

ISSN 1127-8579

Pubblicato dal 11/05/2015

All'indirizzo <http://www.diritto.it/docs/37051-la-regolazione-ambientale-ex-ante-ex-post-le-imprese-tra-sostenibilit-e-competitivit>

Autore: Gianluigi Delle Cave

La regolazione ambientale ex ante - ex post: le imprese tra sostenibilità e competitività

LA REGOLAZIONE AMBIENTALE EX ANTE - EX POST: LE IMPRESE TRA SOSTENIBILITA' E COMPETITIVITA'

La tutela dell'ambiente e delle risorse naturali costituisce non solo una priorità per la politica internazionale, comunitaria e nazionale, ma rappresenta un fertile territorio giuridico che offre notevoli possibilità di sperimentazione e innovazione normativa, sia a livello procedimentale (si pensi all'elaborazione di procedure ambientali *ad hoc*) che concettuale (si veda la figura giuridica del "danno ambientale").

Lo strumento legislativo ha mostrato tutta la sua efficacia nella previsione di sistemi di tutela in grado di valutare gli impatti sull'ambiente circostante ad opera di progetti, piani e programmi, prima della loro effettiva realizzazione, e applicando tali sistemi all'interno della gestione del territorio e nelle scelte di pianificazione locale. L'evoluzione della normativa ambientale è stata connotata dallo sviluppo, all'interno dell'ordinamento, dei concetti di derivazione internazionale, di "sviluppo sostenibile", del "chi inquina paga", di "prevenzione" e "di precauzione". *Soft regulation*, perequazione distributiva, percorsi negoziali, concorrenza ed evidenza pubblica hanno sostituito i concetti di prescrizione, precetto, *zoning* ed esproprio, per quanto riguarda le politiche urbane e territoriali.

L'approccio integrato e globale che si è deciso recentemente di seguire, sintetizzando le molteplici esperienze legislative settoriali in tema di ambiente (che disciplinavano vari segmenti della materia come emissioni in atmosfera, risorse idriche, smaltimento di rifiuti ecc.), ha dato la possibilità di superare norme specifiche e isolate tra loro, in favore di una codificazione complessiva e tecnica dei contenuti del diritto dell'ambiente. L'intervento di regolazione è, sostanzialmente, utilizzato per arginare il fenomeno dei *market failures*: l'ambiente viene considerato "bene pubblico" ed i danni, che possono inficiarlo, sono suscettibili di produrre "esternalità".

Attraverso l'applicazione del modello di *law and economics*, ci si pone l'obiettivo di analizzare e confrontare l'efficacia e l'efficienza di: una regolazione *ex ante*, che segue l'approccio *command and control* (il quale agisce, attraverso la definizione di specifici standard sull'attività precedendo il verificarsi degli eventuali danni); e di una regolazione *ex post*, incentrata sull'attribuzione della responsabilità in sede giudiziale, in una fase successiva al sopravvenire del medesimo danno. La

metodologia descritta potrebbe condurre alla predisposizione di un nuovo sistema di analisi: attraverso l'utilizzo degli strumenti dell'autoregolazione (*tertium genus*, spesso complementare, ai due approcci in considerazione) e del modello *behavioral law and economics*, tale sistema vuole porsi come neo paradigma giuridico per le imprese, dati gli attuali tentativi legislativi di fornire un modello di regolazione tale da bilanciare gli obiettivi di sostenibilità e competitività delle imprese stesse.

In materia ambientale uno dei metodi principalmente utilizzati, per la determinazione di standard, è rappresentato dall'imposizione di uno specifico livello di prevenzione quantitativamente definito. A differenza di quanto avviene negli Stati Uniti (dove l'EPA, *Environmental Protection Agency*, stabilisce i parametri di prevenzione e dispone di poteri ispettivi e sanzionatori presso le corti federali), in Europa l'autorità ambientale, la EEA (*European Environmental Agency*), non assume "rilievo regolamentare", poiché si limita a fornire informazioni rilevanti e comparabili tra gli Stati membri, che possono essere sfruttate per l'elaborazione di strumenti a protezione dell'ambiente. Del resto ogni Stato membro ha realizzato, all'interno del proprio ordinamento, sistemi settoriali di regolazione attraverso la legislazione nazionale.

Genericamente, una politica di regolazione *ex ante*, basandosi su un'organizzazione centralizzata, presenta il vantaggio di facilitare e semplificare la ricerca di soluzioni circa le prevenzioni più efficaci ed i controlli da effettuare. Tuttavia le notevoli difficoltà che si presentano nel tentativo di arginare le attività rischiose, attraverso un'attività di legislazione *ex ante*, si manifestano nitidamente, ad esempio, nella sentenza *Boomer v. Atlantic Cement Co.* delle corti statunitensi: "It seems apparent that amelioration of air pollution will depend on technical research in great depth; on a carefully balance consideration of the economic impact of close regulation; and of the actual effect on public health. It is likely to require massive public expenditure and to demand more than any local community can accomplish and to depend on regional and interstate controls". In Italia è esemplificativa, in tal senso, la valutazione di impatto ambientale: essa costituisce il presupposto delle autorizzazioni previste per una determinata opera o impianto, presuntivamente causativa di rilevanti impatti ambientali. Nello svolgimento del potere *in parte qua*, il *modus procedendi* delle pubbliche amministrazioni si risolve in una discrezionalità "mista", sia tecnica che amministrativa: pur rimanendo distinte ed esercitate in tempi diversi, suddette discrezionalità non superano l'aspetto formale. Al contrario, risulta necessario valutare cosa accade sia all'interno dell'impianto che necessita di autorizzazione (nel tempo, nei luoghi, ecc.), sia

al suo esterno, attraverso incroci economici e tecnico-organizzativi maggiormente funzionali, che non consentano una facile elusione degli standard previsti dalla legge.

La regolazione *ex post*, al contrario, fonda le sue basi applicative sull'attività di un'autorità giudiziaria, la quale attribuisce la responsabilità del danno ambientale al soggetto inquinatore. Sulla materia, la Commissione europea ha stilato il "Libro Bianco sulla responsabilità per danni ambientali", nel quale si predilige come scelta normativa, un sistema di attribuzione della responsabilità di tipo oggettivo e senza retroattività; e si considerano solo i danni tradizionali e la contaminazione di siti causata da attività pericolose, escludendo, in particolare, quelli alle risorse naturali. Inoltre viene applicato, per la responsabilità dell'impresa, il criterio oggettivo del "*polluter pays principle*".

Una valutazione che confronti i sistemi di regolazione *ex ante* ed *ex post*, e che cerchi di raggiungere *regulatory gains* e un superamento degli approcci medesimi, deve procedere all'analisi di numerose variabili quali benessere sociale, costi amministrativi, e livello di misure preventive da adottare. Nello specifico, relativamente alle spese amministrative, l'approccio *ex ante* prevede tutti i costi sostenuti dalle imprese per il rispetto degli standard legislativi e dallo Stato per il funzionamento delle *agencies*; viceversa il sistema *ex post* si fa carico delle spese legali e dei costi del sistema giudiziario in generale.

Il modello di attribuzione della responsabilità, poiché attivato su iniziativa delle parti, ben si sposa con situazioni come incidenti ambientali, che derivano da attività particolarmente rischiose, ma presenta lo svantaggio di dipendere esclusivamente dalla decisione di un giudice, che potrebbe contenere errori di giudizio, causare ritardi, produrre costi elevati per avvocati e periti. D'altronde, una regolazione *ex ante*, pur mostrando il vantaggio di essere preordinata per fissare e controllare il rispetto degli standard, può incontrare notevoli ostacoli di adattamento all'evoluzione dell'attività produttiva.

Nessuno dei due approcci descritti conduce le parti ad attuare il livello "socialmente desiderabile" di prevenzione: infatti, l'autorità di regolazione soffre di asimmetrie informative circa il rischio dell'attività di impresa; e il sistema *ex post* non è sempre in grado di far pagare interamente il danno alla parte responsabile, la quale può eludere il giudizio per mancanza di iniziativa dell'avente diritto o per insolvenza della parte responsabile. La complementarità dei due strumenti può, sicuramente, sopperire agli svantaggi presentati da entrambi, sulla base di una perfetta coesistenza tra sistema di responsabilità e sistema di fissazione degli standard. La

dicotomia, dunque, può essere superata attraverso un nuovo modello nel quale vengono prese in considerazione le inefficienze connesse ai due approcci di regolazione.

Il raggiungimento di un livello ottimale di prevenzione, che coniuga le esigenze di competitività di un'impresa con i requisiti di sostenibilità ambientale, prevede, necessariamente, che: i criteri di regolazione imposta *ex ante* siano definiti giuridicamente ad un livello più basso rispetto a quello che sarebbe socialmente ottimale; ed un sistema di attribuzione della responsabilità *ex post* certo e definitivo.

Si può constatare, sulla base di numerose ricerche e *surveys*, come la collettività prediliga strumenti di regolazione *command and control*, percepiti come sistemi giuridici che garantiscono risultati tangibili, poiché impediscono la degradazione dell'ambiente in modo diretto, attraverso l'adozione di misure restrittive all'attività di determinate imprese (nella forma di standard tecnologici/performativi). Mezzi *market-based*, come tasse ambientali e permessi vendibili, sono utilizzati in maniera molto prudente in Europa, che è spesso scoraggiata nel ricorso al mercato dall'azione delle organizzazioni ambientali, eccessivamente scettiche circa una flessibilità maggiore nella regolazione. Le imprese, d'altro canto, mostrano un interesse crescente verso gli strumenti volontari di regolazione, data la possibilità di agire con maggior sicurezza e riconoscibilità sul mercato.

Il rispetto e la responsabilità ambientale possono rappresentare una buona risposta alle deficienze sia del sistema *ex ante* sia di quello *ex post*. In tal senso, si assiste alla crescente diffusione di strumenti autoregolativi come impegni unilaterali (progetti di miglioramento ambientale fissati dalle imprese), schemi pubblici su base volontaria (come l'EMAS, Eco Management and Auditing Scheme, nel quale l'autorità ambientale sviluppa uno schema di condizioni determinate per quelle imprese che decidono di aderirvi) e accordi negoziati (contratti tra autorità pubblica ed ente privato, in cui la regolazione non è imposta *de iure* ma risponde a scelte volontarie dell'impresa). L'evidenza, tuttavia, mostra che l'attività volontaria può essere un complemento alla regolazione, non un sostituto e la "minaccia di regolazione" rappresenta, sicuramente, uno dei fattori principali dell'affermarsi delle forme di autoregolazione delle imprese.

RIFERIMENTI

ALBERTON M.C., PORRINI D., *Comparing Alternative Regulation Policies: an Environmental Law and Economics Approach*, Mimeo, 2003.

BIRNIE – BOYLE, *International Law and Environment*, second edition, Oxford University Press, 2002.

OECD, *Towards Sustainable development – Environmental indicators*, Paris, 1998.

PORRINI D., *Effetti economici della lender's liability e della financial responsibility per danni ambientali*, Rivista Italiana degli Economisti, n.1, pag. 101-126, 2002.

RENNA M., *Il sistema degli standard ambientali tra fonti europee e competenze nazionali*, in B. Pozzo – M. Renna (a cura di), *L'ambiente nel nuovo titolo V della Costituzione*, CEDAM, Padova, 2012.

SANCHEZ E. – AHMED K., *Strategic environmental assessment for policies: an instrument for good governance*, World Bank, Washington DC, 2008.

SCHEPERD A. – ORTOLANO L., *Strategic environmental assessment for sustainable urban development*, Environmental Law, n. 23, pag. 321-335, 2003.

UNECE, *Application of Environmental Impact Assessment principles to policies, plans and programmes*, Environmental Series, n. 5, Ginevra, 2000.

VISMARA R., *VIA, indicatori e scale di qualità*, PITAGORA EDITORE, Bologna, 2005.