuzione delle risorse e l'aumento dell'inquinamento; dall'altra si può notare una rinnovata fiducia, alla luce di un progresso scientifico in costante aumento, e quindi la definizione di nuovi programmi che si basino più su un partenariato che sulla definizione di nuovi accordi governativi²⁴.

Nonostante parte della dottrina ritenga che con questo vertice non si siano apportate significative novità rispetto ai processi al tempo in atto²⁵, in realtà

²⁴ Strategia privilegiata nella risoluzione ONU 55/2 del 2000 denominata "*Obiettivi del nuovo millennio*". Tale documento ha come finalità, da raggiungere entro il 2015, anche la sostenibilità ambientale. Si veda <http://www.un.org/millennium/declaration/ares552e.htm>.

²⁵ Così in S. MARCHSIO, *Il diritto internazionale ambientale da Rio a Johannesburg*, in E. R. ACUNA, *Profili di diritto ambientale da Rio a Johannesburg, saggi di diritto internazionale, pubblico comparato, penale ed amministrativo*, Giappichelli, Torino, 2004.

alcune decisioni prese durante il Summit hanno inciso profondamente sulle politiche ambientali delle parti.

Il “2010 Biodiversity Target”²⁶, nonostante la mancanza di un metodo di misurazione univoco della varietà biologica, viene confermato. Tale azione porterà successivamente, nel 2006, ad una risoluzione ONU che dichiarerà il 2010 come <<*anno internazionale della biodiversità*>>, affermando chiaramente ed esplicitamente l’impegno della comunità internazionale per arrestare la perdita della biodiversità, sensibilizzando la popolazione in tal senso^{27 28}.

Nella COP 10 di Nagoya, Giappone, viene adottato il <<*Protocollo di Nagoya*>> riguardo l’accesso alle risorse genetiche e l’equa condivisione. Si prende atto del mancato raggiungimento degli obiettivi prefissi per il 2010 e con preoccupazione viene rilevato che entro la fine di questo secolo potrebbe verificarsi una drastica perdita di risorse ecosistemiche, una sorta di punto di non ritorno, con ricadute critiche per il benessere dell’umanità²⁹.

Al termine del meeting sono adottate una serie di decisioni per la tutela della varietà biologica successive al 2010. Lo “*Strategic Plan for Biodiversity*” è sicuramente quella di maggior interesse. La novità consiste nel proporre tale strumento come guida all’azione non solo dei contraenti, ma di tutto il sistema ONU. Denominato <<*living in harmony with nature*>>, è composto da sei parti che spaziano dalla ripetizione delle tre finalità della CBD alle attività di monitoraggio, valutazione, revisione e attuazione. All’interno troviamo i c.d.

²⁶ Accordo sviluppato nella COP 6 del 2002: è un impegno dei Governi a ridurre il tasso di perdita della biodiversità entro il 2010.

²⁷ Risoluzione n. 61/203.

²⁸ Da evidenziare anche l’iniziativa *Countdown 2010* lanciata dall’IUCN nel 2002 per la collaborazione e la sensibilizzazione di istituzioni, imprese private e accademie, finalizzata al raggiungimento del 2010 Biodiversity Target.

²⁹ Le valutazioni dell’IUCN parlano di minaccia ad almeno 1/5 delle specie sulla terra ed inizio del processo di estinzione per circa 50 specie tra mammiferi, uccelli ed anfibi all’anno. Dati consultabili su <http://www.iucn.org/knowledge/news/?6333/Natures-backbone-at-risk>.

“Aichi Biodiversity Targets”, dal nome della prefettura in cui è sita Nagoya. Sono venti obiettivi organizzati in cinque macro-obiettivi da attuare per il periodo 2011-2020: 1) risoluzione le cause della perdita di biodiversità aumentando il rilievo della biodiversità all'interno dei programmi di governo e nella società; 2) riduzione delle pressioni dirette sulla biodiversità e promozione dell'uso sostenibile; 3) miglioramento dello stato della biodiversità attraverso la salvaguardia degli ecosistemi, delle specie e della diversità genetica; 4) aumento dei benefici derivanti dalla biodiversità e dai servizi ecosistemici per tutti; 5) aumento dell'attuazione attraverso la pianificazione partecipata, la gestione delle conoscenze ed il *capacity building*. Lo scopo è di dimezzare e portare quanto più vicino possibile allo zero il tasso di perdita degli habitat naturali, proteggere il 17% delle aree terrestri e delle acque interne, nonché il 10% delle aree marine e costiere, ripristinare almeno il 15% delle aree degradate e ridurre al massimo possibile gli impatti subiti dalle barriere coralline.

Traendo un bilancio dall'esperienza internazionale, il mancato raggiungimento degli obiettivi del 2010 dovrebbe considerarsi un nuovo punto di partenza.

Il necessario utilizzo di strumenti pattizi comporta una sorta di aleatorietà in questa materia, come spesso accade nella più generale tutela dell'ambiente in campo internazionale.

Come vedremo nei paragrafi successivi, il diritto comunitario e statale si caratterizzano sicuramente per una maggiore vincolatività, ma l'analisi internazionale dello status della biodiversità è fondamentale per la ricerca di soluzioni. Soluzioni che, proprio per questo, godono di un più ampio respiro, grazie al progresso tecnologico e scientifico ed alla globale diffusione delle conoscenze.

In ultima analisi, ci si può chiedere in che modo questi strumenti siano efficaci. In altri termini, se come abbiamo ricordato, la biodiversità è un

<<*common concern of humankind*>>, al pari dei c.d. *diritti inalienabili* di ciascun essere umano, le istanze di protezione e le relative sanzioni non dovrebbero avere efficacia *erga omnes*?³⁰. Una risposta in tal senso può essere suggerita dalla lettura della sentenza della Corte Internazionale di Giustizia del 1973 relativa alla conduzione di esperimenti nucleari della Francia all'interno dell'atmosfera³¹. Secondo le memorie australiane <<*the duty to refrain from atmospheric nuclear testing is stated in absolute terms, rather than in terms relative to the incidence of the effect of nuclear testing upon particular States. The duty is thus owed to the international community; it is a duty of every State towards every other State*>> (par. 448): poichè, infatti, gli effetti provocati dalle radiazioni avrebbero intaccato l'atmosfera, che è un bene di proprietà comune e non individuale, considerando che la biodiversità viene considerata a sua volta un bene omogeneo, complesso ma collegato in ogni sua singola espressione, poiché perennemente comunicante in ogni sua struttura, potrebbe essere ipotizzabile uno schema di tutela *erga omnes* basato sullo *jus cogens* di matrice internazionale.

1.3 L'U.E. E LA BIODIVERSITA'

I primi interventi europei per tutelare la biodiversità risalgono agli anni settanta, fortemente condizionati dalla Conferenza di Stoccolma del 1972³².

³⁰ La prima nozione di obbligo *erga omnes* è contenuta al par. 33 della sentenza ICJ *Barcelona Tractation*: <<*tali obblighi derivano, per esempio, nel diritto internazionale contemporaneo, dal dichiarare illeciti gli atti di aggressione, gli atti di genocidio, nonché dai principi e dalle norme concernenti i diritti fondamentali delle persone, incluse la protezione dalla schiavitù e dalla discriminazione razziale. Alcuni dei diritti di protezione corrispondenti sono entrati nel corpo del diritto internazionale generale [...] altri sono conferiti da strumenti internazionali di carattere universale o quasi-universale*>>.

³¹ <http://www.icj-cij.org/docket/?sum=317&code=nzf&p1=3&p2=3&case=59&k=6b&p3=5>.

³² C.d. <<*Dichiarazione ONU sull'ambiente umano*>>.

L'obiettivo principale era quello di dettare degli scopi da implementare ed attuare nel corso di un periodo sufficiente di tempo, consentendo sia alle istituzioni europee che ai governi locali di rivedere le proprie politiche ambientali ed adeguarle al maggior grado di tutela che richiesto.

I tre programmi di intervento³³ costituiscono in effetti la prima politica ambientale comunitaria, anche se all'enunciazione di obiettivi piuttosto generici non è seguita una corrispondente formulazione di regole.

In mancanza di specifiche disposizioni del Trattato CEE si era posto il problema di come rendere operativi tali programmi, tema già affrontato in ambito statale a causa dell'eccessiva anzianità di alcune costituzioni. La soluzione applicata fu la stessa: un'interpretazione evolutiva ed estensiva del Trattato, più precisamente degli artt. 100³⁴ e 235³⁵, concernenti l'armonizzazione delle politiche dei paesi comunitari e la possibilità per il Consiglio europeo di assumere decisioni su argomenti non disciplinati dal Trattato a determinate condizioni. Tra gli atti adottati tramite l'art. 235 possiamo citare la direttiva 79/409 CEE, meglio conosciuta come direttiva <<uccelli>>, di cui si tratterà nel capitolo successivo. In questa sede basta evidenziare come in assenza di una norma ad hoc il Consiglio abbia ritenuto la risorsa naturale, in questo caso numerose specie di uccelli, <<parte integrante del patrimonio dei popoli europei>> e, come tale, da preservare secondo un sistema di responsabilità

³³ Cfr. 1) Guce C/112 1973; 2) Guce C/139 1977; 3) Guce C/46 1983. I programmi spaziano nei vari ambiti della tutela ambientale. Tra le dichiarazioni più interessanti possiamo ricordare lo sviluppo armonioso dell'economia, la prevenzione e riduzione dell'inquinamento, l'uso più parsimonioso delle risorse naturali e il miglioramento delle condizioni di vita.

³⁴ <<Il Consiglio, deliberando all'unanimità su proposta della Commissione, stabilisce direttive volte al ravvicinamento delle disposizioni legislative, regolamentari ed amministrative degli Stati membri che abbiano un'incidenza diretta sull'instaurazione o sul funzionamento del mercato comune. L'Assemblea e il Comitato economico e sociale sono consultati sulle direttive la cui esecuzione importerebbe, in uno o più Stati membri, una modificazione nelle disposizioni legislative>>.

³⁵ <<Quando un'azione della Comunità risulti necessaria per raggiungere, nel funzionamento del mercato comune, uno degli scopi della Comunità, senza che il presente Trattato abbia previsto i poteri d'azione a tal uopo richiesti, il Consiglio, deliberando all'unanimità su proposta della Commissione e dopo aver consultato l'Assemblea, prende le disposizioni del caso>>.

comuni. Inserendo quindi una materia che precedentemente non le apparteneva, ma che si incastrava perfettamente nel solco del secondo programma di azione, la CEE vincolò gli Stati membri ad adottare le disposizioni necessarie per dar corso alla normativa europea, con adeguata informazione.

Bisogna tuttavia ricordare che in quel periodo, nonostante fosse percepita l'esigenza di cambiamento, la produzione normativa comunitaria non perdeva di vista le esigenze originarie di stampo economico presenti nel Trattato. Possiamo quindi portare ad esempio la direttiva 83/129 CEE del Consiglio relativa all'importazione negli Stati membri di pelli di cuccioli di foca e di prodotti da esse derivanti. Come nel caso precedente, anche qui si era in presenza di una materia non espressamente disciplinata, e la Commissione si trovava nella posizione di dover bilanciare la difesa della biodiversità (in questo caso l'uccisione di individui di una specie che di lì a poco sarebbe considerata a rischio, nonché cacciata per tradizione secolare da popolo inuit) con altri diritti che erano passibili di un grado altrettanto elevato di tutela. La conclusione a cui giunse il Consiglio non può dirsi felice: se da un lato dal tenore della norma si evince il desiderio di limitare fortemente tale pratica, dall'altro lo sfruttamento e la caccia di alcune specie, svolti nel rispetto degli equilibri naturali, venivano considerati come attività legittima, nonché aspetto importante dell'economia.

Tappa significativa del percorso della biodiversità in Europa è l'Atto unico del 1986. Le competenze comunitarie vengono estese anche all'ambiente, cui è dedicato un apposito titolo, il VII, nonché altre disposizioni presenti in diversi titoli ma direttamente applicabili a tale materia. Benché nessuna disposizione ponga espliciti obblighi, questi possono in realtà essere individuati dagli

obiettivi del testo e dalla loro formulazione³⁶. Dunque l'interpretazione estensiva di cui sopra rimane ancora uno strumento necessario.

Possiamo definire il biennio 1992-1993 come quello della svolta più importante. Innanzi tutto, da un punto di vista istituzionale il Trattato di Maastricht modifica la Comunità economica europea in Comunità europea. La scelta della denominazione evidenzia un cambio di strategia, offrendo un ventaglio più ampio di interventi ed evidenziano una unione non più solo economica ma anche politica. Il Trattato entrerà in vigore solo nel novembre 1993, ma un mese prima la CEE approva la CBD (93/626/CEE, del 25 ottobre 1993).

Il 1992 è anche l'anno della direttiva <<habitat>>³⁷, che sarà analizzata nel cap. II, ma che è opportuno precisare, rivestirà un dato normativo fondamentale per la politica comunitaria in tema di diversità biologica.

Conformemente a quanto previsto dall'art. 6 della Convenzione, la Commissione nel 1998 adotta una <<Comunicazione al Parlamento e al Consiglio su una strategia comunitaria per la diversità biologica>>. La Comunicazione evidenzia la necessità di contrastare alla fonte le cause di riduzione della biodiversità con specifici piani d'azione divisi per i quattro temi principali: 1) conservazione ed uso sostenibile della biovarietà; 2) ripartizione dei vantaggi derivanti dall'utilizzo delle risorse genetiche; 3) ricerca, individuazione, controllo e scambio di informazioni; 4) istruzione, formazione e sensibilizzazione.

Il nuovo millennio, come abbiamo potuto vedere, si apre con l'intento raggiungere interessanti obiettivi. La <<Comunicazione concernente i piani

³⁶ Articolo 130: <<L'azione della Comunità in materia ambientale ha l'obiettivo: di salvaguardare, proteggere e migliorare la qualità dell'ambiente; di contribuire alla protezione della salute umana; di garantire un'utilizzazione accorta e razionale delle risorse naturali>>.

³⁷ Direttiva n. 92/43/CEE relativa alla conservazione degli habitat naturali e seminaturali e della flora e della fauna selvatiche.

d'azione a tutela della biodiversità nei settori delle risorse naturali, dell'agricoltura, della pesca e della cooperazione economica e della cooperazione allo sviluppo>> (COM 2001/162) ribadisce tre obiettivi fondamentali: applicazione delle direttive <<*habitat*>> e <<*uccelli*>> e corretta trasposizione nelle legislazioni nazionali entro il 2020; istituzione di “*reti Natura 2000*”; sviluppo di piani di azione specifici per le specie in via di estinzione e per alcune specie di cui è permessa la caccia. Notiamo quindi come le due direttive siano di primaria importanza per l'U.E., al pari del loro completo e corretto recepimento, necessario per costruire il network rete Natura 2000 a presidio della biodiversità.

Successivamente alla COP 10 anche gli organi U.E. hanno preso atto del mancato raggiungimento degli obiettivi. In questo solco si inserisce la comunicazione 2011/244 della Commissione denominata <<*La nostra assicurazione sulla vita, il nostro capitale naturale: strategia dell'UE sulla biodiversità fino al 2020*>>.

Il documento contiene una strategia a lungo termine da attuare fino al 2020 per la realizzazione di sei obiettivi: 1) conservazione e ripristino degli ambienti naturali: come detto in precedenza, l'ago della bilancia è il corretto recepimento delle due direttive; 2) preservazione e valorizzazione di ecosistemi e servizi: l'integrazione di un'infrastruttura verde, il ripristino di almeno il 15 % degli ecosistemi degradati e lo sviluppo di un'iniziativa volta a garantire che non vi siano perdite nette di ecosistemi e dei relativi servizi entro il 2015 saranno misure indispensabili per conservare e valorizzare i servizi ecosistemici; 3) garanzia dell'uso sostenibile delle risorse alieutiche; 4) garanzia della sostenibilità dell'agricoltura e della silvicoltura: estendere le superfici agricole coltivate a prati, seminativi e colture permanenti attraverso misure di biodiversità determinate dalla PAC; 5) contrasto alle specie esotiche invasive: adozione di uno strumento legislativo ad hoc per sopperire alle

lacune dell'attuale disciplina; 6) gestione della crisi della biodiversità a livello mondiale: mantenimento degli impegni assunti nella COP 10 ed intensificazione degli sforzi per verificarne il rispetto degli stati membri.

Tutti questi sforzi sono necessari affinché <<la biodiversità dell'Unione europea e i servizi ecosistemici da essa offerti siano protetti, valutati e debitamente ripristinati per il loro valore intrinseco e per il loro fondamentale contributo al benessere umano e alla prosperità economica, onde evitare mutamenti catastrofici legati alla perdita di biodiversità>> (obiettivo 2050)³⁸.

La struttura europea in politica ambientale, quindi, ha da sempre adottato un approccio di integrazione sociale, focalizzato principalmente al coordinamento degli interessi differenti e modellato sulle tradizioni tipicamente europee (es. il ruolo di *policy-making* dei singoli Stati e il riconoscimento di diritti/doveri politici), al contrario del modello statunitense, caratterizzato dalla concorrenza tipica di una visione liberal-individualistica³⁹. Il quadro che si è formato non brilla certamente per chiarezza, come sarà evidente nella trattazione delle norme OGM nel capitolo III, ma il dato peculiare è sicuramente la ricerca di un'unità di intenti (al momento sulla carta), che parta dalla naturale diversificazione naturale degli Stati membri, ossia dall'assunto che ciascuno sia in grado di adottare, per ciò che gli spetta, la politica ambientale migliore in relazione alle proprie caratteristiche. La strutturazione *multilivello*, quindi, può annoverare tra gli effetti positivi, la considerazione della biodiversità europea come frammentata, ma al tempo stesso unita dai continui collegamenti ecosistemici (inevitabili e ben compresi nella direttiva <<uccelli>>) o politico-sociali, come si evince dal network "Natura 2000". Di rimando però, l'assenza di un potere più imperante, frenato

³⁸http://ec.europa.eu/environment/pubs/pdf/factsheets/biodiversity_2020/2020%20Biodiversity%20Factsheet_IT.pdf

³⁹ Così in S. WEILAND, *Politik der Ideen*, Springer, Dordrecht, 2007, Wiesbaden.

forse da altre e più elevate priorità comunitarie, frena l'integrazione ambientale inter-statale, a causa di grosse disparità economiche che rendono meno conveniente investire nella tutela della varietà biologica, percepita a volte quasi come un onere più che un'opportunità, e in tal senso il modello americano che implica un'*autoresponsabilizzazione*, seppur di molto limitata, di ciascun soggetto, paradossalmente si rivela avere un maggior impatto sulla coscienza, e quindi sulla condotta tenuta⁴⁰.

1.4 LA LEGISLAZIONE ITALIANA IN MATERIA DI BIODIVERSITA'

L'Italia è uno degli stati membri dell'Unione Europea più ricchi di diversità biologica. Secondo quanto stabilito da un recente report⁴¹ del WWF in collaborazione con la Società Italiana di Ecologia, rispetto al totale delle specie presenti in Europa l'Italia conta il 30% di quelle animali (di cui 10% endemiche) e quasi il 50% di quelle vegetali, su una superficie che è appena un trentesimo di quella europea. La fauna è stimata in 58.000 specie, di cui circa 55.000 di invertebrati (95%), 1812 di protozoi (3%) e 1265 di vertebrati (2%). La flora è costituita invece da oltre 6.700 specie di piante vascolari (di cui il 15% endemiche), 851 specie di muschi e 279 di epatiche. Per quanto riguarda i funghi, sono conosciute circa 20.000 specie di macromiceti e mixomiceti.

Questo primato, che ci consegna anche una particolare responsabilità, si deve alla collocazione geografica del nostro paese, al centro del bacino del Mediterraneo e confinante con territori con faune e flore molto diverse.

⁴⁰ In tal senso B. MATZDORF, C. MEYER, *The relevance of the ecosystem services framework for developed countries' environmental policies: a comparative case study of the US and EU*, in *Land use and policy*, fasc. 38, 2014, pp. 509 – 521.

⁴¹ <<Primo report sulla biodiversità in Italia e nel mondo>>, consultabile su http://www.wwf.it/rapporto_biodiversita.cfm.

Dai dati riportati dal WWF del *Census of Marine Life*⁴², la titanica operazione di censimento delle specie marine ancora in corso, emerge inoltre che il Mediterraneo, pur occupando meno dell'1% della superficie degli oceani, contiene più del 7% delle specie marine (circa 17.000), di cui molte endemiche; una ricchezza di specie per area superiore di circa dieci volte rispetto alla media mondiale. Allo stesso tempo, però, è al primo posto a rischio perdita di biodiversità marina, a causa di cambiamenti climatici, erosione o alterazione degli habitat, *overfishing*, acidificazione dell'acqua. In base ai risultati di una ricerca di Federparchi e Ministero dell'Ambiente su 672 specie terrestri, d'acqua dolce e marine, effettuata seguendo i nuovi criteri sanciti dall'IUCN, si è stimato che circa il 31% delle specie di vertebrati in Italia sono minacciate. La più vulnerabile è la piccola fauna, che comprende, per esempio, animali come rettili o anfibi.

Uno dei fattori dannosi per la biodiversità è l'invasione di specie animali e vegetali alloctone, provenienti cioè da altri territori ma che si adattano bene al clima mediterraneo. Questa bioinvasione, a cui è stata attribuita la scomparsa del 50% delle specie di uccelli dal 1500 a oggi, è considerata la seconda causa di perdita di biodiversità.

La prima causa è invece la distruzione degli habitat per opera dell'uomo, che è anche responsabile di cambiamento climatico, inquinamento e tratta, illegale e non, di specie selvatiche.

L'Italia, è opportuno ricordarlo, riveste il duplice ruolo di contraente della Convenzione di Rio e di Stato membro dell'Unione Europea. A questa particolare situazione che vede il nostro paese custode, e di rimando responsabile, di un patrimonio così importante, non corrisponde tuttavia un sistema di norme adeguato, spesso disapplicato o apertamente violato. In

⁴² Consultabile su <http://www.coml.org/>.

manca di un insieme organico, le norme a tutela della varietà biologica sono lacunose, frammentarie, incomplete e a volte obsolete.

Possiamo analizzare l'impianto normativo dividendolo in due macrocategorie: la prima è composta dal recepimento della Convenzione di Rio e delle norme comunitarie; la seconda invece comprende la normativa interna e la giurisprudenza costituzionale che è intervenuta per stabilire alcuni principi fondamentali a tutela della natura, delle specie e della biodiversità.

L'Italia ha ratificato la CBD con la l. 124/1994. Una volta ratificata, con delibera del CIPE, è stato adottato il documento <<Linee strategiche per l'attuazione della Convenzione di Rio de Janeiro e per la redazione del piano nazionale sulla biodiversità>>⁴³. Queste rappresentano il tentativo di dare immediata attuazione alle strategie della convenzione tramite strumenti di politica ambientale già a disposizione, come il "Programma triennale per la tutela dell'ambiente"⁴⁴ e il "Programma triennale per le aree protette"⁴⁵. Oltre alle normali attività di monitoraggio, educazione e sensibilizzazione, le linee guida affermano la necessità della creazione di un'Unità con lo scopo di concreta realizzazione delle disposizioni e che funga da collegamento tra i vari ministeri competenti per ciascuna materia.

Il sistema normativo però risente maggiormente dell'impatto delle norme comunitarie, sicuramente più precise di quelle statali, alcune precedenti alla ratifica della CBD.

Con la l. quadro 157/1992 viene recepita la direttiva <<uccelli>>, con ben undici anni di scadenza dal termine ultimo previsto per il 1981. Con il d.p.R. 357/1997 "Regolamento recante attuazione della dir. 92/43/CEE relativa alla conservazione degli habitat naturali e seminaturali, nonché della flora e della

⁴³ Gazz. Uff. 1994, n. 107, S.G.

⁴⁴ L. 305/1989

⁴⁵ L. 394/1991

fauna selvatiche”, integrato dal d.p.R. 120/2003 e poi sostituito con Decreto del Ministero dell’ambiente del 17 ottobre 2007 contenente i “*Criteri minimi uniformi per la definizione di misure di conservazione relative a zone speciali di conservazione e zone di protezione speciale*”. Nonostante l’importanza delle due direttive che rappresentano il principali contributo europeo a tutela della biodiversità, questo sono tuttora per buona parte disattese o non correttamente applicate in numerosi paesi europei. La stessa Italia è oggetto di procedure di infrazione e condanne da parte della Corte di giustizia europea sia per motivi riguardanti l’ingresso nel diritto statale, sia per singoli casi in cui le autorità amministrative, nazionali o locali, hanno autorizzato attività impattanti per le specie o habitat naturali, o vietate all’interno delle aree protette della “*rete Natura 2000*”, in violazione delle prescrizioni delle direttive. Uno degli esempi più eclatanti è sicuramente il “*caso Stelvio*”, dal nome del Parco Nazionale in cui si è svolto il campionato mondiale di sci nel 2005. Tale Parco è parte delle ZPS (zone di protezione speciali, vedi capitolo II, par. 2.1), ma nonostante ciò fu oggetto di interventi di ampliamento di due piste e di realizzazione delle relative infrastrutture. Il WWF propose subito tutti i ricorsi necessari, dal TAR fino agli esposti alla Corte dei Conti per danno erariale o alla procura penale, nonché un reclamo all’U.E. per manifesta violazione delle direttive. Nonostante ciò la vicenda si è chiusa solo nel 2010, con la sentenza del Consiglio di Stato n. 5873/2010⁴⁶ a lavori ormai ultimati, annullando il provvedimento e constatando l’abbattimento di almeno 2500 alberi per la costruzione degli impianti di risalita. L’esempio può chiarire come le leggi ancora in vigore siano facilmente aggirabili e diano spazio ad interventi con effetti talora estremamente negativi.

⁴⁶ Da

<https://94.86.40.196/cdsintra/cdsintra/AmministrazionePortale/DocumentViewer/index.html?ddocname=WET24J3VI42IXFWYL7E7ATEM7A&q=stelvio%20or%20sci>.

Passando alla normativa prettamente interna, le principali leggi a tutela della biodiversità sono la l. 394/1991 sull'istituzione e la gestione delle Aree protette e la l. 157/1992 per la protezione della fauna omeoterma e il prelievo venatorio, di cui si tratterà più approfonditamente nel capitolo successivo.

A sedici anni dalla ratifica della Convenzione di Rio, il 7 ottobre 2010 l'Italia ha approvato la <<Strategia nazionale per la biodiversità>>⁴⁷, che costituisce uno degli strumenti fondamentali per l'applicazione dei principi della Convenzione. La Strategia è stata presentata a Nagoya e i suoi obiettivi rientrano perfettamente nei tre della CBD.

Anche la giurisprudenza costituzionale ha avuto un ruolo chiave in tema di ambiente e biodiversità. Le due sentenze che vale la pena ricordare sono la n. 378/2007 e 104/2008 in tema di "rete Natura 2000" e direttiva <<habitat>>. La Corte ripercorre l'evoluzione della propria giurisprudenza in materia ambientale e ribadisce che per la soluzione del problema di riparto di competenze l'ambiente spesso è stato inquadrato come bene *immateriale*. Tuttavia esso deve essere considerato un bene *materiale e complesso*, un bene della vita. L'oggetto della tutela è la biosfera sia nei singoli componenti che nelle relazioni fra loro. L'ambiente pertanto è da intendere come un sistema dinamico. Attualmente la competenza spetta in via esclusiva allo Stato ex art. 117, comma 2, lett. s) Cost., che parla di "ambiente" inteso in senso generico. Pertanto è compito dello Stato disciplinarlo come entità organica, in modo da garantire un livello di tutela elevato ed inderogabile da altre discipline del settore, in quanto <<interesse pubblico primario costituzionalmente garantito>>⁴⁸. In altre pronunce, come la sent. 536/2002, il giudice delle leggi amplia la propria visione, affermando che per ambiente non si può neanche intendere propriamente una materia, ma piuttosto un

⁴⁷ Intesa Conferenza Permanente fra Stato, Regioni e Province autonome, Repertorio n. 181/CSR.

⁴⁸ Sent. n. 151/1986 Corte Cost.

valore e in quanto tale non si esclude la titolarità in capo alle Regioni di competenze legislative su materie per le quali quel valore costituzionale assume rilievo, come ad esempio governo del territorio e tutela della salute⁴⁹. In conclusione, vista l'impossibilità di dettare un quadro organico, razionale e coerente della normativa italiana in materia di biodiversità, sarebbe auspicabile una legge quadro che detti criteri omogenei per l'attuazione dei principi generali sanciti dalla CBD, definendo in maniera chiara e specifica il riparto di competenze coinvolgendo anche gli Enti nazionali come l'Ente Parco, nonché un esplicito riconoscimento della tutela della biodiversità come principio fondamentale della nostra Carta Costituzionale. Altro punto critico che sarà esaminato nel capitolo III è il rapporto del nostro paese con le colture OGM, un problema in continuo crescendo che meriterebbe un'analisi più approfondita di quanto sia stato fatto sino ad ora.

Un esempio su tutti: alcuni paesi stanno sperimentando dei principi noti come *Earth Jurisprudence*, come l'Ecuador che nella nuova Costituzione riconosce alla natura la titolarità di diritti, incentivando *el buen vivir* della popolazione, in armonia con la natura⁵⁰.

⁴⁹ Vedi anche sent. n. 407/2002.

⁵⁰ Art. 3 Cost. Ecuador. Da

http://www.asambleanacional.gob.ec/documentos/constitucion_de_bolsillo.pdf.

CAPITOLO II

LA TUTELA DELLA BIODIVERSITA' NELLA DIMENSIONE ECOSISTEMICA: LO STRUMENTO DELLE AREE PROTETTE ED I RISCHI PER L'ECOSISTEMA

PARTE 1

2.1 LA L. QUADRO SULLE AREE PROTETTE: INDIVIDUAZIONE ED ISTITUZIONE

Oggetto di analisi del presente capitolo, suddiviso in due parti, la prima riguardante la zona terrestre e la seconda la zona acquatica, sarà quella che può definirsi la tutela della biodiversità in senso *statico*. Lo strumento conservativo delle aree protette *et similia* parte infatti dall'esigenza di una conservazione naturale, da integrare successivamente ed eventualmente in una dimensione socio-economica (al contrario della dimensione *dinamica*, oggetto del capitolo III). Ponendo come assunto quanto stabilito dal già citato rapporto WWF, nella maggior parte dei casi è la stessa attività umana, seppur

finalizzata ad obiettivi nobili (e forse indispensabili), la maggiore causa di rovina della varietà biologica.

Ciononostante, un sistema di conservazione si rende indispensabile, per quanto possa apparire contraddittorio, al fine di porre un argine all'erosione ambientale causata dall'intervento umano. La funzione conservatrice si pone in rapporto diretto con la funzione paideutica, in modo da lasciare segni tangibili di ciò che era e non è più, ma soprattutto di ciò che è e forse, senza adeguati controlli, non sarà più.

In Italia le prime politiche ambientali relative alla tutela degli ecosistemi vennero introdotte negli anni venti, con l'istituzione dei Parchi nazionali d'Abruzzo⁵¹ e del Gran Paradiso⁵². Si trattava però di provvedimenti a carattere episodico, emanati in risposta alle esigenze di protezione di aree non ampie e non passibili di essere ricondotte ad unità sistematica. L'elemento di comunanza di questi interventi risiedeva essenzialmente nella loro finalità: erano tutti volti alla conservazione del dato naturale e paesaggistico, con preferenza per un regime vincolistico *rigido*, per tutelare alcune zone dall'opera dell'uomo. In assenza di un ente di gestione dell'intero parco ad operare effettivamente erano solo i vincoli, predisposti come limite per ciascuna competenza incidente sul territorio protetto. Non era quindi possibile creare una politica di compartecipazione, né tanto meno concordare un programma per lo svolgimento delle attività compatibili con le esigenze di tutela. La modalità di conservazione quasi museale, efficace nell'ottica di una tutela del solo dato naturale, andò sin da subito a scontrarsi con gli interessi delle popolazioni locali, non soddisfatte delle generiche enunciazioni sullo sviluppo del turismo e delle strutture ricettive. Le loro esigenze, soprattutto economiche, richiedevano la definizione di un impianto che non si

⁵¹ Regio decreto-legge n. 257/1923, in *Gazz. Uff.*, 22 febbraio 1923, n. 44.

⁵² Regio decreto-legge n. 1584/1922, in *Gazz. Uff.*, 13 dicembre 1922, n. 291.

accontentasse di una tutela passiva, ma cercasse un nuovo equilibrio tra gli obiettivi di salvaguardia e le attività umane.

Con i decreti di trasferimento delle funzioni alle Regioni dei primi anni settanta prese forma una nuova tipologia di parco naturale. La concezione dell'ambiente come strumento funzionale all'attività produttiva veniva quindi superata contemporaneamente alla nascita di un interesse culturale verso la realizzazione di strumenti giuridici di tutela di porzioni di territorio a rilevanza paesaggistico-naturalistica.

Il d.p.r. 15 gennaio 1972, n. 11 attribuisce alle Regioni la potestà ad intervenire <<per la protezione della natura>>, quindi anche la costituzione di un parco regionale, senza però porsi in contrasto con le azioni dello Stato, ribadendo la sua competenza sui parchi nazionali.⁵³ L'esigenza di un parziale trasferimento agli enti regionali è temperata dalla necessità che una materia tanto rilevante sia sempre considerata in modo unitario, a causa della complessità degli interessi e dei valori coinvolti, come evidenziato dalla Corte Costituzionale nella sent. 24 luglio 1972, n. 142⁵⁴.

Se da una parte si è assistito all'istituzione di numerose nuove aree protette, dall'altro si è amplificato l'effetto delle politiche locali, con conseguenze non sempre positive per l'ordinamento giuridico. Le Regioni infatti gradualmente si sono discostate dal modello originale, il quale faceva perno sulla materia della "tutela della natura" (competenza esclusiva dello Stato ex art. 117 comma 2 lett. s) Cost.), per far rientrare i parchi in quella dell'"amministrazione del territorio" (competenza concorrente ex art. 117 comma 3), secondo un'ottica di valorizzazione e non più solamente di tutela: la gestione tecnica dell'Ente

⁵³ In Gazz. Uff., n.46 del 19/2/1972 S.O.

⁵⁴ Nello stesso senso, sent. 4 luglio 1974, n. 203.

viene sostituita da meccanismi di gestione politica attraverso lo strumento dei piani urbanistici⁵⁵.

Lo strumento principale di regolamentazione era contenuto nel “*piano territoriale di coordinamento*”, che attraverso la zonizzazione consentiva un approccio integrato e maggiormente adattabile alle necessità della collettività presente sul territorio.

Con quello che è stato definito un *ribaltamento di prospettive*⁵⁶ il d.p.r. 24 luglio 1977, n.616, si aprì una nuova fase di ripartizione delle funzioni: ai sensi dell’art. 83 venivano trasferite alle Regioni le competenze amministrative in materia di <<*interventi per la protezione della natura, le riserve ed i parchi naturali*>>, sia esistenti che di nuova costituzione. Una norma poco chiara che conferiva alle Regioni funzioni amministrative e legislative di notevole ampiezza, mentre al Governo rimaneva solo il poteri di individuare <<*i nuovi territori nei quali istituire riserve naturali e parchi di carattere interregionale*>>, tramite la funzione di indirizzo e coordinamento. Questa disposizione in particolare è stata oggetto di una pronuncia della Suprema Corte qualche anno più tardi, la sent. 1031/1988, che chiarisce che il comma 4 dell’art. 83 <<*nel ritenere compreso nell’ambito della funzione di indirizzo e di coordinamento governativo il potere d’individuazione dell’area sulla quale deve essere istituita una riserva di carattere interregionale, comporta a*

⁵⁵ <<Il risultato di tale degenerazione del sistema sarebbe che l’attività di valorizzazione dell’area naturale protetta aprirebbe il varco all’esercizio indiscriminato degli interessi politico-economici presenti nell’area, portando quindi con se uno sfruttamento economico selvaggio dei bene ambientali, e l’elevata possibilità di diminuzione del valore naturalistico del bene tutelato. Ciò d’altra parte non significa necessariamente escludere le azioni di valorizzazione all’interno delle aree protette, bensì di consentirle o promuoverle purché rispettino il principio della funzionalizzazione di queste alla tutela dei beni ambientali protetti. Si ha valorizzazione nelle aree naturali protette, quindi, se le azioni poste in essere nel parco riescono contemporaneamente, sia ad avere ricadute economiche positive, sulle popolazioni residenti nell’area, ma sarebbe auspicabile anche sui bilanci degli enti parco; sia un miglioramento, in via diretta o indiretta della conservazione ambientale del parco>>. Così G. BELLOMO, *Conservazione vs. Valorizzazione: il modello italiano*, in G. DI PLINIO, P. FIMIANI (a cura di), *Aree naturali protette*, Giuffrè Editore, Milano, 2008, p. 159.

⁵⁶ Così in A. ABRAMI, *Il regime giuridico delle aree protette*, Giappichelli, Torino, 2000.

fortiori che analogo potere debba essere riconosciuto anche in relazione ai parchi e alle riserve di interesse nazionale>>, superando un precedente orientamento di dottrina e giurisprudenza che riteneva l'interregionalità un criterio geografico e materiale, e non una misura della dimensione dell'interesse come poi successivamente affermato.

Il definitivo riparto di funzioni era rinviato all'approvazione di un'apposita legge quadro statale, con il termine del 1979. Tale provvedimento vedrà la luce solo nel 1991, costringendo sempre la Corte Costituzionale nel 1988 ad affermare che se lo Stato detta i soli principi fondamentali, la materia allora è affidata alla disciplina concorrente delle Regioni, e queste devono muoversi all'interno della cornice delle norme generali, degli indirizzi e dei criteri posti dalla suddetta l. quadro⁵⁷.

La l. 6 dicembre 1991, n. 394 ha mantenuto inalterata la sua struttura solo in parte, essendo stata modificata con interventi successivi per meglio adeguarla al contesto politico e sociale.

Ai sensi dell'art. 1 possiamo evidenziare due propositi generali che si pongono in antitesi con il modus operandi precedente: *<<la presente legge, in attuazione degli articoli 9 e 32 della Costituzione e nel rispetto degli accordi internazionali, detta principi fondamentali per l'istituzione e la gestione delle aree naturali protette, al fine di garantire e di promuovere, in forma coordinata, la conservazione e la valorizzazione del patrimonio naturale del paese.>>* Abbiamo quindi il superamento della precedente frammentazione normativa, eccessivamente caotica e confusionaria, risolto con un migliore e più efficiente coordinamento tra i livelli di governo. Dall'altro lato possiamo notare l'abbandono della classica concezione museale del parco, che quindi è uno strumento non solo di tutela ma anche di valorizzazione ed integrazione

⁵⁷ Sent. 223/1988.

delle attività antropiche compatibili (evidenziate ancora di più nel 1998): consiste nell'applicazione di *<<metodi di gestione o di restauro ambientale idonei a realizzare una integrazione tra uomo e ambiente naturale, anche mediante la salvaguardia dei valori antropologici, archeologici, storici e architettonici e delle attività agro-silvo-pastorali e tradizionali>>*, ai sensi dell'art. 1, comma 3, lett. a).

Gli oggetti di una tutela, che richiama il combinato degli artt. 9 e 32 Cost. sono *<<formazioni fisiche, geologiche, geomorfiche e biologiche, o gruppi di esse, che hanno rilevante valore naturalistico ed ambientale>>*; il valore appena richiamato deve essere letto in una duplice ottica: quella *ecocentrica*, secondo la classica lettura della tutela ambientale, ma anche una sorta di valore *relazionale* per l'uomo, che tramite il suo intervento può anche apportare miglioramenti a tali formazioni. Anzi, può essere la stessa relazione tra uomo e territorio ad essere considerata come elemento valorizzante.

Le aree meritevoli di tutela sono individuate dall'art. 2 in base alla rilevanza dell'interesse che rende indispensabile la sua protezione. E' il Consiglio di Stato che in una sua pronuncia ha modo di osservare come *<<gli Enti Parco nazionali soddisfano, pertanto, esigenze ed interessi che non sono stati intesi dal legislatore come circoscritti in termini essenziali al limitato ambito regionale, in quanto dotati di rilevanza non solo in ambito nazionale, ma anche internazionale, tanto da richiedere logicamente, a tutela degli stessi, il diretto intervento dello Stato>>*.⁵⁸

Possiamo dividerli in: *parchi nazionali*⁵⁹, *parchi regionali*⁶⁰ e *riserve naturali*⁶¹. Sono definizioni abbastanza generiche in cui il concetto di interesse nazionale,

⁵⁸ Cons. Stato, sez. VI, sent. 23 luglio 2009, n. 4652.

⁵⁹ Art. 2 l. quadro: *<<I parchi nazionali sono costituiti da aree terrestri, fluviali, lacuali o marine che contengono uno o più ecosistemi intatti o anche parzialmente alterati da interventi antropici, una o più formazioni fisiche, geologiche, geomorfologiche, biologiche, di rilievo internazionale o nazionale per valori naturalistici, scientifici, estetici, culturali, educativi e ricreativi tali da richiedere l'intervento dello Stato ai fini della loro conservazione per le generazioni presenti e future>>*.

che supera quindi i criteri meramente geografici, è caratterizzato dal confine incerto tra discrezionalità amministrativa e valutazione di tipo tecnico.

Le riserve naturali sono più marcatamente rivolte alla tutela della biodiversità, con preferenza per i valori naturalistici e minori spazi a prospettive di valorizzazione economica.

Il raccordo tra le politiche dei vari enti è improntato allo schema della *leale collaborazione*, come precisa l'art. 1, comma 5 come modificato dalla l. 9 dicembre 1998, n. 426: lo strumento è l'*accordo di programma*, oggi disciplinato dall'art. 34 del t.u.e.l. 267/2000. A riprova di ciò, il richiamo nell'art. 1 dei precetti costituzionali evidenzia che i compiti prescritti dalla legge devono essere eseguiti dallo Stato in tutte le sue articolazioni.

La procedura di istituzione dei parchi nazionali può seguire due schemi differenti, ed entrambi richiedono l'intervento di vari organi, ciascuno portatore di interessi diversi a seconda della fase in cui il procedimento si trova.

Il primo iter è quello stabilito nell'art. 8 della l. quadro: <<*i parchi nazionali individuati e delimitati secondo le modalità di cui all'articolo 4 sono istituiti e delimitati in via definitiva con decreto del Presidente della Repubblica, su proposta del Ministro dell'ambiente, sentita la Regione*>>. Il potere di proposta spetta quindi al Ministero, dopo aver coinvolto anche gli enti locali per una visione di insieme dei differenti interessi, e quindi degli strumenti migliori da predisporre. Nel caso in cui la delimitazione comprenda territori di

⁶⁰ Ibidem: <<*I parchi naturali regionali sono costituiti da aree terrestri, fluviali, lacuali ed eventualmente da tratti di mare prospicienti la costa, di valore naturalistico e ambientale, che costituiscono, nell'ambito di una o più regioni limitrofe, un sistema omogeneo individuato dagli assetti naturali dei luoghi, dai valori paesaggistici ed artistici e dalle tradizioni culturali delle popolazioni locali*>>.

⁶¹ Ibidem: <<*Le riserve naturali sono costituite da aree terrestri, fluviali, lacuali o marine che contengono una o più specie naturalisticamente rilevanti della flora e della fauna, ovvero presentino uno o più ecosistemi importanti per la diversità biologiche o per la conservazione delle risorse genetiche. Le riserve naturali possono essere statali o regionali in base alla rilevanza degli interessi in esse rappresentati*>>.

Regioni diverse, anche a statuto speciale, è necessario procedere tramite intesa, in base alla successiva modifica della l. 426/1998 che ha riformulato la precedente disposizione la quale disponeva un generico obbligo di consultazione con le regioni, peraltro non vincolante. Questo procedimento nel corso del tempo si è mostrato eccessivamente farraginoso, in quanto l'originale schema predisponeva, ancor prima della fase di istituzione, un'attività di studio e programmazione nazionale affidata ad un Comitato per le aree protette, formato da alcuni Ministri e sei tra Presidenti di Regione o assessori delegati, designati dalla Conferenza permanente Stato-Regioni e Province Autonome⁶². In base alla Carta della Natura doveva elencare le linee fondamentali dell'assetto territoriale in collaborazione con una consulta tecnica formata da esperti di settore, predisponendo un piano triennale per le aree protette, in modo da avere una sorta di "scaletta" sia sugli interventi che sulla distribuzione delle risorse⁶³. L'eccessiva onerosità della procedura e la

⁶² Art. 2 l. quadro: <<E' istituito il Comitato per le aree naturali protette, di seguito denominato Comitato, costituito dai Ministri dell'ambiente, che lo presiede, dell'agricoltura e delle foreste, della marina mercantile, per i beni culturali e ambientali, dei lavori pubblici e dell'università e della ricerca scientifica e tecnologica, o da sottosegretari delegati, e da sei presidenti di regione o provincia autonoma, o assessori delegati, designati per un triennio, dalla Conferenza permanente per i rapporti tra lo Stato, le regioni e le province autonome di Trento e di Bolzano. Alle riunioni del Comitato partecipano, con voto consultivo, i presidenti, o gli assessori delegati, delle regioni nel cui territorio ricade l'area protetta, ove non rappresentate. Alla costituzione del Comitato provvede il Ministro dell'ambiente con proprio decreto. Il Comitato identifica, sulla base della Carta della natura di cui al comma 3, le linee fondamentali dell'assetto del territorio con riferimento ai valori naturali ed ambientali, che sono adottate con decreto del Presidente del Consiglio dei ministri, su proposta del Ministro dell'ambiente, previa deliberazione del Comitato>>.

⁶³ Art. 3 l. quadro: <<Il programma triennale per le aree naturali protette, di seguito denominato "programma", sulla base delle linee fondamentali di cui all'articolo 3, comma 2, dei dati della Carta della natura e delle disponibilità finanziarie previste dalla legge dello Stato: a) specifica i territori che formano oggetto del sistema delle aree naturali protette di interesse internazionale, nazionale e regionale quali individuate nelle vigenti disposizioni di legge, statali e regionali, operando la necessaria delimitazione dei confini; b) indica il termine per l'istituzione di nuove aree naturali protette o per l'ampliamento e la modifica di quelle esistenti, individuando la delimitazione di massima delle aree stesse; c) definisce il riparto delle disponibilità finanziarie per ciascuna area e per ciascun esercizio finanziario, ivi compresi i contributi in conto capitale per l'esercizio di attività agricole compatibili, condotte con sistemi innovativi ovvero con recupero di sistemi tradizionali, funzionali alla protezione ambientale, per il recupero e il restauro delle aree di valore naturalistico degradate, per il restauro e l'informazione ambientali; d) prevede contributi in conto capitale per le attività nelle aree naturali protette istituite dalle regioni con proprie risorse, nonché per progetti delle regioni relativi

sua mancata attuazione di aspetti rilevanti ha determinato la soppressione del comitato e il trasferimento *in toto* delle sue funzioni alla Conferenza permanente Stato-Regioni e Provincie Autonome, ai sensi de d.lgs. 28 agosto 1997, n.281. Mentre la disposizione sul piano triennale è stata modificata dal d.lgs. 31 marzo 1998, n.112, artt. 76 e 77, eliminandolo e prevedendo che spetti alla Conferenza Unificata l'attività di individuazione, istituzione e disciplina generale di parchi e riserve naturali.

Tra le maglie del dettato della stessa l. quadro si può rinvenire un differente meccanismo istitutivo: ai sensi dell'art. 34 il Ministero dell'Ambiente, dopo aver sentito Regione ed enti locali può istituire in via diretta una serie di parchi nazionali, con delimitazione provvisoria o definitiva. Questo procedimento ha anche ricevuto l'avallo della Corte Costituzionale, che ritiene legittima *<<l'individuazione di parchi nazionali direttamente per legge, anziché tramite procedimento amministrativo>>*, in quanto è espressione della posizione eminente del Parlamento nel rappresentare l'interesse nazionale (sent. 422/2002).

Nonostante, come evidenziato prima, il provvedimento termini con il d.p.R. adottato su proposta del Ministro dell'ambiente e dopo aver sentito le Regioni interessate, l'art. 8 genera una qualche disarmonia al comma 6, dove dispone che i nuovi enti parco siano istituiti *<<sulla base di apposito provvedimento legislativo>>*; norma subito sfruttata in quanto la l. quadro stessa istituisce ben sei parchi nazionali: Cilento e Vallo di Diano, Gargano, Gran Sasso e monti della Laga, Maiella, Val Grande e Vesuvio⁶⁴.

all'istituzione di dette aree e) determina i criteri e gli indirizzi ai quali debbono uniformarsi lo Stato, le regioni e gli organismi di gestione delle aree protette nell'attuazione del programma per quanto di loro competenza, ivi compresi i compiti relativi alla informazione ed alla educazione ambientale delle popolazioni interessate, sulla base dell'esigenza di unitarietà delle aree da proteggere>>.

⁶⁴ Art. 34 l. quadro.

Passando ai parchi regionali, è necessaria una l. regionale istitutiva ai sensi dell'art. 22. L'iter deve rispettare le forme di partecipazione degli enti locali, individuati nei Comuni, nelle Province e nelle Comunità montane nel cui territorio si procede all'istituzione dell'area. Il modello standard è sempre quello dell'intesa, soprattutto per aree comprese in più regioni.

L'istituzione delle riserve naturali ricalca a somma tratti il procedimento richiesto dall'art. 8 per la creazione di un parco naturale statale, ma l'atto conclusivo consiste in un decreto ministeriale del Ministro dell'ambiente, sentite le regioni. In relazione al maggior grado di tutela e alle finalità della riserva, la stessa disposizione prevede che in particolare le aree in questione non possano essere oggetti di attività di discarica di rifiuti solidi e liquidi, né possa essere consentito l'accesso a persone non autorizzate, salvo le modalità stabilite dall'ente di gestione⁶⁵.

Riguardo l'istituzione di riserve regionali, è richiesto il medesimo iter ex art. 22, come enunciato in precedenza.

2.2 LA STRUTTURA DEL MODELLO ITALIANO: L'ENTE PARCO

Prima dell'emanazione di una disciplina organica i parchi si organizzavano secondo modelli differenziati in base ad ognuna legge istitutiva. In tale disarmonia era però possibile individuare alcuni modelli: l'amministrazione

⁶⁵ <<Il decreto istitutivo delle riserve naturali statali, di cui all'articolo 8, comma 2, oltre a determinare i confini della riserva ed il relativo organismo di gestione, ne precisa le caratteristiche principali, le finalità istitutive ed vincoli principali, stabilendo altresì indicazioni e criteri specifici cui devono conformarsi il piano di gestione della riserva ed il relativo regolamento attuativo, emanato secondo i principi contenuti nell'articolo 11 della presente legge. Il piano di gestione della riserva ed il relativo regolamento attuativo sono adottati dal Ministro dell'ambiente entro i termini stabiliti dal decreto istitutivo della riserva stessa, sentite le regioni a statuto ordinario e d'intesa con le regioni a statuto speciale e le province autonome di Trento e di Bolzano. Sono vietati in particolare: a) ogni forma di discarica di rifiuti solidi e liquidi; b) l'accesso nelle riserve naturali integrali a persone non autorizzate, salvo le modalità stabilite dagli organi responsabili della gestione della riserva>>.

diretta degli organi ministeriali oppure la creazione di enti autonomi di gestione.

Il secondo tipo è quello scelto dalla l. quadro, la quale individua esplicitamente l'Ente Parco quale fondamentale struttura di governo imprescindibile per tutti i parchi nazionali.

L'art. 9 lo individua come <<*personalità di diritto pubblico, con sede legale e amministrativa nel territorio del parco ed è sottoposto alla vigilanza del Ministro dell'ambiente*>>. In dottrina si è discusso molto sulla sua natura giuridica con opinioni spesso contrastanti. Si è sottolineato come non possa essere classificato un *ente di servizi*, in quanto la sua funzione principale è quella di tutela dei valori naturali ed ambientali, ed occasionalmente la prestazione di servizi, laddove invece gli enti di servizi sono deputanti prettamente alla gestione o erogazione di servizi amministrativi e tecnici. Neanche la categoria *dell'impresa pubblica* sembra confarsi al nostro caso, visto che pur svolgendo attività economiche, queste non rappresentano la sua finalità istitutiva, anche se in base alla l. 7 agosto 1990, n. 241 è chiamato a rispettare i principi di *efficienza, efficacia ed economicità* dell'azione amministrativa. Lo si può escludere anche dal novero degli *enti territoriali*: pur stabilendosi ed operando su un territorio ben definito, con cui ha un imprescindibile legame, non rientra nel circuito democratico, non rappresenta le comunità insediate nell'area e manca di politicità, essendo vincolato solo ad obiettivi di protezione ambientali stabiliti dalla normativa in questione. Forse la definizione più idonea è quella di *ente pubblico non economico*, a carattere *strumentale o ausiliario*, come dimostra il potere di sorveglianza ministeriale, quindi un ente di amministrazione finalizzato alla protezione dell'interesse naturalistico dotato di una disciplina di settore.

Gli organi dell'Ente sono il Presidente, il Consiglio direttivo, la Giunta esecutiva, il Collegio dei revisori dei conti e la Comunità del Parco.

Ai sensi dell'art. 9 comma 3 il Presidente è nominato dal Ministero e ha funzioni di rappresentanza e coordinamento dell'attività dell'Ente.

Il Consiglio direttivo è composto dal Presidente e dodici membri nominati dal Ministro solo formalmente. La designazione ricade su soggetti appartenenti ad ambiti diversi e quindi portatori di soggetti differenti ma convergenti: due scelti dal Ministero dell'ambiente, uno dal Ministro dell'agricoltura e delle foreste, cinque dalla Comunità del parco, mentre, dei restanti quattro, due da istituzioni di carattere nazionale⁶⁶ e due da associazioni ambientaliste dotate di rappresentatività. Le sue funzioni sono riportate al comma 8: <<*il Consiglio direttivo delibera in merito a tutte le questioni generali ed in particolare sui bilanci che sono approvati dal Ministro dell'ambiente di concerto con il Ministro del tesoro, sui regolamenti e sulla proposta di piano per il parco di cui all'articolo 12, esprime parere vincolante sul piano pluriennale economico e sociale di cui all'articolo 14, elabora lo statuto dell'Ente parco, che è adottato con decreto del Ministro dell'ambiente, d'intesa con la regione*>>. Elege al suo interno una giunta esecutiva composta da cinque membri più il Presidente.

Il Collegio dei revisori esercita il controllo contabile in base alla normativa generale dello Stato e del regolamento di contabilità del Parco.

Per completare l'analisi degli organi dobbiamo ricordare la Comunità, composta da rappresentanti delle autonomie locali nel cui territorio si estende l'area protetta. Nell'impianto originario aveva compiti propositivi e consultivi distinti da quelli del Consiglio, in seguito alla riforma del 1998 le è stato attribuito un ruolo più decisivo nell'approvazione degli strumenti pianificatori. Si tratta di una forma di collaborazione politica per includere

⁶⁶ Accademia nazionale dei Lincei, Società botanica italiana, l'Unione zoologica italiana, il Consiglio nazionale delle ricerche e le Università con sede nelle aree interessate.

nelle scelte maggiormente incisive le voci delle collettività presenti, compensando l'amministrazione c.d. *tecnica*.

L'attività dell'ente si basa su un delicato equilibrio tra tutela dell'ecosistema ed esigenze della collettività. Il punto cruciale risiede nel grado di autonomia e di indipendenza delle sue funzioni, indice dell'effettività nella realizzazione degli obiettivi. Questo emerge chiaramente dalla composizione e modalità di nomina dei vari organi sopracitati: alcuni di questi sono attribuiti ad un soggetto politico, il Ministero, ma non per questo ne deriva un rapporto di fiducia o di subordinazione. Dal tenore delle disposizioni in questione, l'Ente è istituito e disciplinato dalla legge. In questo sistema intervengono designazioni di categorie e procedimenti collaborativi che condizionano la revoca e lo scioglimento degli organi collegiali, anche tramite soggetti diversi ed autonomi rispetto al ministro.

Questa modalità è tipica di organismi ad alta competenza tecnico-scientifica e con una rilevante indipendenza dal circuito politico; è soprattutto nel campo delle politiche ambientali che queste caratteristiche si ritengono necessarie.

L'Ente Parco quindi incarna le esigenze di protezione, le interpreta e valuta all'interno di una rete di procedure quanto più possibile oggettive e scientifiche, chiare e trasparenti. Al contempo però non sono trascurate esigenze a carattere economico e sociale, come ad esempio la liquidazione dei diritti esclusivi di caccia o la permanenza di diritti reali⁶⁷.

L'attività di vigilanza predisposta dalla I. quadro si sostanzia in due diversi profili. Il primo si basa un tipo di vigilanza *giuridica*, ex art. 9 comma 1, la quale spetta al Ministro o alla Regione a seconda della tipologia del parco.

⁶⁷ Art. 11, comma 5: <<restano salvi i diritti reali e gli usi civici delle collettività locali, che sono esercitati secondo le consuetudini locali. Eventuali diritti esclusi vi di caccia delle collettività locali o altri usi civici di prelievi faunistici sono liquidati dal competente commissario per la liquidazione degli usi civici ad istanza dell'Ente parco>>.

Il secondo invece, definibile *materiale*, consiste nel monitoraggio delle attività compiute nel parco ed è improntato alla prevenzione o repressione di comportamenti vietati o dannosi. Titolare è il Corpo forestale che nel rispetto del d.p.c.m. 5 luglio 2002, n.24505 deve destinare alcuni dei suoi appartenenti presso ogni ente parco in modo da costituire un coordinamento territoriale del medesimo Corpo, con una circoscrizione coincidente con il perimetro del parco.

Tali coordinamenti territoriali sono sottoposti ad un vincolo di dipendenza funzionale rispetto al Corpo e all'Ente parco, in quella che si può definire *codipendenza*. Per evitare situazioni eccessivamente caotiche, le priorità di intervento sono comunicate dall'Ente in collaborazione con il funzionario responsabile del coordinamento.

Fin qui si è trattato esclusivamente del sistema "aree protette statali", ma è opportuno inquadrare anche la normativa nel contesto regionale.

Nell'istituire parchi regionali, le regioni devono rispettare alcuni principi fondamentali che formano una cornice di valori atta a conferire, nei limiti del possibile, unitarietà di intervento e coinvolgimento di ciascun soggetto interessato⁶⁸.

⁶⁸ Art. 22 l. quadro: <<costituiscono principi fondamentali per la disciplina delle aree naturali protette regionali: a) la partecipazione delle province, delle comunità montane e dei comuni al procedimento di istituzione dell'area protetta, fatta salva l'attribuzione delle funzioni amministrative alle province, ai sensi del l'articolo 14 della legge 8 giugno 1990, n.142. Tale partecipazione si realizza, tenuto conto dell'articolo 3 della stessa legge n. 142 del 1990, attraverso conferenze per la redazione di un documento di indirizzo relativo all'analisi territoriale dell'area da destinare a protezione, alla perimetrazione provvisoria, all'individuazione degli obiettivi da perseguire, alla valutazione degli effetti dell'istituzione dell'area protetta sul territorio ; b) la pubblicità degli atti relativi all'istituzione dell'area protetta e alla definizione del piano per il parco di cui all'articolo 25; c) la partecipazione degli enti locali interessati alla gestione dell'area protetta;; d) l'adozione, secondo criteri stabiliti con legge regionale in conformità ai principi di cui all'articolo 11, di regolamenti delle aree protette;; e) la possibilità di affidare la gestione alle comunioni familiari montane, anche associate fra loro, qualora l'area naturale protetta sia in tutto o in parte compresa fra i beni agro-silvo-pastorali costituenti patrimonio delle comunità stesse.

Fatte salve le rispettive competenze per le regioni a statuto speciale e per le province autonome di Trento e di Bolzano, costituiscono principi fondamentali di riforma economico-sociale la partecipazione degli enti locali alla istituzione e alla gestione delle aree protette e la pubblicità degli

Lo schema in questione tuttavia ha presentato profili di problematicità successivamente alla riforma del Titolo V Cost., laddove la materia della tutela dell'ambiente è stata trasferita da un regime di competenza concorrente ad uno di competenza esclusiva statale ex art. 117, comma 2, lett. s). Il prevalente orientamento della giurisprudenza costituzionale, quello di riconoscere la tutela dell'ambiente come materia trasversale in modo da giustificare l'intervento regionale in materia di loro competenza, non elimina alcune aporie, rinvenibili in recenti pronunce della Consulta, le quali tendono a inquadrare tali competenze non come normative (ratio della l. quadro), ma amministrative, a dispetto della fonte richiesta per il loro esercizio: la legge⁶⁹.

E' altresì evidente che le regioni, nei limitati ambiti di autonomia ormai riconosciuti, sono riuscite ad adottare soluzioni sulla falsa riga del modello delineato dalla l. quadro e fondato sulla creazione di enti *ad hoc*. Una prima scelta è stata la costituzione di consorzi tra enti locali, soppressi tuttavia dalla l. finanziaria 2010. Altra soluzione, stavolta maggiormente efficace, è quella dell'ente apposito, ma con leggere modifiche. Possiamo citare la trasformazione di un precedente consorzio in ente di diritto pubblico ad opera della regione Lombardia⁷⁰, oppure l'affidamento della cura di una macroarea a

atti relativi all'istituzione dell'area protetta e alla definizione del piano per il parco. Le regioni istituiscono parchi naturali regionali e riserve naturali regionali utilizzando soprattutto i demani e i patrimoni forestali regionali, provinciali, comunali e di enti pubblici, al fine di un utilizzo razionale del territorio e per attività compatibili con la speciale destinazione dell'area. Le aree protette regionali che insistono sul territorio di più regioni sono istituite dalle regioni interessate, previa intesa tra le stesse, e gestite secondo criteri unitari per l'intera area delimitata.

Non si possono istituire aree protette regionali nel territorio di un parco nazionale o di una riserva naturale statale.

Nei parchi naturali regionali e nelle riserve naturali regionali l'attività venatoria è vietata, salvo eventuali prelievi faunistici ed abbattimenti selettivi necessari per ricomporre squilibri ecologici. Detti prelievi ed abbattimenti devono avvenire in conformità al regolamento del parco o, qualora non esista, alle direttive regionali per iniziativa e sotto la diretta responsabilità e sorveglianza dell'organismo di gestione del parco e devono essere attuati dal personale da esso dipendente o da persone da esso autorizzate>>.

⁶⁹ Sent. Corte Cost. 3 marzo 2011, n.70.

⁷⁰ L.r. Lombardia, 4 agosto 2011, n.12.

enti di gestione differenti e competenti per singole porzioni di questa in Emilia Romagna⁷¹.

A prescindere da ogni singola variante, il procedimento richiesto dall'art. 22 impone la partecipazione degli enti locali interessati (province, comunità montane e comuni). Il provvedimento istitutivo deve comprendere alcuni elementi essenziali, equivalenti alla normativa richiesta per i parchi statali (perimetrazione, piano di protezione, etc.), ed ovviamente l'ente di gestione diverso dall'Ente Parco.

Delle aree marine si tratterà nella seconda parte del capitolo, l'ultima menzione spetta quindi alle riserve naturali. Ai sensi dell'art. 17 i requisiti richiesti sono richiamati dalle disposizioni sui parchi nazionali. La loro istituzione avviene tramite D.M., sentita la Regione interessata. Nel caso in cui le riserve ricadano nell'ambito territoriale di un parco nazionale, la sua gestione spetterà all'Ente Parco in questione, ex art. 31 l. quadro.

2.2.1 IL PIANO PER IL PARCO

Uno dei limiti della legislazione precedente la l. quadro era l'assenza di opportuni strumenti di pianificazione. La l. 394/1991, intuendo questa mancanza, prevede l'approvazione di un Piano per il parco a contenuto generale, che possa inquadrare i numerosi aspetti della gestione del territorio. Al comma 1 dell'art. 12 è previsto che tale strumento disciplini obbligatoriamente alcuni contenuti: *<<la tutela dei valori naturali ed ambientali affidata all'Ente parco è perseguita attraverso lo strumento del piano per il parco, di seguito denominato "piano", che deve, in particolare, disciplinare i seguenti contenuti: "a) organizzazione generale del territorio e sua articolazione in aree o parti caratterizzate da forme differenziate di uso,*

⁷¹ L.r. Emilia Romagna, 23 dicembre, n.24.

godimento e tutela; b) vincoli, destinazioni di uso pubblico o privato e norme di attuazione relative con riferimento alle varie aree o parti del piano; c) sistemi di accessibilità veicolare e pedonale con particolare riguardo ai percorsi, accessi e strutture riservati ai disabili, ai portatori di handicap e agli anziani; d) sistemi di attrezzature e servizi per la gestione e la funzione sociale del parco, musei, centri di visite, uffici informativi, aree di campeggio, attività agro-turistiche; e) indirizzi e criteri per gli interventi sulla flora, sulla fauna e sull'ambiente naturale in genere>>. Il fine principale è quello di distinguere tra zone che meritano una conservazione integrale o simile, e zone in cui è ammesso un intervento dell'uomo anche se limitato. Il comma 2⁷² prevede un'opera di zonizzazione, ossia la suddivisione del parco in quattro tipologie di aree, ciascuna con un grado di tutela differente. Le *riserve integrali* escludono qualsiasi forma di intervento umano, in quanto <<l'ambiente naturale è conservato nella sua integrità>>. Nelle *riserve generali orientate* il divieto grava sulla realizzazione di nuove opere edilizie, sull'ampliamento di quelle esistenti, nonché sulle opere di trasformazione del territorio. E' tuttavia ammessa la prosecuzione delle attività produttive tradizionali, interventi di gestione delle risorse naturali, la realizzazione delle infrastrutture

⁷² <<Il piano suddivide il territorio in base al diverso grado di protezione, prevedendo: a) riserve integrali nelle quali l'ambiente naturale è conservato nella sua integrità; b) riserve generali orientate, nelle quali è vietato costruire nuove opere edilizie, ampliare le costruzioni esistenti, eseguire opere di trasformazione del territorio. Possono essere tuttavia consentite le utilizzazioni produttive tradizionali, la realizzazione delle infrastrutture strettamente necessarie, nonché interventi di gestione delle risorse naturali a cura dell'Ente parco. Sono altresì ammesse opere di manutenzione delle opere esistenti, ai sensi delle lettere a) e b) del primo comma dell'articolo 31 della legge 5 agosto 1978, n.457; c) aree di protezione nelle quali, in armonia con le finalità istitutive ed in conformità ai criteri generali fissati dall'Ente parco, possono continuare, secondo gli usi tradizionali ovvero secondo metodi di agricoltura biologica, le attività agro-silvo-pastorali nonché di pesca e raccolta di prodotti naturali, ed è incoraggiata anche la produzione artigianale di qualità. Sono ammessi gli interventi autorizzati ai sensi delle lettere a), b) e c) del primo comma dell'articolo 31 della citata legge n.457 del 1978, salvo l'osservanza delle norme di piano sulle destinazioni d'uso; d) aree di promozione economica e sociale facenti parte del medesimo ecosistema, più estesamente modificate dai processi di antropizzazione, nelle quali sono consentite attività compatibili con le finalità istitutive del parco e finalizzate al miglioramento della vita socio-culturale delle collettività locali e al miglior godimento del parco da parte dei visitatori>>.

strettamente necessarie e la manutenzione degli edifici già esistenti. Nelle *aree di protezione* si consente la continuazione di attività agro-silvo-pastorali e di produzioni artigianali di qualità, ma anche di pesca e raccolta di prodotti naturali, a patto che preesistenti all'insediamento del parco e che si svolgano secondo gli usi tradizionali o i metodi di agricoltura biologica, sempre in conformità con i criteri generali del regolamento. Le zone del quarto tipo, le *aree di promozione economica e sociale*, già caratterizzate da un grado più alto di antropizzazione, possono essere oggetto di attività compatibili con le finalità del parco e sono finalizzate al miglioramento delle condizioni economico-sociale delle comunità locali e al miglior godimento del parco per i visitatori. L'ultima previsione è volta ad evitare che il parco sia considerato intoccabile, e che di rimando le zone contigue siano oggetto di un'intensa opera di umanizzazione esterna con costruzioni di raccordo o passaggio onerose e dannose.

L'approvazione del piano avviene al termine di una procedura complessa da applicare anche per modifiche ed aggiustamenti, obbligatori almeno ogni dieci anni. Entro diciotto mesi dalla costituzione dei suoi organi, l'Ente Parco deve predisporre il progetto sulla base di criteri definiti congiuntamente con la Comunità, chiamata ad esprimere un proprio parere. La fase dell'approvazione spetta al Consiglio direttivo, sui cui grava un obbligo di consultazione con la Comunità ex art. 11 bis. Segue l'adozione della Regione entro novanta giorni dall'inoltro dell'Ente Parco, ma solo dopo una fase transitoria di partecipazione aperta agli interessati⁷³. Al Ministero

⁷³ Art. 12, comma 4: <<Il piano adottato è depositato per quaranta giorni presso le sedi dei comuni, delle comunità montane e delle regioni interessate; chiunque può prenderne visione ed estrarne copia. Entro i successivi quaranta giorni chiunque può presentare osservazioni scritte, sulle quali l'Ente parco esprime il proprio parere entro trenta giorni. Entro centoventi giorni dal ricevimento di tale parere la regione si pronuncia sulle osservazioni presentate e, d'intesa con l'Ente parco per quanto concerne le aree di cui alle lettere a), b) e c) del comma 2 e d'intesa, oltre che con l'Ente parco, anche con i comuni interessati per quanto concerne le aree di cui alla lettera d) del medesimo comma 2, emana il provvedimento d'approvazione>>.

dell'ambiente sono riconosciuti poteri sostitutivi in caso di inerzia superiore a ventiquattro mesi dell'Ente.

L'attuale formulazione è frutto della riforma del 1998, che ha sostituito l'art. 12, mentre in precedenza il Consiglio aveva competenza esclusiva sulla predisposizione.

Ovviamente la difficoltà del procedimento risiede nella ricerca delle intese tra i vari organi, ognuno espressione di interessi e qualità differenti. Ma sono indispensabili in quanto ai sensi del comma 7 *<<il piano ha effetto di dichiarazione di pubblico generale interesse e di urgenza e di indifferibilità per gli interventi in esso previsti e sostituisce ad ogni livello i piani paesistici, i piani territoriali o urbanistici e ogni altro strumento di pianificazione>>*. Prospettiva comunque completamente ribaltata se si considera che il d.lgs. 22 gennaio 2004, n. 42 (il *<<Codice dei beni culturali e del paesaggio>>*) così come modificato dal d.lgs. 24 marzo 2006, n. 157 e successivamente dal d.lgs. 26 marzo 2008, n. 63, all'art. 145 recita *<<le disposizioni dei piani paesaggistici sono comunque prevalenti sulle disposizioni contenute negli atti di pianificazione, ad incidenza territoriale previste dalle normative di settore, ivi compresi quelli degli enti gestori delle aree naturali protette>>*, in quanto allo stato attuale a carico del piano del parco gravano obblighi conformativi e di adeguamento in conformità con i piani paesaggistici. Scelta che se da un lato crea una visione complessiva di paesaggio, evitando l'isolamento dell'area protetta, dall'altro non consentirebbe una valutazione integrata degli elementi paesaggistici con quelli più strettamente naturalistici.

2.2.2 IL REGOLAMENTO PER IL PARCO

Al piano del parco la legge affianca un altro strumento di gestione: il regolamento del parco, chiamato a disciplinare le attività consentite all'interno dello stesso⁷⁴.

La ratio dell'istituto è ovviamente quella di non pregiudicare più del dovuto alcune attività umane che per la loro natura e le modalità di svolgimento possono essere eseguite nell'area di interesse, esigenza ribadita nel comma 2bis in cui si sottolinea l'importanza della valorizzazione della componente culturale e tradizionale della comunità insediata sul territorio. Accanto alla disciplina delle attività consentite la medesima disposizione, al comma 3, pone il divieto di *<<attività e opere che possono compromettere la salvaguardia del paesaggio e degli ambienti naturali tutelati con particolare riguardo alla flora e alla fauna protette e ai rispettivi habitat>>*, enunciate in un apposito elenco⁷⁵ ovviamente non esaustivo, in quanto ogni area ha

⁷⁴ Art. 11, comma 2: *<<Allo scopo di garantire il perseguimento delle finalità di cui all'articolo 1 e il rispetto delle caratteristiche naturali, paesistiche, antropologiche, storiche e culturali locali proprie di ogni parco, il regolamento del parco disciplina in particolare: a) la tipologia e le modalità di costruzione di opere e manufatti; b) lo svolgimento delle attività artigianali, commerciali, di servizio e agro-silvo-pastorali; c) il soggiorno e la circolazione del pubblico con qualsiasi mezzo di trasporto; d) lo svolgimento di attività sportive, ricreative ed educative; e) lo svolgimento di attività di ricerca scientifica e biosanitaria; f) i limiti alle emissioni sonore, luminose o di altro genere, nell'ambito della legislazione in materia; g) lo svolgimento delle attività da affidare a interventi di occupazione giovanile, di volontariato, con particolare riferimento alle comunità terapeutiche, e al servizio civile alternativo;*

h) l'accessibilità nel territorio del parco attraverso percorsi e strutture idonee per disabili, portatori di handicap e anziani.

Il regolamento del parco valorizza altresì gli usi, i costumi, le consuetudini e le attività tradizionali delle popolazioni residenti sul territorio, nonché le espressioni culturali proprie e caratteristiche dell'identità delle comunità locali e ne prevede la tutela anche mediante disposizioni che autorizzino l'esercizio di attività particolari collegate agli usi, ai costumi e alle consuetudini suddette, fatte salve le norme in materia di divieto di attività venatoria previste dal presente articolo>>.

⁷⁵ *<<a) la cattura, l'uccisione, il danneggiamento, il disturbo delle specie animali; la raccolta e il danneggiamento delle specie vegetali, salvo nei territori in cui sono consentite le attività agro-silvo-pastorali, nonché l'introduzione di specie estranee, vegetali o animali, che possano alterare l'equilibrio naturale; b) l'apertura e l'esercizio di cave, di miniere e di discariche, nonché l'asportazione di minerali;*

c) la modificazione del regime delle acque; d) lo svolgimento di attività pubblicitarie al di fuori dei centri urbani, non autorizzate dall'Ente parco; e) l'introduzione e l'impiego di qualsiasi mezzo di distruzione o di alterazione dei cicli biogeochimici; f) l'introduzione, da parte di privati, di armi,

caratteristiche proprie e modula i divieti nel modo più conforme ai propri obiettivi. Il divieto però può essere derogato da prescrizioni del regolamento, purché il tutto avvenga <<*sotto la diretta responsabilità e sorveglianza dell'Ente parco e siano attuate dal personale dell'Ente parco o da persone all'uopo espressamente autorizzate dall'Ente parco stesso*>> (comma 4).

La procedura di approvazione è iscritta nel comma 6 e prevede le due canoniche fasi dell'adozione, ad opera dell'Ente Parco, e dell'approvazione, attribuita al Ministero dell'ambiente di intesa con le regioni interessate e previo parere degli enti locali, se a livello nazionale. Acquista efficacia vincolante anche per i comuni dopo novanta giorni dalla pubblicazione sulla Gazzetta Ufficiale.

Il sistema previsto per le aree protette regionali si basa essenzialmente sul modello appena trattato. In particolare è la I. regionale istitutiva del parco che deve individuare il soggetto per la gestione del parco, mentre il piano per il parco è adottato dal medesimo e approvato dalla Regione con le misure di coordinamento con i piani paesaggistici, territoriali o urbanistici a qualsiasi livello (art. 25, comma 1).

2.2.3 IL NULLAOSTA DELL'ENTE PARCO

Il monitoraggio di ogni singola attività, intervento, impianto o opere che interessino l'area del parco è affidato all'Ente parco con la previsione di un nullaosta che verifichi la compatibilità con le disposizioni del piano e del regolamento⁷⁶. Se una parte della dottrina lo riconduce al modello delle

esplosivi e qualsiasi mezzo distruttivo o di cattura, se non autorizzati; g) l'uso di fuochi all'aperto; h) il sorvolo di velivoli non autorizzato, salvo quanto definito dalle leggi sulla disciplina del volo>>.

⁷⁶ Art. 13, comma 1: *"Il rilascio di concessioni o autorizzazioni relative ad interventi, impianti ed opere all'interno del parco è sottoposto al preventivo nulla osta dell'Ente parco. Il nulla osta verifica la conformità tra le disposizioni del piano e del regolamento e l'intervento."*

autorizzazioni, un'altra ne riconosce la natura di atto di certazione e lo assimila ai *pareri tecnici* obbligatori e vincolanti. Secondo una definizione di Crosetti, esso andrebbe concepito come <<*un provvedimento permissivo che consente, in via preventiva, il successivo rilascio di altri titoli (soprattutto edilizi) per la realizzazione di opere ed interventi all'interno dell'area protetta*>>⁷⁷. E' una sorta di antecedente necessario al rilascio di ulteriori titoli autorizzativi, senza però intaccare le competenze di altre autorità e la sua finalità principale è l'esigenza superiore della protezione ambientale. Per meglio garantirla, tale atto si caratterizza per un elevato contenuto tecnico-scientifico e non discrezionale (o secondo altri a discrezionalità ridottissima, a causa del condizionamento del piano e del regolamento): se gli interventi sono già stati disciplinati, allora il nullaosta è dovuto; se non lo sono, non può essere rilasciato. Discorso a parte nel caso in cui piano e regolamento non si siano ancora formati: in tal caso il margine di discrezionalità, ovviamente, è maggiore.

La richiesta deve essere indirizzata all'Ente parco, il quale ha sessanta giorni per concederlo. L'esame della richiesta, ai sensi dell'art. 13, comma 3, può essere deferito <<*con deliberazione del Consiglio direttivo ad un apposito comitato la cui composizione e la cui attività sono disciplinate dal regolamento del parco.*>> Nel caso di decorso del termine senza risposta, è prevista la formazione del silenzio assenso, come evidenziato dalla sent. 24 settembre 1993, n. 434, T.A.R. Abruzzo. Tuttavia la giurisprudenza non è concorde su questo punto, in quanto l'art. 20 l. 7 agosto 1990, n. 241, come integrata dalla l. 14 maggio 2005, n. 80, esclude l'operatività del silenzio assenso in materia paesaggistica ed ambientale, con conseguente

⁷⁷ A. CROSETTI, D. VAIANO, *Beni culturali e paesaggistici*, Giappichelli, Torino, 2005.

abrogazione del meccanismo ex art. 13⁷⁸ 79. Il Consiglio di Stato però ha preferito ribadire la sopravvivenza di tale disposizione, ad eccezione dei procedimenti di sanatoria per opere abusive già realizzate⁸⁰.

2.3 LA RETE NATURA 2000: IL NETWORK EUROPEO PER LA BIODIVERSITA'

*<<In May 1992 European Union governments adopted legislation designed to protect the most seriously threatened habitats and species across Europe. This legislation is called the "Habitats Directive" and complements the Birds Directive adopted in 1979. At the heart of both these Directives is the creation of a network of sites called "Natura 2000". The Birds Directive requires the establishment of Special Protection Areas (SPAs) for birds. The Habitats Directive similarly requires Special Areas of Conservation (SACs) to be designated for other species, and for habitats. Together, SPAs and SACs make up the Natura 2000 series. All EU Member States contribute to the network of sites in a Europe-wide partnership from the Canaries to Crete and from Sicily to Finnish Lapland>>.*⁸¹ Così il sito ufficiale della rete Natura 2000 definisce il programma europeo per la creazione e la tutela dei siti di interesse comunitario. Agli inizi degli anni novanta la legislazione comunitaria in materia ambientale, basandosi anche sugli sviluppi del diritto internazionale, venne

⁷⁸ Art. 20, comma 4: *<<Le disposizioni del presente articolo non si applicano agli atti e procedimenti riguardanti il patrimonio culturale e paesaggistico, l'ambiente, la difesa nazionale, la pubblica sicurezza, l'immigrazione, l'asilo e la cittadinanza, la salute e la pubblica incolumità, ai casi in cui la normativa comunitaria impone l'adozione di provvedimenti amministrativi formali, ai casi in cui la legge qualifica il silenzio dell'amministrazione come rigetto dell'istanza, nonché agli atti e procedimenti individuati con uno o più decreti del Presidente del Consiglio dei Ministri, su proposta del Ministro per la funzione pubblica, di concerto con i Ministri competenti>>.*

⁷⁹ T.A.R. Lazio, sez. II, sent. 13 dicembre 2003, n.13241.

⁸⁰ Cons. Stato, sez. VI, sent. 21 giugno 2011, n.3723.

⁸¹ Da <http://www.natura.org/about.html>.

implementata attraverso l'uso di nuovi interventi che potessero consentire una normativa generale ed unitaria per la conservazione della biodiversità. Lo scopo principale era quello di costruire una vera e propria rete di aree protette di livello europeo, migliorando il precedente tentativo della direttiva *uccelli*, estendendo l'operazione anche agli habitat e alle altre specie.

La rete natura 2000 si basa quindi su due testi fondamentali: la direttiva del Consiglio 2 aprile 1979, n. 409 (integrata poi dalla direttiva del Parlamento 30 novembre 2009, n. 147), recepita in Italia con la l. 11 febbraio 1992, n. 157 e d.l. 16 agosto 2006, n. 251 (*Disposizioni urgenti per assicurare l'adeguamento nazionale alla direttiva 79/409/CEE in materia di conservazione della fauna selvatica*), e la direttiva del Consiglio 21 maggio 1992, n. 43 introdotta nell'ordinamento statale con d.p.R. settembre 1997, n. 357, come poi modificato dal d.p.R. 120/2003⁸².

La gestione di Natura 2000 comporta la *territorializzazione* diffusa della conservazione della natura e si incardina nelle politiche di sostenibilità dell'Unione Europea, imponendo un bilanciamento tra interessi ambientali, sociali ed economici. Dal punto di vista giuridico le direttive non hanno istituito un modello diverso di aree protette in diretta concorrenza con quelli statali, ma piuttosto una cornice che gli Stati devono riempire di contenuti attraverso le competenze proprie in base al principio di sussidiarietà ex art. 5 TUE.

L'importanza di queste aree risiede nella loro stessa conformazione che, o lineare e continua o con funzione di collegamento, si dimostra essenziale per

⁸² Art. 3 direttiva *habitat* commi 1 e 2: <<È costituita una rete ecologica europea coerente di zone speciali di conservazione, denominata Natura 2000. Questa rete, formata dai siti in cui si trovano tipi di habitat naturali elencati nell'allegato I e habitat delle specie di cui all'allegato II, deve garantire il mantenimento ovvero, all'occorrenza, il ripristino, in uno stato di conservazione soddisfacente, dei tipi di habitat naturali e degli habitat delle specie interessati nella loro area di ripartizione naturale. La rete «Natura 2000» comprende anche le zone di protezione speciale classificate dagli Stati membri a norma della direttiva 79/409/CEE>>.

la migrazione, la distribuzione geografica e lo scambio genetico di specie selvatiche.

Il sistema a rete rappresenta per l'Europa una vera e propria esigenza scientifica per il raggiungimento degli obiettivi di tutela della biodiversità, poiché è l'unico capace di favorire la circolazione e la sopravvivenza delle popolazioni animali e le interconnessioni necessarie al mantenimento di determinati livelli di funzionalità. Proprio per questo gli sforzi richiesti sono numerosi e spesso si scontrano con logiche economiche contrastanti.

Tra i vari problemi figurano anche l'assenza dell'ambiente marino, gli impatti dannosi delle attività di sviluppo sui siti selezionati e la scarsa disponibilità di fondi per una gestione efficace dei siti e delle azioni di sostegno. Ma l'ostacolo più grande è sicuramente la scarsa diffusione culturale della necessità di valutazione delle esigenze ambientali e della biodiversità nella pianificazione e nello sviluppo dei territori, nonché la sovrapposizione con la disciplina delle aree protette.

Dopo questa presentazione dell'ideale ed imponente network europeo per la biodiversità, nei paragrafi seguenti analizzeremo qual è la disciplina da rispettare, le criticità affermate dalla giurisprudenza e la VINCA, ossia lo strumento cardine preposto alla tutela dell'ambiente in detti ambiti.

2.3.1 LA DISCIPLINA EUROPEA: LE DIRETTIVE <<UCCELLI>> ED <<HABITAT>>

Ai sensi dell'art. 1, lett. k), un SIC (Sito di interesse comunitario) è un sito che contribuisce al mantenimento o al ripristino di un habitat o di una specie in modo adeguato e soddisfacente, in relazione al perseguimento dei fini delle *rete Natura 2000* e che sia in grado di approntare le tutele necessarie per

garantire la conservazione della varietà biologica⁸³. L'elenco dei SIC comprende a sua volta le ZSC della direttiva *habitat* e le ZPS della direttiva *uccelli*. L'insieme dei SIC va a formare la *rete Natura 2000*. E' compito di ogni Stato membro individuare sul proprio territorio i siti in cui siano presenti specie animali, vegetali ed habitat, la cui conservazione è considerata priorità a livello europeo secondo gli allegati I e II della direttiva *habitat*.⁸⁴

La Commissione europea compila, d'intesa con gli Stati che hanno individuato i siti di importanza comunitari, un elenco degli stessi per le nove regioni biogeografiche, entro sei anni dalla notifica della direttiva: Alpina, Atlantica, del Mar Nero, Boreale, Continentale, Macaronesica, Mediterranea, Pannonica e Steppica.

Nonostante il termine per l'adozione fosse fissato per il 10 giugno 1998, solo recentemente quasi tutti gli elenchi dei SIC sono stati pubblicati dalla Commissione, ciò soprattutto a causa delle lentezze delle procedure di monitoraggio e proposta degli Stati membri che hanno sforato il termine del 10 giugno 1995⁸⁵.

⁸³ <<A site which, in the biogeographical region or regions to which it belongs, contributes significantly to the maintenance or restoration at a favourable conservation status of a natural habitat type in Annex I or of a species in Annex II and may also contribute significantly to the coherence of Natura 2000 referred to in Article 3, and/or contributes significantly to the maintenance of biological diversity within the biogeographic region or regions concerned. For animal species ranging over wide areas, sites of Community importance shall correspond to the places within the natural range of such species which present the physical or biological factors essential to their life and reproduction>>. Da <http://eur-lex.europa.eu/legal-content/EN/TXT/?uri=CELEX:31992L0043>.

⁸⁴ Nell'Allegato I sono riportati gli habitat di interesse comunitario. Nell'Allegato II le specie di interesse comunitario la cui conservazione richiede la designazione di zone speciali di conservazione. L'Allegato III individua i criteri per la designazione dei SIC da parte degli Stati membri.

⁸⁵ Art. 4 comma 1: <<In base ai criteri di cui all'allegato III (fase 1) e alle informazioni scientifiche pertinenti, ogni Stato membro propone un elenco di siti, indicante quali tipi di habitat naturali di cui all'allegato I e quali specie locali di cui all'allegato II si riscontrano in detti siti. Per le specie animali che occupano ampi territori, tali siti corrispondono ai luoghi, all'interno dell'area di ripartizione naturale di tali specie, che presentano gli elementi fisici o biologici essenziali alla loro vita o riproduzione. Per le specie acquatiche che occupano ampi territori, tali siti vengono proposti solo se è possibile individuare chiaramente una zona che presenta gli elementi fisici e biologici essenziali alla loro vita o riproduzione. Gli Stati membri suggeriscono, se del caso, un adattamento di tale elenco alla luce dell'esito della sorveglianza di cui all'articolo 11.

La designazione di una ZSC si articola in un procedimento a varie fasi previsto dalla direttiva *habitat*, in particolare nell'allegato III: è innanzi tutto richiesto agli Stati membri l'individuazione dei siti che ospitino specie ed habitat ai sensi degli allegati I e II. I siti proposti (pSIC). Basandosi su delle definizioni standard, vanno trasmessi tutti i dati relativi al sito in questione alla Commissione, che una volta ricevute le liste di ogni Stato adotta le liste SIC, una per ogni regione biogeografica dell'Unione. Per facilitare l'individuazione degli habitat la Commissione ha predisposto un Manuale di interpretazione⁸⁶, così come il Ministero dell'ambiente e della tutela del territorio e del mare ha pubblicato un Manuale nazionale di interpretazione degli habitat⁸⁷, di aiuto per l'identificazione degli habitat della direttiva in relazione al territorio italiano.

Dopo aver istituito appositi seminari scientifici per ogni regione biogeografica, con il compito di analizzare le proposte SIC, l'attività della Commissione si conclude con l'adozione delle liste. Si può dire che in un certo senso abbia a disposizione anche un potere sostitutivo: quando infatti ritenga che un'area ospitante un certo tipo di specie animale o vegetale prioritaria o un habitat naturale non sia stata incluso nell'elenco nazionale pSIC, può indicarli come

L'elenco viene trasmesso alla Commissione entro il triennio successivo alla notifica della presente direttiva, contemporaneamente alle informazioni su ogni sito. Tali informazioni comprendono una mappa del sito, la sua denominazione, la sua ubicazione, la sua estensione, nonché i dati risultanti dall'applicazione dei criteri specificati nell'allegato III (fase 1) e sono fornite sulla base di un formulario elaborato dalla Commissione secondo la procedura di cui all'articolo 21>>.

⁸⁶ <<Il Manuale di Interpretazione degli Habitat dell'Unione Europea - EUR 28vè un documento di riferimento scientifico. Si basa sulla versione EUR 15 del 1999, aggiornata una prima volta nel 2002 in occasione dell'accesso di 10 nuovi paesi nell'Unione e di nuovo nel 2007 per l'ingresso di Romania e Bulgaria e per seguire le indicazioni sugli habitat marini riportati nel documento "Guidelines for the establishment of the Natura 2000 network in the marine environment. Application of the Habitats and Birds Directives". L'ultima versione è stata pubblicata nel 2013, per l'ingresso della Croazia e per correggere i riferimenti ai codici EUNIS per tre habitat marini>>. Da <http://www.minambiente.it/pagina/il-manuale-di-interpretazione-degli-habitat>.

⁸⁷ Consultabile su <http://vnr.unipg.it/habitat/>.

riserva non contemplata ed invitare gli Stati a compiere ulteriori valutazioni scientifiche⁸⁸.

Successivamente all'adozione delle liste, gli Stati devono designare i siti in questione quali "Zone speciali di Conservazione" entro un termine massimo di sei anni, con priorità ai siti maggiormente minacciati o danneggiati.

Il d.p.R. 357/1997, che recepisce la direttiva nel nostro ordinamento, all'art. 3 attribuisce alle Regioni e alle Province autonome di Trento e Bolzano la competenza di individuazione e comunicazione al Ministero dei siti (entro i loro confini) in cui siano presenti gli habitat ai sensi dell'allegato I e le specie animali e vegetali ai sensi dell'allegato II, provvisti di formulario standard e cartografia. Dopo averne verificato la completezza e correttezza, la banca dati e le cartografie vengono inviate alla Commissione che provvede alla pubblicazione delle liste. La procedura termina con decreto ministeriale, da adottare previa intesa con regione o provincia autonoma interessata, il quale designa la zona come ZSC e provvede all'adozione delle misure di conservazione specifiche ex art. 4 d.p.R. 357/1997. Se la ZSC ricade anche parzialmente nel perimetro di un'area naturale protetta ai sensi della l. quadro, le misure di conservazione da applicare sono quelle stabilite per quest'ultima; se invece ricade nella parte esterna, è compito della regione o della provincia autonoma, dopo aver sentito gli enti locali e il gestore dell'area

⁸⁸ Art. 4 comma 5 direttiva *habitat*: <<In casi eccezionali in cui la Commissione constata l'assenza da un elenco nazionale di cui all'articolo 4, paragrafo 1, di un sito in cui si riscontrano uno o più tipi di habitat naturali prioritari o una o più specie prioritarie, che, in base a informazioni scientifiche pertinenti e attendibili, le sembra indispensabile per il mantenimento di detto tipo di habitat naturale prioritario o per la sopravvivenza di detta specie prioritaria, è avviata una procedura di concertazione bilaterale tra detto Stato membro e la Commissione per raffrontare i dati scientifici utilizzati da ambo le parti.

Se al termine di un periodo di concertazione non superiore a sei mesi la controversia non è stata risolta, la Commissione trasmette al Consiglio una proposta relativa alla scelta del sito in causa quale sito di importanza comunitaria. Il Consiglio, deliberando all'unanimità, decide entro un termine di tre mesi a decorrere dal momento in cui è stato adito>>.

naturale protetta, l'adozione delle misure conservative e delle norme di gestione più idonee.

Come detto in precedenza, la *rete Natura 2000* è composta anche dalle *Zone di protezione speciale (ZPS)* come inquadrate dalla direttiva *uccelli* del 1979. La procedura di istituzione è più snella e ridotta: i siti sono designati direttamente dagli Stati membri ed entrano automaticamente nel network europeo senza dover attendere il placet della Commissione europea. L'individuazione deve basarsi su adeguati criteri scientifici che rispecchino le esigenze di tutela delle specie richiamate dall'Allegato I e anche di quelle non elencate che però tornano regolarmente secondo la propria attività migratoria. Gli enti deputati a questo compito, come per le ZSC, sono le Regioni e le Province autonome, ai sensi dell'art. 1, comma 5 della legge 157/1992 (attuativa della presente direttiva) che trasmettono i risultati alla Commissione dovendo tener conto dei formulari standard utilizzati per i pSIC. Le Zone di protezione speciali si intendono istituite al momento stesso della trasmissione. Alla Commissione europea stavolta spetta solo il compito di valutare se i siti designati sono adatti alla formazione di una rete coerente di protezione delle specie, potendo, in caso contrario, attivare una procedura di infrazione. Al termine il Ministero pubblica con proprio decreto il conseguente elenco. Giova ricordare che alle ZPS si applicano gli stessi obblighi e le stesse misure di conservazione e valutazione delle ZSC.

2.3.2 LA TUTELA DEI SIC: LA VALUTAZIONE DI INCIDENZA (VINCA)

Come abbiamo avuto modo di osservare nel paragrafo precedente, la direttiva *habitat*, per garantire una tutela efficiente ed unitaria dei siti di importanza comunitaria, predispone uno strumento di valutazione preventiva degli effetti

che la realizzazione di determinati progetti possa comportare: la <<valutazione di incidenza ambientale>> (VINCA o VI)⁸⁹.

La prima disciplina statale dell'istituto era contenuta nella norma di recepimento della direttiva, ossia il d.p.R. 357/1997, la quale tuttavia è stata oggetto di una procedura di infrazione della Commissione a causa della non corretta trasposizione e pertanto sostituita dall'art. 6 del d.p.R. 12 marzo 2003, n. 120.

In base al comma 1 nella pianificazione e programmazione territoriale bisogna tener conto della valenza naturalistico-ambientale dei pSIC, dei siti di importanza comunitaria e delle zone speciali di conservazione: un principio generale di indirizzo dell'attività di gestione territoriale per evitare l'approvazione di strumenti in conflitto con le esigenze degli habitat e delle specie di interesse comunitario.

⁸⁹ Art. 6 direttiva habitat: <<Per le zone speciali di conservazione, gli Stati membri stabiliscono le misure di conservazione necessarie che implicano all'occorrenza appropriati piani di gestione specifici o integrati ad altri piani di sviluppo e le opportune misure regolamentari, amministrative o contrattuali che siano conformi alle esigenze ecologiche dei tipi di habitat naturali di cui all'allegato I e delle specie di cui all'allegato II presenti nei siti.

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.

Qualsiasi piano o progetto non direttamente connesso e necessario alla gestione del sito ma che possa avere incidenze significative su tale sito, singolarmente o congiuntamente ad altri piani e progetti, forma oggetto di una opportuna valutazione dell'incidenza che ha sul sito, tenendo conto degli obiettivi di conservazione del medesimo. Alla luce delle conclusioni della valutazione dell'incidenza sul sito e fatto salvo il paragrafo 4, le autorità nazionali competenti danno il loro accordo su tale piano o progetto soltanto dopo aver avuto la certezza che esso non pregiudicherà l'integrità del sito in causa e, se del caso, previo parere dell'opinione pubblica.

Qualora, nonostante conclusioni negative della valutazione dell'incidenza sul sito e in mancanza di soluzioni alternative, un piano o progetto debba essere realizzato per motivi imperativi di rilevante interesse pubblico, inclusi motivi di natura sociale o economica, lo Stato membro adotta ogni misura compensativa necessaria per garantire che la coerenza globale di Natura 2000 sia tutelata. Lo Stato membro informa la Commissione delle misure compensative adottate.

Qualora il sito in causa sia un sito in cui si trovano un tipo di habitat naturale e/o una specie prioritari, possono essere adottate soltanto considerazioni connesse con la salute dell'uomo e la sicurezza pubblica o relative a conseguenze positive di primaria importanza per l'ambiente ovvero, previo parere della Commissione, altri motivi imperativi di rilevante interesse pubblico>>.

I piani territoriali, urbanistici, e di settore, inclusi quelli agricoli e faunistico-venatori, varianti comprese, devono essere sottoposti ad una valutazione di incidenza, su iniziativa del proponente, rispettivamente del Ministero dell'ambiente nel caso di rilevanza nazionale, mentre delle regioni o delle provincie autonome se di rilevanza regionale, interregionale, provinciale o comunale.

Ai sensi del comma 3 è richiesta la valutazione di incidenza per <<*interventi non direttamente connessi e necessari al mantenimento in uno stato di conservazione soddisfacente delle specie e degli habitat presenti nel sito, ma che possono avere incidenze significative sul sito stesso, singolarmente o congiuntamente ad altri interventi*>>. Al contrario della disposizione ex art. 5, d.p.R. 357/1997, che indicava un elenco tassativo di progetti da sottoporre alla valutazione, la nuova formulazione, più aderente a quella comunitaria, non pone dei limiti ma anzi fa della genericità il suo punto di forza. La valutazione si applica sia agli interventi che ricadono all'interno dell'area della rete Natura 2000, sia a quelli che pur ricadendo all'esterno sono suscettibili di avere ripercussioni sul sito interessato.

I proponenti dei progetti appena descritti devono presentare uno studio diretto ad individuare e valutare i principali effetti che l'intervento o il piano possano comportare, redatto secondo i criteri dell'Allegato G del d.p.r. 357/1997, rimasto inalterato dalla modifica del 2003. Lo studio deve contenere una descrizione dettagliata del piano o del progetto, con indicazione della tipologia delle azioni e/o opere, l'uso delle risorse naturali, la produzione dei rifiuti e di altro tipo di inquinamento e l'analisi scientifica delle interferenze⁹⁰ col sistema ambientale di riferimento, considerando le componenti biotiche, abiotiche e le connessioni ecologiche.

⁹⁰ <<Nell'analisi delle interferenze, occorre prendere in considerazione la qualità, la capacità di rigenerazione delle risorse naturali e la capacità di carico dell'ambiente. Il dettaglio minimo di

La procedura è delineata nella guida metodologica della Commissione europea intitolata <<Assessment of plans and projects significantly affecting Natura 2000 sites. Methodological guidance on the provisions of Article 6 (3) and (4) of the Habitats Directive 92/43/EEC>>⁹¹, di cui è disponibile una versione non ufficiale in italiano, tradotta dall' Ufficio Stampa e della Direzione regionale dell'ambiente Servizio VIA - Regione autonoma Friuli Venezia Giulia⁹².

Si articola in un'analisi e in una valutazione progressiva che si compone di quattro fasi principali. La prima, detta “*screening*” o di verifica, serve ad indentificare la possibile incidenza significativa su un sito della *rete Natura 2000* di un piano o progetto, singolarmente o congiuntamente ad altri piani o progetti, e conduce all'effettuazione di una valutazione d'incidenza completa nel caso in cui l'incidenza sia significativa. La seconda fase, quella di “*valutazione appropriata*”, analizza l'incidenza del piano o progetto sull'integrità del sito, singolarmente o congiuntamente ad altri piani o progetti, soprattutto prestando attenzione al rispetto della struttura e della funzionalità del sito, nonché l'individuazione delle eventuali misure di mitigazione necessarie.

L' “*analisi delle soluzioni alternative*” rappresenta la terza fase e si concretizza nell'individuazione e nell'analisi di eventuali soluzioni alternative, mirando ad evitare ovviamente incidenze negative, per il raggiungimento degli obiettivi del progetto o del piano. L'ultima fase è quella della “*definizione di misure*

riferimento è quello del progetto CORINE Land Cover, che presenta una copertura del suolo in scala 1:100.000, fermo restando che la scala da adottare dovrà essere connessa con la dimensione del Sito, la tipologia di habitat e la eventuale popolazione da conservare>>. Da <http://www.minambiente.it/pagina/la-valutazione-di-incidenza-nella-normativa-italiana>.

⁹¹ Redatta dalla Oxford Brookes University per conto della Commissione europea DG Ambiente e consultabile su

http://ec.europa.eu/environment/nature/natura2000/management/docs/art6/natura_2000_assess_en.pdf.

⁹²http://www.minambiente.it/sites/default/files/archivio/allegati/rete_natura_2000/Valutazione_di_piani_e_progetti_aventi_unxincidenza_significativa_sui_siti_della_rete_Natura_2000.PDF.

compensative” e implica la possibilità di individuare azioni, anche preventive, che possano bilanciare le incidenze previste, ma solo nei casi in cui il progetto o piano debba essere realizzato per motivi imperativi di *rilevante interesse pubblico* o presenti aspetti di incidenza negativa senza soluzioni alternative. L’iter appena delineato non deve essere rispettato in maniera rigida, molti passaggi possono anche essere impliciti purché condotti con procedimenti già previsti. I passaggi successivi tra le varie fasi non sono quindi obbligatori, ma *conseguenziali* ai risultati cui si è pervenuti nella fase precedente. La documentazione deve comprendere anche parti grafiche ed essere dotata di un maggior grado di specificazione nel passaggio da un piano di ampio raggio ad uno più circoscritto⁹³.

La VINCA si pone in rapporto di relazione sia con la valutazione di impatto ambientale (VIA) che con la valutazione ambientale strategica (VAS). Quando i progetti e piano sono assoggettati a queste due procedure, la valutazione di incidenza può farne parte: in pratica all’interno della VIA e della VAS devono essere considerate specificatamente le possibili incidenze negative riguardo gli obiettivi di conservazione del sito. In particolare ai sensi dell’art. 6, comma 4, d.p.R. 120/2003 <<*la valutazione di incidenza è ricompresa nell’ambito della predetta procedura (VIA) che, in tal caso, considera anche gli effetti diretti ed indiretti dei progetti sugli habitat e sulle specie per i quali detti siti e zone sono stati individuati. A tale fine lo studio di impatto ambientale predisposto dal proponente deve contenere gli elementi relativi alla compatibilità del progetto con le finalità conservative previste dal presente regolamento, facendo riferimento agli indirizzi di cui all’allegato G*>>.

⁹³ Da <http://www.minambiente.it/pagina/la-procedura-della-valutazione-di-incidenza>.

Come abbiamo avuto modo di constatare, la VINCA è la più particolare tra le valutazioni ambientali, proprio per la sua dimensione *trasversale* ed *extraterritoriale*, che la lega fortemente al principio di precauzione^{94 95}.

Secondo una parte della dottrina, proprio per questo motivo, la VINCA ha una peculiarità: *l'espansività*.

Dopo la procedura di infrazione a danni dell'Italia, la VINCA è applicabile anche ai pSIC, e non solo ai SIC già dichiarati, con allargamento dei confini semantici e fisici, in una prospettiva finalistica e non formalistica; si parla in tal senso di *<<espansività oggettiva sui siti>>*⁹⁶.

<<Da un lato le misure di protezione possono essere anticipate sino ad un momento antecedente persino alla formulazione della proposta di inclusione di un sito nell'elenco dei SIC; dall'altro lato in alcuni casi alla valutazione di incidenza viene apposto un termine finale di efficacia, spirato il quale il procedimento va rinnovato. Anche questa tendenza espansiva si muove nel senso dell'allargamento dei confini della rete>>: si tratta cioè di *<<espansione temporale dell'efficacia>>*.

Con l'allargamento dei confini oggetto di tutela, aumentano di rimando anche le azioni di tutela e il superamento del grado di protezione minimo garantito

⁹⁴ E' applicabile sia ai piani e i programmi (ambito di applicazione tipico dalla VAS), sia ai progetti di opere e/o interventi (oggetto della VIA e dell'AIA). La VIA per la compatibilità ambientale e l'AIA per la prevenzione e la riduzione dell'impatto inquinante di alcune attività industriali, fermo restando il carattere assorbente della prima sulla seconda quando alla valutazione e alla autorizzazione sia competente la stessa amministrazione. La VIA è assorbente anche della VAS nell'ipotesi in cui la prima sia prevista per progetti di singole opere con efficacia di variante urbanistica. Per i progetti subordinati a VIA e/o a VAS e allo stesso tempo riferibili ad un sito della rete Natura 2000, la valutazione di incidenza è invece compresa nella procedura di VIA e/o di VAS, ma in questo caso la seconda deve estendersi anche agli elementi che vengono considerati in sede di valutazione di incidenza.

⁹⁵ TAR Calabria, Catanzaro, Sez. I, 1 ottobre 2007, n. 1420, in www.giustizia-amministrativa.it: *<<la semplice probabilità di un pregiudizio per l'integrità e la conservazione del sito è sufficiente a far concludere in senso negativo la valutazione>>*.

⁹⁶ Così in M. D'ANGELOSANTE, *Le attuali "dimensioni" della valutazione di incidenza ambientale come strumento per ampliare i confini della rete natura 2000*, in *Rivista quadrimestrale di diritto dell'ambiente*, n. 3, 2012, pp. 20 – 49.

ed inderogabile (<<espansività della azioni in senso extraterritoriale>> e <<sui tipi di intervento>>)⁹⁷.

2.3.3: L'INTERVENTO DELLA GIURISPRUDENZA COMUNITARIA E NAZIONALE NELLA DISCIPLINA DEI SIC

Nonostante l'iniziativa comunitaria, nella disciplina sono presenti alcune lacune che la giurisprudenza europea ha dovuto colmare.

Degne di nota sono due pronunce che riguardano l'inderogabilità del dato tecnico-scientifico nella selezione dei SIC e la possibilità di procedere ad un loro declassamento anche se non menzionato nella direttiva.

Riguardo al primo tema, occorre menzionare la sentenza della Corte di Giustizia dell'Unione europea del 14 gennaio 2010, causa C-226/08, c.d. <<Stadt Papenburg c. Repubblica federale di Germania>>⁹⁸.

Si tratta della decisione relativa alla questione pregiudiziale sull'interpretazione dell'art. 4 direttiva *habitat*, presentata dalla Corte del Tribunale amministrativo di Oldenburg in seguito al contenzioso sorto tra il comune di Papenburg e la Repubblica federale tedesca riguardo l'inserimento nel progetto dell'elenco di SIC di alcune parti del fiume Ems, reso transitabile in seguito ad operazioni di dragaggio ed ubicato a valle della città⁹⁹. Il fatto in breve: nel febbraio 2006 la Commissione delle Comunità europee ha deciso di inserire, su indicazione della Repubblica federale, alcuni tratti del suddetto

⁹⁷ Ibidem.

⁹⁸ Consultabile su <http://curia.europa.eu/juris/document/document.jsf?docid=75516&doclang=it>.

⁹⁹ <<Al fine di rendere possibile il transito dal cantiere navale fino al Mare del Nord di navi con un pescaggio di 7,3 m, l'Ems dev'essere reso più profondo mediante "dragaggi necessari". Con decisione della Wasser-und Schifffahrtsdirektion Nordwest (direzione della navigazione fluviale per la zona nord-occidentale) del 31 maggio 1994 è stato consentito alla Stadt Papenburg, al Landkreis Emsland (circonscrizione di Emsland) e alla Wasser-und Schifffahrtsamt Emden (ufficio delle acque e della navigazione di Emden), in caso di necessità, di procedere a lavori di dragaggio di tale fiume. Detta decisione è definitiva e conseguentemente, in conformità con il diritto tedesco, si deve ritenere che i futuri "dragaggi necessari" siano autorizzati>>. Punto 10 sent. C- 226/08.

fiume nel pSIC, richiedendo il consenso della Repubblica conformemente alle disposizioni della direttiva del 1992. Nel 2008 il comune di Papenburg ha adito il Tribunale amministrativo di Oldenburg per impedire che la Germania prestasse il proprio placet, in quanto sarebbe stata violata la propria autonomia amministrativa riconosciuta dalla Grundgesetz, che consisteva nella possibilità di disporre interventi di dragaggio del fiume, necessari per la navigazione e lo sviluppo economico del territorio circostante. La Repubblica sosteneva invece che l'identificazione di alcune aree come SIC avrebbe dovuto fondarsi esclusivamente su motivazioni inerenti la tutela ambientale e quindi di competenza del *Bund*. Pertanto il Tribunale ha disposto la sospensione del procedimento rinviando alla Corte di Giustizia l'interpretazione della disposizione dell'art. 4 n. 2. La questione pregiudiziale di maggiore rilevanza, dalla soluzione della quale dipendono le successive, risiede nella possibilità che <<art. 4, n. 2, primo comma, della direttiva consenta ad uno Stato membro di non approvare il progetto di un elenco elaborato dalla Commissione in relazione a uno o più siti di importanza comunitaria per motivi diversi da quello di tutela dell'ambiente>>. Se la soluzione è positiva, allora è necessario capire se tra i motivi diversi dalla tutela dell'ambiente si possano annoverare anche <<le esigenze dei Comuni e delle associazioni intercomunali, e in particolare i loro piani, i progetti di piani e altri interessi connessi all'ulteriore sviluppo del proprio territorio>> e soprattutto se per ogni intervento sia richiesta l'apposita valutazione come enunciato nella direttiva all'art. 6 n. 3 e 4. Sulla prima questione la Corte al punto 1 delle conclusioni rileva che <<art. 4, n. 2, primo comma, della direttiva del Consiglio 21 maggio 1992, 92/43/CEE, relativa alla conservazione degli habitat naturali e seminaturali e della flora e della fauna selvatiche, come modificata dalla direttiva del Consiglio 20 novembre 2006, 2006/105/CE, dev'essere interpretato nel senso che esso non consente ad uno Stato membro di non

approvare, per motivi diversi da quello di tutela dell'ambiente, l'inclusione di uno o più siti nel progetto di elenco dei siti d'importanza comunitaria elaborato dalla Commissione europea>>. Di rimando la valutazione di incidenza deve essere effettuata nel caso in cui tali misure non siano finalizzate o correlata alla tutela del sito e possano avere un'incidenza significativa sullo stesso. Il ragionamento della Corte ruota completamente intorno alla concezione che il procedimento di istituzione della ZSC abbia un'esclusiva connotazione tecnico-scientifica. Quindi debbono essere inseriti nell'elenco dei SIC tutti quei siti che rispondano ai criteri di selezione come nell'Allegato III della direttiva stessa. L'art. 4 della direttiva deve essere interpretato nel senso che qualora ricorrano tutti questi criteri di selezione lo Stato non possa negare il proprio consenso per l'inserimento di un sito già selezionato, non tenendo conto di esigenze che trascendano l'ambito della tutela ambientale. In caso contrario verrebbero compromesse le finalità della *rete Natura 2000*. Il dato scientifico quindi prevale anche sulle esigenze di sviluppo sostenibile, in quanto i criteri di individuazione sono inderogabili poiché vengono in evidenza al momento della creazione della rete, e non in quello della gestione che è successivo e dipendente dal primo, dovendosi attuare a completamento della rete stessa. L'approccio tecnico-scientifico quindi prevale su quello politico-istituzionale anche se entrambi possono combaciare, ma mai sovrapporsi¹⁰⁰.

La direttiva *habitat* disciplina il procedimento per la creazione dei SIC, ma non accenna al procedimento inverso, ossia il c.d. *declassamento*. E' sempre la Corte di giustizia che ha dovuto risolvere la questione nel 2012 su istanza del Consiglio di Stato. La società Cascina Tre Pini è proprietaria di un terreno incluso nel sito "Brughiera del Dosso" nel territorio del Comune di Somma

¹⁰⁰ Così in M. PRIEUR, *La tutela comunitaria degli habitat naturali*, in D. AMIRANTE (a cura di), *La conservazione della natura in Europa*, Franco Angeli, Milano, 2003.

Lombardo, a breve distanza dall'aeroporto dei Milano-Malpensa. Nel 2002 il sito è stato ricompreso nel Parco Naturale della Valle del Ticino istituito con legge dalla Regione Lombardia e nel 2004 inserito nell'elenco SIC. Nel frattempo, nell'ambito di un piano di riassetto dell'area di Malpensa, nel 1999 la Regione aveva stabilito di ampliare l'aeroporto e di destinare aree ricadenti nel territorio del Comune di Somma Lombardo ad opere di trasformazione di natura commerciale e industriale. Dopo che anche il Ministero aveva rifiutato di pronunciarsi sull'istanza, la questione è pervenuta al Consiglio di Stato che a sua volta ha richiesto l'intervento della Corte di Giustizia, chiamata a valutare se la direttiva autorizzasse lo Stato interessato a rivedere l'elenco SIC in via sostitutiva rispetto alle Regioni e se tale potere di revisione potesse esercitarsi non solo su iniziativa dell'autorità amministrativa, ma anche su istanza di parte, ossia dei privati il cui terreno sia ricompreso in un SIC. La questione quindi non coinvolge solo ed esclusivamente la possibilità di un declassamento, in effetti già prevista dall'art. 9 della direttiva per le ZSC, laddove afferma che *<<la Commissione, operando secondo la procedura di cui all'articolo 21, effettua una valutazione periodica del contributo di Natura 2000 alla realizzazione degli obiettivi di cui agli articoli 2 e 3. In tale contesto, può essere preso in considerazione il declassamento di una zona speciale di conservazione laddove l'evoluzione naturale riscontrata grazie alla sorveglianza prevista dall'articolo 11 lo giustifichi>>*, ma anche e soprattutto chi può proporlo e secondo quali criteri ovviamente opportunamente motivati. La sentenza C-301/12 del 3 aprile 2014 costituisce quindi una sorta di innovazione nelle disposizioni lacunose e poco precise della normativa europea. Dopo aver ricordato che i SIC non sono espressamente menzionati, la Corte sottolinea come un declassamento di una ZSC implica necessariamente il declassamento del relativo SIC e *<<in assenza di disposizioni particolari, deve effettuarsi secondo la medesima procedura*

seguita per l'iscrizione del sito in tale elenco>>. Il ragionamento si basa sull'assunto che ogni SIC debba contribuire alla realizzazione delle finalità della rete Natura 2000, pertanto quando gli esiti della sorveglianza che lo Stato membro interessato assicura mostrino che i criteri fissati dalla direttiva non possono più essere rispettati, non vi sono più ragioni che giustifichino il mantenimento delle prescrizioni della stessa e pertanto è lo stesso Stato a dover proporre il declassamento alla Commissione. Laddove infatti non lo facesse, potrebbe continuare ad usufruire di risorse inutili destinate alla conservazione degli habitat naturali e delle specie. E, logicamente, il permanere dei vincoli imposti potrebbe costituire un'importante violazione del diritto di proprietà. *<<Occorre precisare però che la semplice allegazione dell'esistenza di un degrado ambientale di un SIC, effettuata dal proprietario di un terreno compreso in tale sito, non può essere sufficiente, di per sé, a comportare un siffatto adattamento dell'elenco dei SIC>>*, e neppure l'inadempimento di uno Stato membro, dell'obbligo di tutela del sito giustifica necessariamente il declassamento dello stesso: l'unico criterio per poter procedere risiede nell'*inidoneità irrimediabile* del sito in questione di contribuire alla realizzazione degli scopi del network ambientale.

Non aiuta neanche la mancata precisazione nella direttiva del riparto di competenze interne; *<<in difetto di una simile precisazione, occorre conformarsi alla regola prevista dall'articolo 288, terzo comma, TFUE, secondo cui la direttiva, pur vincolando lo Stato membro cui è rivolta per quanto riguarda il risultato da raggiungere, lascia agli organi nazionali la competenza in merito alla forma e ai mezzi. La designazione delle autorità nazionali competenti incaricate di adempiere gli obblighi imposti dalla direttiva 92/43 rientra nell'ambito di tale competenza>>*: pertanto il diritto dell'Unione non richiede necessariamente una competenza sussidiaria del governo centrale in caso di mancato intervento dell'autorità competente, ma queste ultime

devono essere dotate di tutte le competenze necessarie affinché si possa procedere ad una corretta applicazione dei precetti della direttiva. La Corte quindi dichiara che le autorità nazionali competenti sono tenute, su istanza del proprietario di un terreno incluso in un SIC, a proporre alla Commissione il declassamento del SIC, qualora quest' ultimo, a seguito del degrado ambientale e malgrado il rispetto della direttiva, non contribuisca definitivamente più alla conservazione degli habitat naturali e delle specie.

In conclusione, possiamo notare come nella prima pronuncia le esigenze di tutela dell'habitat, e quindi della biodiversità, sono assunte come primarie. La VINCA è di fatto obbligatoria salvo casi straordinari ed urgenti, non ammettendo deroghe, neanche a carattere socio-economico. Nella seconda e più recente sentenza, invece, la Corte, quasi con rassegnazione, prende coscienza che l'intervento umano non può sempre essere limitato, neppure quando potrebbe avere impatti importanti sugli equilibri ecosistemici. Sembra quasi che, in questo caso, la valutazione di incidenza sia, più che uno strumento ostativo di tutela ecosistemica, un meccanismo estensivo di realizzazione di interessi economici, come quello per l'espansione di un diritto di proprietà compresso dalle istanze di tutela ambientale.

PARTE 2

2.4 LA DIFESA DELLA DIVERSITA' BIOLOGICA MARINA NEL DIRITTO INTERNAZIONALE ED EUROPEO

La seconda parte del presente capitolo riguarda il sistema di tutele per l'habitat marino. Partendo dall'analisi delle aree protette, nello stesso modo della formulazione della Parte 1, sarà possibile fare qualche accenno ad ulteriori problematiche che coinvolgono le acque, in particolare quelle causanti differenti tipi di inquinamento, come le attività estrattive o la pesca. Ciò è necessario in quanto, la disciplina delle aree protette è maggiormente confusionaria e contraddittoria rispetto alla corrispettiva disciplina "terrestre", dovendo prendere in considerazione un maggior numero di rischi, forse a causa dell'eccessiva libertà che da sempre è stata concessa per lo sfruttamento dei mari e delle loro risorse.

Nell'ottica di una stretta interdipendenza tra ambiente e risorse biologiche del mare, per *ambiente marino* si intende il contesto formato dalle acque, dai fondali, dai tratti di costa prospicienti al mare, dalla flora e dalla fauna marine o costiere, ed anche dalle opere umane autorizzate dall'ordinamento. Dalla relazione tra tutti questi elementi si forma l'habitat marino e dalla sua gestione dipendono le condizioni di vita dell'uomo stesso, non solo nelle zone di mare, ma anche della fascia costiera, andando ad incidere sulla qualità della salute della persona.

La perdita della biodiversità marina rappresenta una delle maggiori problematiche ambientali dei giorni nostri, aggravata oggi più che mai dai cambiamenti climatici, dall'inquinamento e dall'utilizzo di tecniche di pesca non compatibili con le finalità di preservazioni: come ha evidenziato la Commissione europea nella comunicazione del 22 maggio 2006¹⁰¹ (<<Arrestare la perdita di biodiversità entro il 2010 ed oltre>>) la perdita della biodiversità, intesa in senso onnicomprensivo, costituisce un problema non solo etico, ma anche e soprattutto economico, a discapito delle generazioni future.

La tutela del mare, intesa in senso ampio (ambiente, fauna e biodiversità), è stata oggetto di attenzioni a partire dagli anni cinquanta. La <<Convenzione di Londra>> del 1954 (c.d. OILPOL), rinnovata poi nel 1973, rappresenta il primo passo nonostante si limiti genericamente alla lotta contro l'inquinamento causato dagli idrocarburi.

Sul binomio riduzione inquinamento - tutela biodiversità marina sono improntanti anche le successive convenzioni degli anni settanta, le quali si basano sul fondamentale assunto dell'art. 1.4 della <<Convenzione di Montego Bay>> del 1982 (c.d. UNCLOS: *United Nations Convention on the Law of the Sea*) sul diritto del mare: <<“pollution of the marine” environment means the introduction by man, directly or indirectly, of substances or energy into the marine environment, including estuaries, which results or is likely to result in such deleterious effects as harm to living resources and marine life, hazards to human health, hindrance to marine activities, including fishing and other legitimate uses of the sea, impairment of quality for use of sea water and reduction of amenities>>^{102 103}.

¹⁰¹ Consultabile su

<http://eur-lex.europa.eu/legal-content/EN/TXT/HTML/?uri=CELEX:52006DC0216&from=IT>

¹⁰² Consultabile su http://www.un.org/depts/los/convention_agreements/texts/unclos/part1.htm

Rappresenta la principale opera di codificazione del diritto del mare e contiene anche disposizioni volte specificamente alla tutela dell'ambiente marino nella parte XII: all'art. 192 è previsto un generico obbligo per tutti gli stati di proteggere e conservare l'habitat. L'obbligo però è subordinato al diritto sovrano di ogni Stato <<*to exploit their natural resources pursuant to their environmental policies and in accordance with their duty to protect and preserve the marine environment*>>¹⁰⁴.

L'inquinamento viene definito in base ai suoi effetti negativi sugli elementi dell'ecosistema naturale, sulla salute umana, sulle attività umane compatibili e sui benefici che può conseguire: quindi la rilevanza giuridica del mare come ecosistema è data dalla sua attitudine a fornire risorse e benessere all'attività e alla salute umana.

I due tipi di inquinamento sono affrontati da due differenti convenzioni. La Convenzione di Londra del 1972 si occupa del fenomeno del *dumping*, ossia lo sversamento di rifiuti e scarichi industriali da parte di infrastrutture costiere. La LDC (<<*London Convention on the Prevention of Marine Pollution by Dumping of Wastes and Other Matter*>>)¹⁰⁵ vieta ogni scarico in mare di qualsiasi genere di rifiuto, ad eccezione di alcune tipologie tassative come rifiuto biodegradabili o chimicamente inerti¹⁰⁶.

All'inquinamento prodotto dalla navi è dedicata la Convenzione MARPOL (<<*International convention for the prevention of pollution from ships*>>) del

¹⁰³ <<Per inquinamento dell'ambiente marino s'intende l'introduzione diretta o indiretta, a opera dell'uomo, di sostanze o energia nell'ambiente marino ivi compresi gli estuari, che provochi o possa presumibilmente provocare effetti deleteri quali il danneggiamento delle risorse biologiche e della vita marina, rischi per la salute umana, impedimenti alle attività marine, ivi compresi la pesca e altri usi legittimi del mare, alterazioni della qualità dell'acqua di mare che ne compromettano l'utilizzazione, oppure il degrado delle attrattive ambientali>>.

¹⁰⁴ Art. 193 UNCLOS:<<Sfruttamento delle proprie risorse naturali secondo le politiche ambientali scelte, e in conformità con gli obblighi di proteggere e preservare l'ambiente marino>>.

¹⁰⁵ Elaborata nel 1972 su impulso della Conferenza ONU di Stoccolma sull'ambiente umano, in un'apposita conferenza intergovernativa.

¹⁰⁶ Consultabile su <http://www.imo.org/OurWork/Environment/LCLP/Documents/LC1972.pdf>.

1973, ma emendata da un importante protocollo addizionale del 1978: il suo scopo è quello di ridurre al minimo l'inquinamento derivante dai rifiuti marittimi, idrocarburi e gas di scarico, preservando l'ambiente marino attraverso la completa eliminazione dell'inquinamento da idrocarburi e da altre sostanze nocive e la riduzione al minimo dello sversamento accidentale di tali sostanze.

L'U.E., come abbiamo osservato anche in relazione agli sviluppi del diritto internazionale, ha mostrato dapprima attenzione alle problematiche dell'inquinamento, per poi focalizzare i propri interventi anche su una politica ambientale mirata alla tutela della varietà biologica marina.

Le competenze comunitarie in materia di tutela dell'ambiente marino risiedono in alcune disposizioni del TFUE: accanto alla competenza concorrente nella tutela dell'ambiente ex art. 4, l'art. 3 attribuisce competenza esclusiva all'U.E. nella conservazione delle risorse biologiche del mare all'interno del quadro della politica comune della pesca (PCP).

La prima direttiva in materia è la 2000/60/CE (c.d. <<Direttiva quadro in materia di acque>>) che detta norme di qualità ambientale per le acque superficiali, comprese quelle costiere. La sua disciplina è stata inoltre recepita nel d.lgs. 3 aprile 2006, n. 152 (*"Codice dell'ambiente"*). La scadenza per il raggiungimento dell'obiettivo *"buono stato"* delle acque è fissato per il 2015.

La direttiva quadro sulla strategia per l'ambiente marino 2008/56/CE per l'azione comunitaria nel campo della politica per l'ambiente marino modifica la direttiva precedente e promuove l'uso sostenibile dei mari, la conservazione di ecosistemi ed aree protette e l'orientamento delle attività umane aventi un impatto sul mare. L'approccio eco-sistemico, rinvenibile nella costante attenzione al rapporto tra attività umane e conseguenze

sull'ecosistema marino, è finalizzato al conseguimento o mantenimento di un buon stato ecologico dei mari europei entro il 2020¹⁰⁷.

In linea con il <<*sesto programma di azione in materia di ambiente*>> dell'Unione Europea del 2002¹⁰⁸, mirato a garantire entro il 2021 il ripristino della salute ecologica dei mari europei e la garanzia di correttezza ambientale delle attività economiche connesse al mare, si pone la direttiva 2008/56/CE sulla strategia per l'ambiente marino.

Al punto 3) dei consideranda, la direttiva riconosce l'ambiente marino quale patrimonio prezioso da proteggere, salvaguardare e ripristinare per preservare la vitalità dei mari e degli oceani tramite interventi che <<*promuovano l'integrazione delle esigenze ambientali in tutti gli ambiti politici pertinenti e costituiscano il pilastro ambientale della futura politica marittima dell'Unione Europea*>>. La gestione delle attività umane viene affrontata con un approccio *ecosistemico* che consenta contemporaneamente anche l'uso sostenibile dei beni e dei servizi marini, ponendo come base il conseguimento o il mantenimento di un buono stato ecologico¹⁰⁹ dell'ambiente marino della Comunità.

L'ambito di applicazione ovviamente non riguarda quegli Stati in cui non siano presenti acque marine né le attività il cui fine ultimo è la difesa o la sicurezza nazionale.

¹⁰⁷ Art. 1, comma 3 direttiva: <<*Le strategie per l'ambiente marino applicano un approccio ecosistemico alla gestione delle attività umane, assicurando che la pressione collettiva di tali attività sia mantenuta entro livelli compatibili con il conseguimento di un buono stato ecologico e che la capacità degli ecosistemi marini di reagire ai cambiamenti indotti dall'uomo non sia compromessa, consentendo nel contempo l'uso sostenibile dei beni e dei servizi marini da parte delle generazioni presenti e future*>>.

¹⁰⁸ Decisione n. 1600/2002/CE del Parlamento europeo e del Consiglio.

¹⁰⁹ Art. 3, comma 1, n. 5): <<*Stato ecologico delle acque marine tale per cui queste preservano la diversità ecologica e la vitalità di mari ed oceani che siano puliti, sani e produttivi nelle proprie condizioni intrinseche e l'utilizzo dell'ambiente marino resta ad un livello sostenibile, salvaguardando in tal modo il potenziale per gli usi e le attività delle generazioni presenti e future*>>.

L'insieme delle acque europee viene suddiviso in quattro regioni (Mar Baltico, Oceano Atlantico nordorientale, Mar Mediterraneo e Mar Nero), ciascuna delle quali può essere suddivisa in sottoregioni da parte di più Stati in caso di specificità di una particolare zona.

Per ciascuna regione o sottoregione, lo Stato membro competente è chiamato ad elaborare una strategia per l'ambiente da avviare concretamente entro il 2016, tenendo conto del piano d'azione ex art. 5, comma 2, lett. a) e b).

Con il d.lgs. n. 190/2010 di recepimento della Direttiva, l'Italia dispone del contesto giuridico per affrontare organicamente una protezione dei suoi mari basata sulla conoscenza effettiva dello stato dell'ambiente su scala nazionale. Tale processo consiste di una fase di preparazione alle strategie marine articolata in quattro stadi: la *valutazione iniziale*, la *determinazione* del buono stato ambientale, la *definizione* dei traguardi ambientali e la *predisposizione* dei programmi di monitoraggio (artt. 8, 9, 10 e 11), cui fa seguito l'elaborazione di un programma di misure necessarie al conseguimento o mantenimento del buono stato ambientale. Tale status ambientale è da conseguire o mantenere entro il 2020 per ciascuna delle tre sub-regioni marine individuate per l'Italia: 1) Mediterraneo occidentale, 2) Adriatico, 3) Ionio e Mediterraneo centrale.

Sul piano dei contenuti della valutazione iniziale, il decreto stabilisce che vengano considerati i seguenti tre aspetti (art. 8, comma 3): a) un'analisi degli elementi, delle caratteristiche essenziali e dello stato ambientale attuale della regione marina, sulla base dell'elenco indicativo degli elementi riportati nella tabella 1 dell'allegato III; b) un'analisi dei principali impatti e delle pressioni che influiscono sullo stato ambientale della regione o sottoregione marina, sulla base dell'elenco indicativo degli elementi di cui alla tabella 2 dell'allegato III, la quale tenga conto delle tendenze rilevabili e consideri i principali effetti cumulativi e sinergici, e delle valutazioni pertinenti, effettuate in base alla

vigente legislazione comunitaria; c) un'analisi degli aspetti socio-economici dell'utilizzo dell'ambiente marino e dei costi del suo degrado

La valutazione iniziale dello stato ambientale marino è da effettuare sulla base dei dati e delle informazioni esistenti (art. 8, comma 1) e l'operazione di raccolta dei dati/informazioni è sostenuta dalla previsione che *<<le amministrazioni dello Stato, i soggetti pubblici e privati che, nell'esercizio delle proprie attività, producono o detengono dati e informazioni utili ai fini della valutazione di cui al comma 1 sono tenuti, su richiesta del Ministero dell'Ambiente e della Tutela del Territorio e del Mare, a metterli a disposizione>>* (comma 2).

Per la determinazione del buono stato ambientale gli Stati si basano su un elenco di 11 descrittori qualitativi dell'ambiente marino che fanno riferimento a molteplici aspetti degli ecosistemi marini, tra cui la biodiversità, l'inquinamento, l'impatto delle attività produttive¹¹⁰.

La decisione della Commissione europea del 1° settembre 2010 (2010/477/UE) delinea l'approccio da adottare per la determinazione del buono stato ecologico definendo 26 criteri e 56 indicatori associati agli undici descrittori. Tali criteri e indicatori comprendono una combinazione di elementi relativi allo stato, agli impatti e alle pressioni. Mentre alcuni criteri sono già adeguatamente sviluppati e operativi, per altri è necessario allo stato attuale un ampliamento delle conoscenze scientifiche e si rimanda perciò ad una futura revisione della Decisione U.E..

Basandosi sulla valutazione iniziale, gli Stati membri definiscono dei traguardi ambientali e i corrispondenti indicatori che forniranno indirizzo al processo volto al conseguimento del buono stato ambientale. Nell'indicarli ci si basa su una serie di caratteristiche elencate nell'Allegato IV del D. Lgs. Vanno

¹¹⁰ Allegato I D.lgs..

individuati in modo compatibile e integrato con i traguardi ambientali definiti in relazione alle acque marine dai vigenti, o di prossima definizione, strumenti normativi o di pianificazione e di programmazione esistenti a livello regionale, nazionale, comunitario o internazionale.

Sulla base della valutazione iniziale e in funzione dei traguardi ambientali, nonché per il loro aggiornamento, si predispose, considerando gli elementi elencati nell'Allegato V del D. Lgs, un programma di monitoraggio al fine di consentire di valutare lo stato ambientale e di stimarne il divario rispetto al buono stato ambientale e i progressi al fine del conseguimento di tale stato.

Con riferimento alla valutazione iniziale e in funzione dei traguardi ambientali fissati, gli Stati elaborano per ogni regione o sottoregione marina interessata un programma di misure necessarie al fine del conseguimento o mantenimento del buono stato ambientale, tendo conto delle tipologie di misure elencate nell'allegato VI del D. Lgs. Le misure identificate si integrano con le pertinenti misure prescritte dalla legislazione comunitaria vigente o prossima ventura o derivante da accordi internazionali¹¹¹.

Della biodiversità marina si sa ancora molto poco. Il già citato documento del WWF stima che ci siano ancora tra le 400.000 e le 700.000 specie ancora da scoprire. Le due direzioni in cui muoversi sono quindi: la creazione di siti "puri", in cui è possibile migliorare le conoscenze sulle dinamiche ecosistemiche marine e un rafforzamento delle politiche sulla tutela delle acque dalle attività che possano comportare inquinamento, in quanto non si conoscono ancora bene gli effetti e le interazione con i meccanismi della biodiversità

¹¹¹ <http://www.isprambiente.gov.it/it/ispra/consiglio-scientifico/IlpercorsoattuativoMSFD2.pdf>.

2.5 LE AREE MARINE PROTETTE (AMP) E LE AREE SPECIALI PROTETTE DI IMPORTANZA MEDITERRANEA (ASPIM)

Nella sua accezione più ampia, un'area marina protetta può essere definita come qualsiasi area della zona costiera del mare aperto, a cui è stato garantito un qualsiasi livello di protezione con lo scopo di gestire l'uso delle risorse e dello spazio oceanico, o di proteggere habitat e specie vulnerabili o in fase di degrado¹¹². In senso più specifico invece, giova richiamare la nozione di che fornisce l'*International Union for the Conservation of Nature and Natural Resources* (IUCN): <<Any area of intertidal or subtidal terrain, together with its overlying water and associated flora, fauna, historical and cultural features, which has been reserved by law or other effective means to protect part or all of the enclosed environment>>^{113 114}.

Nel quadro normativo avente ad oggetto la tutela del mare, inteso come patrimonio formato da varietà di specie animali e vegetali, habitat, testimonianze archeologiche, storiche ed architettoniche, è possibile dunque individuare diversi sistemi di tutela: le *aree marine protette* (AMP) e le *zone di tutela biologica*.

Lo sviluppo delle AMP, almeno inizialmente, si è avuto in assenza di una cornice legale internazionale. La maggior parte degli interventi è iniziata per opera di organizzazioni non governative come il già citato IUNC, ma l'entrata

¹¹² <<In the broadest sense, a marine protected area can be defined as any area of the coastal zone or open ocean, conferred some level of protection for the purpose of managing the use of resources and ocean space, or protecting vulnerable or threatened habitats and species>> in T. AGARDY, *Marine protected areas and ocean conservation*, R.G. Landes Company, Georgetown, 1997, p. 99

¹¹³ Consultabile su <https://portals.iucn.org/library/efiles/documents/PAG-003.pdf>

¹¹⁴ <<Qualsiasi area di terreno intertidale o subtidale, insieme con l'acqua sovrastante e la flora, la fauna associate, le caratteristiche storiche e culturali, che è stato riservato dalla legge o da altri mezzi efficaci per proteggere tutto o in parte l'ambiente racchiuso>>.

in vigore della CBD e della Convenzione sul diritto del mare ha dato un grande impulso agli Stati nella creazione di apposite aree di salvaguardia. Abbiamo richiamato nel paragrafo precedente gli artt. 192 e 193 dell'UNCLOS, mentre la Convenzione sulla diversità biologica non menziona espressamente aree marine ma già nelle prime due riunioni della COP si è deciso di approfondire anche questo tema implementando la cooperazione internazionale¹¹⁵.

E' il diritto interno che ha dato una risposta di gran lunga più efficiente: con la legge 31 dicembre 1982, n. 979 (c.d. <<Legge di difesa del mare>>), vengono istituite le AMP. Secondo l'art. 25 queste sono <<ambienti marini costituiti da acque, fondali e tratti di costa che presentano un rilevante interesse per le loro caratteristiche naturali, geomorfologiche fisiche e biochimiche>>, nonché, come precisato dal Ministero dell'ambiente, aree con un rilevante valore culturale, storico, educativo ed economico.

E' la successiva l. quadro sulle aree protette che chiarisce le finalità delle AMP: conservazione di specie animali o vegetali, di associazioni di vegetali o forestali, di singolarità geologiche, di formazioni paleontologiche, di comunità biologiche, di biotipi, di valori scenici o panoramici, di processi naturali, di equilibri idraulici, idrogeologici ed ecologici; applicazione di metodi di gestione o di restauro ambientale idonei a realizzare un'integrazione tra uomo ed ambiente naturale, anche mediante la salvaguardia dei valori antropologici, archeologici, storici e architettonici e tradizionali; promozione di attività di educazione, formazione e ricerca scientifica, anche interdisciplinare, nonché di attività ricreative compatibili; difesa e ricostruzione degli equilibri idraulici e idrogeologici.

La scelta di non abrogare le disposizioni della legge del 1982, ma anzi di costruire un sistema integrato e dinamico di disposizioni, rientra nell'ottica di

¹¹⁵ Decisione II/10 della Secondo Meeting della COP, 30 novembre 1995.

una politica complessiva di protezione ambientale. L'art. 2 della legge quadro, relativa alla classificazione delle aree protette, menziona l'ambiente marino in relazione ad una pluralità di fattispecie decisamente eccessiva: dopo aver elencato le varie classificazioni delle aree protette nei paragrafi dall'1 al 3, nel 4 ne opera un'ulteriore, distinguendo le aree marine protette tra quelle definite dalla l. 979/1982 e quelle disciplinate dal Protocollo di Ginevra relativo alle aree del Mediterraneo, in base alla legge 5 marzo 1985, n. 127¹¹⁶. Un orientamento ritiene che la formulazione dell'art. 2 sembri stabilire una differenziazione tra due tipologie di aree marine protette, senza però indicarne i criteri se non gli estremi degli atti legislativi di riferimento. Appare difficile, dunque, il coordinamento delle norme applicabili, tenendo conto che la l. quadro a sua volta detta una disciplina più specifica e dettagliata delle aree protette rispetto alla formulazione della legge 979/1982. Una possibile soluzione è quella dell'art. 20 della l. quadro, che richiama l'applicazione delle norme in tema di parchi naturali alle aree marine, salvo diversa ed espressa disciplina, mentre alle riserve naturali è applicabile il regime normativo del titolo V della 979/1982, salvo contrasti con la l. quadro. Tale indicazione però non risolve sicuramente il problema, limitandosi a rinviarlo al momento dell'applicazione delle norme.

Le aree marine si dividono in tre tipologie con diverso grado di tutela, pur non essendoci limite assoluto ad alcune attività legate al mare come turismo e pesca. La *zona di riserva integrale* (zona A) è considerata meritevole di conservazione assoluta con divieto di qualsiasi attività che possa alterare l'ambiente, salvo limitati interventi, nonché di balneazione e navigazione (ad esclusione di finalità di ricerca scientifica). In tale categorie rientrano anche le

¹¹⁶ Art. 4, paragrafo 4: <<Con riferimento all'ambiente marino, si distinguono le aree protette come definite ai sensi del protocollo di Ginevra [...], e quelle definite ai sensi della legge 31 dicembre 1982, n. 979>>.

zone di *nursery* o quelle in cui sono presenti specie in via di estinzione, e per questo destinate alla protezione completa del *no entry-no take*. La seconda tipologia di area (zona B) è quella limitrofa alla zona di tipo A. Pur essendoci dei divieti, si punta a garantire una parziale utilizzazione dell'ambiente da parte di visitatori e turisti, garantendo la balneazione e le visite guidate, anche subacquee. L'esercizio della pesca, tranne subacquee, è solitamente limitato alle attività professionali dei residenti. L'ultima zona è quella di *riserva parziale (buffer zone, o zona cuscinetto)* in cui sono realizzabili tutte le attività di fruizione del mare a limitato impatto ambientale¹¹⁷.

Il procedimento di istituzione avviene necessariamente analizzando l'elenco delle aree dette *di recepimento* contenuto nelle leggi 979/1982 e 394/1991, ossia quelle zone in cui la necessità di protezione ambientale tramite l'istituto delle aree protette è più impellente.

Il Ministero dell'ambiente e della tutela del territorio si avvale di una Segreteria tecnica per la tutela del mare e la navigazione sostenibile, presente presso il Ministero dell'ambiente e istituita con d.p.R. 3 agosto 2009, n. 140 sostitutivo della precedente Segreteria tecnica per le Aree marine protette. Questa avvia un'istruttoria volta a definire una proposta di una futura area marina protetta, per predisporre un quadro di conoscenze precise sia sull'ambiente naturale sia delle attività socio-economiche che si svolgono nell'area. Lo studio deve essere in grado di indicare i confini esterni, nonché la suddivisione nelle varie tipologie di zone ed infine i vincoli di tutela da applicare. Dopo aver sentito le Regioni e gli enti locali interessati, l'art. 77 del d.lgs. 112/1998 richiede l'acquisizione del parere della Conferenza unificata Stato-Regioni e provincie autonome. L'area è istituita con decreto ministeriale

¹¹⁷ <http://www.minambiente.it/pagina/aree-marine-protette>.

che, salvo diversamente specificato, entra in vigore il giorno successivo alla pubblicazione in Gazzetta Ufficiale.

La gestione dell'area è affidata enti pubblici, istituzioni scientifiche o associazioni ambientaliste riconosciute, anche consorziati tra di loro ma nella maggior parte dei casi sono gli stessi Comuni interessati. L'affidamento avviene con decreto del Ministro dell'ambiente, sentiti la regione e gli enti locali territorialmente interessati. Il regolamento dell'area.

Una Commissione di riserva variamente composta (un rappresentante del Ministro, con funzioni di Presidente; un esperto designato dalla Regione interessata, con funzioni di vice Presidente; un esperto designato d'intesa tra i Comuni rivieraschi interessati; un esperto del Ministero dell'Ambiente e della Tutela del Territorio e del Mare; un rappresentante della Capitaneria di porto, su proposta del Reparto Ambientale Marino presso il Ministero dell'Ambiente; un esperto designato dall'Istituto superiore per la Protezione e la Ricerca Ambientale (ISPRA); un esperto designato dalle associazioni ambientaliste maggiormente rappresentative e riconosciute dal Ministero dell'Ambiente) è chiamata ad affiancare l'Ente gestore, potendo formulare proposte e pareri sulle modalità di gestione. L'attività più rilevante è il parere da fornire alla proposta di regolamento ed approvato con decreto ministeriale, ex art. 28, l. 979/1982.

Attualmente le AMP sono 29, compresi i due parchi sommersi di Baia e Gaiola, per un totale di 228mila ettari di mare e 700 km di costa.

Con il Protocollo delle aree specialmente protette e la biodiversità nel Mediterraneo (ASP), di attuazione della Convenzione di Barcellona del 1975 come modificata dalla <<Convenzione per la protezione dell'ambiente marino e la regione costiera del Mediterraneo>> del 1995, le parti contraenti hanno previsto la creazione delle Aree speciali protette di importanza mediterranea (ASPIM o SPAMI in inglese), al fine di promuovere la cooperazione nella

gestione e conservazione delle aree naturali nell'area mediterranea. Ai sensi dell'Allegato I del Protocollo¹¹⁸, le ASPIM possono essere individuate nelle zone marine e costiere soggette alla sovranità o alla giurisdizione delle Parti e nelle zone situate in parte o totalmente in alto mare, in siti importanti per l'elevato grado di biodiversità, per la peculiarità dell'habitat, per la presenza di specie rare, minacciate o endemiche, o che rivestono in interesse speciale dal punto di vista scientifico, estetico, culturale o educativo, e in cui sia in ogni caso assicurata la capacità di gestione.

Tali aree possono essere istituite non solo in acque territoriali, scopo della Convenzione di Ginevra, ma anche nella zona economica esclusiva e in acque internazionali, ai sensi dell'art. 9 del Protocollo. Il punto in questione è di notevole rilevanza, in quanto precedentemente all'emanazione del Protocollo non si poteva interferire con le tradizionali libertà d'uso dell'alto mare in base a principi consolidati del diritto internazionale. E' nella Convenzione di Montego Bay che si può rinvenire il punto di svolta: in base alla disposizione dell'art. 194, par. 5, è consentita l'adozione di misure di protezione più rigorose a tutela di ecosistemi rari o maggiormente vulnerabili in ogni zona marina. L'istituzione di aree protette all'esterno del mare territoriale richiede una maggior cooperazione interstatale ed un'armonizzazione con il regime delle zone marittime stabilito dalla Convenzione.

In base all'art. 9 del Protocollo, la creazione di ASPIM situate in tutto o parzialmente in acque internazionali deve essere proposta congiuntamente dagli Stati interessati e conformarsi ai criteri dell'Allegato I. Nella fase finale è invece richiesta una decisione per *consensus*, adottata nella riunione delle parti contraenti. Una volta iscritta l'area nell'elenco, gli Stati richiedenti devono mettere in atto le misure di protezione e conservazioni concordate, che le

¹¹⁸ Consultabile su http://rac-spa.org/sites/default/files/annex/annex_1_en.pdf.

altre parti si impegnano a rispettare. Possiamo ricordare il c.d. “*Santuario dei cetacei*”, istituito da Italia, Francia e Principato di Monaco, di notevole rilevanza per l’abbondante presenza di differenti mammiferi e per le possibilità di studio che offre.¹¹⁹

2.6 LA TUTELA DELLE RISORSE BIOLOGICHE MARINE ALL’INTERNO DELLA POLITICA COMUNE DELLA PESCA (PCP)¹²⁰

L’attività di pesca e acquacoltura dell’Unione Europea rappresenta il 3,5% della produzione globale, con una riduzione dello 0,9% rispetto al 2009¹²¹, per un valore complessivo della produzione di circa 23 miliardi di euro.

La maggior parte del pescato, circa la metà, è composto dai molluschi e crostacei, il 23% si riferisce ai pesci di acqua dolce mentre il restante 27% da pesci d’acqua di mare; il tutto costituisce 4.889.188 di tonnellate¹²².

Come è facilmente intuibile, nonostante un leggero calo di produzione, la pesca può incidere fortemente sull’equilibrio ecosistemico marino. Secondo il precedente commissario per la pesca e gli affari marittimi, Maria Damanaki, <<*quando si tratta di gestire i nostri mari e oceani, dobbiamo agire in maniera intelligente, ancora più che in passato*>>.

Nella sua versione originaria, il Trattato istitutivo della Comunità europea del 1957 non autorizzava espressamente la CE ad adottare una politica comune sulla pesca. Ciò nonostante, fino al Trattato di Maastricht che per la prima

¹¹⁹ <http://www.minambiente.it/pagina/santuario-dei-cetacei>.

¹²⁰ <<La politica comune della pesca (PCP) mira a garantire la perennità delle risorse acquatiche viventi e la tutela dell’ambiente. Al fine di assicurare una pesca sostenibile, l’Unione europea ha elaborato piani pluriennali di ricostituzione e di gestione degli stock e misure specifiche (totali ammissibili di cattura, limitazione dello sforzo di pesca, divieto di utilizzo di determinati attrezzi da pesca, taglie minime allo sbarco, ecc). Infine, essa ha adottato una normativa intesa a proteggere le specie non bersaglio (mammiferi marini, uccelli e tartarughe), i giovanili e gli stock ittici vulnerabili e a garantire la protezione degli habitat sensibili>>. Da http://europa.eu/legislation_summaries/maritime_affairs_and_fisheries/fisheries_resources_and_environment/index_it.htm.

¹²¹ http://ec.europa.eu/fisheries/documentation/publications/pcp_en.pdf.

¹²² Dati FAO da http://europa.eu/pol/pdf/flipbook/it/fisheries_it.pdf.

volta modificò le precedenti disposizioni richiedendo la creazione di una PCP, i primi interventi traevano spunto dalle disposizioni relative all'agricoltura. Infatti ai sensi dell'art. 38 la nozione di *prodotto agricolo* risultava comprensiva anche dei prodotti derivanti dall'attività di pesca, e di rimando sottoposto alla *politica agricola comune* (PAC)¹²³.

Prima ancora della UNCLOS, più esattamente durante la terza conferenza della Nazioni Unite sul diritto del mare del 1976, fu chiaro che uno degli elementi centrali di qualsiasi trattato che questa avrebbe prodotto sarebbe stata la creazione della Zona economica esclusiva (ZEE)¹²⁴, in base alla quale lo Stato costiero avrebbe avuto il diritto sovrano di sfruttamento, conservazione e gestione delle risorse viventi marine entro 200 miglia nautiche misurate a partire dalla stessa linea di misurazione delle acque territoriali¹²⁵. Ciò avrebbe comportato, in assenza di una normativa indipendente ed accurata, numerosi svantaggi, soprattutto a causa dell'allargamento unilaterale della suddetta zona da parte degli Stati costieri dell'Oceano Atlantico.

Il primo pacchetto di riforme risale quindi al 1977, grazie al quale ciascuno Stato membro poté ampliare il limite della pesca fino alle 200 miglia e la Comunità europea si riservò l'esclusiva della negoziazione di accordi con Stati terzi che permettessero alle navi comunitarie di valicare tali limiti, e viceversa. Durante i successivi sei anni, un ruolo di primo piano fu rivestito dalla Corte di Giustizia, che in un'importante pronuncia¹²⁶ proclamò la competenza esclusiva del Consiglio ad adottare misure di conservazione per le acque

¹²³ In base all'allegato II la lista dei prodotti includeva pesci, crostacei e molluschi.

¹²⁴ Art. 56 UNCLOS: <<Nella zona economica esclusiva lo Stato costiero gode di:

a) *diritti sovrani sia ai fini dell'esplorazione, dello sfruttamento, della conservazione e della gestione delle risorse naturali, biologiche o non biologiche, che si trovano nelle acque soprastanti il fondo del mare, sul fondo del mare e nel relativo sottosuolo, sia ai fini di altre attività connesse con l'esplorazione e lo sfruttamento economico della zona, quali la produzione di energia derivata dall'acqua, dalle correnti e dai venti*>>.

¹²⁵ <<Il mare territoriale è la fascia di mare adiacente alla costa sottoposta alla sovranità dello Stato costiero>>. Così in A. GIOIA, *Titoli storici e linee di base del mare territoriale*, CEDAM, Padova, 1990.

¹²⁶ Case 804/79 *Commission v United Kingdom* ECR 1045.

comunitarie in base all'art. 102 del Trattato di accesso alla Comunità europea di Danimarca, Irlanda, Norvegia e Regno Unito¹²⁷.

Le misure intraprese nel 1983 non ebbero una collocazione unitaria, ma si svilupparono su una serie di regolamenti CE, tra cui spicca il 170/83 finalizzato a <<*to ensure the protection of fishing grounds, the conservation of the biological resources of the sea and their balanced exploitation on a lasting basis and in appropriate economic and social conditions*>>¹²⁸ e che ha introdotto, come vedremo, soglie per la quantità del pescabile.

Successivamente al quarto allargamento dei membri CE del 1995, anche la Svezia e la Finlandia, con cui la CE in precedenza aveva sottoscritto accordi in materia di pesca, contribuirono con la propria flotta (specialmente quella svedese) ad allargare i "confini" della PCP ed aumentare la quantità dei prodotti ittici introducendo politiche comunitarie per il pescato del mar Baltico.

Il regime giuridico di riferimento del nuovo millennio è il regolamento 20 dicembre 2002, n. 2371, il quale autorizza l'attività alieutica all'interno della zona delle 12 miglia (mare soggetto a sovranità statale), solo però a quelle navi che tradizionalmente pescano in quella zona e provengono da porti della costa adiacente. La pesca è qualificata come attività tradizionale e locale di un determinato territorio, ed è proprio questo aspetto di *radicamento territoriale* a garantire la tutela degli interessi collettivi come la salvaguardia delle coste e delle tradizioni della popolazione costiera. Gli stessi imprenditori ittici, in base al legame territorio-mare, sono spinti ad esercitare anche attività ulteriori alla pesca, ma ad essa funzionali, di notevole impatto sociale, ambientale,

¹²⁷ <<*In this case the Court addressed the meaning of article 102, which required the Council to "determine conditions for fishing with a view to ensuring protection of the fishing grounds and conservation of the biological resources of the sea" by the end of 1978*>>. In R. CHURCHILL, D. OWEN, *The EC Common Fisheries policy*, Oxford University Press, Oxford, 2010, p. 8.

¹²⁸ Art. 1 Reg.

occupazionale ed economico¹²⁹. La pulizia dei fondali e dei litoranei, ma ancor prima il pescaturismo e l'ittiturismo, garantiscono, se esercitate correttamente, un incremento della qualità non solo delle acque, ma delle stesse risorse ittiche.

Con la direttiva per una strategia marina del 2008 si è avviato un graduale processo di ripensamento della PCP che ha portato ad una Comunicazione della Commissione del 2011 (COM/2011/0417) in cui si <<propone un'ambiziosa riforma della politica al fine di creare le condizioni di un futuro migliore per la pesca e le risorse ittiche, nonché per l'ambiente marino da cui esse traggono sostentamento. La PCP dispone di un enorme potenziale per fornire gli elementi di base di una pesca sostenibile che rispetti l'ecosistema e offra prodotti ittici sani e di elevata qualità per i cittadini europei, condizioni di vita prospere per le comunità costiere, redditività delle industrie di produzione e trasformazione del pesce e posti di lavoro più sicuri e attraenti>>¹³⁰.

A queste esigenze risponde il Regolamento n. 1380/2013 che abroga il precedente regolamento n. 2371/2002 ed è entrato in vigore il 1° gennaio 2014.

Gli istituti della PCP che si inseriscono nel solco della tutela della varietà biologica marina sono i TAC e la loro divisione in quote e il diritto di accesso.

I TACs (Total allowed catches) sono il principale strumento di conservazione applicato nelle acque comunitarie. Essi sono limiti di cattura (espressi in tonnellate o numeri) per determinati stock ittici a finalità commerciale¹³¹ introdotti dal regolamento n. 170/1983, da dividere in quote per ciascuno Stato membro secondo il criterio per cui <<the volume of catches available to the Community shall be distributed between the Member States in a manner

¹²⁹ F. BRUNO, *Il nuovo ruolo della pesca tra produzione di alimenti e tutela dell'ambiente marino*, in www.rivistadirittoalimentare.it.

¹³⁰ Introduzione COM/2011/0417.

¹³¹ http://ec.europa.eu/fisheries/cfp/fishing_rules/tacs/index_it.htm.

which assures each Member State relative stability of fishing activities for each of the stocks concerned>>¹³².

Il procedimento per la determinazione dei TACs si sviluppa in quattro passaggi: inizialmente l'ICES (International Council for the Exploration of the Sea)¹³³ deve fornire un parere scientifico alla Commissione; un secondo dello Scientific, Technical and Economic Committee for Fisheries (STECF) che esamini il precedente; una proposta di regolamento della Commissione; ed infine l'adozione di questo da parte del Consiglio. Attualmente la loro determinazione avviene con quattro atti separati, per ciascuna zona in cui sono suddivise le acque comunitarie: a) un regolamento biennale per gli stock di alto mare; b) un regolamento annuale per il mar Baltico; c) un regolamento annuale per il mar Nero; d) ed infine un ulteriore regolamento annuale per i restanti stock. Da notare come non sono previsti per il mar Mediterraneo, con la sola eccezione di alcune specie migratorie.

L'inevitabile incertezze del dato scientifico, unita al *time lag* tra la raccolta del materiale e l'elaborazione dei pareri, fanno sì che i TACs adottati non rappresentino accuratamente la situazione della pesca in tempo reale.

Per questo motivo possono essere divisi in *precautionary* TACs, da applicare agli stock per cui non è possibile ottenere una valutazione scientifica accurata per l'anno in cui devono essere presentati, e *analytical* TACs, che invece presuppongono un elevato grado di attendibilità scientifica¹³⁴.

L'art. 20, comma 1, del reg. 172/83 dispone che il Consiglio, dopo aver deciso sui limiti di cattura, decida l'allocazione delle c.d. *fishing opportunities* tra gli

¹³² Art. 4, comma 1 reg. n. 170/1983.

¹³³ <<A global organization that develops science and advice to support the sustainable use of the oceans>>. Da <http://www.ices.dk/explore-us/who-we-are/Pages/Who-we-are.aspx>.

¹³⁴ Art. 2 reg. n. 847/1996.

Stati, in modo da assicurare *relative stability*¹³⁵ per ciascuno stock secondo il criterio del “*predictable share of the stocks*”.

Per un’equa allocazione il Consiglio deve tenere in considerazione a) la tradizione locale della pesca; b) le esigenze specifiche delle aree particolarmente dipendenti dall’attività alieutica e dalla relativa industria; c) la perdita del potenziale ittico nel acque di paesi terzi a causa della ZEE.

Una volta definito il TAC di riferimento, ciascuno Stato membro deve decidere le modalità di ripartizione tra i pescherecci battenti propria bandiera.¹³⁶ La discrezionalità del metodo è stata oggetto di una pronuncia della Corte di Giustizia nella sentenza *Lootus v. Council*, nella quale nota come la disposizione dell’art. 20, comma 5, del reg. n 172/83 consenta agli Stati di scambiare parti delle quote tra loro, sfuggendo all’originaria previsione del Consiglio.

Alcune riflessioni generali sul sistema appena enunciato: innanzi tutto il sistema della *relative stability* costituisce una deroga dalla regola delle uguali condizioni di accesso alle risorse ittiche. In secondo luogo il regolamento del 1983 garantisce il mantenimento, per ciascuno Stato, di una percentuale fissa, ma non di una quantità determinata di pesce; pertanto i cambiamenti dei TAC nel corso degli anni non colpiscono le percentuali allocate e l’incremento di un anno non giustifica la concessione di una quota addizionale¹³⁷. In terzo luogo, dato che il principio della stabilità relativa si applica solo nei rapporti tra Stati, questo non può conferire diritti individuali. Ed infine il sistema TAC non tiene

¹³⁵ Il termine non ha un’accezione univoca, mancando un’espressa previsione, ma può essere letto nell’ottica delle enunciazioni di principio nel Preambolo del regolamento n. 2371/2002: il principio <<*should safeguard the particular needs of regions where local populations are specially dependent on fisheries and related activities as decided by the Council in view of ‘the temporary biological situation of stocks’*>>

¹³⁶ Art. 17, reg. 1380/2013: << In sede di assegnazione delle possibilità di pesca a loro disposizione in virtù dell’articolo 16, gli Stati membri utilizzano criteri trasparenti ed oggettivi, anche di tipo ambientale, sociale ed economico>>.

¹³⁷ La questione dell’aumento delle *fishing opportunities* è stata affrontata dalla Corte nel caso *Spagna v. Consiglio* (C-141/05).

effettivamente conto dei cambiamenti climatici, che come ovvio, possono incidere profondamente sul patrimonio ittico.

L'accesso dei pescherecci nelle aree di pesca è stato un punto cardine sin dalla prima normativa in tema di PCP. Ex art. 2, comma 1, reg. n. 2141/70 <<*members States shall ensure in particular equal conditions of access to and use of the fishing grounds situated in the waters referred to in the preceding sub-paragraph for all fishing vessels flying the flag of a member State and registered in Community territory*>>. Il principio dell'uguaglianza dell'accesso è uno dei pilastri dell'UE. L'articolo 17, comma 1, reg. n. 2371/2002 ne dà una versione leggermente diversa: <<*Community fishing vessels shall have equal access to waters and resources in all Community waters other than those referred to in par. 2, subject to the measures adopted under Chapter II*>>.

L'ultimo periodo racchiude tutte le differenti misure di gestione e conservazione che il Consiglio ha facoltà di adottare, compresi i TAC (ma non le quote). In questo modo il diritto di accesso è, seppur limitatamente, soggetto a compressione.

La formulazione appena enunciata non risulta però facilmente interpretabile. In particolare la disposizione del comma 2, relativa all'accesso nella zona delle 12 miglia, ha richiesto l'intervento della Corte di Giustizia per chiarire la sua effettiva portata, variabile a seconda dell'interpretazione dei suoi vocaboli. Nella sentenza C-146/1989 *Commission v. United Kingdom* la Corte avalla l'interpretazione maggiormente restrittiva del termine "geographical coastal area", limitando l'attività a pescherecci solo provenienti da questa, escludendo gli altri elementi della flotta unionale¹³⁸.

L'attuale disciplina dell'art. 5, reg. n. 1380/2013 ripropone la stessa versione del precedente, estendendola fino al 2022, <<*ferme restando le disposizioni*

¹³⁸ Case C-146/89 *Commission v. United Kingdom* [1991] ECR I-3533, para 42.

relative ai pescherecci unionali battenti bandiera di altri Stati membri previste dalle relazioni di vicinato [...]>>, elencate nell'allegato I. Anche questa è una disposizione non particolarmente brillante, già proposta in passato, che però possiamo leggere alla luce dell'intervento della giurisprudenza nella sent. *Spain v. Council*¹³⁹ in cui la Corte mira a tutelare la tradizione dell'attività alieutica dei pescherecci delle coste adiacenti, respingendo la pretesa spagnola di aver accesso alla zona delle 12 miglia francese, giungendo anche qui ad un'applicazione più rigida e restrittiva.

La copertura economica è garantita dal FEP, fondo europeo della pesca, che ha sostituito il precedente Regolamento sullo strumento finanziario di orientamento della pesca (SFOP), istituito con regolamento del Consiglio 1198/2006 e prevede all'art. 43 che siano finanziate attività volte alla ristrutturazione e riorientamento delle attività economiche come il turismo ecologico senza aumento dello sforzo di pesca, alla diversificazione delle attività con promozione della pluriattività per le persone impegnate nel settore della pesca mediante creazione di posti di lavoro aggiuntivi o alternativi all'esterno del settore, ed infine alla protezione dell'ambiente marino, lacustre e costiero, per mantenere l'attrattiva, rivitalizzare e sviluppare le località e i paesi costieri e proteggere e valorizzare il patrimonio architettonico e naturale. I beneficiari degli interventi possono essere solo persone che operino nel settore della pesca o con una professione dipendente da essa.

La disciplina del patrimonio ittico ha di recente subito un'importante riforma da parte della Risoluzione legislativa del Parlamento europeo del 6 febbraio 2013 sulla proposta di Regolamento del Parlamento e del Consiglio che modifica il regolamento n. 850/1998 del Consiglio per la conservazione delle

¹³⁹ Case C-91/03 *Spain v. Council* [2005] ECR I-2267, par. 50.

risorse della pesca attraverso misure tecniche a protezione del novellame ed abroga il precedente regolamento n. 1288/2009, il quale prevedeva misure tecniche transitorie in materia di organizzazione e modalità di pesca per il periodo 1 gennaio 2010 – 30 giugno 2011. Due sono le regole fondamentali: l'arresto della c.d. pesca intensiva, in quanto è fatto obbligo di pescare solo l'equivalente di quanto lo stock di ogni singola specie sia in grado di riprodurre; e il divieto di spreco del pescato indesiderato, in particolare della pratica del *rigetto* in mare di esemplari già morti e non commerciabili per dimensioni o specie.

All'interno del quadro costituzionale, la materia pesca non è stata inserita nel novellato art. 117 del Titolo V della Costituzione nell'elenco delle competenze né esclusive né concorrenti dello Stato. Pertanto si potrebbe evincere che la materia sia oggetto di competenza regionale residuale, e pertanto esclusiva. In realtà questo approccio risulta poco convincente, in quanto, basandoci prettamente su dati legislativi nazionali e comunitari, lo Stato resta il responsabile nell'attuazione degli obblighi europei ai sensi dell'art. 117, comma 2, lett. a) in materia di politica estera e rapporti internazionali e con l'Unione Europea. La stessa Unione impone che il mancato rispetto degli obblighi contenuti nella disciplina comunitaria sia sanzionato dallo Stato nella sua attività di controllo. Inoltre la definizione di livelli uniformi minimi di tutela ambientale e della concorrenza spetta alle competenze centrali e non può avvenire altrove.

2.7 L'INQUINAMENTO MARINO E GLI STRUMENTI PER FRONTEGGIARLO

<<Pollution of the marine environment means the introduction by man, directly or indirectly, of substances or energy into the marine environment, including estuaries, which results or is likely to result in such deleterious effects as harm to living resources and marine life, hazards to human health, hindrance to marine activities, including fishing and other legitimate uses of the sea, impairment of quality for use of sea water and reduction of amenities>>. L'art. 1 della UNCLOS descrive cosa si debba intendere per inquinamento dell'ambiente marino. La norma in questione non presuppone un divieto assoluto di immissione di agenti estranei nell'ambiente marino, ma solo di quelle che comportino, o possano comportare, un effetto nocivo, anche per la salute umana. Le forme di inquinamento possono essere assumere varie forme, ma le quattro tipologie principali, la cui limitazione è obbligo primario dei firmatari sono: il versamento delle sostanze tossiche, anche tramite immersione (c.d. *dumping*); l'inquinamento causato dalle navi; l'inquinamento prodotto da attività di esplorazione o sfruttamento del fondo e del sottosuolo; l'inquinamento prodotto da installazioni e apparecchiature che operino nell'ambiente marino¹⁴⁰.

Delle prime due tipologie si dirà in questo paragrafo, mentre le attività di sfruttamento ed esplorazione del fondale e del sottosuolo saranno trattate in quello successivo.

L'inquinamento da navi può avere natura "operazionale" quando è provocato da operazioni di scarico nel normale esercizio della navigazione (es. pulitura di cisterne), o natura "accidentale"¹⁴¹ quando è causato da eventi non attinenti alla navigazione, come una collisione¹⁴². Nonostante tale tipologia

¹⁴⁰ Art. 194, par.3 UNCLOS.

¹⁴¹ Art. 2, comma 6 MARPOL: *<<[...] an event involving the actual or probable discharge into the sea of a harmful substance>>*.

¹⁴² In Merialdi A., Trevisanut S., *La protezione dell'ambiente marino*, in A. Fodella, L. Pineschi (a cura di), *La protezione dell'ambiente nel diritto internazionale*, Giappichelli, Torino, 2009, p. 327.

nell'insieme dei fattori inquinanti sia piuttosto esigua, è la fonte maggiormente disciplinata, anche a causa del grande impatto sociale che assume al verificarsi di episodi di inquinamento massiccio.

La disciplina cui è doveroso fare riferimento è la Convenzione MARPOL 73/78 (Convenzione internazionale per la prevenzione dell'inquinamento causato da navi) del 1973, mai entrata in vigore ed abbinata ad un protocollo del 1978 che ne definisce l'attuale versione.

Sul piano giurisdizionale la Convenzione non conferisce agli Stati alcun potere, ma li invita a sancire le violazioni delle navi che battono la loro bandiera e le infrazioni negli spazi costieri di loro competenza, un approccio tipico della *soft law*. Le sostanze che non possono essere smaltite in condizioni di sicurezza devono essere tenute a bordo della nave, per poi essere trasferiti in contenitori appositi nel porto di sbarco.

Sul piano degli obblighi, per le parti contraenti sono vincolanti gli Allegati I e II, rispettivamente riguardo l'inquinamento da idrocarburi e da sostanze chimiche. Per gli altri Allegati l'adesione è facoltativa.

La regola 15 detta il principio generale per cui <<*any discharge into sea of oil or oily mixtures from ships shall be prohibited*>>. Sono previste però delle eccezioni dalla regola 4 nel caso in cui lo sversamento sia necessario per la sicurezza della nave o per tutela della salute o in caso di danno che comporti la fuoriuscita di sostanze.

Lo Stato di bandiera è responsabile che le navi rispettino gli standard tecnici della Convenzione. Innanzi tutto è necessario compiere ispezioni ed accertamenti ad intervalli periodici, e in secondo luogo deve assicurarsi il rilascio dell' "*oil pollution prevention certificate*"¹⁴³ della durata massima di cinque anni. Il controllo dei requisiti non è tuttavia più competenza dello Stato

¹⁴³ Allegato I, regola 5.

di bandiera, ma può essere effettuato da qualsiasi Stato del porto in cui la nave sia presente. La sanzione più grave a cui si può pervenire è il divieto per la nave di lasciare il porto se non dopo essere stata adeguata agli standards o per dirigersi ad effettuare tali modifiche o per essere condotta nello Stato di bandiera, dove verranno intraprese le azioni necessarie per accertare e perseguire qualsiasi violazione. Lo strumento appena descritto funge da efficace deterrente e può essere applicato anche alle navi di Stati non membri come regola di accesso al porto, in conformità all'obbligo di comunicazione previsto dall'art. 211 UNCLOS.

L'altro gruppo di disposizioni su cui si fonda la lotta all'inquinamento marino riguarda le regole in materia di giurisdizione che attribuiscono, o delimitano, il potere degli Stati nell'adozione ed applicazione di norme anti-inquinamento. Al contrario della MARPOL, la UNCLOS infatti si rivolge al comportamento che gli Stati debbano osservare, e non i singoli.

L'art. 211, par. 2, dispone che gli Stati abbiano l'obbligo di adottare norme per la prevenzione, la riduzione ed il controllo dell'inquinamento marino, nel rispetto delle regole internazionali e degli standards stabiliti dalle organizzazioni internazionali (in particolare le norme tecniche dell'IMO, che assurgono quindi il ruolo di base comune delle politiche sull'inquinamento marino).

Lo Stato di bandiera, in base all'art. 217, deve accertare il rispetto delle proprie navi delle norme appena descritte. In particolare, possono proibire la navigazione quando non conformi o in assenza della relativa documentazione.

<<Se una nave commette una violazione delle regole e norme istituite attraverso la competente organizzazione internazionale o una conferenza diplomatica generale, lo Stato di bandiera, senza pregiudizio degli articoli 218, 220 e 228, apre immediatamente un'inchiesta e, se necessario, inizia un procedimento avente ad oggetto la presunta violazione, indipendentemente

da dove questa sia stata commessa o dove l'inquinamento si sia verificato o sia stato individuato>>¹⁴⁴: i poteri di giurisdizione attiva sono quindi ampliati rispetto alla MARPOL.

Il secondo tipo di giurisdizione è quella dello Stato costiero¹⁴⁵ nelle ci acque di trovi una nave straniera. Questi stabilisce i requisiti per la prevenzione ed il controllo dell'inquinamento come condizione per l'accesso a porti, acque interne e ZEE, ma solo se compatibili con i criteri dell'IMO. Nel mare territoriale vige il diritto di passaggio inoffensivo^{146 147}, pertanto non esiste una dimensione "esclusiva" della navi come ad es. nei porti. Tuttavia lo Stato costiero può limitare tale diritto quando ricorrono i presupposti dell'art. 19, lett. h, anche se ancora oggi è dibattuta la sua interpretazione, se estensiva o limitata. Una questione interessante è quella che si viene a creare nel caso di passaggio di una nave che contenga sostanze pericolose. Quale potere ha lo Stato costiero? Se si da un'interpretazione estensiva della norma appena citata, allora è ben possibile una restrizione del passaggio; volendo, invece, basarci su un'interpretazione letterale, non sarebbe possibile alcun tipo di

¹⁴⁴ Art. 217, par. 4, UNCLOS.

¹⁴⁶ Art. 17 UNCLOS: << Alle condizioni della presente Convenzione, le navi di tutti gli Stati, costieri o privi di litorale, godono del diritto di passaggio inoffensivo attraverso il mare territoriale>>.

¹⁴⁷ Art. 19 UNCLOS: <<Il passaggio è inoffensivo fintanto che non arreca pregiudizio alla pace, al buon ordine e alla sicurezza dello Stato costiero. Tale passaggio deve essere eseguito conformemente alla presente Convenzione e alle altre norme del diritto internazionale.

Il passaggio di una nave straniera è considerato pregiudizievole per la pace, il buon ordine e la sicurezza dello Stato costiero se, nel mare territoriale, la nave è impegnata in una qualsiasi delle seguenti attività:

a) minaccia o impiego della forza contro la sovranità, l'integrità territoriale o l'indipendenza politica dello Stato costiero, o contro qualsiasi altro principio del diritto internazionale enunciato nella Carta delle Nazioni Unite; b) ogni esercitazione o manovra con armi di qualunque tipo; c) ogni atto inteso alla raccolta di informazioni a danno della difesa o della sicurezza dello Stato costiero; d) ogni atto di propaganda diretto a pregiudicare la difesa o la sicurezza dello Stato costiero; e) il lancio, l'appontaggio o il recupero di aeromobili; f) il lancio, l'appontaggio o il recupero di apparecchiature militari; g) il carico o lo scarico di materiali, valuta o persone in violazione delle leggi e dei regolamenti doganali, fiscali, sanitari o di immigrazione vigenti nello Stato costiero; h) inquinamento intenzionale e grave, in violazione della presente Convenzione; i) attività di pesca; j) la conduzione di ricerca scientifica o di rilievi; k) atti diretti a interferire con i sistemi di comunicazione o con qualsiasi altra attrezzatura o installazione dello Stato costiero; l) ogni altra attività che non sia in rapporto diretto con il passaggio>>.

restrizione in mancanza di un atto teleologicamente volto ad inquinare. In assenza di una disciplina certa, il tutto ruota attorno al bilanciamento di interessi dello Stato costiero, da una parte, e del rispetto del diritto ex art. 17. In ogni caso il diritto/dovere di trasparenza ed informazione è insito nell'art. 22 (misure di regolamentazione del traffico navale con carico pericoloso), e pertanto la comunicazione è atto dovuto. In anticipo su questo tema, è interessante notare come il <<Protocollo sulla prevenzione dell'inquinamento del Mar Mediterraneo da movimenti transfrontalieri di rifiuti pericolosi e il loro smaltimento>> preveda l'obbligo di notifica.

La giurisdizione dello Stato di porto comporta che, quando una nave sia volontariamente nel porto o in un terminal off shore di uno Stato, questo può avviare dei procedimenti nei confronti della nave per accertare la violazione delle norme sullo scarico al di fuori delle zone costiere dello Stato interessato: quindi una violazione può essere perseguita da uno Stato solo sulla base del presupposto che la nave si trovi nel suo porto, per una "generale accettazione" delle norme in questione, ma ha ovviamente carattere residuale.

La normativa comunitaria in tema di inquinamento da navi si basa su una serie di interventi successivi al 2000, raggruppati sotto il titolo di *Erika I*, *Erika II* e *Erika III*.

La direttiva 2005/35 premette che l'applicazione delle norme MARPOL non può avvenire in maniera uniforme, ma va integrata anche con le politiche dell'Unione tramite misure dissuasive rivolte anche al proprietario del carico, alla società di classificazione e ad ogni altro soggetto interessato¹⁴⁸, tenendo

¹⁴⁸ Art. 5, comma 2, dir. 2005/35:<<Lo scarico di sostanze inquinanti nelle aree di cui all'art. 3, par. 1, lett. c), d) e e) non è considerato una violazione da parte del comandante o dell'equipaggio posto sotto la responsabilità di quest'ultimo, se soddisfa alle condizioni di cui all'allegato I, norma 11 b) o all'allegato II, norma 6 b), della Convenzione MARPOL>>.

sempre in considerazione che l'UE non è firmataria della MARPOL, e pertanto non si pone un problema di compatibilità con la normativa comunitaria¹⁴⁹.

In particolare la disciplina della direttiva potrebbe portare ad attribuire la responsabilità dello scarico di sostanze a soggetti ulteriori, quando armatore e comandante non partecipino. In realtà questa potrebbe sembrare una forzatura, in quanto dette operazione devono coinvolgere necessariamente i soggetti di cui sopra, potendosi configurare al limite una *culpa in vigilando*. La perplessità che genera quest'impostazione è la mancata considerazione che gli Stati membri sono vincolati al testo MARPOL in quanto firmatari, e pertanto non potrebbe essere ammissibile una disciplina che si discosti sostanzialmente da quella della Convenzione.

Il legislatore nazionale con la l. 31 dicembre 1982, n. 979, entrata in vigore pochi mesi dopo la sottoscrizione della Convenzione UNCLOS, pone un divieto generale di sversamento di idrocarburi nel mare territoriale per qualunque nave, esteso anche al di fuori delle acque territoriali per le navi italiane. Le sanzioni dell'art. 20 sono rivolte al comandante, al proprietario o all'armatore, nel caso di loro concorso, in difformità con la Convenzione. Inoltre in base al combinato UNCLOS/MARPOL la punibilità riguarda anche lo sversamento di idrocarburi da parte di navi straniere al di fuori delle acque territoriali, non perseguibili in base alla normativa statale¹⁵⁰.

Con l'evolversi della disciplina internazionale, anche quella statale ha subito rilevanti modifiche nel corso degli anni.

La l. 8 febbraio 2006, n. 61, da attuazione ai principi della UNCLOS ed istituisce zone ecologiche partendo dal limite esterno del mare territoriale: <<*l'Italia esercita la propria giurisdizione in materia di protezione e preservazione*

¹⁴⁹ Sent. C-308/2006.

¹⁵⁰ Nella causa C-240/90 la CGE dichiara di non poter pronunciarsi sulla compatibilità, poiché, non essendo la CE parte della MARPOL, la sentenza non avrebbe prodotto effetti nell'ordinamento giuridico comunitario.

dell'ambiente marino [...]. Si applicano, anche nei confronti delle navi battenti bandiera straniera e delle persone di nazionalità straniera, le norme di diritto italiano, del diritto dell'Unione Europea e dei trattati internazionali>>.

La direttiva 2005/35/CE viene attuata tramite il d.lgs. 6 novembre 2007, n. 202, che abroga parte della l. 1982, rispettando la normativa internazionale sanzionando gli scarichi di qualsiasi nave battente qualsiasi bandiera, ma discostandosene in quanto è prevista la punibilità indipendentemente dalla nazionalità dell'area in cui si è verificato l'evento dello sversamento, senza distinguere gradi di colpa.

La seconda tipologia di inquinamento che interessa esaminare in questa sede è il c.d. *dumping*. Letteralmente il suo significato è immersione e si intende lo smaltimento deliberato di rifiuti ad opera di navi e aeromobili, escluso lo smaltimento che riguarda il normale esercizio della navigazione¹⁵¹.

Il primo strumento adottato a livello globale è la Convenzione di Londra del 1972 (Convention on the Prevention of Marine Pollution by Dumping of Wastes and Other Matter) e prevede la tripartizione dei rifiuti, a secondo della pericolosità, in tre "liste". La "black list" (Allegato I) contiene le sostanze maggiormente inquinanti e pericolose per gli ecosistemi, con conseguenze dirette per la salute umana, ad es. mercurio, cadmio, materiali in plastica galleggianti, oli e rifiuti radioattivi. E' assolutamente vietato lo scarico di questi materiali in base all'art. 4, comma1, lett. a). La "grey list" (Allegato II) si occupa di sostanze quali il cromo, l'arsenico, lo zinco (e i loro composti), nonché pesticidi, per i quali è richiesto un permesso speciale per il loro smaltimento. Ed infine la terza categoria comprende tutti quei rifiuti che non rientrano nei due allegati, ma per i quali è comunque richiesto un permesso a carattere generale. I permessi devono essere rilasciati da un'autorità

¹⁵¹ Art. 1, para 5, UNCLOS.

designata dallo Stato interessato, ossia lo Stato dove avviene il carico dei rifiuti o lo Stato di bandiera della nave o aeromobile utilizzato per lo smaltimento, nel caso il carico avvenga in uno Stato non parte (art. VI).

Le linee guida (*Waste assessment guidelines*) del 1997 introducono le *waste prevention techniques*, in base alle quali non si può procedere allo smaltimento di quei rifiuti se c'è la possibilità di riciclaggio o riuso (c.d. *practical availability of other means of disposal*) poiché in base all'art. 4 par. 1 e 2 si prevede una comparazione tra la gestione del rischio e l'uso di strumenti alternativi, in base all'approccio precauzionale.

Le autorità possono implementare i criteri di controllo, fino anche a giungere ad un divieto assoluto di immersione.

Nel 1996, successivamente ad una Conferenza degli Stati parte, è stato adottato un Protocollo di emendamento che, in forza del principio precauzionale, ha invertito l'originaria logica della normativa. Se prima lo smaltimento per immersione era consentito, con la sola esclusione delle sostanze all'interno della lista nera, ora è fatto divieto generale di ogni attività di immersione, ad eccezione di alcune tipologie elencate tassativamente: materiale dragato, fanghi di depurazione, scarti del pesce o parti residuali del processo di lavorazione del pesce, navi e piattaforme in funzione edile, materiale geologico inorganico ed inerte e materiale organico di origine naturale¹⁵².

Il sistema di disciplina è integrato da accordi a carattere regionale, con meccanismi simili a quelli enunciati genericamente dalla Convenzione ed espressamente previsti anche dalla UNCLOS¹⁵³. Tra questi possiamo ricordare

¹⁵² Allegato I, Protocollo 1996 come emendato nel 2006.

¹⁵³ Art. 210, comma 4: <<*States, acting especially through competent international organizations or diplomatic conference, shall endeavour to establish global and regional rules, standards and recommended practices and procedures to prevent, reduce and control such pollution. Such rules, standards and recommended practices and procedures shall be re-examined from time to time as necessary*>>.

la Convenzione per la protezione dell'ambiente marino del Nord-Est Atlantico (Parigi 1992) e il già citato MAP. Tutti questi accordi sono modellati sulla scia della Convenzione di Londra e possono prevedere standard più elevati.

2.8 LE ATTIVITA' ESTRATTIVE

La disciplina delle attività di sfruttamento dei fondali marini, ma soprattutto le tutele contro l'inquinamento prodotto, è modulata in maniera differente a seconda che le operazioni vengano svolte entro i limiti della giurisdizione statale o meno.

Partendo dalla seconda tipologia, e quindi oltre la piattaforma continentale e il mare territoriale, le attività in questione si svolgono in quella che la UNCLOS definisce "Area internazionale dei fondi marini"¹⁵⁴.

Lo status giuridico dell'area è delineato nella Parte XI UNCLOS che tramite l'Accordo di attuazione del 1994¹⁵⁵, disciplina le attività di esplorazione e sfruttamento delle sue risorse e la definisce esplicitamente "*patrimonio comune dell'umanità*" (art. 136). Poiché in base all'art. 137 <<*nessuno Stato può rivendicare od esercitare la sovranità o dei diritti sovrani su una qualsiasi parte dell'Area o sulle sue risorse; nessuno Stato o persona fisica o giuridica può appropriarsi di una qualsiasi parte dell'Area o delle sue risorse. Non può essere riconosciuta alcuna rivendicazione od esercizio di sovranità o di diritti sovrani, né alcun atto di appropriazione*>>, ma tutti i diritti di sfruttamento sono conferiti all'umanità, viene creata un'apposita Autorità in sua rappresentanza¹⁵⁶.

¹⁵⁴ Art. 1:<< Il fondo del mare, il fondo degli oceani ed il relativo sottosuolo, al di là dei limiti della giurisdizione nazionale>>.

¹⁵⁵ New York, 28 luglio 1994.

¹⁵⁶ La International Seabed Authority ha sede a Kingston (Giamaica). Ne fanno parte ipso facto tutti gli Stati contraenti ed ha ruolo di membro osservatore dell'ONU.

In questo modo si è venuto a creare un sistema “parallelo”, in quanto le attività all’interno dell’area sono svolte dall’Autorità tramite un organo tecnico denominato Impresa, e dagli Stati contraenti (o imprese da loro patrocinate), secondo un meccanismo di licenze concesse dall’ISA (art. 153). I benefici ottenuti dal compimento di dette attività sono ripartiti, salvo copertura delle spese e retribuzione tanto dell’Impresa quanto delle imprese, tra tutti gli Stati contraenti, tenendo in particolare considerazione i paesi in via di sviluppo.

Ogni attività deve essere svolta in modo da controllare eventuali emissioni nocive per l’ambiente, nonché proteggere e conservare le risorse naturali, la flora e la fauna (art. 145).

Dal 2000, in base al regolamento ISBA/6/A/18 del 13 luglio, Autorità e Stati patrocinatori devono applicare il principio precauzionale per assicurare l’effettività della protezione dell’ambiente marino dagli effetti nocivi che possono derivare da operazioni di sfruttamento, ed è imposto ai contractors di adottare la migliore tecnica a disposizione in grado di prevenire l’inquinamento.

Le attività compiute entro i limiti della giurisdizione statale (mare territoriale e piattaforma continentale) possono causare il rilascio di materiali oleosi in conseguenza alla normale attività di estrazione e sfruttamento, ma anche di smaltimento di rifiuti delle installazioni. L’art. 208 impone che *<<gli Stati costieri adottano leggi e regolamenti atti a prevenire, ridurre e tenere sotto controllo l’inquinamento dell’ambiente marino provocato direttamente o indirettamente da attività relative al fondo marino soggette alla loro giurisdizione, o da isole artificiali, installazioni e strutture sotto la loro giurisdizione>>*. In ogni caso gli atti di disciplina non possono contenere disposizioni derogatorie *in peius*, ma sempre nel rispetto del quadro normativo internazionale, in particolar modo della UNCLOS.

Anche se nessuna convenzione si occupa in maniera specifica dell'argomento, né in ambito marino né terrestre, su base regionale nel sistema MAP (non entrato in vigore) si inserisce il Protocollo sulla protezione del Mar Mediterraneo dall'inquinamento derivante dall'esplorazione e dallo sfruttamento della piattaforma continentale, del fondo marino e del suo sottosuolo (adottato dall'UE il 17 dicembre 2012), che, basandosi sul principio che ogni attività scientifica di ricerca, esplorazione e sfruttamento dei fondi, debba essere sottoposta ad un'autorizzazione preventiva dell'autorità competente dello Stato costiero (art. 4).

La concessione o il rinnovo, ex art. 5, sono subordinati alla presentazione del progetto e alla relativa documentazione che attesti l'effettivo impatto ambientale e il tenore dell'inquinamento producibile¹⁵⁷. Se l'autorità lo ritenga necessario, può disporre l'esecuzione di una valutazione di impatto ambientale.

In seguito al disastro della *Deepwater Horizon*¹⁵⁸ al d.lgs. 3 aprile 2006, n. 152 (Norme in materia ambientale), è stato aggiunto il comma 17 dell'art. 6,

¹⁵⁷ <<La parte contraente stabilisce che ciascuna domanda di autorizzazione o di rinnovo di un'autorizzazione è subordinata alla presentazione del progetto da parte dell'operatore candidato all'autorità competente e che tale domanda deve comprendere, in particolare, i seguenti elementi: a) un'indagine sugli effetti delle attività proposte sull'ambiente; in funzione della natura, portata e durata delle attività, dei metodi tecnici utilizzati per le stesse e delle caratteristiche della zona, l'autorità competente può chiedere che sia realizzata una valutazione d'impatto ambientale conformemente all'allegato IV del presente protocollo; b) la definizione precisa delle zone geografiche in cui è prevista l'attività, comprese le zone di sicurezza; c) informazioni dettagliate sulle qualifiche professionali e tecniche dell'operatore candidato e del personale dell'impianto nonché sulla composizione dell'equipaggio; d) le misure di sicurezza di cui all'articolo 15; e) il piano di emergenza dell'operatore di cui all'articolo 16; f) le procedure di monitoraggio di cui all'articolo 19; g) i piani di rimozione degli impianti di cui all'articolo 20; h) le precauzioni per le zone specialmente protette di cui all'articolo 21; i) l'assicurazione o altra garanzia finanziaria a copertura della responsabilità secondo quanto prescritto all'articolo 27, paragrafo 2, lettera b).

Per attività di ricerca scientifica e di esplorazione l'autorità competente può decidere di limitare la portata dei requisiti stabiliti al paragrafo 1 del presente articolo in funzione della natura, dell'ambito e della durata delle attività, dei metodi tecnici utilizzati per le stesse e delle caratteristiche della zona.>>

¹⁵⁸ Una piattaforma artificiale di proprietà della società americana *Transocean* esplosa durante operazioni di estrazione petrolifera nel golfo del Messico, sulla piattaforma continentale statunitense. Ciò ha causato la morte di undici operai e la fuoriuscita di circa 5.000.000.000 di barili di petrolio, il cui flusso è stato bloccato tre mesi dopo, nel luglio 2010.

tramite il d.lgs. 29 giugno 2010, n. 128. La nuova disposizione mira a restringere la regolamentazione delle attività industriali negli spazi marini.

Il divieto riguarda le attività di ricerca, prospezione e coltivazione di idrocarburi liquidi e gassosi in mare (prevalentemente su fondo e sottosuolo) all'interno delle aree protette a qualsiasi titolo (l. nazionale, regionale e trattati internazionali: *<<Ai fini di tutela dell'ambiente e dell'ecosistema, all'interno del perimetro delle aree marine e costiere a qualsiasi titolo protette per scopi di tutela ambientale, in virtù di leggi nazionali, regionali o in attuazione di atti e convenzioni internazionali sono vietate le attività di ricerca, di prospezione nonché di coltivazione di idrocarburi liquidi e gassosi in mare [...]. Il divieto è altresì stabilito nelle zone di mare poste entro dodici miglia marine dal perimetro esterno delle suddette aree marine e costiere protette, oltre che per i soli idrocarburi liquidi nella fascia marina compresa entro cinque miglia dalle linee di base delle acque territoriali lungo l'intero perimetro costiero nazionale. Al di fuori delle medesime aree, le predette attività sono autorizzate previa sottoposizione alla procedura di valutazione di impatto ambientale di cui agli art. 21 e seguenti del presente decreto [...]>>*¹⁵⁹.

Nonostante un aumento delle tutele, come dimostra l'apprezzabile modifica appena descritta, il legislatore nel 2014 sembra aver fatto un passo indietro, di entità non trascurabile. Nel d.l. 133/2014 (c.d. *Sblocca Italia*) negli artt. 36 – 38, sono contenute alcune norme fortemente criticate non solo da associazioni ambientaliste, ma anche comuni e comunità scientifica¹⁶⁰.

L'art. 37 conferisce carattere di interesse strategico nazionale, nonché servizio di pubblica utilità, l'aumento della fornitura di gas prodotto in Italia: *<<L'Autorità per l'energia elettrica, il gas e il servizio idrico, a decorrere dal*

¹⁵⁹ Si veda T. SCOVAZZI, *Nuove forme per fronteggiare i rischi da attività minerarie sui fondi marini*, in *Rivista giuridica dell'ambiente*, 2012, n. 2, pp. 281-290

¹⁶⁰ Si veda la lettera di ricercatori e docenti dell'Università di Bologna al Governo <http://www.energiaperlitalia.it/lettera-al-governo/>.

periodo di regolazione che inizia dal 2015, in accordo alle previsioni, anche quantitative, contenute nelle disposizioni emanate in applicazione dell'articolo 3 del decreto legislativo 1° giugno 2011, n. 93, stabilisce meccanismi tariffari incentivanti gli investimenti per lo sviluppo di ulteriori prestazioni di punta effettuati a decorrere dal 2015, privilegiando gli sviluppi contraddistinti da un alto rapporto tra prestazioni di punta e volume di stoccaggio e minimizzando i costi ricadenti sul sistema nazionale del gas>>; nonostante il nostro paese non abbia imponenti giacimenti petroliferi (al contrario di un'importante esposizione alla luce solare che farebbe propendere per un aumento degli investimenti sulle rinnovabili, che producono circa il 22% del fabbisogno energetico mondiale), l'esigenza di una "corsa" all'oro nero rappresenta quindi una finalità ineludibile nelle politiche energetiche.

Le attività di ricerca ed estrazione di idrocarburi possono svolgersi in seguito al rilascio di un'apposita autorizzazione, rilasciata non dalle Regioni, come farebbe propendere la lettura dell'art. 117, comma 3, Cost.¹⁶¹, ma dal Ministero dello sviluppo economico, tramite una procedura semplificata ex art. 37, della durata massima di 180 giorni.

¹⁶¹ La ricerca scientifica e tecnologica e il sostegno all'innovazione dei settori produttivi, e l'ordinamento della comunicazione, produzione, trasporto e distribuzione nazionale dell'energia sono materie concorrenti.

CAPITOLO 3

BIODIVERSITA' E PROGRESSO SCIENTIFICO: LE BIOTECNOLOGIE E GLI OGM

3.1 LA COPRODUZIONE TRA SCIENZA E DIRITTO

Nel presente ed ultimo capitolo, analizzeremo un diverso approccio alla tutela della biodiversità. Possiamo definirlo *dinamico*, poiché la finalità, al contrario di quanto trattato in precedenza, non risiede in una conservazione dello *status quo*, eventualmente intaccato da altri interessi. Il campo delle biotecnologie nasce proprio da esigenze a carattere socio-economico (es. aumento della produttività alimentare, ricerca medica), ma poiché il presupposto indefettibile è la modificazione di tratti genetici, allora le

politiche di tutela devono godere di un orizzonte più ampio di soluzioni, forse anche sperimentali, perché le interazioni tra i singoli organismi sono del tutto innovative e, di rimando, la novità risiede anche nei rischi.

Il rapporto tra scienza e diritto, soprattutto in un'epoca dominata dal progresso e dall'innovazione tecnologica, necessita del superamento di quella "neutralità" intrisa di un atteggiamento reverenziale di fronte al dato "tecnico ed oggettivo" (o presunto tale). Il presupposto che originariamente caratterizzava le norme giuridiche a contenuto tecnico-scientifico si basava su una presunta avalutatività sia della scienza quanto delle norme che recepiscono i contenuti scientifici¹⁶².

Il placet della comunità scientifica rendeva quindi superflua ogni valutazione del legislatore, il cui compito era essenzialmente quello di tradurre i postulati, formulati con terminologia tecnica¹⁶³, in norme, e quindi con linguaggio tipicamente giuridico.

Due sono i fenomeni che hanno portato ad un cambiamento della prospettiva: l'incertezza del sapere scientifico e l'impatto sociale delle nuove scienze della vita (es. le scienze ambientali).

L'incertezza del sapere scientifico comprende l'aspetto della complessità della conoscenza, causata dalla mancanza o insufficienza di dati, dall'imprevedibilità degli esiti e dall'aleatorietà delle previsioni, soprattutto in ambito naturalistico.

L'esempio classico è la difficile posizione di chi, dovendo intervenire giuridicamente, si trova di fronte ad una pluralità di descrizioni e previsioni eterogenee, nessuna delle quali è in grado di prevalere scientificamente sulle

¹⁶² Le c.d. "norme tecniche" costituiscono una particolare categoria della norma, la cui struttura dipende da o ha per oggetto un contenuto scientifico. Così in M. TALLACHINI, *Evidenza scientifica e normazione ambientale. La coproduzione di scienza e diritto*, in S. GRASSI e M. CECCHETTI (a cura di), *Governi dell'ambiente e formazione delle norme tecniche*, Giuffrè, Varese, 2006.

¹⁶³ Ibidem: <<La tecnicità si esprime nel vincolo deterministico, quindi non valutativo, che collega mezzi e fini>>.

altre: allora la norma non potrà più essere definita tecnica in senso stretto, ma “*discrezionalmente tecnica*”, in quanto dipende da una scelta deliberata, ancorché ponderata.

Il forte impatto sociale delle scelte ambientali ha aumentato la consapevolezza che la scienza è in grado anche di creare rischi o di non poterli controllare¹⁶⁴.

In un ordinamento democratico la decisione definitiva spetta (o dovrebbe spettare) sempre ai rappresentati. Pertanto un’ampia discussione pubblica e la diffusione delle opzioni tra cui scegliere può prevalere anche sul giudizio degli esperti¹⁶⁵.

La scienza è chiamata ad adeguarsi alle dinamiche sociali ed alle sue trasformazioni, considerando anche le nuove istanze socio-democratiche e la facilità di accesso a qualsiasi tipo di informazione. Il modello prevalentemente utilizzato però non è conforme a quanto detto: nella produzione normativa è prassi avvalersi di comitati, commissioni, esperti, che avocano a se la facoltà di deliberare in mancanza di garanzie e tutele per i cittadini, come se il principio di legittimazione democratica¹⁶⁶ in sede scientifica non sia da rispettare.

La coproduzione quindi passa necessariamente dall’analisi della base sociale e dalla soddisfazione delle sue esigenze. In questo modo le due dimensioni, scienza e diritto, si bilanciano vicendevolmente: la scienza si impegna a definire un ordine epistemico, ma anche sociale, mentre il diritto, superata la sua posizione di sola recezione passiva, assurge a ruolo di “creatore”, potendo

¹⁶⁴ Da qui la definizione di “*post normal science*” ad opera di Ravetz e Funtowicz, che ricorre quando <<*typically facts are uncertain, values in dispute, stakes high, and decision urgent*>>, in S. O. FUNTOWICZ, J. ALIER-MARTINEZ, G. MUNDA, J. R. RAVETZ, *Information tools for environmental policy under conditions of complexity*, European Environmental Agency: Environmental issues series n. 9, Luxembourg, 1999.

¹⁶⁵ Si parla in questi casi di *hybrid institutions* o *policy related science*.

¹⁶⁶ In questo senso per democrazia si intende non il prevalere di una maggioranza, ma la posizione che non accetta nessun tipo di linguaggio come autoritativo, ma sempre sottoponibile ad una riflessione critica collettiva.

utilizzare e modificare la conoscenza scientifica secondo le proprie esigenze e determinando cosa nella scienza sia legalmente rilevante e come debbano essere interpretati i dati scientifici. In questo senso possiamo ricordare l'attività svolta dalla Corte Suprema degli Stati Uniti. Nella sentenza della Court of Appeal *Frye v. United States* (1923) si riteneva che, per validare una tesi scientifica, fosse necessaria la “*general acceptance*” della comunità scientifica competente, vincolante e non sindacabile da parte dei giudici. Settant'anni dopo la Supreme Court con la sentenza *Daubert v. Merrel Dow Pharmaceuticals, Inc.* supera il c.d. *Frye Test* in favore del “*Daubert Test*”: la *general acceptance* e il *peer review* (procedura di revisione critica della comunità scientifica) sono solo una parte degli elementi che la giurisprudenza ha a disposizione per determinare cosa sia valido di un dato scientifico, salvando la validità della scienza, ma esaltando la dimensione critica del diritto.

In conclusione quindi, il progresso del sapere scientifico deve fare il suo corso tramite attività di ricerca e sperimentazione, mostrandosi come un “interlocutore” autorevole del diritto, il quale però ha il compito di disciplinare tali attività e soprattutto valutare quali effettivamente, in un dato momento e contesto storico, siano contemporaneamente le più efficaci (e in questa sede interviene necessariamente la comunità scientifica) e le più accettate dalla base democratica.

3.2 LA NOZIONE DI BIOTECNOLOGIA E L'INQUADRAMENTO GIURIDICO: LA TUTELA BREVETTUALE

Per *biotecnologia* si intende <<*any technological application that uses biological systems, living organisms, or derivatives thereof, to make or modify*>>¹⁶⁷.

La prima definizione quindi è di epoca piuttosto recente, risalendo al 1992, ed ha una notevole importanza storica, poiché per la prima volta è inserita in un documento vincolante a carattere internazionale. Non possiamo però affidarci ad un'esclusiva interpretazione letterale, poiché accumuna attività umane tradizionali che hanno per oggetto forme più o meno intrusive di intervento utilitaristico sugli organismi e sui cicli naturali e le moderne tecnologie genetiche.

Più chiarezza si può rinvenire nell'*Agenda 21* in cui, al capitolo 16, la biotecnologia è descritta come un nuovo campo emergente della conoscenza scientifica con cui si interviene sul DNA¹⁶⁸, o materiale genetico, di piante, animali e sistemi microbici, al fine di trasformarli e renderli funzionali alla produzione o alla tecnologia¹⁶⁹. In termini più scientifici si esprime *il Protocollo sulla biosicurezza* del 2000: <<*Biotechnolgy is the application of a) in vitro nucleic acid techniques, including recombinant deoxyribonucleic acid and direct injection of nucleic acid into cells or organelles, or b) fusion of cells beyond the taxonomic family, that overcome natural physiological reproductive or recombination barriers and that are not techniques used in traditional breeding and selection*>>¹⁷⁰.

¹⁶⁷ Art. 2 CBD.

¹⁶⁸ E' un acido nucleico che contiene le informazioni genetiche necessarie alla biosintesi di RNA e proteine, molecole indispensabili per lo sviluppo ed il corretto funzionamento della maggior parte degli organismi viventi.

¹⁶⁹ Cap. 16 *Agenda 21*:<<*Biotechnology is the integration of the new techniques emerging from modern biotechnology with the well-established approaches of traditional biotechnology. Biotechnology, an emerging knowledge-intensive field, is a set of enabling techniques fro bringing about specific man-made changes in deoxyribonucleic acid, or genetic material, in plants, animals and microbial systems, leading to useful products and technologies*>>.

¹⁷⁰ Art. 3, lett i).

Grazie alle moderne biotecnologie è possibile superare le normali barriere biologiche sia all'interno delle specie che tra le specie (basti pensare alla *transgenesi*, una pratica mediante cui, grazie all'ingegneria genetica, è possibile trasferire geni di DNA animale in un pianta)¹⁷¹. Gli ambiti di applicazione sono estremamente vari e spaziano dall'industria chimico-farmaceutica, alla medicina, passando, ovviamente, per l'industria alimentare, la cosmesi e i c.d. *biorimedi*¹⁷².

I procedimenti sono svolti con un livello di precisione ed accuratezza tali che la struttura biologica può essere modificata a piacimento, arrivando anche a creare organismi sconosciuti in natura, ma utili per varie tipologie di attività.

Il rapporto tra biodiversità e biotecnologie non può però essere definito mediamente criteri certi, in quanto solo un ventennio fa sul mercato ha fatto la sua comparsa il primo prodotto OGM: il pomodoro battezzato "*Flavr Savr*" (letteralmente *conservatore di sapore*)¹⁷³.

Pertanto studi maggiormente accurati potranno essere svolti solo nel lungo periodo. Tuttavia è innegabile come l'utilizzo delle biotecnologie, o anche solo della ricerca, possa portare ad esiti negativi. I rischi sono *diretti* quando c'è la possibilità che gli organismi comportino un maggior uso di pesticidi o erbicidi, possano trasferire geni di resistenza ad erbe infestanti o insetti, oppure

¹⁷¹ La prima pianta transgenica resistente agli insetti fu la *NewLeaf*. Prodotta negli Stati Uniti, venne creata introducendo nella pianta le caratteristiche genetiche del batterio BT, il quale produce tossine letali per gli insetti, rendendola di fatto quasi invulnerabile.

¹⁷² Il primo esempio di attività biotecnologica risale al 1750 a.C., anno in cui i Sumeri scoprono la fermentazione della birra. Da <http://www.biotecnologia.it/index.html>.

¹⁷³ Sviluppato a Calgene, USA, tale pomodoro è stato modificato in modo da non marcire dopo esser stato colto. Con l'aggiunta di un gene antisense, i ricercatori riuscirono a diminuire l'accumulo di PG (enzima poligalatturonasi), responsabile dell'ammorbidimento della parete cellulare del pomodoro, in modo tale che questo potesse maturare ed essere raccolto direttamente dalla pianta. A soli tre anni dal riconoscimento della FDA (Food and drug administration) il prodotto fu posto fuori commercio nel 1997 a causa dei costi eccessivi di produzione, dei metodi "tradizionali" di raccolta non compatibili con la struttura del Savr Flavr e dell'esiguità dei benefici che non rispettarono le aspettative. Da <http://www.aureliotrevisi.com/2012/10/the-flavr-savr-tomato/>.

causino il c.d. *inquinamento transgenico*, ossia invadano gli habitat delle specie locali, soppiantandole. I rischi si definiscono *indotti* quando non riguardano direttamente la produzione di danni alla biodiversità, ma incidano sulle attività umane, che poi determineranno conseguenze negative per l'ambiente: a tal proposito possiamo evidenziare come la "dipendenza" da OGM degli agricoltori possa portare ad un'omogeneità delle colture a discapito delle specie autoctone e della biovarietà.

Ma è anche innegabile come le biotecnologie possano costituire un'arma a difesa della biodiversità e degli interessi che questa comporta. La ricerca e lo sviluppo di nuovi metodi di difesa ambientale si incentrano sulla diffusione di batteri, innocui per l'uomo, ma capaci di degradare sostanze tossiche o addirittura di contrastare alcune delle malattie attualmente prive di una cura definitiva, l'aumento della sostenibilità e produttività di colture agricole nei Paesi in via di sviluppo, e di rimando possono essere considerate uno strumento per la lotta alla fame e alla malnutrizione.

Le attività di ricerca e sperimentazione comportano, come è ovvio, costi ed investimenti ingenti. Per questo i soggetti che operano in questo campo devono garantirsi un ritorno economico e l'istituto maggiormente idoneo a soddisfare questa esigenza è la tutela brevettuale che attribuisce diritti esclusivi sui prodotti e le tecnologie che ne costituiscono l'oggetto.

Il carattere transnazionale delle imprese commerciali, assieme alla crescente globalizzazione dei mercati, ha fatto avvertire l'esigenza di tutelare la proprietà intellettuale mediante la fissazione di standards minimi universali, in modo che un determinato brevetto venga riconosciuto, ed abbia lo stesso grado di tutela, in un paese piuttosto che in un altro.

La normativa di fondo è quella dell'Accordo TRIPs (<<*The Agreement on Trade Related Aspects of Intellectual Property Rights*>>), ad opera della WTO, ratificato in Italia con la l. 29 dicembre 1994, n. 747¹⁷⁴.

Nessuna disposizione di tale accordo però menziona espressamente le biotecnologie¹⁷⁵, ma è innegabile come il settore in questione rivesta un importante significato, pertanto oggetto di analisi saranno quelle norme che dottrina e giurisprudenza hanno dichiarato applicabili.

L'art. 27, par. 1, richiede che i brevetti debbano essere concessi <<*for any inventions, whether products or process, provided that they are new, involve an inventive step and are capable of industrial application*>>. Le caratteristiche richieste sono quindi: *novità, attività creativa ed applicazione industriale*¹⁷⁶.

Il concetto di novità doverosamente deve valutarsi in base allo *stato della tecnica*, da intendere tutto ciò che è stato divulgato tramite scritti o in via orale, antecedentemente al deposito della domanda di brevetto (c.d. *prior art*), ai sensi dell'art. 54, par. 2. Nel caso in cui non esista tale corrispondenza, l'arte precedente può comunque determinare se l'invenzione non sia ovvia, ossia desumibile in maniera evidente dallo stato della tecnica. Un esempio cui fare riferimento è il caso del farmaco antidolorifico prodotto dagli Abbott Laboratories, più potente di circa 200 volte della morfina nel 1998. Tale farmaco conteneva secrezioni estratte dalla "*epipedobates tricolor*", una

¹⁷⁴ Allegato 1C dell'accordo che istituisce la WTO.

¹⁷⁵ Progetti anteriori come il c.d. *Dunkel Draft (Draft final Act embodying the results of the Uruguay Round of multilateral trade negotiations)*, dal nome del direttore generale del GATT Arthur Dunkel, contenevano un'opzione in favore dei paesi in via di sviluppo contenente limiti alla brevettabilità a livello nazionale. La mancata inclusione si deve all'opposizione dei gruppi negoziali dei maggiori paesi industrializzati.

¹⁷⁶ L'art. 2585, comma 1, del nostro c.c. ha una formulazione molto simile: <<*Possono costituire oggetto del brevetto le nuove invenzioni atte ad avere un'applicazione industriale, quali un metodo o un processo di lavorazione industriale, una macchina, uno strumento, un dispositivo meccanico, un prodotto o un risultato industriale e l'applicazione tecnica di un principio scientifico purchè essa dia immediati risultati industriali*>>.

particolare rana ecuadoriana presente nella foresta Amazzonica, le cui proprietà erano già note agli indios che utilizzavano il medesimo siero per la preparazione di frecce avvelenate. Il concetto di novità quindi, in questo come in altri casi analoghi¹⁷⁷, risulta assai discrezionale. Non sembra però ammissibile il rifiuto di concessione del brevetto quando le proprietà genetiche di uno stesso organismo vengano utilizzate per fini diversi. L'Ufficio europeo dei brevetti tende a pronunciarsi in tal senso, come nel caso *Mycogen*¹⁷⁸, in quanto una gran parte dei brevetti biotecnologici rappresenta invenzioni il cui <<contribution to the state of the art [...] resides in the realisation of a technical effect anticipated at a theoretical level in the prior art>>. La tutela accordata non sarà mai integrale per difetto di attività inventiva, ma dovrà comunque essere accordata una protezione adeguata e giusta.

La direttiva 98/44/CE sul requisito dell'applicabilità industriale pone condizioni piuttosto stringenti, che hanno notevole incidenza quando si tratta di geni o sequenze di DNA. L'art. 5, par. 3, richiede che <<l'applicazione industriale di una sequenza o di una sequenza parziale di un gene dev'essere indicata nella richiesta di brevetto>>. Poiché i geni, per quanto isolati e purificati, hanno funzioni e proprietà, e di rimando potenziali applicazioni industriali ignote, si ritiene che non derivi necessariamente un contributo per lo stato della tecnica e le relative domande siano pretestuose in quanto mirate a precludere il libero accesso a risorse biogenetiche. Per questo motivo il richiedente deve includere nella domanda una descrizione dell'invenzione contenente tutte le informazioni necessarie¹⁷⁹ affinché una persona esperta nel ramo possa

¹⁷⁷ Altro celebre caso è quello dell'*ayahuasca*, bevanda rituale per i contadini colombiani e brevettata dall'International Plant Medicine Corporation.

¹⁷⁸ Decisione Camera tecnica del ricorso 3.3.4, 8 maggio 1996, causa T0694/92.

¹⁷⁹ Art. 29, par. 1, TRIPs: <<Shall require that an application for a patent shall disclose the invention in a manner sufficiently clear and complete for the invention to be carried out by a person skilled in the art>>.

attuarla. La ratio è quindi quella di rivelare al pubblico il concreto contributo che l'invenzione possa apportare. La prassi europea, nazionale ed internazionale consiste nel deposito di campioni dello specifico organismo presso enti a ciò adibiti. E' inoltre da menzionare un apposito <<*Trattato sul riconoscimento internazionale del deposito dei microorganismi ai fini della procedura brevettale*>>, Budapest 1977, che istituisce un sistema di reciproco riconoscimento del deposito di microorganismi¹⁸⁰ quando richiesto dalle legislazioni brevettuali degli stati contraenti.

La condizione cardine dell'*esposizione* rileva sotto due distinti profili: in primis, la natura speciale della materia prima, organismi e materiali biologici, implica che le informazioni offerte (es. nome e caratteristiche di un batterio) non consentano l'attuazione delle invenzioni stesse, in quanto poco accessibile al pubblico; in secundis, l'esposizione è divenuta uno dei punti fondamentali nel dibattito sulla compatibilità tra tutela brevettuale e i principi posti dalla Convenzione sulla diversità biologica. In particolare un numero consistente di paesi in via di sviluppo ritiene che l'accordo TRIPs debba essere emendato affinché imponga, a chi presenta domande di brevetto che riguardano o utilizzano risorse genetiche e/o conoscenze indigene, di divulgarle al paese d'origine come completamento dell'esposizione dell'invenzione o come requisito autonomo¹⁸¹.

Tornando al requisito dell'attività inventiva, un accenno merita la possibilità o meno di brevettare anche le scoperte.

¹⁸⁰ La lista della Autorità di deposito internazionale è consultabile su www.wipo.int/about-ip/en/budapest/guide/part_ii_text.htm.

¹⁸¹ Si veda <<*The relationship between the TRIPs Agreement and the Convention on biological diversity and the protection of traditional knowledge*>>, comunicazione di Brasile et al., poi ripresa nella comunicazione CE IP/C/W383 del 17 ottobre 2002, <<*Review of article 27.3 (B) of the TRIPs agreement, and the relationship between the TRIPs agreement and the Convention on biological diversity and the protection of traditional knowledge and folklore*>>.

Secondo un'interpretazione letterale dell'art. 27 TRIPs, sarebbero escluse, come stabilito anche da alcune legislazioni nazionali ed internazionali (ad es. l'art. 52, par. 2, lett a) *Convenzione sul brevetto europeo*)¹⁸². Tale regola è pacificamente ritenuta legittima dall'accordo in questione, ed anzi potrebbe costituire un principio generale di diritto internazionale¹⁸³, ma secondo l'orientamento prevalente non si possono escludere dalla brevettabilità le innovazioni biotecnologiche solo perché utilizzino materiali biologici preesistenti in natura e non dovuto all'opera dell'uomo, come specificato nella direttiva 98/44/CE in materia di protezione giuridica delle invenzioni biotecnologiche, in base alla quale <<*un materiale biologico che viene isolato dal suo ambiente naturale o viene prodotto tramite un procedimento tecnico può essere oggetto di invenzione*>> (art. 3)¹⁸⁴. Il fatto che tali materiali siano presenti già allo stato naturale, quindi, non li rende di pubblico dominio, e l'attività di ricerca, isolamento, purificazione e caratterizzazione si considera come opera inventiva meritevole di tutela.

La legislazione italiana ha sia ratificato la Convenzione, sia recepito la direttiva comunitaria. In quest' ultimo caso tuttavia, il legislatore nazionale ha mostrato delle perplessità, ritardando la procedura e appoggiando la scelta di Norvegia e Paesi Bassi, che hanno adito la Corte di Giustizia al fine di ottenerne l'annullamento ai sensi dell'art. 230 Trattato CE per i seguenti punti: 1) l'errata scelta di individuare l'art. 100A (oggi art. 95) del Trattato CE come base giuridica per l'adozione della direttiva col consenso di una maggioranza qualificata, al posto dell'art. 308 (ex art. 235) che richiede invece l'unanimità

¹⁸² <<[...]. Non sono considerate invenzioni ai sensi del paragrafo 1 in particolare:

a) le scoperte, le teorie scientifiche e i metodi matematici [...]>>.

¹⁸³ In questo senso R. PAVONI, *Biodiversità e biotecnologie nel diritto internazionale e comunitario*, Giuffrè, Milano, 2004, p. 81.

¹⁸⁴ Da sottolineare una dichiarazione dell'allora Presidente della Commissione giuridica del Parlamento europeo Willy de Clercq, secondo cui <<*vi è stata l'azione di lobby più forte di tutta la storia del parlamento europeo*>>.

quando <<quando un'azione della Comunità risulti necessaria per raggiungere, nel funzionamento del mercato comune, uno degli scopi della Comunità.>>; 2) la violazione del principio di sussidiarietà; 3) la violazione del diritto alla dignità della persona. La Corte si è pronunciata con la sent. 9 ottobre 2001, causa C-377/98 nella quale ha rigettato i tre punti appena citati: la base giuridica è stata ritenuta legittima poiché costituisce una misura di armonizzazione delle normative in tema di brevetto, onde evitare nette divergenze tra dottrina e giurisprudenza del diritto interno, non consoni ad un'idea di disciplina unitaria¹⁸⁵; sul secondo punto, la Corte non rinviene un vulnus al principio di sussidiarietà proprio in conseguenza del primo punto: un'azione centralizzata ed unitaria si presta meglio a garantire una determinata tutela, evitando la formazione di "zone franche" in cui il brevetto non abbia le garanzie piene che dovrebbero spettargli; la terza questione riguarda in particolare la strumentalizzazione del materiale genetico umano, considerato una violazione delle dignità ai sensi dell'art. 5¹⁸⁶. La Corte risponde che proprio la formulazione impugnata è il baluardo a difesa della dignità: escludendo al comma 1 la brevettabilità del corpo umano nelle sue fasi di sviluppo e costituzione, ma ammettendo quella dei suoi elementi costitutivi solo se isolati, individuati e prodotti in vista di un'applicazione concreta, si garantisce la continuazione della ricerca, e di rimando il miglioramento della salute umana. Ciascuno Stato può poi introdurre limitazioni e restrizioni in base ai parametri del diritto interno, purché vengano applicati solo dopo il rilascio del brevetto, in conformità col diritto comunitario.

¹⁸⁵ Si veda A. PIZZOFERRATO, *Brevetto per invenzione e biotecnologie*, CEDAM, Padova, 2002, p. 179.

¹⁸⁶ Art. 5, comma 2, Direttiva 98/44: <<Un elemento isolato del corpo umano, o diversamente prodotto, mediante un procedimento tecnico, ivi compresa la sequenza o la parziale sequenza di un gene, può costituire un'invenzione brevettabile, anche se la struttura di detto elemento è identica a quella di un elemento naturale>>.

In seguito alla sentenza, la CE avviò una procedura di infrazione nei confronti dell'Italia, condannata nel giugno 2005, e al successivo recepimento del gennaio 2006 col d.l. n. 3, convertito con la l. 22 febbraio 2006, n. 78.

Nonostante i limiti emersi con l'avvento delle invenzioni biotecnologiche e della biologia di sintesi, nessuna modifica è intervenuta nella disciplina multilivello del brevetto per adeguarne gli strumenti di protezione alle esigenze di un settore così innovativo e cruciale per lo sviluppo.

L'idea che la centralità della tutela brevettuale sia il punto cruciale per attrarre investimenti privati nel settore biotech al fine di consentirne lo sviluppo e la possibile futura condivisione dei benefici e, soprattutto, la garanzia di diritto fondamentali in materia di salute, alimentazione ed ambiente non pare attualmente la strada più accettabile, soprattutto in relazione ad una sorta di cedevolezza delle istituzioni alle pressioni di interessi economici indifferenti alla tutela dei basilari diritti.

Di recente, ed in modo più lungimirante, altri indirizzi mirano ad affermare un modello di condivisione delle risorse genetiche fondato sulla loro qualificazione giuridica quale "*commons intellettuali*" o oggetto di un "*dominum eminens*" dell'ordinamento, prevalente sui diritti di privativa¹⁸⁷.

La proposta di un modello di gestione misto, "*open source*", consentirebbe il superamento delle forti ingerenze delle multinazionali leader del settore sull'attività normativa relativa, orientata sempre ad una massimizzazione dei profitti che ad una effettiva meritevolezza della tutela accordata. I laboratori e le aziende private, ossia i soggetti economici operanti a fini di lucro, investono ingenti risorse in programmi di ricerca finalizzati ad una rapida spendibilità

¹⁸⁷ E' la tesi di Luciani, che riconfigura questo antico diritto in chiave moderna e scientifica, riconoscendo alla comunità/Stato/ordinamento un diritto di proprietà e sfruttamento prevalente su alcuni beni, in relazione alla particolare utilità comune che può derivarne, in quanto caratteristica preminente dei beni stessi. Così in M. LUCIANI, *Esclusiva brevettuale e uso sociale delle nuove tecnologie*, in AA. VV., *Il gene invadente*, Milano, Baldini Castoldi Dalai, 2006, p. 185.

delle scoperte ed una proficua commercializzazione dei prodotti derivati, creando un sistema monopolizzato da privati, escludendo qualsiasi tipo di ricerca che non appaia appetibile in termini economici.

L'assenza di un equilibrio virtuoso comporta la trasformazione del brevetto da diritto personale (e quindi "umano") a strumento di garanzia del mero sfruttamento. Operando un procedimento inverso, ossia ridefinire il brevetto quale diritto fondamentale e personale, indisponibile ed incedibile *a priori* e nella sua totalità, ma solo cedibile *pro tempore* e *pro quota*, conferirebbe un grado di trasparenza e coerenza giuridica fra fini e mezzi, inserendosi anche in una logica retributiva dei ricercatori/scienziati, ridimensionando l'ipertrofia dei diritti delle aziende sulle applicazioni biotecnologiche e sulle risorse genetiche.

L'apertura ad una simile impostazione consentirebbe l'ingresso nella ricerca anche di risorse di matrice pubblica, sicuramente più propense al perseguimento degli interessi collettivi magari non tra i più appetibili sul mercato; uno su tutti: la tutela della varietà biologica.

Un adeguato sviluppo anche della ricerca pubblica e la ricostituzione di un sistema plurale della ricerca potrebbe garantire le necessarie condizioni di libertà, pluralismo e trasparenza scientifica del settore e, non da ultimo, stimolare un progresso armonico della scienza, dei mercati e della tutela dei diritti delle persone e dell'ambiente^{188 189}.

¹⁸⁸ A tal proposito J.P. Berlan afferma provocatoriamente: <<Abbandonare il brevetto-monopolio di questo sistema neoliberista separando la ricerca di molecole nuove da affidare ad enti pubblici, dalla loro produzione, che invece può restare privata, è tecnicamente facile e politicamente possibile. Le opinioni pubbliche, dagli Stati Uniti all'Europa, passando per i paesi del Terzo mondo, sono esasperate dai danni prodotti dall'industria farmaceutica e rifiutano sia gli OGM sia il brevetto che ne è alla base. Perché i responsabili dei sistemi politici, economici e scientifici lo ignorano?>>.

¹⁸⁹ Così in A. FALCONE, *Tutela della salute e della libertà della ricerca scientifica nelle nuove biotecnologie di sintesi in campo genetico. Dai brevetti "biotech" ai modelli "open source"*, in *BioLaw Journal – Rivista di Biodiritto*, n. 1, 2014.

3.2.1 LE ECCEZIONI ALLA BREVETTABILITÀ: BIOTECNOLOGIE ANIMALI E VEGETALI

Come abbiamo evidenziato in precedenza, l'art. 27, par. 3, TRIPs concede la facoltà di escludere dalla brevettabilità metodi diagnostici, terapeutici e chirurgici per la cura dell'uomo e degli animali (*lett.a*)), ma anche piante, animali, microorganismi e processi biologici per la loro produzione, oltre che processi non biologici o microbiologici (*lett. b*)). Quest'ultima, pur non riferendosi in modo espresso alle biotecnologie, si applica alle attività di ricerca nei cui procedimenti sia implicato l'utilizzo di piante o animali (non necessariamente riconducibili alla biotecnologia moderna): ma non è determinata da esigenze a carattere ambientale, etico-culturale, o per motivi di ordine pubblico, riguardando la delimitazione della protezione verso invenzioni riguardanti il mondo vegetale ed animale. Il limite alla brevettabilità del procedimento è temperato dall'ultima disposizione del par. 3¹⁹⁰, in quanto gli Stati sono obbligati ad introdurre nell'ordinamento un sistema di protezione specifica della proprietà intellettuale che abbia ad oggetto una specifica classificazione tassonomica delle piante: la c.d. *varietà vegetale*. Non necessariamente la tutela deve consistere con il metodo del brevetto, ma qualsiasi soluzione adottata deve garantire una protezione efficace, potendo anche consistere in una combinazione di elementi riconducibili tanto al brevetto quanto ad un diverso sistema. Questa disposizione nella presente analisi è sicuramente di particolare interesse, in quanto è rivolta, seppur non in maniera preponderante, alla tutela della diversità biologica. Il motivo di tale attenzione risiede in un trattato del 1961,

¹⁹⁰ <<However, Members shall provide for the protection of plant varieties either by patents or by an effective sui generis system or by any combination thereof>>.

la <<Convenzione internazionale per la protezione delle novità vegetali>> (UPOV), che garantisce la tutela della proprietà intellettuale al costitutore¹⁹¹. Le *privative* per ritrovati vegetali sono concesse per varietà nuove, distinte, omogenee e stabili e concedono l'esclusiva sull'utilizzo e la commercializzazione per un periodo di tempo definito, per la precisione venti anni (art. 19, par. 2, Atto 1991). La differenza tra diritto del costitutore e diritti del brevetto risiede nell'oggetto di protezione: il primo riguarda solo varietà vegetali o parti di esse, con esclusione delle risorse generiche in quanto tali; i secondi, come affermato prima, possono validamente essere concessi per geni e sequenze del DNA¹⁹².

La Convenzione sul brevetto europeo all'art. 53, lett. *b*), pone in linea di massima lo stesso divieto¹⁹³, ma mentre il divieto di brevettabilità per razze animali non ha impedito il rilascio dello stesso per animali non riconducibili al concetto di razza, quello riferito a alle varietà vegetali è parso come un ostacolo insormontabile. La Camera ampliata di ricorso dell'Ufficio europeo dei brevetti nel 1999 ha però aggirato tale divieto. Nella decisione *Novartis*¹⁹⁴ la corte evidenzia il principio secondo cui le invenzioni che riguardino più varietà vegetali (senza che nella domanda di brevetto siano menzionate varietà specifiche) possono essere brevettabili: è il principio di "eseguibilità tecnica trasversale", ribadito dalla Corte di Giustizia in una pronuncia del 2001 che ne definisce la portata: <<una modificazione genetica di una determinata varietà vegetale non è brevettabile, mentre può esserlo una modificazione di

¹⁹¹ Gli Stati sono liberi di caratterizzare tale principio come un vero e proprio brevetto e pertanto soggetto alle medesime norme e principio del diritto interno. L'ordinamento italiano si è caratterizzato per essere uno dei pochi a riconoscere il brevetto per ritrovati vegetali.

¹⁹² Si veda M. FOOTER, *Intellectual property and agrobiodiversity*, in *Yearbook of International Environmental Law*, Oxford University Press, Oxford, 1999, pp. 58-59.

¹⁹³ <<Plant or animal varieties or essentially biological process for the production of plants or animals>>.

¹⁹⁴ Decisione 20 dicembre 1999, causa G 1/98, *Transgenic plant/NOVARTIS*.

portata più ampia che riguarda, per esempio, una specie>>¹⁹⁵. Una pronuncia controversa, forse uno stratagemma solamente per aggirare il divieto oppure per fornire una tutela a invenzioni sfornite, che è stata recepita anche nel diritto comunitario ed estesa alle razze animali ben prima della pronuncia in questione. L'art. 4, dir. 98/44, par. 2, dispone che <<*le invenzioni che hanno quale oggetto piante o animali sono brevettabili se l'eseguibilità tecnica dell'invenzione non è limitata ad una determinata varietà vegetale o razza animale*>>. L'opposizione dei Paesi Bassi è stata repentinamente rigettata, ma fa chiarezza su un punto fondamentale: se nel TRIPs è facoltà degli Stati negare brevetti di questo genere, mentre nella legislazione e giurisprudenza tale facoltà è negata, allora, a prescindere dalla compatibilità tra norme UE e TRIPs (non invocabile in quanto l'UE non è soggetto sottoscrittore), c'è una privazione di un diritto in capo agli Stati che ne fanno parte.

Il divieto TRIPs e comunitario alla brevettabilità di procedimenti essenzialmente biologici si scontra però con la prassi dei Paesi maggiormente industrializzati e con la giurisprudenza dell'Ufficio. La natura indispensabile o significativa dell'intervento umano per la realizzazione di tecnologie genetiche non vengono quindi considerati procedimenti essenzialmente biologici, come può ricavarsi dalla lettura dell'art. 2, par. 2, dir. 98/44, secondo cui un procedimento è di tale tipo solo <<*quando consiste in fenomeni naturali quali l'incrocio o la selezione*>>¹⁹⁶. In questo sistema, quindi, tutti i metodi di ingegneria genetica sono brevettabili¹⁹⁷.

Stesso discorso può essere applicato a piante ed animali (brevetti di prodotto): diversi Stati sono fermamente convinti che il DNA sia

¹⁹⁵ Si veda la sentenza 9 ottobre 2001 CGE, *Paesi Bassi c. Parlamento e Consiglio*, punto 35.

¹⁹⁶ Secondo Pavoni <<*la qualità e la quantità delle fasi biologiche necessarie per realizzare un'invenzione biotecnologica diviene irrilevante ai fini della brevettabilità*>>.

¹⁹⁷ Così in C. CAMPIGLIO, *I brevetti tecnologici nel diritto comunitario*, in *Diritto del commercio internazionale*, fasc. 4, 1999, p. 871.

semplicemente una sostanza chimica, e non più una materia vivente responsabile della trasmissione dei caratteri ereditari. I geni animali e vegetabili risultano così brevettabili, nonostante l'espresso divieto ex art. 27, par. 3, lett b), in quanto semplici frammenti di una sostanza chimica¹⁹⁸.

Ne emerge quindi che i paesi industrializzati sono maggiormente favorevoli ad un'ampia brevettabilità, rendendo l'opposizione dell'orientamento antitetico di numerosi paesi in via di sviluppo, come Argentina e Messico, di fatto nulla, ma anzi da superare in un'ottica globale. Ciò che però maggiormente colpisce, è il dispiegarsi in maniera estremamente disomogenea dei soggetti ricercatori, il che si traduce necessariamente in un aumento della tutela della proprietà intellettuale spesso a discapito di rigorose e più utili politiche di tutela ambientale.

3.2.2 I LIMITI ALLA BREVETTABILITÀ: L'ORDINE PUBBLICO E IL BUONCOSTUME

Ulteriori limitazioni, di carattere facoltativo, sono proposte dall'art. 27, par. 2, TRIPs. Gli Stati infatti possono escludere dalla brevettabilità di invenzioni, che se commercializzate, potrebbero porsi in contrasto con le esigenze di ordine pubblico o di pubblica moralità¹⁹⁹. Lo strumento delle *clausole generali* è ampiamente utilizzato nel diritto internazionale e regionale, ma vi sono casi in cui i termini non necessariamente sono coincidenti oppure sono prescritti

¹⁹⁸ Ad esempio Argentina e USA sono stati coinvolti in una controversia nell'ambito dell'OMC nel 2002, poichè la prima non considerava brevettabili i materiali ex art. 27 TRIPs, al contrario dei secondi.

¹⁹⁹ Art. 27, par. 2: <<Members may exclude from patentability inventions, the prevention within their territory of the commercial exploitation of which is necessary to protect ordre public or morality, including to protect human, animal or plant life or health or to avoid serious prejudice to the environment, provided that such exclusion is not made merely because the exploitation is prohibited by their law>>.

diversi gradi di vincolatività. Nella Convenzione sul brevetto europeo, il brevetto può non essere concesso se contrario all'ordine pubblico o al buoncostume, ma ciò non deve avvenire <<merely because it is prohibited by law or regulation in some or all of the contracting States>> (art. 53). La direttiva 98/44, all'art. 5, par. 1, pone un enunciato analogo, ma le clausole generali si riferiscono solo alla commercializzazione, e non anche alla pubblicazione. Nelle disposizioni europee, quindi, è possibile notare come la limitazione sia del tutto cogente, non ammettendo deroghe o possibilità come in quella internazionale²⁰⁰. La direttiva appena citata poi, è integrata con un elenco di invenzioni che, ex ante, sono considerabili pregiudizievoli dell'ordine pubblico e della pubblica moralità: procedimenti di clonazione umana, di modificazione dell'identità genetica germinale dell'essere umano, di utilizzazione di embrioni a fini industriali o commerciali, di modificazione dell'identità genetica degli animali (anche da essi risultanti) atti a provocare inutili sofferenze senza evidente utilità medica sostanziale. La natura indicativa, e non tassativa, permette comunque agli Stati di introdurre apposite eccezioni ambientali, poiché l'elencazione non tiene conto di invenzioni che possano incidere negativamente sulla tutela della biodiversità o dell'ambiente generale, come anche evidenziato dalla CGE nella sent. 9 ottobre 2001, *Paesi Bassi c. Parlamento e Consiglio*, al punto 39, laddove l'elenco <<costituisce un caso unico nell'ambito del diritto generale dei brevetti>>²⁰¹.

²⁰⁰ Secondo i Paesi Bassi, le limitazioni della Convenzione sarebbero più estese rispetto alla direttiva, come si può notare al punto 62, sent. *Paesi Bassi c. Parlamento e Consiglio*. La Corte però ha escluso una differenza di portata che possa portare all'incompatibilità.

²⁰¹ La CGE, nell'interpretazione della norma, ha garantito ampia discrezionalità alle autorità nazionali, le quali devono basarsi su una valutazione del contesto sociale, etico ed economico prima della decisione. Detta valutazione però, se compiuta in termini astratti e generici, può comportare conseguenze negative. Così in C. CAMPIGLIO, *Brevetti biotecnologici: da Lussemburgo a Strasburgo?*, in *Diritto del commercio internazionale*, 2002, p. 92.

L'orientamento maggioritario, in ogni caso, segue quella che è l'interpretazione del considerando n. 14 della dir. 98/44: il brevetto di un'invenzione non autorizza sic et simpliciter lo sfruttamento commerciale dell'invenzione, ma, in chiave negativa, inibisce ulteriori soggetti dal suo utilizzo, secondo una logica di *jus excludendi*. Come va interpretata allora la clausola generale di cui si tratta, considerando che vi possono essere sostanziali differenze di vedute a seconda dell'ordinamento? La giurisprudenza dell'Ufficio europeo ha, giustamente, ricompreso la salvaguardia della biodiversità e dell'ambiente in generale, stabilendo che le invenzioni la cui attuazione <<*is likely [...] to seriously prejudice the environment*>> devono essere escluse dalla brevettabilità. Quando c'è il serio rischio di causare danni ambientali gravi, il diniego trova la sua ratio. La posizione appena delineata è accolta nel diritto comunitario in seguito alla sua interpretazione: <<*la tutela dell'ambiente, all'attuale stadio di sviluppo del diritto comunitario, va considerata come uno degli interessi fondamentali della società. Dunque una minaccia reale e sufficientemente grave all'ambiente rientra perfettamente nella nozione di ordine pubblico*>>²⁰².

La portata dell'eccezione tuttavia è particolarmente restrittiva, in quanto la negazione o la revoca devono essere avallate da un *consistente grado di attendibilità scientifica*, la cui dimostrazione è onere del ricorrente²⁰³.

Una decisione del 2000 può chiarire quanto detto. La multinazionale statunitense W. R. Grace nel 1990 presentò domanda all'UEB un metodo fitosanitario, insetticida e fungicida, derivato dal neem²⁰⁴, le cui proprietà erano ben note agli autoctoni che lo utilizzavano in ambito medico. Il brevetto fu concesso nel 1994 ed aveva ad oggetto la semplice tecnica di estrazione,

²⁰² Cit. punto 109 sent. *Paesi Bassi c. Parlamento e Consiglio*.

²⁰³ Si veda P. SANDS, *Principles of international environmental law*, Manchester/New York, 1995, p. 750.

²⁰⁴ Scientificamente nota come *Azadirachta indica*, una pianta molto diffusa in India.

quindi non già il vegetale. Nel 2005 ha fatto seguito la revoca, richiesta anche dal Governo Indiano²⁰⁵. Ma nel 2000 la Divisione di opposizione dell'Ufficio affermò l'impossibilità di revoca per immoralità, ex art. 53, lett. a), della Convenzione, non ritenendo che la brevettabilità potesse mettere a repentaglio i mezzi di sostentamento della popolazione locale: la questione non si basava semplicemente sulla clausola in questione, ma era essa stessa <<a question of novelty or prior public use>>. Nonostante i rischi paventati non fossero strettamente collegati alla tutela dell'ambiente, la nozione di ordine pubblico si presta ad essere interpretata anche con una lettura della CBD, che all'art. 8, lett. j), eleva a valore essenziale la tutela delle pratiche, conoscenze ed innovazioni locali ed indigene, come strumento a tutela della varietà biologica, promuovendo l'equa condivisione dei benefici. Il nodo cruciale risiede dunque nella scarsa attenzione del sindacato, prettamente di carattere formale sui requisiti, che non rappresenta una risposta soddisfacente nella prospettiva di un corretto bilanciamento tra regimi della proprietà intellettuale e regimi di tutela ambientale²⁰⁶. Una clausola generica di salvaguardia si presta a numerose interpretazioni, anche di carattere antitetico le une dalle altre, e produce solo confusione nella giurisprudenza nonché estrema arbitrarietà nell'applicazione.

3.2.3. Tra le norme OMC e il Protocollo di Cartagena: il diritto applicabile e l'importanza dell'informazione

²⁰⁵ Da quel momento il Governo ha finanziato una massiccia opera di traduzione di testi medicinali antichi, scritti in sanscrito, urdu, persiano ed aramaico. Ciò ha prodotto grande dissenso nell'ambiente scientifico.

²⁰⁶ Nel 2002 l'UEB ha riconosciuto la brevettabilità di un metodo di protezione delle colture agricole dai parassiti, con l'utilizzo di piante "trappola" transgeniche. Il brevetto EP 784421 copre non solo il metodo e le piante, ma anche le medesime piante non modificate ed i terreni agricoli destinati ad ospitarne la coltura.

Il diritto OMC²⁰⁷ non include una specifica disciplina del commercio degli OGM e dei loro derivati, ma li considera alla stregua degli altri prodotti disponibili sui mercati internazionali.²⁰⁸ Tale mancanza di previsione ha dato adito a numerose incertezze riguardo il diritto applicabile, suscettibile di variare in base alla natura del provvedimento o legislazione controversi e del loro obiettivo e contenuto (ad esempio la tutela dell'ambiente).

La questione sull'applicazione delle misure restrittive al commercio di OGM è stata affrontata all'interno dei comitati istituiti in base agli accordi SPS e TBT²⁰⁹.

Il primo si occupa soltanto di misure volte a prevenire tipologie tassative al punto 1 dell'Allegato A, ossia a) proteggere nell'ambito territoriale dei Membri la vita o la salute degli animali o delle piante dai rischi derivanti dalla diffusione di parassiti, malattie, organismi portatori di malattie o agenti patogeni; b) proteggere la vita o la salute dell'uomo o degli animali dai rischi causati da additivi, contaminanti, tossine o agenti patogeni presenti negli alimenti, nelle bevande o nei mangimi; c) proteggere la vita o la salute dell'uomo dai rischi conseguenti da malattie portate dagli animali, dai vegetali o da loro prodotti, oppure dalla diffusione di parassiti; d) impedire o limitare altri danni arrecati dalla diffusione di parassiti. Gli OGM potranno essere ricondotti nella categoria di parassiti, portatori di malattie, contaminanti e tossine se possano essere equiparati a parassiti o organismi che causino malattie. Tuttavia di più difficile applicazione si dimostra in relazione alla

²⁰⁷ Istituita il 1 gennaio 1995 a seguito dell'*Uruguay Round*, assumendo il precedente ruolo del GATT ed inglobando i principali accordi, quali GATS e TRIPS, con un ruolo di supervisione degli accordi internazionali tra gli Stati membri.

²⁰⁸ Una proposta esplicita venne dal Canada, secondo cui si sarebbe dovuto assegnare al *Gruppo di lavoro OMC sulle biotecnologie* <<a fact-finding mandate to consider adequacy and effectiveness of existing rules as well as the capacity of WTO Members to implement these rules effectively>> (doc WT/GC/W/359, 12 ottobre 1999, par. 1). Nonostante gli ampi dibattiti, tale proposta e la creazione di suddetto gruppo sono tutt'ora lettera morta.

²⁰⁹ Gli accordi rispettivamente *sull'applicazione delle misure sanitarie e fitosanitarie* e *sugli ostacoli tecnici agli scambi*.

tutela della biodiversità, nonostante un provvedimento di quarantena (simile alla moratoria adottata nel nostro paese nel 2000) possa comportare, seppur temporaneamente, benefici. In relazione alla tutela dell'ambiente si valuta infatti il danno, e non già il rischio, ed è territorialmente circoscritta ai confini degli Stati membri.

L'Accordo TBT, al contrario, all'art. 2 contiene una lista non tassativa di obiettivi sulla cui base adottare specifici regolamenti in cui è inclusa espressamente la tutela dell'ambiente. Pertanto un regolamento tecnico può essere adottato a tutela della biodiversità, a prescindere dall'origine del rischio e dall'impatto della misura sulla salute o vita dell'uomo, degli animali e dei vegetali, e non esclude misure extraterritoriali²¹⁰.

Le norme del GATT, in base all'Allegato 1A OMC²¹¹, si applicano solo in caso di non deroga da parte di una *lex specialis* (gli accordi appena menzionati). La giurisprudenza, ad esempio nel caso "*carne agli ormoni*", ha messo in luce come il criterio di specialità debba essere esteso all'ipotesi dell'*applicazione concorrente o cumulativa* degli accordi sugli scambi di merci, superando il dato letterale della norma che sembra applicabile solo in caso di esclusione vicendevole delle previsioni dei vari accordi²¹².

Le norme del GATT suscettibili di applicazione in tema di varietà biologica sono: l'art. I, par. 1²¹³ (<<*clausola della nazione più favorita*>>), che impone un trattamento paritario delle domande di autorizzazione all'importazione di

²¹⁰ Sono compresi gran parte dei requisiti in tema di etichettatura ed imballaggio per l'identificazione degli OGM.

²¹¹ <<*In the event of a conflict between a provision of the General Agreement on Tariffs and Trade 1994 and a provision of another agreement in Annex 1° to the Agreement establishing the World Trade Organization [..], the provision of the other agreement shall prevail to the extent of the conflict*>>.

²¹² *European Communities – Measures Concerning Meat and Meat Products (EC- Hormones)*, rapport Panel, doc. WT/DS26/R/USA 18 agosto 1997, par. 8.42.

²¹³ <<*Tutti i vantaggi, favori, privilegi o immunità, concessi da una Parte contraente a un prodotto originario da ogni altro Paese, o a esso destinato, saranno estesi, immediatamente e senza condizioni, a tutti i prodotti congeneri, originari del territorio di ogni altra Parte contraente, o a esso destinati*>>.

OGM indirizzate a un dato paese e di OGM che siano simili a prodotti convenzionali; l'art. III, par. 4²¹⁴ (<<*clausola del trattamento nazionale*>>) che obbliga i membri OMC ad accordare ai prodotti importati un trattamento non meno favorevole di quello riservato a prodotti simili di origine nazionale in relazione a ciascuna misura che incida sulla loro commercializzazione interna; l'art. XI, par. 1²¹⁵ che proibisce divieti e restrizioni quantitative relative all'importazione di ogni prodotto proveniente dal territorio dei membri OMC; ed infine l'art. XX, lett. b) e g)²¹⁶ che ammette divieti e restrizioni, anche in tema di OGM, in relazione quasi esplicita alla tutela della biodiversità.

Tutte queste disposizioni trovano inevitabilmente come interlocutore il Protocollo di Cartagena del 2000 di cui già si è accennato nel capitolo 1, par. 3. Detto Protocollo è stato adottato successivamente agli accordi OMC e pertanto secondo il già citato criterio della *lex posterior* dovrebbe prevalere sul secondo (ma solo per gli stato contraenti), ma il discorso si complica a causa della presenza nel documento di disposizioni ambigue in materia di rapporti con altri accordi internazionali. Si è infatti obiettato che il Protocollo costituisca un accordo commerciale al pari degli altri, sebbene rimanga una

²¹⁴ << I prodotti del territorio di qualsiasi Parte contraente, importati sul territorio di qualsiasi altra Parte, non saranno sottoposti a trattamento meno favorevole di quello accordato ai prodotti congeneri d'origine nazionale, rispetto a qualunque legge, regolamento, o prescrizione, concernente la vendita, l'offerta in vendita, l'acquisto, il trasporto, la somministrazione e l'impiego dei medesimi sul mercato interno. Le disposizioni del presente numero non vietano, nei trasporti interni, l'applicazione di tariffe differenti, fondate esclusivamente sull'uso economico dei mezzi di trasporto, senza riguardo all'origine del prodotto>>.

²¹⁵ <<Nessuna Parte contraente istituirà, o manterrà, su l'importazione di un prodotto originario del territorio di un'altra Parte contraente, la esportazione, o la vendita a scopo d'esportazione, di un prodotto destinato al territorio di un'altra Parte, dei divieti o delle restrizioni diversi dai dazi doganali, tasse o altre imposizioni, ancorché attuati sotto forma di contingenti, licenze d'importazione o d'esportazione o in qualunque altra maniera>>.

²¹⁶ <<Sempre che l'applicazione non sia fatta in maniera da essere un mezzo di discriminazione arbitraria, o ingiustificata, tra i Paesi che sono nelle medesime condizioni, né da essere un palliamento di restrizione del commercio internazionale, nessuna disposizione del presente accordo sarà interpretata come divieto a una Parte contraente qualsiasi di istituire o d'applicare delle misure: [...] b) necessarie alla protezione della sanità e della vita delle persone e degli animali e alla conservazione dei vegetali; [...] g) tenenti alla conservazione di risorse naturali esauribili, qualora siano applicate insieme con delle restrizioni su la produzione o il consumo nazionali>>.

dei pilastri normativi a tutela globale della biodiversità, in cui le disposizioni a carattere commerciale rivestono solo una funzione strumentale²¹⁷.

Riguardo gli standard internazionali di armonizzazione dei rischi ambientali e sanitari, il Protocollo autorizza gli Stati parte *<<to take action that is more protective of the conservation and sustainable use of biological diversity than that called for in this Protocol, provided that such action is consistent with the objective and the provisions of this Protocol and is in accordance with that Party's other obligations under international law>>*²¹⁸. Si applica quindi il modello dell'armonizzazione minima, per cui gli Stati parte possono derogare il diritto convenzionale con norme interne o regionali, ma necessariamente idonei ad accordare un livello di protezione maggiore. In contrasto con ciò, la disciplina degli accordi SPS e TBT disincentiva tale metodo, privilegiando un appiattimento delle limitazioni con un gioco di bilanciamento tra le varie discipline. La creazione di regole comuni tende quindi ad un accentramento a carattere internazionale delle medesime, rigettando l'ipotesi di iniziative locali maggiormente "prudenti"²¹⁹.

Su tale solco si può inserire un altro tipo di contrasto in materia di OGM: gli obblighi di identificazione ex art. 18, par. 2, lett. a)²²⁰ possono dar luogo a

²¹⁷ La CGE ha avallato questa interpretazione nel Parere 2/00 del 6 dicembre 2001, p. I-9713 ss., relativo alla competenza alla stipulazione.

²¹⁸ Art. 2, par. 4.

²¹⁹ Cfr. art. 3, par. 2, SPS e art. 2, par. 5, TBT.

²²⁰ *<<Ciascuna parte contraente adotta misure atte a richiedere che la documentazione di accompagnamento: a) degli organismi viventi modificati destinati all'uso diretto nell'alimentazione umana o animale, o alla lavorazione, indichi chiaramente che essi "possono contenere" organismi viventi modificati e non sono destinati all'immissione deliberata nell'ambiente, nonché un punto di contatto per ulteriori informazioni. La conferenza delle parti, nella sua funzione di riunione delle parti contraenti del presente protocollo, adotta una decisione sui requisiti particolareggiati necessari a tal fine, compresa la specificazione della loro identità ed ogni identificazione unica, entro due anni a decorrere dalla data di entrata in vigore del presente protocollo>>*.

restrizioni incompatibili con le disposizioni dell'OMC, poiché *non necessarie, sproporzionate o prive di fondamento scientifico*²²¹.

Il punto di conciliazione tra le due visioni antitetiche della circolazione degli OGM pare ancora lontano. La soluzione proposta dal CTE (*Committee on Trade and Environment*)²²² ovviamente propende per l'applicazione dell'art. XX GATT in qualsiasi *multilateral environmental agreement*²²³. La giurisprudenza però ha evidenziato come la tutela di un bene superiore, internazionale ed intergenerazionale quale la biodiversità, non possa subire limitazioni territoriali ai soli Stati contraenti²²⁴.

In conclusione di questa sommaria analisi, possiamo notare come il Protocollo sia il primo atto internazionale del ventesimo secolo che consideri un questione ambientale al pari di una commerciale. Il suo scopo principale è quello di creare una nuova concezione di commercio in relazione alle nuove scoperte scientifiche e quindi gli OGM, diventando un punto di riferimento inevitabile per qualsiasi altro trattato di carattere internazionale ed ambientale²²⁵.

Questa nuova prospettiva commerciale passa obbligatoriamente nell'aumento della consapevolezza dei consumatori. Fino agli anni ottanta potevano cambiare i metodi di produzione, ma non l'essenza del prodotto. Attualmente con la manipolazione genetica è necessario, per trasparenza e consapevolezza, anche l'analisi della struttura del prodotto stesso. Delle

²²¹ Laddove, e in particolare nell'Accordo SPS, Allegato A, punto 4, prove scientificamente valide, non ammettendo lacune e non mostrandosi favorevole ad un approccio precauzionale, tipico del Protocollo.

²²² Organo consultivo costituito in seno all'OMC nel 1995.

²²³ Così in S. CHARNOVITZ, *Exploring the Environmental exceptions in GATT Article XX*, in *Journal of world trade*, n. 5, 1995.

²²⁴ Così in G. MARCEAU, *Conflicts of norms and conflicts of jurisdiction. The relationship between the WTO agreement and MEAs and other treaties*, in *Journal of world trade*, n. 6, 2001.

²²⁵ Cfr. J. F. ESCUDERO ESPINOSA, *The international biosafety regime and the World Trade system after ten years of the Cartagena Protocol*, in *European Energy and Environmental Law Review*, 2014, agosto, p. 127 – 142.

norme in tema di etichettatura si dirà nel paragrafo 3.3, l'oggetto della nostra attenzione quindi si sposta su un piano più astratto: dalla basilare informazione del consumatore alla sua "educazione" scientifica. Il capitolo 16 dell'Agenda 21 relativo alla gestione ambientale delle biotecnologie ricorda come *<<like with most new technologies, research in biotechnology and the application of its finding could have significant positive and negative socio-economics as well as cultural impacts. These impacts should be carefully identified in the earliest phases of the development of biotechnology in order to enable appropriate management of the consequences of transferring biotechnology>>*. La concezione prettamente economica dell'utilizzo della scienza, quindi, dovrebbe a cedere il passo al coinvolgimento della varie sensibilità differenti in base ai contesti, oggi più che mai. La sensibilità *umanizzata*, fondamento di grandi conquiste sociali del XX secolo, è chiamata ad evolversi nell'ottica di una considerazione *biocentrica* della realtà. *<<In this light, socioeconomic information is needed to provide a more complete picture of the impacts of biotechnology. An assessment of environmental, social, and economic impacts in biosafety decision making would be more consistent with the sustainable development principle of integration and interrelationship of social, economic, and environmental objectives>>*²²⁶: di rimando, le politiche di valutazione del rischio di cui si dirà nei paragrafi successivi saranno frutto di un continuo scambio di informazioni che, seppur tecniche, nel loro sviluppo rifletteranno l'accettazione o meno di quello stesso rischio o della sua potenzialità di accadimento, risultando più coerenti con le necessità del tessuto sociale di riferimento.

²²⁶ F. PERRON WELCH, *Socioeconomics, Biosafety, and Sustainable development*, in M. C. CORDONNIER SEGER, F. PERRON WELCH, C. FRISON, *Legal aspects of implementing the Cartagena protocol on Biosafety*, Cambridge University Press, New York, 2013, p. 148.

Nell'era dell'informatica una soluzione in tal senso può rivelarsi utile allo scopo: la creazione di banche dati con informazioni rilevanti sulle biotecnologie e la biosicurezza. <<*There are different types of information related to the problems concerning the use of GMOs, such as scientific and technical information, environmental, health and socioeconomics impacts, regulatory and legislative issues, commercial release, risk assessment, monitoring, traceability and labelling. On the other hand, there are also several categories of professional and nonprofessional individuals interested in acquiring information on biotechnology and biosafety of GMOs*>>²²⁷. Per un'efficiente condivisione di informazioni e l'aumento dei dati disponibili vari sono fattori di cui tener conto: l'approccio multidisciplinare della biodiversità e la complessità del *risk analysis*; il coinvolgimento di svariati soggetti interessati; il ruolo fondamentale della comunicazione dei rischi come motore della condivisione di informazioni; la comunicazione dei paesi dell'adempimento ai doveri imposti dai trattati internazionali. Queste banche dati, a partire dal nuovo millennio, hanno visto la luce con estrema frequenza, sia su scala nazionale che internazionale: ad esempio l'UE ha incluso la sua nel sito dell'EFSA (*European Food Safety Authority*), facilmente consultabile online²²⁸.

Su questo modello il Protocollo di Cartagena all'art. 20 ha istituito la "*Biosafety Clearing House*"²²⁹, ossia <<*a mechanism set up by the Protocol as a part of the CBD mechanism to facilitate the exchange of information on living modified organisms and assist the Parties to comply with their obligations under the Protocol*>>.

²²⁷ G. DEGRASSI, N. ALEXANDROVA, D. RIPANDELLI, *Databases on biotechnology and biosafety of GMOs*, in *Environmental Biosafety Research*, vol. 2, 2003.

²²⁸ Al sito http://ec.europa.eu/food/dyna/gm_register/index_en.cfm.

²²⁹ Consultabile su http://ec.europa.eu/food/dyna/gm_register/index_en.cfm. La BCH italiana è consultabile presso il sito del Ministero dell'ambiente e delle tutela del territorio e del mare all'indirizzo <http://bch.minambiente.it/index.php/it/>.

Alle parti è richiesto di rendere disponibili tutte le informazioni relative ai loro processi di regolamentazione, alla legislazione e ai propositi per implementare il Protocollo stesso.

3.3 LE BIOTECNOLOGIE NEL SETTORE AGROALIMENTARE: LA DIMENSIONE GIURIDICA DEGLI OGM NEL DIRITTO COMUNITARIO

Uno dei vantaggi delle biotecnologie è la loro possibilità di applicazione al fine di migliorare la qualità dei prodotti agroalimentari e dell'ambiente, grazie specialmente all'ingegneria genetica e al DNA ricombinante.

Tramite queste tecniche, il prodotto finale prende il nome di organismo geneticamente modificato (OGM)²³⁰, ossia un organismo il cui DNA è stato manipolato tramite trasferimento di geni da un altro con caratteristiche differenti.

Le principali innovazioni ricomprendono la creazione di piante transgeniche che resistono agli attacchi degli insetti o di malattie infettive, oppure che hanno una conservabilità maggiore. Il miglioramento qualitativo di un solo prodotto però non sempre comporta i benefici sperati, non mancando i casi di difficile coesistenza con vegetali prodotte con tecniche tradizionali.

La Comunità europea ha regolato la circolazione degli OGM sin dai primi anni '90 con la direttiva n. 220 rivolta all'emissione in commercio. Le finalità, però, erano prettamente di carattere economico, come dimostra la premessa della direttiva²³¹ e la comunicazione <<La biotecnologia ed il Libro bianco su crescita, competitività ed occupazione>> della Commissione. Ciò ha

²³⁰ La direttiva europea 18/2001 definisce un OGM come <<un organismo, diverso da un essere umano, il cui materiale genetico è stato modificato in modo diverso da quanto avviene in natura con l'accoppiamento e/o la ricombinazione genetica naturale>>.

²³¹ <<Considerando che è necessario garantire uno sviluppo sicuro di prodotti industriali contenenti OGM;>>.

determinato una generale sfiducia tanto dei consumatori quanto dei Governi che si sono avvalsi dell'art. 21 (c.d. *clausola di salvaguardia*), che consentiva di limitare o proibire l'uso e la vendita di OGM per possibili rischi alla salute umana e all'ambiente determinando *de facto* una moratoria solo lievemente scalfita dagli interventi dell'UE fino agli anni 2000²³². Possiamo ricordare a tal proposito anche l'intervento del nostro paese che in seguito al c.d. *caso Monsanto* adottò il decreto P.C.M. 4/8/2000 per una sospensione cautelativa della commercializzazione di alcune varietà di mais OGM²³³.

Ecco perché la direttiva 2001/18/CE²³⁴, che abroga la precedente e fornisce l'impianto normativo attuale, non fa più marcato riferimento alle attività economico-industriali, ma si preoccupa che l'introduzione degli OGM avvenga per gradi e si possa avere un'adeguata identificazione, soprattutto a seguito dell'emissione nell'ambiente: l'obiettivo è quello di individuare tutti gli effetti, diretti, indiretti, immediati e differiti, sulla salute umana, animale e ambientale (effetti primari; effetti dovuti ad una serie causale; effetti durante il periodo di emissione; effetti in fasi successive; effetti cumulativi a lungo termine)²³⁵.

In base all'art. 95 Trattato CE (ora art. 114 Trattato UE), sul ravvicinamento delle legislazioni, non è concesso agli Stati l'adozione di norme derogatorie a carattere precauzionale, ma è riconosciuta la possibilità di applicare misure di emergenza se <<*un OGM come tale o contenuto in un prodotto debitamente notificato e autorizzato per iscritto in base alla presente direttiva rappresenti*

²³² Si vedano le decisioni 96/281 e 97/98 della Commissione in materia di soia e mais OGM.

²³³ <<*Istituto superiore di sanità giunge, altresì, alla conclusione che, alla luce delle conoscenze scientifiche attuali, non risultano esistere rischi per la salute umana ed animale a seguito del consumo dei derivati dei predetti OGM, ma che detta conclusione è raggiunta in un contesto in cui dalla corrispondenza con il Presidente della Commissione europea e con il commissario europeo competente emergono carenze nella procedura di accertamento dell'assenza di rischi per la salute dei consumatori*>>.

²³⁴ Recepita in Italia col Decreto Legislativo 8 luglio 2003, n. 224.

²³⁵ Art. 4, comma 3, direttiva.

un rischio per la salute umana o l'ambiente>> (art. 26). Il sindacato ammesso è quindi di carattere *successivo* al rilascio dell'apposita autorizzazione, che assieme all'etichettatura, costituisce lo strumento di controllo comunitario per l'immissione in commercio²³⁶ degli OGM come tali o contenuti in prodotti. La procedura standard si articola in tre fasi: 1) chi intende immettere in commercio deve notificare all'Autorità statale²³⁷ designata dallo Stato un fascicolo tecnico contenente le informazioni sull'OGM²³⁸ e una valutazione del rischio ambientale²³⁹, nonché trasmettere una sintesi di questo alle Autorità degli altri Stati; 2) l'Autorità nazionale verifica l'esistenza e la correttezza dei requisiti, e redige una relazione di valutazione, trasmessa poi al notificante e alla Commissione²⁴⁰; 3) la relazione se è negativa determina il divieto di immissione, se invece è positiva l'Autorità nazionale concede l'autorizzazione per iscritto, ma le Autorità nazionali o la Commissione possono proporre osservazioni od obiezioni, la cui ultima parola spetta alla Commissione.

Da notare come, in caso di rigetto, non vi sono ostacoli alla richiesta di rilascio dell'autorizzazione presso l'Autorità di un altro Stato membro. In caso di esito positivo quindi, ed in base al principio "*Cassis de Dijon*"²⁴¹, l'OGM potrà circolare liberamente per il territorio comunitario, prospettando due ipotesi: l'opposizione di uno Stato membro e una conseguente decisione della

²³⁶ Per "*emissione in commercio*" si intende la messa a disposizione di terzi dell'organismo, dietro compenso o gratuitamente.

²³⁷ Ai sensi del d.lgs. 224/2003 l'Autorità è individuata nel Ministero dell'ambiente e della tutela del territorio.

²³⁸ In base all'art. 12, para. 2: effetti su salute umana e ambiente delle emissioni effettuate a scopo di ricerca e sviluppo: condizioni di emissione, uso e manipolazione; etichetta proposta.

²³⁹ Allegato II, sez. D.

²⁴⁰ Ai sensi dell'art. 14 la relazione è da comunicare entro 90 gg. dalla richiesta, con le opportune motivazioni.

²⁴¹ Sent. CGE 29 febbraio 1979, causa 120/78.

Commissione, oppure un provvedimento successivo, che sulla base di nuovi dati scientifici, ne dimostri, *rectius* ribadisca, la pericolosità²⁴².

E' possibile che tale procedura non sia da applicare, purché, ex art. 12, per gli OGM iscritti nella lista allegata al reg. 93/2309 <<la valutazione specifica di rischio ambientale sia compiuta secondo i principi di cui all'allegato II della presente direttiva e sulla base del tipo di informazioni indicate nell'allegato III della presente direttiva, fatti salvi altri obblighi pertinenti in materia di valutazione del rischio, gestione del rischio, etichettatura, eventuale monitoraggio, informazione del pubblico e clausola di salvaguardia, previsti dalla normativa comunitaria relativa ai medicinali per uso umano e veterinario>>.

L'autorizzazione ha durata decennale ed è rinnovabile. Per il rinnovo è richiesta una relazione sui risultati del monitoraggio dell'OGM in questione, ogni informativa necessaria sui rischi ed una fase di contraddittorio eventuale come per il primo rilascio.

La dir. 2001/18 però ha lasciato aperto il tema della tracciabilità, limitandosi a menzionare all'art. 21 che <<l'etichettatura e l'imballaggio degli OGM come tali o contenuti in prodotti immessi in commercio siano conformi ai pertinenti requisiti specificati nell'autorizzazione scritta di cui all'articolo 15, paragrafo 3, nell'articolo 17, paragrafi 5 e 8, nell'articolo 18, paragrafo 2, e nell'articolo 19, paragrafo 3>>. Non una disposizione puntuale quindi, ma un rimando generico ad una norma dello stesso testo che lascia la disciplina di dettaglio alla legislazione futura, essenzialmente per due motivi: la mancanza di un quadro normativo completo e la programmata adozione di nuove regole a seguito di nuove informazioni sugli OGM. Nel 2003 l'UE ha adottato a tal

²⁴² Così in M. P. RAGIONIERI, A. F. ABOU HADID, *Le biotecnologie nel settore agroalimentare*, Giuffrè, Milano, 2007, pp. 64 – 65.

proposito una coppia di direttive che dettano una normativa specifica²⁴³. La 1829 e 1830 si applicano non solo agli OGM, ma anche a prodotti e ingredienti alimentari costituiti da OGM, contenenti OGM e prodotti e ingredienti ottenuti a partire da OGM, pur non contenendoli, mentre restano esclusi dal campo di applicazione alimenti prodotti con OGM o che contengano tracce minime inevitabili di OGM.

La soglia di tolleranza è fissata allo 0,9%: la presenza di OGM (in proporzione) sotto questo limite fa considerare l'alimento come se ne fosse privo, a patto che la presenza sia accidentale o inevitabile²⁴⁴. L'indicazione in etichetta deve essere chiara e comprensibile al fine di evitare che i consumatori siano tratti in inganno, ex art. 13, comma 1.

L'emissione di OGM nell'ambiente si riferisce alla dispersione di questi senza misure di contenimento che limitino il contatto con la popolazione e l'ambiente, ossia <<per fini diversi dall'immissione in commercio>> (art. 5, comma 1).

La procedura standard richiesta ricalca quella prevista per l'emissione in commercio, prevedendo una notifica preventiva all'autorità competente, la messa a disposizione del pubblico delle infrazioni rilevanti e la risposta dell'Autorità entro novanta giorni (art. 6). La procedura differenziata ai sensi dell'art. 7 si applica <<se si dispone di sufficiente esperienza riguardo alle emissioni di taluni OGM in determinati ecosistemi>>, e la Commissione, sentite le Autorità competenti, valuta se prevedere la procedura differenziata e a quali condizioni.

La clausola di salvaguardia dell'art. 23 si applica agli OGM che, dopo aver ricevuto l'esito positivo della procedure di emissione, in base a nuove o

²⁴³ A seguito del reg. 2002/178, che ha evidenziato la necessità di stabilire regole comuni a quelle previste per gli alimenti.

²⁴⁴ La soglia si applica tuttavia solo all'etichettatura, restando ferme le disposizioni in tema di autorizzazione all'immissione in commercio per ragioni di food safety.

ulteriori informazioni sull'impatto ambientale o sui dati scientifici, rappresenti un rischio per la salute umana o l'ambiente. Dopo l'adozione delle misure di emergenza (non tipizzate, ma conformi al caso e rischio concreto)²⁴⁵, lo Stato membro ne da comunicazione alla Commissione fornendo tutti i dati a disposizione e motivando la propria scelta, e attendendo il responso di questo da rilasciare entro sessanta giorni.

Il 13 gennaio 2015 il Parlamento Europeo approva la direttiva 2015/4 relativa alla possibilità per gli Stati membri di limitare o proibire sul loro territorio la coltivazione degli OGM. Il testo in questione integra la direttiva 18/2001, con finalità: 1) maggior considerazione del principio di precauzione ed una revisione continua dei criteri per la valutazione del rischio (ex all. II dir.), in quanto: *<<le norme sulla valutazione del rischio andrebbero, se del caso, aggiornate regolarmente al fine di tenere conto del miglioramento continuo delle conoscenze scientifiche e dei procedimenti d'analisi, in particolare per quanto riguarda gli effetti ambientali a lungo termine delle colture geneticamente modificate e i loro potenziali effetti sugli organismi non bersaglio, le caratteristiche degli ambienti riceventi e delle zone geografiche in cui le piante geneticamente modificate possono essere coltivate nonché i criteri e i requisiti per la valutazione degli OGM che producono pesticidi e degli OGM tolleranti agli erbicidi>>*; 2) aumentare il grado di flessibilità della disciplina in quei contesti nazionali, regionali e locali *<<dato il suo legame con l'uso del suolo, le strutture agricole locali e la protezione o il mantenimento degli habitat, degli ecosistemi e dei paesaggi>>*; 3) garantire l'applicazione di strumenti idonei alla prevenzione dell'inquinamento transfrontaliero, incoraggiando gli Stati membri alla cooperazione per il corretto funzionamento del mercato interno; 4) non ledere, in ogni caso, il principio

²⁴⁵ Tra cui ricordiamo la sospensione o la cessazione dell'immissione in commercio e l'informazione del pubblico.

della libera circolazione dei prodotti nel territorio dell'Unione; 5) <<utilizzare soltanto motivazioni riguardanti obiettivi di politica ambientale legati a impatti che sono distinti e complementari rispetto alla valutazione dei rischi per la salute e l'ambiente valutati nel contesto delle procedure di autorizzazione di cui alla direttiva 2001/18/CE e al regolamento n. 1829/2003, relativi al mantenimento e allo sviluppo di pratiche agricole che combinano al meglio la produzione e la sostenibilità degli ecosistemi o al mantenimento della biodiversità locale, compresi taluni habitat ed ecosistemi, o determinati tipi di caratteristiche naturali e paesaggistiche, nonché funzioni e servizi ecosistemici specifici>>; 6) non impedire, in ogni caso, le attività di monitoraggio e ricerca sugli OGM, soprattutto a carattere privato, in quanto necessari all'Unione per migliorare continuamente la propria disciplina²⁴⁶.

L'art. 1 integra l'art. 26bis richiedendo l'applicazione delle misure di contenimento e prevenzione dell'inquinamento transfrontaliero, <<a meno che tali provvedimenti non siano superflui alla luce delle particolari condizioni geografiche>>. Non specificando quali siano queste particolari condizioni geografiche, si può dedurre che siano rappresentate dai c.d. *confini naturali* (ad es. le catene montuose e i mari). In realtà, il fenomeno dell'impollinazione difficilmente conosce limiti certi. Se ci si limita a ricondurlo all'attività degli insetti, il dato normativo potrebbe anche essere valido, ma è opportuno ricordare come all'impollinazione contribuiscono anche esemplari di specie più grosse, quindi in grado di superare tali confini: esistono, infatti, in natura l'impollinazione "*ornitogama*" (il cui vettore sono gli uccelli), la "*chiropterogama*" (pipistrelli), ed altre forme di impollinazione "*zoogama*" (molluschi e rettili). Per quanto riguarda gli agenti naturali, l'impollinazione

²⁴⁶ Consideranda n. 1, 2, 3, 9, 10, 15, 16, 19 e 20, direttiva 2015/4.

avviene soprattutto tramite l'attività del vento, la c.d. impollinazione "anemogama".

Il nuovo art. 26ter si occupa della procedura di adeguamento geografico in seguito all'autorizzazione di un determinato OGM. Il divieto può essere nazionale o solo per una parte del territorio²⁴⁷, e nel caso non venga presentata alcuna domanda, lo Stato può comunque vietare o limitare la coltivazione <<a condizione che tali misure siano conformi al diritto dell'Unione, motivate e rispettose dei principi di proporzionalità e di non discriminazione e, inoltre, che siano basate su fattori imperativi quali quelli connessi a: obiettivi di politica ambientale; pianificazione urbana e territoriale; l'uso del suolo; gli impatti socio-economici; l'esigenza di evitare la presenza di OGM in altri prodotti, fatto salvo l'articolo 26 bis; gli obiettivi di politica agricola; l'ordine pubblico>>.

²⁴⁷ <<Nel corso della procedura di autorizzazione di un determinato OGM o del rinnovo dell'autorizzazione, uno Stato membro può chiedere di adeguare l'ambito geografico dell'autorizzazione scritta o dell'autorizzazione in modo che tutto il territorio di tale Stato membro o parte di esso debba essere escluso dalla coltivazione. Tale domanda è comunicata alla Commissione al più tardi entro 45 giorni dalla trasmissione della relazione di valutazione effettuata a norma dell'articolo 14, paragrafo 2, della presente direttiva oppure dal ricevimento del parere dell'Autorità a norma dell'articolo 6, paragrafo 6, e dell'articolo 18, paragrafo 6, del regolamento (CE) n. 1829/2003. La Commissione presenta senza indugio la domanda dello Stato membro al notificante/richiedente e agli altri Stati membri. La Commissione pubblica la domanda per via elettronica. Entro 30 giorni dalla presentazione della domanda da parte della Commissione, il notificante/richiedente può adeguare o confermare l'ambito geografico della sua notifica/richiesta. In mancanza di conferma, l'ambito geografico della notifica/richiesta è adeguato di conseguenza nell'autorizzazione scritta rilasciata a norma della presente direttiva e, se del caso, nella decisione emessa conformemente all'articolo 19 della presente direttiva, nonché nella decisione di autorizzazione adottata a norma degli articoli 7 e 19 del regolamento (CE) n. 1829/2003. L'autorizzazione scritta rilasciata a norma della presente direttiva e, se del caso, la decisione emessa conformemente all'articolo 19 della presente direttiva, nonché la decisione di autorizzazione adottata a norma degli articoli 7 e 19 del regolamento (CE) n. 1829/2003, sono quindi emesse sulla base dell'ambito di applicazione geografico modificato. Se la domanda di cui al paragrafo 1 del presente articolo è comunicata alla Commissione dopo la data di trasmissione della relazione di valutazione effettuata a norma dell'articolo 14, paragrafo 2, della presente direttiva oppure dopo il ricevimento del parere dell'Autorità a norma dell'articolo 6, paragrafo 6, e dell'articolo 18, paragrafo 6, del regolamento (CE) n. 1829/2003, il termine per l'emissione dell'autorizzazione scritta di cui all'articolo 15 della presente direttiva o, a seconda del caso, il termine per la presentazione al comitato di un progetto di decisione da adottare sono prorogati una sola volta di 15 giorni indipendentemente dal numero di Stati membri che presentano tale domanda>>.

Il merito del testo riformato risiede nella possibilità, per ciascuno Stato, di avvalersi di un'autonoma procedura di limitazione o divieto per colture OGM, potendo quindi evitare di appellarsi alle clausole di salvaguardia ed alle misure di emergenza ai sensi dell'articolo 23 della direttiva 2001/18/CE e dell'articolo 34 del regolamento n. 1829/2003 sulla base, a seconda dei casi, di nuove o ulteriori informazioni divenute disponibili dopo la data dell'autorizzazione e che riguardano la valutazione di rischi ambientali o di una nuova valutazione delle informazioni esistenti. Non bisogna però trascurare due punti fondamentali e critici: la domanda deve essere in ogni caso sottoposta al vaglio della Commissione, che quindi ha un ruolo fondamentale nella procedura, e il mantenimento della possibilità di circolazione e ricerca di prodotto OGM per tutto il territorio dell'Unione Europea. Nel primo caso, si cade in una sorta di contraddizione, con riflessi importanti soprattutto in campo economico, poiché uno Stato, pur decidendo di avvalersi di tale meccanismo, sarà costretto all'importazione di prodotti modificati, ed il sospetto di logiche economiche distorte è più che lecito. Nel secondo caso, l'attività dei privati comporterà necessariamente un concorrenza "falsata" con la ricerca pubblica. Nonostante, quindi, una maggiore attenzione posta alla tutela dell'ambiente, e quindi della diversità biologica, quest'ultima riveste solo un profilo marginale, quale limite per differenti attività economiche.

3.4 I PRINCIPALI RISCHI PER LA BIODIVERSITA' E LA POLITICA DEL *RISK MANAGEMENT*

Una volta chiarito il contesto normativo sugli OGM, è opportuno soffermarsi sul rapporto benefici/rischi che questi comportano o potrebbero comportare.

A causa della relativa “giovinezza” degli OGM, non è possibile affermare con certezza quali siano i rischi. Numerosi studi tuttavia sono stati compiuti, analizzando vari tipi di effetti, sia sull’ambiente sia sulla salute umana, spesso con risultati preoccupanti, soprattutto in relazione ai due prodotti largamente utilizzati: il mais OGM Monsanto Mon810²⁴⁸ e l’erbicida Roundup²⁴⁹. I rischi maggiormente rilevanti per la biodiversità possono essere così suddivisi: impatto su organismi più piccoli e maggiormente fragili (es. insetti), la cui attività costituisce una risorsa inestimabile per l’ambiente; possibilità di sviluppo di ibridazione transgenica, accompagnata ad una graduale sostituzione delle specie “naturali” più deboli; inquinamento dell’ambiente. Per ciascuna categoria forniremo alcuni esempi supportati da recenti studi, al fine di esemplificare il tema.

Uno degli effetti ancora in fase di studio è il “*colony collapse disorder*” dell’*apis mellifera* (c.d. *sindrome da abbandono dell’alveare*): i ricercatori hanno scoperto che le concentrazioni di glifosato coerenti con il tipo di esposizione associata a pratiche di spruzzatura standard in agricoltura OGM, ed in ecosistemi limitrofi, riduce la sensibilità delle api a giungere al nettare e compromette la loro capacità di apprendimento, due conseguenze comportamentali che possono incidere negativamente sulle loro capacità di sopravvivenza²⁵⁰.

Inoltre, mentre dosi sub-letali non sono risultate influire palesemente sul loro comportamento di foraggiamento, si ipotizza che a causa della loro resistenza le api foraggiatrici potrebbero diventare una fonte di costante afflusso di nettare con tracce di glifosato che potrebbe poi essere distribuito tra le

²⁴⁸ Mais contenente la proteina bt dal batterio *Bacillus thuringiensis*, con azione insetticida se ingerito da insetti infestanti.

²⁴⁹ Prodotto a base di glifosato, un analogo aminofosforico della glicina, inibitore dell’enzima 3-fosfoshikimato 1-carbossiviniltransferasi (EPSP sintasi).

²⁵⁰ Consultabile su <http://jeb.biologists.org/content/early/2014/07/23/jeb.109520.short>.

compagne di nido, e immagazzinato nell'alveare e avere conseguenze negative a lungo termine sulle prestazioni colonia. Come si osserverà nel capitolo 3.4.1 l'attività delle api può comportare conseguenze non solo sul piano esclusivo della biodiversità, ma anche a carattere economico tramite il c.d. *inquinamento transgenico*.

Il tema dell'ibridazione transgenica può essere introdotto a monte con un esempio maggiormente verificabile: la modificazione del DNA dell'organismo tramite l'alimentazione e la successiva dispersione accidentale nell'ambiente.

L'uso degli OGM come mangime nell'itticoltura è un fenomeno che ha avuto una grande crescita nell'ultimo ventennio, soprattutto per quanto riguarda il salmone: *<<as a result of the increasing production of salmon and other fish species and decreasing availability of fishmeal, which has been the main dietary protein source, especially for piscivorous fish, plant protein sources are increasingly being used in diets to obtain a cost-efficient, sustainable aquaculture industry>>*^{251 252}.

La necessità di immettere sul mercato un maggior quantitativo di esemplari, dunque, costringe gli allevatori all'impiego di tecniche "contronatura", basandosi su un'alimentazione errata degli esemplari. Partendo dal basilare presupposto che l'organismo subisce modificazioni anche in base al nutrimento, *<<the main findings reported that fish fed the diet containing GM maize had significantly lower feed intake, resulting in reduced growth, but with no differences in feed conversion or digestibility [...]. This may require additional energy, thus affecting growth, and may also render the fish more*

²⁵¹ AA.VV., *Effects of oral Bt-Maize (MON810) exposure on growth and health parameters in normal and sensitised Atlantic salmon*, in *British Journal of nutrition*, vol. 109, issue 8, 2013 pp. 1408 – 1423 e AA.VV., *Are apparent negative effects of feeding GM MON810 maize to Atlantic salmon caused by confounding factors?*, in *British Journal of nutrition*, vol. 106, issue 1, 2011, pp. 42 – 56.

²⁵² Entrambi gli studi comparano gli effetti dell'alimentazione dei salmoni sia con mais OGM che con mais tradizionale. I risultati che prenderemo in considerazione per l'economia della tesi, naturalmente, riguardano i primi.

vulnerable to infectious diseases or other secondary stressor>>.²⁵³ Nonostante quindi un'evidente riduzione della crescita, questo tipo di dieta non intacca i meccanismi di digestione ed assimilazione dei valori (animali e successivamente umani) del pesce, che però a seguito di questa dieta mostra particolari tendenze ad ammalarsi, inficiando quindi, direttamente, la qualità dell'alimentazione umana²⁵⁴.

Il caso del *salmon salar* nutrito con OGM può portarci quindi al passaggio successivo: se un *essere senziente* subisce modificazioni del suo DNA e la sua attività non è circoscritta cronologicamente e territorialmente, come nel caso dell'itticoltura, le conseguenze ecosistemiche, allorché non certamente prevedibili, potenzialmente potrebbero risultare estremamente rilevanti. La multinazionale canadese Aquabounty è riuscita a creare in laboratorio una sorta di *supersalmone*, l'"*AquAdvanced Salmon*"²⁵⁵, in grado di mantenere un processo di crescita e sviluppo in un ciclo annuale, al posto del comune salmone Atlantico il cui sviluppo avviene in primavera ed estate, in modo da avere un esemplare completamente formato in 16 – 18 mesi, contrariamente ai tradizionali tre anni.

La FDA nel 2010 ha escluso che la produzione possa comportare rischi ambientali in seguito ad una possibile fuga, ma ha prescritto che siano adottate misure di contenimento particolarmente rigide. La rassicurazione dell'Agenzia, <<*in conclusion, all of the data and information we reviewed really drive us to the conclusion that AquAdvantage salmon is Atlantic salmon,*

²⁵³ Ibidem.

²⁵⁴ Ibidem: <<*The Bt-Maize appeared to cause changes in nutrient metabolism, either locally in the intestine or sistemically, as indicated by the reduced whole body lipid content and lipid retention efficiency, a response not previously observed in Bt maize fed salmon. [...] Lower activity of the brush-border enzyme leucine aminopeptidase in PI may indicate that the growth led to an increase in immature epithelial cells that had not developed full functionally*>>.

²⁵⁵ Dotato di tre cromosomi anziché due, incorpora un gene da un salmone *Chinook*, che porta una sola copia del α -forma stabilmente integrato del gene costruito opAFP-GHc2 alla α -locus in linea EO-1 α .

and food from AquAdvantage salmon is as safe as food from other Atlantic salmon>>²⁵⁶, si scontra però con uno studio effettuato nel 2013 presso la Newfoundland's Memorial University del Quebec²⁵⁷. Utilizzando un classico approccio precauzionale, quindi basandosi su una ridotta ma astrattamente avverabile possibilità di dispersione nell'ambiente e di riproduzione con altre specie, ad es. trote, che avviene in natura con probabilità di circa l'un per cento, il team di scienziati evidenzia come *<<despite the apparent low probability for genetic introgression into the brown trout genome, the ecological consequences of decreased salmon growth in the presence of transgenic hybrids indicate that hybridization is relevant to risk assessments. Although transgenic hybrids would probably be rarer in the wild than in our experiment, our results indicate that transgenic hybrids have a competitive advantage over salmon in at least some semi-natural conditions. [...]. We suggest that hybridization of transgenic fishes with closely related species represents potential ecological risks for wild populations and a possible route for introgression of a transgene, however low the likelihood, into a new species in nature*>>. L'ibridazione transgenica comporterebbe gravi ripercussioni sulla biodiversità, in quanto in grado di creare nuove specie fertili, maggiormente resistenti e più forti, in grado di soppiantare le specie "naturali".

Se si sposta l'attenzione da un'analisi esclusiva sugli OGM ai prodotti specifici per la loro cura, i pericoli sono altrettanto presenti.

Negli USA, dove la legislazione sull'etichettatura è indirizzata più al soddisfacimento della curiosità dei consumatori, che alla tutela di salute ed ambiente, con relativo accollo dei rischi per la comunità, la coltivazioni di mais

²⁵⁶ <http://abcnews.go.com/Health/WellnessNews/fda-unable-reach-conclusion-genetically-modified-salmon/story?id=11682586>.

²⁵⁷ Consultabile su <http://rspb.royalsocietypublishing.org/content/280/1763/20131047#sec-10>.

e soia OGM è estremamente diffusa, soprattutto nella zona “corn belt”. Secondo i dati raccolti dagli esperti, ben 21 specie di erbe infestanti, il 75% delle quali è stato documentato dal 2005, hanno sviluppato la tolleranza a più di un erbicida a base di glifosato²⁵⁸. Le “erbacce” hanno sviluppato diversi sistemi biochimici di resistenza, ad esempio possono produrre un enzima che è insensibile al diserbante, oppure sequestrare il glifosato nei tessuti fogliari in modo da traslocarlo gradualmente in tutta la pianta in concentrazioni che risultano quindi meno tossiche. Il fenomeno è legato soprattutto all’adozione di varietà geneticamente modificate contenenti il tratto di resistenza al glifosato. Il massiccio utilizzo di questa tipologia di diserbanti, unita ad una sempre maggior resistenza di piante ed insetti ha portato a conseguenze opposte a quelle sperate: un incremento quantitativo di erbicidi, con il conseguente aumento della loro presenza anche nelle acque e lo sviluppo di geni resistenti tra piante ed insetti infestanti^{259 260}.

Una volta svolta questa veloce panoramica, resta da chiedersi quale sia l’approccio per la gestione del rischio più utile da adottare, senza basarsi sulla classica dicotomia aprioristica OGM sì/OGM no.

Come abbiamo notato in precedenza, l’approccio precauzionale è richiesto dalla normativa comunitaria. Il suo sviluppo può essere scaglionato in tre grandi fasi. Nella prima metà degli anni ottanta la comunità scientifica, le grandi imprese e i regolatori guardarono con estremo entusiasmo il progresso tecnologico, adottato una politica di “rassicurazione” della collettività, come spesso accade, a discapito dell’adozione di misure giustificate dai rischi seppur

²⁵⁸ I dati sono stati raccolti dalla Penn State University (USA), consultabili su [://www.iatp.org/files/Mortensen%20et%20al%20%202012%20%20Navigating.pdf](http://www.iatp.org/files/Mortensen%20et%20al%20%202012%20%20Navigating.pdf).

²⁵⁹ Uno studio sulla presenza di glifosato nel fiume Mississippi dal 1995 al 2007 ha fornito risultati preoccupanti, a causa anche delle precipitazioni contenenti il medesimo prodotto.

²⁶⁰ Consultabile su <http://www.reduas.fcm.unc.edu.ar/wp-content/uploads/downloads/2012/07/glifo-en-agua-USA-enero-2012.pdf>.

prospettati. A partire dagli anni novanta alcune multinazionali, ormai leader nel settore, frustrate dall'applicazione del principio di precauzione e dai ritardi che questo comportava, iniziarono una politica di pressione sulle istituzioni tipica del lobbying per uno snellimento delle procedure, soprattutto negli USA. Dalla metà degli anni novanta tale sistema è giunto alla formulazione attuale, in cui gruppi di interesse sono direttamente coinvolti nelle attività di regolazione e gestione del mercato, a volte ignorando l'opinione pubblica.

In primis, un'efficace politica di risk management deve superare un'evidente lacuna: <<*for the risk governance of many technologically innovative products, where the pace of development is very rapid, products appear on the market before there is time to begin to explore, far less prevent, any negative societal impacts*>>²⁶¹. La velocità dell'innovazione unita ad una mancanza a monte di controllo su attività più delicate e ad un'intensa competizione sviscerisce il senso dell'approccio precauzionale, trasformandolo, solo quando possibile, in preventivo. <<*Ideally, public policy makers and regulators should take the lead in managing the framing of the risk and benefits of new technology to minimise the biases likely to be introduced by both industry and public advocacy groups*>>²⁶²: creare una cornice di standards, superando il classico modello autorizzatorio, per il coinvolgimento di tutti i soggetti interessati potrebbe non solo comportare un processo di responsabilizzazione, ma anche fondere le volontà di entrambe le parti, pubbliche e private. I criteri utilizzabili potrebbero essere i seguenti: analisi della normativa precedente ancora applicabile; valutazione dei pro e contra dei diversi approcci; prevedibilità del progresso (*ricerca sulla ricerca*); differenziazione del grado di influenza da

²⁶¹ J. TAIT, *Risk government of genetically modified crops*, in O. RENN, K. WALKER, *Global risk Governance*, Springer, Dordrecht, 2013, p. 148.

²⁶² *Ibidem* p. 149.

attribuire ai soggetti interessati o gruppi di interesse nei meccanismi decisionali.

Lo sviluppo di un modello di analisi precauzionale internazionale resta tutt'ora una sfida ostica, ma probabilmente necessaria, tenendo conto dell'interesse globale alla tutela della biodiversità. Gli obiettivi che dovrebbero essere raggiunti sono lo sviluppo di un sistema *effettivo e imparziale* di partecipazione di ogni soggetto interessato, il supporto all'azione individuale quando troppo onerosa e discriminata, il mantenimento e l'implementazione dell'integrità dell'evidenza nei processi decisionali e l'irrobustimento dei criteri e degli strumenti di tutela, *ex novo* o già esistenti.

3.4.1 LA SENTENZA BABLOK E A. C. FREISTAAT BAYERN: LA CONTAMINAZIONE TRANSGENICA

Un procedimento naturale che riveste estrema importanza nell'analisi dei rischi e della disciplina degli OGM è il "*trasferimento genico orizzontale*" (TGO), ossia il trasferimento di materiale genetico da una cellula ad un'altra non discendente.²⁶³ Quando questo avviene in normali colture, può avvenire un incrocio tra specie; quando una di queste contiene materiale genetico modificato, la struttura "naturale" del DNA rischia di essere modificata artificialmente in alcuni suoi tratti.

In un rapporto del 14 marzo 2014 la FAO ha denunciato un aumento sproporzionato della contaminazione in prodotti e mangimi, ricevendo 198 segnalazioni del fenomeno in 75 paesi diversi, tra cui anche l'Italia²⁶⁴.

Tenendo presente che circa 17 paesi non hanno una normativa puntuale e ben 55 hanno adottato un regime di tolleranza zero, un qualsiasi incidente di

²⁶³ Il trasferimento genico verticale avviene nel procedimento di riproduzione.

²⁶⁴ Renata Clarke, Nutrition Officer FAO ha dichiarato: <<Più test si fanno, più controlli si effettuano, e più casi si trovano>>.

percorso di questo tipo può comportare conseguenze giuridiche, anche gravi, potendosi l'organismo spostarsi tra paesi con regimi differenti.

Il tema è stato oggetto di una recente pronuncia della Corte di Giustizia a conclusione della causa C-442/09, in cui i giudici dell'Unione hanno affrontato la questione sulla coesistenza tra colture geneticamente modificate e tradizionali. La vicenda all'origine della controversia riguarda la contaminazione accidentale di miele ed altri prodotti apistici da parte di polline di mais geneticamente modificato MON 810²⁶⁵, la cui coltivazione in Germania è stata vietata nel 2009 dal Bundesamt für Verbraucherschutz und Lebensmittelsicherheit (l'ente federale per la tutela dei consumatori), dopo l'autorizzazione all'immissione del 1998. Nel 2005 nel polline di mais estratto dal sig. Bablok, apicoltore amatore e produttore per l'autoconsumo o la piccola vendita, dagli alveari posti a una distanza di 500 metri dai terreni del Freistaat Bayern (un Land della Baviera proprietario di diversi terreni con colture sperimentali di MON 810) è stata riscontrata la presenza di DNA di mais OGM e di proteine transgeniche, circa il 4,1% in proporzione. Inoltre è stata rilevata in alcuni campioni di miele la presenza di esigui quantitativi di polline OGM. Lamentando l'accaduto, l'apicoltore ha adito il Bayerischer Verwaltungsgerichtshof, il tribunale amministrativo della Baviera, il quale ha constatato come il polline incriminato, una volta incorporato nel miele o negli integratori, perda la propria capacità riproduttiva. Al contempo però ha sollevato due questioni pregiudiziali sulla necessità di un'apposita autorizzazione per l'immissione. La prima verte sulla determinazione del polline del mais OGM che abbia perso la capacità riproduttiva e quindi non in

²⁶⁵ Una linea di *Zea mays* della compagnia Monsanto geneticamente modificata con la capacità di combattere la perdita di raccolto causata dagli insetti. Il tutto è dovuto ad un gene inserito nel DNA del mais MON 810, che permette alla pianta di produrre una proteina che danneggia gli insetti che cercano di nutrirsi. Il gene inserito è tratto dal *Bacillus thuringiensis* che produce la Delta-endotossina, sostanza velenosa per i lepidotteri.

grado di trasferire il materiale genetico: la Corte fornisce una risposta negativa in base all'art. 2, punto 5, reg. 1829/2003^{266 267 268}.

La seconda, subordinata alla risposta negativa della prima, interroga il Giudice se <<gli artt. 2, punti 1, 10, 13, e 3, n. 1, lett. c), del regolamento n. 1829/2003, l'art. 2 del regolamento n. 178/2002 nonché l'art. 6, n. 4, lett. a) della direttiva 2000/13, debbano essere interpretati nel senso che, qualora una sostanza, come il polline contenente DNA e proteine geneticamente modificati, non possa essere considerata un OGM, prodotti quali il miele e gli integratori alimentari contenenti una siffatta sostanza costituiscono, ai sensi dell'art. 3, n. 1, lett. c), del regolamento n. 1829/2003, «alimenti (...) che contengono ingredienti prodotti a partire da OGM».²⁶⁹ In questo caso la risposta è affermativa, in quanto il polline rientra tra le sostanze ritenute componenti naturali del miele ai sensi dell'Allegato II, dir. 2001/110, ed è quindi qualificato come ingrediente del prodotto finito, senza che rilievi il carattere accidentale o intenzionale della contaminazione. Pertanto è necessaria l'applicazione del regime di autorizzazione all'immissione in commercio, etichettatura e monitoraggio previsto dal reg. 1829/2003, poiché la soglia dello 0,9% ex art. 12, n. 2 si applica all'etichettatura, mentre la soglia

²⁶⁶ <<Un organismo (...) il cui materiale genetico è stato modificato in modo diverso da quanto avviene in natura con l'accoppiamento e/o la ricombinazione genetica naturale>>.

²⁶⁷ Punto 60: <<poiché è pacifico che il polline di cui trattasi nella causa principale ha perso ogni capacità riproduttiva concreta e individuale, spetta al giudice del rinvio verificare se il polline sia in grado, peraltro, di «trasferire materiale genetico», prendendo debitamente in considerazione i dati scientifici disponibili e ogni forma di trasferimento di materiale genetico scientificamente dimostrata>>.

²⁶⁸ <<Le conclusioni dell'avvocato generale, che portano al rigetto delle definizioni più ampie di OGM e, cioè, comprensive non solo di esseri viventi completamente capaci di riprodursi o di trasferire materiale genetico, ma anche di entità biologiche morte si soffermano, in dettaglio, sulla nozione di trasferimento genetico orizzontale riguardante l'assorbimento del materiale, da parte di microorganismi presenti nell'ecosistema, o perfino, nell'apparato digerente umano>>. Così in S. MASINI, *Sul dialogo tra scienza e giudici in materia di api e OGM*, in *Diritto e giurisprudenza agraria, alimentare e dell'ambiente*, fasc. 9, 2011, p. 546.

²⁶⁹ Cfr. punto 68.

in deroga dello 0,5% prevista dall'art. 47²⁷⁰ ha cessato di esistere trascorsi tre anni e si riferisce solo all'etichettatura, non alla procedura di autorizzazione che resta vincolante.

Le conseguenze sul mercato e sull'ambiente possono essere totalmente negative: i piccoli produttori dovranno certificare l'assoluta mancanza di DNA OGM nei loro prodotti, sostenendo costi ingenti, e in caso sfavorevole richiedere anche l'autorizzazione all'immissione in commercio, aggravando la loro situazione economica, mentre più in generale viene limitata la libertà di scelta sul metodo di coltivazione, essendo sempre esposti al rischio di contaminazione²⁷¹.

Gli effetti sulla biodiversità non appaiono, in ipotesi e nella realtà, meno negativi. Il polline dei transgeni ha l'attitudine a sfuggire al controllo spazio-temporale, ed essendo più instabile²⁷² si ricombina passando per virus, batteri e funghi per poi infiltrarsi in altri organismi viventi. Questo sistema esula da ogni logica di previsione, rendendo *de facto* inutili i normali accorgimenti (come soglie minime di distanza dei campi)^{273 274}.

²⁷⁰ << La presenza negli alimenti o nei mangimi di materiale che contenga OGM o sia costituito o derivato da OGM in proporzione non superiore allo 0,5 % non è considerata una violazione dell'articolo 4, paragrafo 2, né dell'articolo 16, paragrafo 2 [...]>>.

²⁷¹ Si veda l'appello di Unaapi e Conapi all'allora Ministro dell'agricoltura Romano, consultabile su http://www.mieliditalia.it/images/stories/sito/documenti/lettere/lett_unaapi_conapi_a_mipaaf_sent_enzaogm_8_set_2011.pdf.

²⁷² In quanto sintesi approssimativa di un gene naturale, combinato con geni di resistenza ad antibiotici.

²⁷³ il trasferimento genico orizzontale naturale non avviene per caso, ma è causale (promosso o provocato da motivi ambientali) ed è preciso, mentre il trasferimento genico orizzontale artificiale, cioè provocato dal DNA transgenico, è casuale, impreciso ed inaffidabile. Inoltre, il TGON avviene con una frequenza pari a 1, mentre il TGOA avviene con una frequenza pari a 1000.

²⁷⁴ Così in P. PERRINO, dirigente di ricerca C.N.R., *DNA transgenico, il vero flagello dell'ingegneria genetica*, su <http://www.biodinamica.org/2010/09/dna-transgenico-il-vero-flagello-dell%E2%80%99ingegneria-genetica>.

La stessa direttiva 18/2001 consente l'adozione di misure statali espressamente volte ad evitare presenze involontarie di OGM, ex art. 26bis²⁷⁵. Queste misure però non possono assolutamente consistere in una autorizzazione nazionale per organismi già autorizzati ai sensi del diritto europeo, che in seconda battuta si sostituisca a quella unica europea prevista dalla medesima direttiva. Nella causa C-542/12 la Corte di Giustizia risponde negativamente alla questione sollevata dal giudice di rinvio sul <<se la procedura nazionale di autorizzazione di autorizzazione applicabile alla messa in coltura di varietà del mais MON 810, autorizzate ai sensi dell'art. 20 del reg. n. 1829/2003 iscritte nel catalogo comune in applicazione della direttiva 2002/53, possa costituire essa stessa una misura di coesistenza ai fini dell'art. 26bis della dir. 2001/18, in quanto sarebbe specificamente volta a tutelare il principio di coesistenza>>²⁷⁶.

Una possibile soluzione normativa è attualmente al vaglio del Senato. Il disegno di Legge 1345/2014, trasmesso dalla Camera al Senato il 27 febbraio mira ad introdurre nel Codice penale specifici delitti a salvaguardia dell'ambiente. In particolare all'art. 452bis recita: << è punito con la reclusione da due a sei anni e con la multa da euro 10.000 a euro 100.000 chiunque, in violazione di disposizioni legislative, regolamentari o amministrative, specificamente poste a tutela dell'ambiente e la cui inosservanza costituisce di per se illecito amministrativo o penale, cagiona una compromissione o un deterioramento rilevante: 1) dello stato del suolo, del sottosuolo, delle acque o

²⁷⁵ <<Gli Stati membri possono adottare tutte le misure opportune per evitare la presenza involontaria di OGM in altri prodotti.

La Commissione raccoglie e coordina le informazioni basate su studi condotti a livello comunitario e nazionale, osserva gli sviluppi quanto alla coesistenza negli Stati membri e, sulla base delle informazioni e delle osservazioni, sviluppa orientamenti sulla coesistenza di colture geneticamente modificate, convenzionali e organiche>>.

²⁷⁶ Cfr. punti 26 e 27.

dell'aria; 2) dell'ecosistema, della biodiversità, anche agraria, della flora o della fauna selvatica>>.

Uno strumento che, unito alle politiche restrittive sulle colture OGM nel nostro paese, potrebbe contribuire alla prevenzione di numerosi rischi, sempre a patto che tali accorgimenti vengano presi non esclusivamente dall'Italia.

3.4.2 L'IMPIEGO CONFINATO DEI MICRORGANISMI GENETICAMENTE MODIFICATI (MOGM)

Ulteriori rischi nel campo delle biotecnologie riguardano l'impiego dei microrganismi geneticamente modificati. Con tale definizione si intende <<*un microrganismo il cui materiale genetico è stato modificato in un modo non naturale mediante moltiplicazione o ricombinazione naturale*>>, ai sensi dell'art. 2, lett. b), direttiva 1990/219/CEE, poi "confluita" per esigenze di chiarezza nella dir. 2009/41/Ce e che costituisce l'impianto normativo di base. La definizione ricalca quindi quella che la dir. 18/2001 dà degli OGM, con l'evidente differenza che in questo caso si tratta di *microrganismi*, ossia <<*ogni entità microbiologica, cellulare e non cellulare, capace di replicarsi o di trasferire materiale genetico, compresi virus, viroidi e cellule animali e vegetali in coltura*>>²⁷⁷, utilizzati soprattutto in campo medico (basti pensare all'insulina), ma anche in quello alimentare, come dimostra il diffuso impiego di caglio²⁷⁸ batterico nel latticini che gradualmente ha sostituito quello animale o vegetale a discapito della qualità.

²⁷⁷ Art. 2, lett. a).

²⁷⁸ Una miscela composta da vari tipi di proteasi, tra cui la chimosina, in grado di scindere la κ-caseina, proteina idrofila presente nel latte, e di provocare la coagulazione delle rimanenti caseine, idrofobe. La produzione animale avviene tramite l'estrazione della sostanza dall'abomaso; quella microbica tramite l'utilizzo della muffa *Mucor miehei*.

Così come per gli OGM, anche in questo caso siamo in presenza di attività rischiose, che in maniera subdola, ma efficace, si servono dell'ambiente e delle sue regole come vettore per la loro diffusione. La direttiva del 2009 ha come obiettivo principale quello di evitare qualsiasi tipo di effetto nocivo, derivante dal c.d. *impiego confinato*²⁷⁹ di MOGM.

La consueta valutazione preventiva, di cui all'art. 4, si basa sulla tipizzazione degli effetti potenzialmente nocivi²⁸⁰ (ed ovviamente sulla gravità e sulla probabilità di avvenimento) e sulle tecniche utilizzate, ai sensi dell'allegato III²⁸¹.

Al termine della valutazione si ottiene la classificazione finale degli impieghi confinati in quattro classi, corrispondenti all'entità dei rischi, determinando quale livello di contenimento applicare in base all'art. 5: operazioni che presentano rischi nulli o trascurabili, ovvero operazioni per le quali un livello 1 di contenimento è adeguato a proteggere la salute umana e l'ambiente (Classe I); operazioni a basso rischio, ovvero operazioni per le quali un livello 2 di contenimento è adeguato a proteggere la salute umana e l'ambiente (Classe 2); operazioni che presentano un rischio moderato, ovvero operazioni per le quali un livello 3 di contenimento è adeguato a proteggere la salute umana e l'ambiente (Classe 3); operazioni ad alto rischio, ovvero operazioni

²⁷⁹ Ai sensi dell'art. 2, lett. c), si intende <<ogni attività nella quale i microrganismi sono modificati geneticamente o nella quale tali MGM sono messi in coltura, conservati, trasportati, distrutti, smaltiti o altrimenti utilizzati, e per la quale vengono usate misure specifiche di contenimento al fine di limitare il contatto degli stessi con la popolazione e con l'ambiente e per garantire a questi ultimi un livello elevato di sicurezza>>.

²⁸⁰ <<Affezioni per gli esseri umani, inclusi gli effetti tossici o allergici; malattie per animali o piante; effetti deleteri dovuti all'impossibilità di curare la malattia o di predisporre un'efficace profilassi; effetti deleteri dovuti allo stabilimento o alla diffusione nell'ambiente; effetti deleteri dovuti al trasferimento per via naturale ad altri organismi del materiale genetico inserito>>.

²⁸¹ Gli elementi da valutare sono: il microrganismo ricevente, il materiale genetico inserito, il vettore, il microrganismo donatore e l'MOGM ottenuto, nonché le caratteristiche dell'operazione.

per le quali un livello 4 di contenimento è adeguato a proteggere la salute umana e l'ambiente (Classe 4)²⁸².

In applicazione del principio di precauzione, nel caso vi siano dubbi sulla classe di appartenenza, ai sensi del comma 4, si applica il regime più rigoroso, *<<a meno che vi sia prova sufficiente, d'intesa con l'autorità competente, che giustifichi l'applicazione di misure meno rigorose>>*.

Al primo impiego confinato in un impianto è richiesta una notifica preventiva all'autorità competente, che ciascuno Stato designerà, come previsto all'art. 10, contenente dei requisiti prescritti dall'allegato V. Si tratta di basilari informazioni che accertino, almeno nella fase iniziale, l'idoneità e la competenza nello svolgimento di queste attività delicate: il nome dell'utilizzatore e dei responsabili della sicurezza; la classe degli impieghi confinati; una descrizione della natura delle attività; l'ubicazione e una descrizione generale degli impianti.

I successivi impieghi in classe 1 non necessitano poi di ulteriori notifiche; con riguardo alla classe 2, sia in occasione del primo impiego che dei successivi, è necessaria una notifica contenente i requisiti richiesti dall'allegato V, lett. B²⁸³, tramite un meccanismo simile alla d.i.a. (eseguibile quindi immediatamente dopo la notifica, senza necessità di risposta) oppure in applicazione del silenzio assenso entro un termine di quarantacinque giorni se non vi è stata

²⁸² L'allegato IV è composto da differenti tabelle relative alla classe di appartenenze e al luogo di impiego (laboratorio, serra o camera di crescita, animali o luoghi diversi dal laboratorio). Oltre alla "buona prassi microbiologica", si richiede il rispetto delle basilari norme igienico-sanitarie, l'impiego di personale specializzato e di pratiche adeguate al verificarsi di qualsiasi inconveniente.

²⁸³ *<<nomi dei responsabili della supervisione e della sicurezza nonché informazioni sulla loro formazione e sulle rispettive qualifiche; microrganismo/i ricevente/i, donatore/i e/o parentale/i usato/i o, se del caso, sistema/i ospite-vettore usato/i; fonte/i e funzione/i prevista/e per il/i materiale/i genetico/i utilizzato/i nella/e modificazione/i; identità e caratteristiche del/i microrganismo/i geneticamente modificato/i; scopo dell'impiego confinato, compresi i risultati previsti; volumi di coltura approssimativi che verranno impiegati; descrizione delle misure di contenimento e delle altre misure di protezione da applicare, incluse informazioni sulla gestione dei rifiuti, compresi i rifiuti che saranno generati, il loro trattamento, la forma e l'impiego finali; informazioni necessarie all'autorità competente per valutare i piani di intervento in caso di emergenza>>*.

una notifica precedente; l'art. 9 impone per le classi 3 e 4 una risposta dell'autorità competente, con un termine di quarantacinque (se vi è stata notifica precedente) o novanta giorni, successivamente alla presentazione della relativa notifica contenente i requisiti ex allegato V, lett. C²⁸⁴.

L' Autorità competente <<esamina la conformità delle notifiche alla presente direttiva, l'accuratezza e la completezza delle informazioni fornite, la correttezza della valutazione di cui all'articolo 4, paragrafo 2 e dell'attribuzione della classe di impiego confinato e, se opportuno, l'adeguatezza delle misure di contenimento e delle altre misure di protezione, della gestione dei rifiuti e delle misure relative alle situazioni di emergenza>>, potendo anche <<chiedere all'utilizzatore di fornire ulteriori informazioni o di apportare modifiche alle modalità dell'impiego confinato proposto o di modificare la classe attribuita all'impiego o agli impieghi confinati. In questo caso, l'autorità competente può richiedere che l'impiego confinato, se proposto, non sia avviato o, se in atto, venga sospeso o vi si ponga fine, fintanto che essa non abbia dato la sua approvazione in base alle ulteriori informazioni ottenute o alle modificate modalità di impiego confinato e delimitare il periodo entro il quale l'impiego confinato è permesso o vincolarlo

²⁸⁴ <<data di presentazione della notifica a norma dell'articolo 6; nomi dei responsabili della supervisione e della sicurezza nonché informazioni sulla loro formazione e sulle rispettive qualifiche; microrganismo/i ricevente/i o parentale/i da impiegare; sistema/i ospite-vettore usato (se del caso); fonte/i e funzione/i prevista/e per il/i materiale/i genetico/i utilizzato/i nella/e modificazione/i; identità e caratteristiche dell'MGM; volumi di coltura che verranno impiegati; descrizione delle misure di contenimento e delle altre misure di protezione che saranno applicate, incluse informazioni circa la gestione dei rifiuti, compresi il tipo e la forma dei rifiuti che saranno generati, il loro trattamento, la forma e l'impiego finali; scopo dell'impiego confinato, compresi i risultati previsti; descrizione delle parti dell'impianto; informazioni circa la prevenzione degli incidenti e gli eventuali piani di intervento in caso di emergenza; eventuali pericoli specifici derivanti dall'ubicazione dell'impianto; misure di prevenzione adottate, come apparecchiature di sicurezza, sistemi di allarme e metodi di contenimento; procedure e piani per la verifica dell'efficacia permanente delle misure di contenimento; descrizione delle informazioni fornite al personale; informazioni necessarie all'autorità competente per valutare i piani di intervento in caso di emergenza, se previsto dall'articolo 13, paragrafo 1; copia della valutazione di cui all'articolo 4>>.

a condizioni specifiche>>,²⁸⁵ ed ha anche il potere di sospendere o vietare l'impiego se, in presenza di nuove informazioni, possono esserci conseguenze significative per il rischio (art. 11).

La direttiva 2001/18 ha trovato applicazione nel nostro diritto tramite il recepimento attuato dal d.lgs. 224/2003. L'art. 2 individua nel Ministero dell'ambiente e della tutela del territorio come l'autorità competente ex art. 10 dir. 2001/18, che opera di intesa, per quanto di rispettiva competenza, con i Ministeri della salute, del lavoro e delle politiche sociali, delle politiche agricole e forestali, delle attività produttive e dell'istruzione, dell'università e della ricerca, coordinando le attività amministrative e tecnico-scientifiche²⁸⁶.

3.5 LE COLTURE OGM NELL'ORDINAMENTO ITALIANO

La dir. 2001/18 è stata recepita in Italia con il d.lgs. 8 luglio 2003, n. 224 e la sua disciplina viene integrata dal meccanismo sanzionatorio del d.lgs. 70/2005 (Disposizioni sanzionatorie per le violazioni del reg. CE 1829 e 1830 del 2003), in particolare riguardo l'immissione in commercio di OGM destinati all'alimentazione umana senza il rilascio dell'apposita autorizzazione.

Inizialmente la politica del nostro paese si è mostrata fortemente contraria alla possibilità di uso di prodotti alimentari geneticamente manipolati²⁸⁷, per

²⁸⁵ Art. 10, commi 2 e 3.

²⁸⁶ Ex art. 10 è istituita anche la Commissione interministeriale di valutazione, con compiti di valutazione degli effetti per la salute umana, animale e dell'ambiente, nonché di verifica della compatibilità delle notifiche e della documentazione con quanto richiesto dalla direttiva.

²⁸⁷ E' il caso del c.d. decreto *Amato* del 4 luglio 2000, che disponeva una sospensione cautelativa del mais BT 11, Mais MON 810, Mais MON 809 e MAIS T25, nonostante l'autorizzazione europea, lamentando una carenza di sicurezza nell'iter autorizzativo. Il TAR del Lazio con la sent. 14477/2004 ha annullato il provvedimento, non evidenziando particolari rischi.

poi adottare un approccio più tollerante, anche a causa delle forti critiche della comunità scientifica²⁸⁸.

Il d.l. 22 novembre 2004, n. 279 (<<*Disposizioni urgenti per assicurare la coesistenza tra le forme di agricoltura transgenica, convenzionale e biologica*>>), poi convertito, con modificazioni, nella l. 5/2005, dichiarato parzialmente incostituzionale.

La legge definisce le tre tipologie di coltura²⁸⁹ e, tramite un meccanismo di piani regionali, assicura l'applicazione del principio di *coesistenza*²⁹⁰.

La Conferenza permanente per i rapporti tra lo Stato, le Regioni e le Province autonome di Trento e di Bolzano era l'ente deputato a definire le norme quadro per la coesistenza (art. 3, comma 1), applicate individualmente tramite i piani regionali ex art. 4. La censura di costituzionalità della sent. 116/2006 coinvolge essenzialmente due punti: la competenza residuale delle Regioni nella materia agricoltura, ex art. 117, comma 4 (in base alle sentenze della Corte Cost. 12 e 282 del 2004) e le modalità di adozione delle norme di coesistenza. Riguardo al primo punto, non è ammissibile l'esclusione dell'intervento statale, avvalorato dalle disposizioni sulla responsabilità dei produttori agricoli, nonché dalla determinazione di principi fondamentali nel caso di materia concorrente. Sul secondo punto, la Corte non ritiene legittimo il ricorso ad un atto <<*dalla indefinibile natura giuridica*>>, privando le Regioni della possibilità di attuare differenziazioni in base alla loro struttura morfologica e produttiva.

²⁸⁸ Si veda l'«*Appello dei 1500 scienziati per la libertà di ricerca*», pubblicato sul Sole 24Ore il 5 novembre 2000.

²⁸⁹ Art. 1, comma 2: << *Ai fini dell'attuazione del presente decreto si intendono per:*
a) *colture transgeniche: le coltivazioni che fanno uso di organismi geneticamente modificati, secondo la definizione di cui all'articolo 3 del decreto legislativo 8 luglio 2003, n. 224; b) colture biologiche: le coltivazioni che adottano metodi di produzione di cui al regolamento (CEE) n. 2092/91 del Consiglio, del 24 giugno 1991; c) colture convenzionali: le coltivazioni che non rientrano in quelle definite alle lettere a) e b).*

²⁹⁰ Art.2, comma 1: << *Le colture di cui all'articolo 1 sono praticate senza che l'esercizio di una di esse possa compromettere lo svolgimento delle altre*>>.

Alla legge regionale spetta quindi l'intervento sulle norme di coesistenza, non potendo però introdurre divieti netti, in contrasto con la normativa europea, ma solo modellando il relativo grado di rigidità.

Nonostante la diversità, possiamo rinvenire dei punti in comune alle differenze esperienze normative locali. Innanzi tutto, ciascuna si è sviluppata "spontaneamente", ossia al di fuori del normale schema di derivazione comunitario. In secondo luogo, sono tutte accumulate da una sorta di volontà di resistere e di timore verso l'introduzione di OGM nel loro territorio²⁹¹. Ed è proprio per questo punto che la sent. 116/2005 riveste una notevole importanza: l'approccio delle Regioni può essere letto come parametro del modello di governance che ciascuna comunità intende adottare, in base allo stato dell'arte in una prospettiva di *jure condendo*^{292 293}.

Nel caso in cui una Regione non abbia adottato l'apposito piano, il Consiglio di Stato con la sent. 8239/2008 non ammette nessun tipo di divieto implicito, che potrebbe portare ad una violazione delle norme comunitarie²⁹⁴.

A causa del quadro normativo non chiaro, la giurisprudenza italiana si è arricchita di conflitti avviati dai produttori di OGM, al fine di poter commercializzare i loro prodotti. La moratoria dal 1999 al 2000 non ha impedito l'immissione in commercio di sementi o prodotti derivati da OGM precedentemente autorizzati, se non per le quattro tipologie menzionate,

²⁹¹ Così in R. MONTANARO, *I procedimenti e le competenze interne*, in *Gli organismi geneticamente modificati*, R. FERRARA, I. M. MARINO (a cura di), CEDAM, 2003, p. 276.

²⁹² Così in A. SPINA, *La regolamentazione degli OGM nelle leggi regionali*, in *Rivista giuridica dell'ambiente*, vol. 21, fasc. 3-4, 2008, pp. 563 – 568.

²⁹³ I divieti possono essere "assoluti" o "relativi". La L.R. Abruzzo all'art. 3 localizza le colture nelle sole aree proprie del demanio regionale, la L.R. Umbria, nonostante ponga un divieto assoluto, <<fa salve le emissioni autorizzate ai sensi della direttiva comunitaria>>.

²⁹⁴ <<Non si può ritenere che in attesa dei c.d. piani di coesistenza regionali, venga meno l'obbligo di istruzione e conclusione dei procedimenti autorizzatori disciplinati, con disposizioni specifiche non toccate, neppure indirettamente, dalla declaratoria di oncostituzionalità, da fonti legislative (e regolamentari) diverse dal d.l. n. 279/2004. Tanto più che, per stessa affermazione della Consulta, non è più discutibile il principio comunitario, ormai recepito nell'ordinamento nazionale, costituito dalla facoltà di impiego di OGM in agricoltura, purchè autorizzati>>.

facendo leva sulla clausola di salvaguardia ex art. 12, reg. CE 258/97²⁹⁵. Secondo le autorità italiane la procedura di autorizzazione si basava su una valutazione erronea, attestata l'assenza della "sostanziale equivalenza"²⁹⁶ rispetto agli omologhi preesistenti.

La CGE, chiamata in causa dal TAR Lazio per alcune questioni pregiudiziali, a seguito dei ricorsi presentate dalle società multinazionali produttrici di mais transgenico, nella pronuncia *Monsanto Agricoltura Italia s.p.a. e altri c. Presidenza Consiglio dei Ministri e altri* del 9 settembre 1993, ha accolto un'interpretazione estensiva dell'equivalenza sostanziale, ricomprendendo nel sintagma anche <<*i nuovi prodotti alimentari che presentano differenze di composizione prive di effetti sulla salute pubblica*>>²⁹⁷. Pertanto, come poi ha statuito successivamente il TAR Lazio²⁹⁸, <<*con questa indicazione, è stata inequivocabilmente superata l'interpretazione dell'Amministrazione statale che legava, invece, l'equivalenza sostanziale all'identità di composizione chimica dei prodotti a confronto*>>: soltanto la ricorrenza di rischi effettivi potenzialmente pericolosi per la salute umana può comportare l'irregolarità della procedura semplificata, non potendosi basare il provvedimento restrittivo su una motivazione a carattere generico.

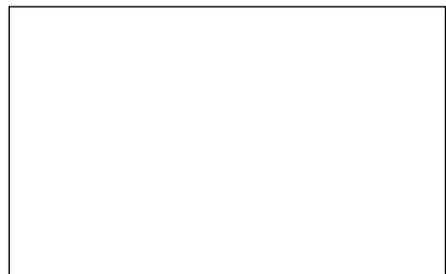
²⁹⁵ <<*Qualora a seguito di nuove informazioni o di una nuova valutazione di informazioni già esistenti, uno Stato membro abbia fondati motivi per ritenere che l'utilizzazione di un prodotto o ingrediente alimentare [...] presenti rischi per la salute umana o per l'ambiente, tale stato membro può limitare temporaneamente o sospendere la commercializzazione e l'utilizzazione sul proprio territorio del prodotto o ingrediente alimentare in questione*>>.

²⁹⁶ Criterio di valutazione dell'impatto di OGM sulla salute umana, elaborato dall'OCSE ed adottato anche dalla FAO: <<*for foods and food components from organisms developed by the application of modern biotechnology, the most practical approach to the determination is to consider whether they are substantially equivalent to analogous food product(s) if such exist... The concept of substantial equivalence embodies the idea that existing organisms used as foods, or as a source of food, can be used as the basis for comparison when assessing the safety of human consumption of a food or food component that has been modified or is new*>>.

²⁹⁷ Cfr. punti 74 e 82, sent. N.236/2003.

²⁹⁸ TAR Lazio Roma, sez. I, 29/11/2004, n. 14477.

CONCLUSIONI



(Karl – Otto Apel)

Una volta terminata la trattazione proposta, possiamo analizzare quelli che sono i tratti salienti della disciplina presa in considerazione.

Come valutazione preliminare, abbiamo notato che, paradossalmente, le norme più dettagliate sono anche le meno vincolanti e rispettate. Il diritto internazionale è sicuramente il terreno più fertile per una normativa sulla biodiversità, visto il carattere transnazionale della materia, e più in generale della tutela dell'ambiente.

Il susseguirsi di numerosi e vari piani d'azione, convenzioni e dichiarazioni quasi mai riesce a realizzare gli obiettivi prefissati, dovendo di volta in volta rimandare le proprie scadenze. Ciò essenzialmente avviene per due

motivazioni. La prima è di carattere economico: tutte le soluzioni proposte, le modalità di intervento e recupero e le innovazioni hanno costi ingenti, a cui deve aggiungersi decisamente una prospettiva di guadagno limitata, almeno nel breve periodo. Ciò fa sì che per la realizzazione di un profitto rapido, il bene più immediato da sacrificare è l'ambiente, in quanto i vari danni ed effetti collaterali si noteranno nel lungo andare, anche con notevoli rischi per la salute umana. La seconda motivazione è di ordine sociale: nonostante la tecnologia ci consenta una comunicazione immediata ed un'imponente condivisione di informazioni, la sensibilizzazione della popolazione mondiale su questi temi è ancora piuttosto bassa, anche se in aumento, dovuto forse al fatto che, tramite strumenti di indagine più specifici, è stato possibile stabilire le cause di numerosi effetti collaterali che le attività umane hanno provocato. Una volta fatte queste due considerazioni di ordine generale, possiamo trarre un bilancio delle esperienze specifiche di cui si è trattato, aggiungendo un'ultima osservazione. L'insuccesso delle politiche di tutela ambientale non sempre è da attribuire ai governanti. Vi è una tendenza, sicuramente avallata dalla poca conoscenza delle situazioni a definire <<"ambientalismo" quella che in realtà è un'imbarazzante difesa dello status quo>>, con un'attenzione <<non sempre disinteressata>>²⁹⁹ alla tutela. La contrapposizione aprioristica a qualsiasi forma di intervento umano o di progresso scientifico, oltre ad essere anacronistica, non fa altro che rendere invisibile qualsiasi soluzione prospettata. Per questo, le proposte che seguiranno, per quanto di difficile realizzazione o utopistiche, non esulano da una dimensione pragmatica e di fattibilità.

Per ciò che concerne le aree protette, la loro stessa funzione di conservazione è già di per sé un'ottima base per tutele e meccanismi difensivi. Le uniche

²⁹⁹ Da "Fermo!", degli Offflaga Disco Pax.

perplessità derivano, sostanzialmente, dalle attività compiute all'esterno, i cui effetti ricadono all'interno del loro perimetro.

La possibile soluzione è un aumento del livello di precauzione, che nelle aree marine riguarda l'applicazione più rigida delle norme comunitarie in materia di SIC, mentre per quelle terrestri l'espansione dei vincoli e dei controlli della VINCA, l'unica procedimento amministrativo espressamente volto all'applicazione concreta del principio di precauzione.

La creazione di un network europeo, nonostante necessiti di costanti stimoli, rappresenta un baluardo intelligente ed originale, pur nella sua semplicità. Se infatti quanto detto prima è realizzabile decisamente a livello statale, le istituzioni comunitarie hanno subito compreso la connessione tra i differenti ecosistemi europei, collegati più o meno evidentemente, anche se impercettibilmente, gli uni agli altri, sulla base della felice intuizione della direttiva "uccelli".

Un discorso più complesso è invece il bilancio sull'esperienza normativa riguardante le biotecnologie. Premesso che in questa sede affrontare nel dettaglio un discorso critico di tipo scientifico non avrebbe garantito la correttezza dei risultati né la coerenza della trattazione, le analisi effettuate riguardano piuttosto i rischi prospettati (questi si scientificamente accertati per quanto poco probabili, in alcuni casi) e l'atteggiarsi dell'impianto normativo nei loro confronti. Ponendo come punto imprescindibile che la logica economica, specialmente in questo settore, mal si concilia col principio di precauzione e che l'età relativamente giovane degli strumenti adottati non ha garantito un corretto bilanciamento costi/benefici, in quanto solo adesso possiamo accorgerci degli impatti decisamente negativi, il diritto non si è decisamente dimostrato all'altezza delle sfide prospettate.

Se da un lato infatti il dogma dell'infalibilità del discorso scientifico è crollato grazie ad un rafforzamento della base sociale delle norme, grazie ad un

aumento della sensibilità e della conoscenza dei consociati, dall'altro non si è riusciti a garantire una disciplina più equa per l'accesso al neonato mercato.

La creazione di veri e propri centri di potere, forti di promesse e premesse socialmente apprezzabili, come la soluzione di problemi inaccettabili per i nostri tempi (ad esempio l'elevata mortalità per malattie o la scarsità di generi alimentari in alcune zone del mondo, ma anche una riduzione di costi di produzione) ha totalmente distorto le nobili finalità dei più moderni ritrovati dell'industria genetica, determinando non solo una situazione di oligopolio, ma anche una rilevante pressione in sede di determinazione delle politiche da adottare. Ne è un esempio il nostro paese, che pur avendo proibito la coltivazione di soia e mais transgenici, tuttavia ne importa circa 3.350.000 tonnellate annue, utilizzati perlopiù come mangime per animali da allevamento, senza che poi sia previsto l'obbligo di comunicazione della natura del mangime sull'etichetta di un qualsiasi prodotto derivato (ad esempio i latticini). Una contraddizione che legittima al "pensar male", chiaramente frutto di un bilanciamento di interessi.

In questo settore, però, il diritto avrà ancora numerose battaglie da affrontare, e col passare del tempo si dota di strumenti e conoscenze maggiormente innovativi. La creazione di banche dati, ad esempio, per determinare una maggiore circolazione della conoscenza, può essere uno strumento utilissimo per far ritornare il diritto ad una dimensione sociale più pura e scevra da interessi particolari. Così come le nuove teorie sulla gestione dei rischi, basate proprio su questo considerevole gap temporale tra causa ed effetto, offrono interessanti spunti per l'adozione o la creazione di strumenti innovativi per sfide sull'innovazione.

BIBLIOGRAFIA

AA.VV., Le aree naturali protette, Giuffrè Editore, Milano, 2008

AA.VV., Effects of oral Bt-Maize (MON810) exposure on growth and health parameters in normal and sensitised Atlantic salmon, in British Journal of nutrition, vol. 109, issue 8, 2013 pp. 1408 – 1423.

AA.VV., Are apparent negative effects of feeding GM MON810 maize to Atlantic salmon caused by confounding factors?, in British Journal of nutrition, vol. 106, issue 1, 2011, pp. 42 – 56.

BEQIRAJ J., Verso una disciplina europea uniforme in materia di OGM? Alcune precisazioni sul margine di discrezionalità degli Stati membri nel limitare la coltivazione di OGM sul loro territorio, in Diritto pubblico comparato europea, fasc. 1, 2013

BERMEJO LATRE J.L., Le politiche ambientali in Italia nella transizione del XX sec., in Rivista Giuridica dell' Ambiente, 2008

BIRNE P., BOYLE A., REDGEWELL C., International law and the environment, Oxford university press, 2009

BRUNO F., La valutazione di incidenza nella giurisprudenza amministrativa: tutela della biodiversità o vincolo allo sviluppo?, in Diritto e giurisprudenza agraria, alimentare e dell'ambiente, fasc. 7-8, 2008, pag. 455

CAMARDA G., MICCICHE' L., Le riserve marine nell'ottica pluriordinamentale, in Il diritto marittimo 2001

CARAPPELLUCCI A., La tutela del mare e delle risorse idriche, in

FERRARA R., SANDULLI M.A., CROSETTI A. (a cura di), Trattato di diritto dell'ambiente, vol. III, Giuffrè, Milano, 2014

CARMIGNANI S., Siti di importanza comunitaria e valutazione di incidenza, in Diritto e Giurisprudenza agraria, alimentare e dell'ambiente, fasc. 9, 2010, pag. 557

CASONATO C., BERTI M. (a cura di), Il diritto degli OGM tra possibilità e scelta. Atti del convegno tenuto presso la Facoltà di Giurisprudenza di Trento il 26 Novembre 2004, Università degli studi di Trento, Trento, 2006

CHURCHILL R., OWEN D., The EC Common Fisheries policy, Oxford University Press, Oxford, 2010

CONIO A. e DINELLI F., Tutela della biodiversità e protezione della natura e del mare, in ROSSI G. (a cura di), Diritto dell'ambiente, Torino, Giappichelli, 2011

CORDINI G., Biodiversity, and the relevance of the habitat directive for the development of Pan-European environmental protection, in TAMBURELLI G. (a cura di), Legal systems for the management of protected areas in Italy and Ukraine, Giuffrè, Milano, 2008

D'ANGELOSANTE M., Le attuali "dimensioni" della valutazione di incidenza ambientale come strumento per ampliare i confini della rete natura 2000, in Rivista quadrimestrale di diritto dell'ambiente, n. 3, 2012, pp. 20 - 49

D'AVACK L., Diritti dell'uomo e biotecnologie: un conflitto da arbitrare, in Rivista di filosofia del diritto, vol. 1, 2013, pag. 9-30

DAVIES PETER G.G., European Union environmental law, Ashgate Publishing Limited, Aldershot, 2004

DEGRASSI G., ALEXANDROVA N., RIPANDELLI D., Databases on biotechnology and biosafety of GMOs, in Environmental Biosafety Research, vol. 2, 2003

DI DIO F., Una sentenza storica per la protezione integrale del patrimonio naturale e della diversità biologica, in Rivista Giuridica dell'Ambiente, fasc. 5, 2009, pag. 743

DI PLINIO G., Aree protette vent'anni dopo. L'inattuazione profonda della l. 394/1991, in Rivista Quadrimestrale di Diritto dell'Ambiente, fasc. 3, 2011

ESCUDERO ESPINOSA J.F., The international biosafety regime and the world trade system after ten years of the Protocol of Cartagena, European energy and environmental law review, Agosto, 2014

FALCONE A., Biotecnologie e tutela della biodiversità e delle risorse genetiche. Principi e diritti emergenti a tutela delle generazioni presenti e future, in BIFULCO R. e D'ELIA A. (a cura di), Un diritto per il futuro. Teorie e modelli dello sviluppo sostenibile e della responsabilità intergenerazionale, Napoli, Jovene, 2008

FALCONE A., Tutela della salute e della libertà della ricerca scientifica nelle nuove biotecnologie di sintesi in campo genetico. Dai brevetti "biotech" ai modelli "open source", in BioLaw Journal – Rivista di BioDiritto, n. 1, 2014, pp. 209 - 241

FANTILLI P., La legislazione italiana in materia di biodiversità, in Gazzetta ambiente 2011

FRANCIONI F., Biotechnologies and International human rights, Hart Publishing, Oxford, 2007

GARABELLO R., La convenzione UNESCO sulla protezione del patrimonio culturale subacqueo, Giuffrè editore, Milano, 2004

GARGORTH K., DAMENA YIFRU W. and FUJII M., Biosafety, the Cartagena Protocol and sustainable development, in CORDONNIER SEGGIER M.C., PERRON-WELCH F., FRISON C. (a cura di), Legal aspects of implementing the Cartagena Protocol on biosafety, New York, Cambridge University Press, 2013

GARZIA G., La tutela delle risorse biologiche marine: profili generali e sua applicazione allo spazio costiero adriatico, in Rivista giuridica dell'ambiente, fasc. 5, 2009, pag. 775

GRASSI S., Ambiti della responsabilità e della solidarietà intergenerazionale, in BIFULCO R. e D'ELIA A. (a cura di), Un diritto per il futuro. Teorie e modelli dello sviluppo sostenibile e della responsabilità intergenerazionale, Napoli, Jovene, 2008

GRAZIANI C., Un'utopia istituzionale. Le aree naturali a dieci anni dalla legge quadro, Giuffrè editore, Milano, 2001

GUARINO S., Ambiente in generale, in Rivista Giuridica dell'Ambiente, fasc. 3-4, 2013, pag. 416

HINE D., KAPELERIS G., Innovation and entrepreneurship in biotechnology, an international prospective: concepts, theories and cases, E. Elgar Publishing, Cheltenham, 2006

LENSCHOW A., Environmental policy, in WALLACE H., WALLACE W., POLLACK M. (a cura di), Policy making in European Union, Oxford University Press, 2005

MAFFEI M.C., La protezione delle specie, degli habitat e della biodiversità, in FODELLA A. e PINESCHI L. (a cura di), La protezione dell'ambiente nel diritto internazionale, Torino, Giappichelli, 2009

MARFOLI L., Biodiversità: un percorso internazionale ventennale, in

Rivista quadrimestrale di diritto dell'ambiente, fasc. 3, 2012, pag. 155

MASINI S., Sul ruolo della Corte di Giustizia tra identità della produzione agroalimentare e coesistenza delle coltivazioni OGM, in *Diritto e giurisprudenza agraria, alimentare e dell'ambiente*, fasc. 10, 2012, pp. 614 – 615

MASINI S., Sul dialogo tra scienza e giudici in materia di api e OGM, in *Diritto e giurisprudenza agraria, alimentare e dell'ambiente*, fasc. 9, 2011, pp. 546 – 547

MATZDORF B., MEYER C., The relevance of the ecosystemic services framework for developed countries' environmental policies: a comparative case study of the US and EU, in *Land use and policy*, fasc. 38, 2014, pp. 509 - 521

MAZZOTTA M. A., *I nuovi danni*, CEDAM, Padova, 2008

MERIALDI A., TREVISANUT S., La protezione dell'ambiente marino, in FODELLA A., PINESCHI L. (a cura di), *La protezione dell'ambiente nel diritto internazionale*, Torino, Giappichelli, 2009

MICHELOTTI C., La valutazione di impatto ambientale nella dinamica procedimentale, in *Rivista giuridica dell'edilizia*, fasc. 3, 2007, pag. 1060

MILONE A., In merito ad alcune questioni in materia di valutazione di impatto ambientale e di valutazione di incidenza, in *Diritto e giurisprudenza agraria, alimentare e dell'ambiente*, fasc. 2, 2007, pag. 644

MUNARI F., Tutela internazionale dell'ambiente, in LUZZATO R. e SANTAMARIA A. (a cura di), Istituzioni di diritto internazionale, Torino, Giappichelli, 2011

PADOVANI L.M., CARABBA P., DI GIOVANNI B., MAURO F., Biodiversità: risorse per lo sviluppo, ENEA, 2009

PAVONI R., Nozioni introduttive e presentazione della ricerca, in PAVONI R., Biodiversità e biotecnologie nel diritto internazionale e comunitario, Milano, Giuffrè, 2004

PERRON WELCH F., Socioeconomics, Biosafety, and Sustainable development, in CORDONNIER SEGER M.C., PERRON WELCH F., FRISON C., Legal aspects of implementing the Cartagena protocol on Biosafety, Cambridge University Press, New York, 2013, pp.148.

PERRON-WELCH F., CORDONNIER SEGER M.C., FRISON C., CABRERA MEDAGLIA J., Sustainable development, biosafety and international law, in CORDONNIER SEGER M.C., PERRON-WELCH F., FRISON C. (a cura di), Legal aspects of implementing the Cartagena Protocol on biosafety, New York, Cambridge University Press, 2013

POLI S., La controversia sugli ogm tra obblighi OMC e competenza comunitaria, Editoriale Scientifica, Napoli, 2008

POLLACK M., SCAFFER G.C., Biotechnology Policy, in WALLACE H., WALLACE W., POLLACK M. (A CURA DI), Policy making in European Union, Oxford University Press, 2005

PORPORATO A., La tutela della fauna, della flora e della biodiversità, in FERRARA R., SANDULLI M.A., CROSETTI A. (a cura di), Trattato di diritto dell'ambiente, vol. III, Giuffrè, Milano, 2014

POSTIGIONE A., Priority issues in the protection of marine ecosystems: the Mediterranean Sea and the Black Sea, in TAMBURELLI G. (a cura di), Legal systems for the management of protected areas in Italy and Ukraine, Giuffrè, Milano, 2008

PUGLIESE S., Dalle aree protette alla gestione del rischio: verso una nuova governance internazionale in materia di biodiversità?, in La comunità internazionale, 2011

RAGIONIERI M.P., ABOU HADID A.F., Le biotecnologie nel settore agroalimentare, Giuffrè, Milano, 2007

RENN O., WALKER K., Global risk governance, Springer, Dordrecht, 2008

RISSOLIO A., Le aree naturali protette e le zone umide, in FERRARA R., SANDULLI M.A., CROSETTI A. (a cura di), Trattato di diritto dell'ambiente, vol. III, Giuffrè, Milano, 2014

RIZZIOLI S., A proposito di organismi geneticamente modificati: la Corte di giustizia ritiene incompatibile con il diritto dell'Unione Europea la disciplina italiana di autorizzazione alla messa in coltura di OGM, in Rivista di diritto agrario, fasc. 3, 2012, pag. 229

ROBERTS J., Marine environment protection and biodiversity conservation, Springer, Berlin, 2007

ROCKETT K., REGIBEAU P., Competitions, regulations and intellectual property management in generally modified foods: evidence from survey data, in

MAZZUCCATO M., DOSI G. (a cura di), Knowledge accumulation and industry evolution, Cambridge University Press, Cambridge, 2006

ROMANELLI C., Protezione delle bellezze naturali, in Diritto e

giurisprudenza agraria, alimentare e dell'ambiente, fasc. 9, 2012, pag. 581

RONDININI C., Conservazione della biodiversità e specie minacciate, in *Corpo e la mente*, Roma, Istituto della enciclopedia italiana G. Treccani, 2010, pp. 677-686

ROSSANO C., Gli ambiti della responsabilità e della solidarietà intergenerazionale. I) Ambiente e patrimonio culturale, in BIFULCO R. e D'ELIA A. (a cura di), *Un diritto per il futuro. Teorie e modelli dello sviluppo sostenibile e della responsabilità intergenerazionale*, Napoli, Jovene, 2008

ROSSI G., Le fonti, in ROSSI G. (a cura di), *Diritto dell'ambiente*, Torino, Giappichelli, 2011

RUPERTO S., L'etichettatura dei prodotti contenenti OGM nella legislazione europea e la tutela dei consumatori, in AA.VV., *Studi in onore di Nicolò Lipari*, Tomo II, Giuffrè, Milano, 2008

SCIALO' A., L'ambito di applicazione e le modalità di svolgimento della "valutazione di incidenza ambientale" (VINCA). Chiarimenti (non definitivi) arrivano dalla giurisprudenza siciliana, in *Diritto e giurisprudenza agraria, alimentare e dell'ambiente*, fasc. 1-2, 2014, pag.102

SCOTT J., *European environmental law*, Longman, New York, 1998

SCOVAZZI T., *Marine specially protected areas. The general aspects and the mediterranean regional system*, Kluwer Law International, The Hague, 1999

SICCARDI F., *Inquinamento marino fra l'aspirazione all'uniformità e l'esigenza del rigore: UNCLOS, MARPOL, diritto comunitario e diritti*

nazionali, in *Rivista Giuridica dell'ambiente*, fasc. 5, 2010, pag. 819 – 848

SPINA A., La regolamentazione degli OGM nelle leggi regionali, in *Rivista giuridica dell'ambiente*, vol. 21, fasc. 3-4, pp. 563 - 568

TAMBURELLI G., The Convention on biological diversity and the national and regional legal systems of protected areas, in TAMBURELLI G. (a cura di), *Legal systems for the management of protected areas in Italy and Ukraine*, Giuffrè, Milano, 2008

TAIT J., Risk government of genetically modified crops, in RENN O., WALKER K., *Global risk Governance*, Springer, Dordrecht, 2013.

ZINZI M., Natura 2000 e i criteri di selezione dei SIC: l'inderogabilità del dato tecnico-scientifico, in *Diritto pubblico comparato europeo*, fasc. 2, 2010, p. 900

