

Sulla presenza di una Zona di protezione speciale quale criterio che esclude in assoluto la possibilità di svolgere attività estrattiva, anche se effettuata in sotterraneo

T.A.R. Toscana, Sez. II 31 maggio 2022, n. 745 - Testori, pres.; Cacciari, est. - Società Escavazione Marmi Lorano II S.r.l. (avv. Buffoni) c. Regione Toscana (avv.ti Bora e Mancino).

Bellezze naturali - Piano regionale cave - Presenza di una Zona di Protezione Speciale per la protezione dell'avifauna migratoria quale criterio che esclude in assoluto la possibilità di svolgere attività estrattiva, anche se effettuata in sotterraneo.

(*Omissis*)

FATTO

La Regione Toscana, con deliberazione consiliare 21 luglio 2020, n. 47, ha approvato il Piano Regionale Cave. Il Piano è stato impugnato *in parte qua* dalla Società Escavazione Marmi Lorano II S.r.l. con il presente ricorso, notificato il 30 ottobre 2020 e depositato il 27 novembre 2020, per violazione di legge ed eccesso di potere sotto diversi profili.

Si sono costituiti la Regione Toscana, il Parco regionale delle Alpi Apuane (di seguito anche "Parco") e il Comune di Carrara chiedendo l'inammissibilità e, comunque, la reiezione del ricorso nel merito.

All'udienza del 18 maggio 2022 la causa è stata trattenuta in decisione.

DIRITTO

1. Oggetto della presente controversia sono le previsioni del Piano Regionale Cave, che nel prosieguo sarà definito anche semplicemente "Piano", nelle parti in cui considerano la presenza di una Zona di Protezione Speciale per la protezione dell'avifauna migratoria quale criterio che esclude in assoluto la possibilità di svolgere attività estrattiva, anche se effettuata in sotterraneo.

1.1 La ricorrente, con primo motivo, premesso che la Zona di Protezione Speciale è prevista dalla disciplina comunitaria in materia di protezione degli uccelli selvatici, rileva che la Regione Toscana, con deliberazione consiliare 10 novembre 1998, n. 345, ha istituito alcune Zone di tal genere nel proprio territorio tra cui quella denominata "Praterie primarie e secondarie delle Apuane".

Il Ministero dell'ambiente, con decreto ministeriale 17 ottobre 2007, ha approvato i "Criteri minimi uniformi per la definizione di misure di conservazione relative a Zone speciali di conservazione (ZSC) e a Zone di protezione speciale (ZPS)", prevedendo, tra l'altro, che nelle ZPS debba essere stabilito il divieto di "apertura di nuove cave e ampliamento di quelle esistenti, ad eccezione di quelle previste negli strumenti di pianificazione generali e di settore vigenti alla data di emanazione del presente atto o che verranno approvati entro il periodo di transizione...".

La Regione Toscana ha dato attuazione al citato decreto con deliberazione della Giunta n. 454/2008, recependo il divieto in termini assoluti e limitato quindi i giacimenti escludendo le porzioni ricadenti in tali Zone. La Regione ha cioè ritenuto assoluto il divieto di aprire e ampliare le cave in dette aree.

Deduce la ricorrente che tale interpretazione sia errata poiché non esisterebbe ragione per vietare nelle ZPS l'apertura o l'ampliamento di cave ad una profondità tale da non avere alcun impatto non solo con la vita degli uccelli, ma addirittura con qualsiasi forma di vita aerobica.

Con secondo motivo lamenta che la giustificazione offerta nel Piano per l'esclusione dalla delimitazione dei giacimenti delle porzioni ricadenti in aree classificate come ZPS sarebbe illegittima, poiché la concreta scelta localizzativa non sarebbe fondata sulla base di una compiuta, coerente e ragionevole valutazione degli interessi rilevanti ai fini della pianificazione di settore. La Legge della Regione Toscana 25 marzo 2015, n. 35, stabilisce che il Piano Regionale Cave costituisce lo strumento di pianificazione territoriale, parte del Piano di Indirizzo Territoriale, con il quale la Regione persegue le finalità di tutela, valorizzazione e utilizzo dei materiali di cava in una prospettiva di sviluppo durevole e sostenibile, privilegiando il riuso dei materiali assimilabili. In assenza del criterio presuntivamente escludente determinato dalla localizzazione della Zona di Protezione Speciale, l'area sarebbe stata inclusa nel giacimento e resa disponibile per l'espansione della cava di marmo già esistente.

Alla mancanza di una giustificazione positiva della scelta localizzativa operata, che non sia la presunta applicazione diretta del divieto legislativo, si aggiunge l'indicazione palesemente incoerente di un solo parametro valutativo. La decisione di escludere tale porzione di cava dal giacimento sarebbe illegittima perché in manifesta contraddizione con i principi e i criteri direttivi di pianificazione enunciati nella Relazione generale e negli atti del Parco in essa invocati. Ove,



infatti, detti principi fossero stati coerentemente applicati, a dire della ricorrente avrebbero condotto all'inclusione nel giacimento dell'intero comprensorio estrattivo della cava Lorano II.

Con terzo motivo si duole che la Regione, escludendo in ragione della presenza della Zona di Protezione Speciale il giacimento anche nel sottosuolo, avrebbe illegittimamente esercitato una competenza propria del Parco il quale, in base alla L.R. n. 30/2015, con riferimento ai siti della Rete Natura 2000 ricadenti anche in parte nel territorio di sua competenza e nelle relative aree contigue, svolge le funzioni di autorità competente per la valutazione di incidenza.

Inoltre la cava Lorano II, oltre ad essere intersecata dalla ZPS "Praterie primarie e secondarie delle Apuane", a dire della ricorrente è interessata parzialmente anche dall'area parco del Parco Regionale delle Alpi Apuane ancora stabilita dalla cartografia allegata alla Legge della Regione Toscana 11 agosto 1997, n. 65, in quanto difetta ad oggi l'approvazione del Piano per il Parco relativo alle attività estrattive.

Con quarto e quinto motivo si duole che la Regione avrebbe erroneamente individuato l'area del Parco Regionale delle Alpi Apuane utilizzando il confine di cui al piano approvato dal Parco nell'anno 2016, con stralcio delle attività estrattive, poiché non sarebbero state considerate le rettifiche approvate dal medesimo Parco con deliberazione del suo Consiglio Direttivo 15 novembre 2018, n. 50. In ogni caso il confine del Parco, come risultante dalla cartografia approvata con la deliberazione del suo Consiglio direttivo n. 21/2016, soprattutto se non si tiene conto delle rettifiche approvate nell'anno 2018, non sarebbe applicabile in materia di attività estrattive e, quindi, non poteva essere utilizzato quale base conoscitiva del Piano Regionale Cave. L'utilizzo in un procedimento riguardante un'attività estrattiva, quale quello oggetto del presente ricorso, di una cartografia diversa da quella allegata alla L.R. n. 65/1997 e non approvata né con fonte legislativa regionale, né con fonte regolamentare sarebbe illegittimo per violazione e/o falsa applicazione degli artt. 14 e 15, L.R. n. 65/1997, e oggi degli artt. 27 e 29 della L.R. n. 30/2015, che espressamente individuano il procedimento per l'approvazione del piano per il Parco valevole anche rispetto alle attività estrattive. Tale piano ad oggi non è stato approvato e quindi sarebbe ancora applicabile alle attività estrattive la sola cartografia allegata alla L.R. n. 65/1997.

La ricorrente propone inoltre domanda di risarcimento danni.

Con istanza depositata in data 11 aprile 2022 formula poi domanda di rinvio della trattazione, poiché il Parco chiesto un parere al Ministero della Transizione ecologica sull'interpretazione dell'art. 5, comma 1, lett. n) del d.m. 17 ottobre, 2007 in relazione alla possibilità di consentire l'apertura o l'ampliamento di cave sotterranee in aree comprese in una Zona di Protezione Speciale, e il Ministero ha chiesto un parere in merito all'Avvocatura dello Stato.

1.2 La difesa regionale eccepisce l'inammissibilità del ricorso per carenza di interesse poiché la ricorrente pretenderebbe dal Piano una diversa perimetrazione dell'area di giacimento, in dispregio ad un preciso divieto di svolgere attività estrattiva in Zone di Protezione Speciale posto dalla normativa comunitaria con Direttiva 92/43/CEE del Consiglio del 21 maggio 1992 cd. "Habitat" e da quella statale con d.m. 17 ottobre 2007.

Nel merito replica alle deduzioni della ricorrente rilevando, in particolare, che l'interpretazione da essa auspicata non troverebbe riscontro nella normativa di riferimento che, nel porre il divieto di escavazione in ZPS, non distingue tra cave a cielo aperto e cave in sottosuolo. Il divieto assoluto sarebbe coerente con il principio di precauzione vigente in materia ambientale che impone di utilizzare la massima cautela in relazione ad interventi comportanti, come nella specie, grave rischio ambientale.

Quanto alle doglianze relative all'errata individuazione dei confini del Parco Regionale delle Alpi Apuane, replica che la deperimetrazione (peraltro minima) dell'areale di giacimento nelle aree oggetto di causa è stata operata dal Piano anzitutto con riferimento all'interferenza con la zona di protezione speciale, sicché esse non avrebbero rilievo nella presente sede.

1.3 La difesa del Comune di Carrara eccepisce difetto di interesse della ricorrente per non avere impugnato la deliberazione comunale n. 71/20, con cui è stato approvato il Piano Attuativo di Bacino Estrattivo in cui ricade la cava Lorano II.

2. In via preliminare il Collegio respinge l'istanza di rinvio della trattazione formulata dalla ricorrente.

L'art. 73 del codice del processo amministrativo, al comma 1 bis, dispone che il rinvio della trattazione delle cause può essere disposto solo per casi eccezionali. In quest'ultima casistica non rientra la richiesta, da parte dell'Amministrazione intimata, di un parere legale sull'oggetto della causa al Ministero competente (e tramite questo all'Avvocatura dello Stato) poiché detto parere non è condizione pregiudiziale alla decisione della controversia; piuttosto lo stesso ben può essere disatteso o annullato ove ritenuto illegittimo.

3. Sempre in via preliminare devono essere scrutinate le eccezioni preliminari formulate dalle difese delle resistenti.

3.1 L'eccezione formulata dalla Regione deve essere disattesa poiché presuppone risolta in senso a sé favorevole la questione di merito oggetto di controversia. A fondamento dell'eccezione la difesa regionale assume che la normativa in tema di ZPS ponga un divieto assoluto di effettuare escavazione anche in galleria, dando così per risolta proprio la questione di merito che deve essere scrutinata. In tal modo non solo viene dato per scontato ciò che invece deve essere (ancora) risolto, ma si effettua anche una inversione logica degli argomenti in quanto nell'esame del gravame, la trattazione delle eccezioni preliminari deve precedere, e non seguire, quella relativa alle censure di merito. Solo dopo l'esame della censura afferente alla corretta interpretazione e alla portata della normativa in tema di protezione di uccelli selvatici si potrà valutare l'esistenza di un interesse della ricorrente ad ottenere una diversa perimetrazione dell'area di giacimento.

3.2 È infondata anche l'eccezione formulata dalla difesa comunale poiché come correttamente esposto dalla ricorrente in memoria di replica, se in accoglimento del presente ricorso fosse ordinato alla Regione Toscana di procedere alla delimitazione del suo giacimento in conformità alla tesi da essa sostenuta, ne deriverebbe una sua pretesa giuridicamente tutelata alla revisione della pianificazione attuativa comunale in senso favorevole.

Il Piano Attuativo di Bacino Estrattivo, a norma dell'articolo 113 della Legge della Regione Toscana 10 novembre 2014, n. 65, deve essere "elaborato nel rispetto delle prescrizioni del piano paesaggistico regionale" e "nel rispetto della pianificazione regionale in materia di cave e delle previsioni degli strumenti della pianificazione territoriale". Si tratta di uno strumento subordinato rispetto alla pianificazione regionale e la caducazione delle norme lesive contenute in quest'ultima comporta un necessario obbligo di adeguamento. Sussiste quindi l'interesse attuale e concreto della ricorrente ad ottenere l'annullamento delle prescrizioni pianificatorie regionali impugnate per ottenere l'adeguamento in senso a sé favorevole della pianificazione comunale e, anzi, l'acquiescenza alle prime le inibirebbe ogni azione nei confronti della seconda.

4. Nel merito, il primo motivo di ricorso è fondato poiché non si vede ragione per impedire in termini assoluti e generali l'esercizio dell'attività estrattiva in galleria, a causa della presenza di Zone di Protezione Speciale dell'avifauna nell'area interessata.

Le zone di protezione speciale sono aree di protezione poste lungo le rotte di migrazione dell'avifauna, che hanno scopo di mantenere habitat idonei alla conservazione degli uccelli selvatici migratori. Sono state regolamentate dalla direttiva comunitaria 1979/409/CE, poi sostituita dalla direttiva 2009/147/CE del Parlamento Europeo e del Consiglio la cui lettura permette di concludere nel senso che non pongono un divieto assoluto di effettuare attività estrattiva all'interno di tali zone.

Gli Stati membri, in base all'articolo 4, comma 4, della seconda hanno l'obbligo di adottare misure idonee a prevenire l'inquinamento o il deterioramento degli habitat e le perturbazioni dannose agli uccelli con possibilità, in base all'articolo 14 della stessa, di assumere misure più rigorose di quelle specificamente previste. Ma da tanto non deriva un divieto assoluto di svolgere attività estrattiva la quale, anzi, non è presa in considerazione né dall'una, né dall'altra direttiva.

Il decreto del Ministero dell'ambiente e della tutela del territorio e del mare 17 ottobre 2007 pone i criteri minimi per la definizione delle misure di conservazione, tra l'altro, delle ZPS relativamente alle quali ex art. 5, comma 1, punto n) prevede il divieto di aprire nuove cave e di ampliare quelle esistenti, con alcune eccezioni irrilevanti nella presente sede. Il divieto è stato posto in via autonoma dallo Stato italiano e deve essere interpretato secondo criteri di ragionevolezza, in coerenza con la finalità della normativa in materia che è quello di proteggere l'habitat dell'avifauna.

La citata disposizione ministeriale testualmente recita che "per tutte le ZPS, le regioni e le [province autonome], con l'atto di cui all'art. 3, comma 1, del presente decreto, provvedono a porre i seguenti divieti: (omissis)

n) apertura di nuove cave e ampliamento di quelle esistenti, ad eccezione di quelle previste negli strumenti di pianificazione generali e di settore vigenti alla data di emanazione del presente atto o che verranno approvati entro il periodo di transizione...".

La normativa pone un divieto assoluto in tema di (apertura di) nuove cave, ma nulla statuisce con riguardo alle miniere. Si tratta di una distinzione che, alla luce dell'obiettivo di proteggere le rotte degli uccelli migratori, secondo il Collegio deve essere tenuta ferma poiché un'attività di escavazione che si svolga in profondità e senza opere esterne ricadenti nella zona di protezione speciale, non necessariamente produce effetti dannosi per l'habitat dell'avifauna selvatica.

Non appare quindi conforme a criteri di proporzionalità e ragionevolezza un divieto assoluto di effettuare attività estrattiva in sotterraneo in aree ricadenti all'interno di una zona di protezione speciale. Occorrerà piuttosto valutare se i singoli progetti di escavazione possono produrre effetti dannosi per l'habitat dell'avifauna selvatica, ad esempio perché comportano lo svolgimento di attività anche all'esterno per il trasporto dei materiali e l'ingresso dei lavoratori nella maniera (T.A.R. Lombardia, Brescia, I, 6 dicembre 2021 n. 1039). Ma si tratta di questioni da valutare caso per caso, in sede di esame dei singoli progetti i quali dovranno essere sottoposti a valutazione di incidenza con riguardo alle possibili ripercussioni sulle zone di protezione speciale; l'interdizione generale ad effettuare attività estrattiva in galleria nelle aree interessate da zone di protezione speciale (fermo restando il divieto generalizzato di aprire nuove cave o ampliare quelle esistenti) non trova corrispondenza nel d.m. 17 ottobre 2007 ed esorbita dalle finalità di protezione dell'avifauna selvatica. Il principio di precauzione non può essere invocato nella presente sede poiché dal lavoro svolto nelle miniere, ovvero in sotterraneo, non necessariamente derivano effetti negativi sull'habitat dell'avifauna che si trova invece in superficie. Si tratta piuttosto di valutare caso per caso l'incidenza dei singoli progetti su tale habitat che, ove presentino potenzialità negative, non verranno autorizzati: in questo contesto il principio potrà legittimamente essere invocato, ma non può essere assunto a fondamento di un divieto assoluto di svolgere attività estrattiva in sotterraneo.

La giurisprudenza citata dalla difesa regionale riguarda casistiche diverse da quella in trattazione, nelle quali non veniva in rilievo l'interferenza tra attività estrattiva svolta in galleria e protezione dell'habitat dell'avifauna selvatica, e pertanto non risulta conferente.

Per tali ragioni devono essere accolti i motivi primo e secondo del ricorso, con assorbimento delle ulteriori censure e obbligo conformativo, a carico della Regione Toscana, di riconsiderare la perimetrazione dell'areale di giacimento della

ricorrente in base ai principi affermati nella presente sentenza.

5. La domanda risarcitoria deve essere respinta poiché la ricorrente non offre dimostrazione di avere subito alcun danno in conseguenza dell'emanazione degli atti impugnati. Non può, a tale proposito, essere invocato il principio acquisitivo perché questo attiene allo svolgimento dell'istruttoria e non all'allegazione dei fatti e l'azione risarcitoria innanzi al Giudice Amministrativo è retta dal generale principio dell'onere della prova ex art. 2697 c.c. e 115 c.p.c., per cui sul ricorrente grava l'onere di dimostrare la sussistenza di tutti i presupposti della domanda al fine di ottenere il riconoscimento di una responsabilità dell'Amministrazione per i danni derivanti dall'illegittimo (od omesso) svolgimento dell'attività amministrativa (C.d.S. III, 15 ottobre 2021 n. 6949; T.A.R. Lazio, Roma, I, 10 novembre 2020 n. 11611; T.A.R. Lombardia, Milano, II, 3 luglio 2020 n. 1279). Si tratta dell'applicazione del più generale principio di vicinanza alle fonti di prova.

A tale mancanza non può supplire una consulenza tecnica come la ricorrente pretenderebbe.

Nella presente sede manca non solo la quantificazione, ma la stessa dimostrazione del danno asseritamente subito sicché l'espletamento della consulenza tecnica avrebbe carattere meramente esplorativo.

5. In conclusione, il ricorso deve essere accolto quanto alla domanda annullatoria e respinto quanto alla domanda risarcitoria.

Le spese processuali vengono compensate per la novità della questione affrontata.

(Omissis)

