

IL PRINCIPIO DNSH E IL NUOVO CRITERIO DNSH

DI URBANO BARELLI

1. Gli Orientamenti tecnici sull'applicazione del principio "non arrecare un danno significativo" (cd. principio DNSH)

Nel mese di ottobre 2023 sono stati pubblicati sulla GUCE tre documenti della Commissione europea che riguardano il principio "non arrecare un danno significativo" (cd. principio DNSH)ⁱ.

Il primo documento è stato pubblicato sulla GUCE dell'11 ottobre 2023 ed è la versione aggiornata degli "Orientamenti tecnici sull'applicazione del principio "non arrecare un danno significativo" a norma del regolamento sul dispositivo per la ripresa e resilienza"(C/2023/111)ⁱⁱ, già pubblicato il 18 febbraio 2021 (2021/C 58/01)ⁱⁱⁱ.

Non è stata comunicata una qualche spiegazione circa la necessità della nuova versione e il confronto tra il vecchio testo (30 pagine) e quello nuovo (33 pagine) non risulta agevole ad una prima lettura, il che rende ancor più difficile l'attività di quanti (enti, professionisti, imprese) si trovano a dover applicare per la prima volta il principio DNSH ai progetti del PNRR.

Rispetto alla versione precedente si nota comunque il riferimento ai prodotti finanziari attuati nell'ambito del Fondo InvestEU, per i quali si richiede di dimostrare l'assenza di danno significativo ai sei obiettivi ambientali di cui all'articolo 17 del regolamento (UE) 2020/852^{iv}, applicando le norme InvestEU in combinazione con le pertinenti politiche del partner esecutivo (punto 2.4).

2. L'incertezza sull'applicazione del regolamento delegato (UE) 2021/2139

Se con tale nuova pubblicazione si ribadisce l'importanza del principio DNSH, la Commissione europea non chiarisce però se al principio DNSH si applichi anche il regolamento delegato (UE) 2021/2139 "che integra il regolamento (UE) 2020/852 del Parlamento europeo e del Consiglio fissando i criteri di vaglio tecnico che consentono di determinare a quali condizioni si possa considerare che un'attività economica contribuisce in modo sostanziale alla mitigazione dei cambiamenti climatici o all'adattamento ai cambiamenti climatici e se non arreca un danno significativo a nessun altro obiettivo ambientale"^v.

Infatti, con gli Orientamenti tecnici in esame la Commissione indica (punto 2.5) due criteri entrambi discutibili:

- i criteri tecnici contenuti nei regolamenti delegati non dovrebbero incidere sugli Orientamenti tecnici DNSH predisposti dalla Commissione;
- gli Stati membri possono avvalersi dei criteri tecnici anche facendo riferimento alle bozze degli stessi regolamenti delegati.

Discutibili in quanto per il primo è noto che i regolamenti dell'UE sono di rango superiore rispetto alle Comunicazioni della Commissione, mentre per il secondo è altrettanto noto che i regolamenti delegati hanno un'efficacia diretta e vincolante per gli Stati dell'UE.

Bizzarro, inoltre, è il riferimento alle bozze dei regolamenti delegati, che, in quanto tali e con tutta evidenza, non possono essere utilizzate prima della loro approvazione nel testo definitivo (se ne intuisce, però, la ragione: dei sei obiettivi ambientali che compongono il principio DNSH, per quattro - quelli ambientali - è in corso di approvazione il relativo regolamento delegato^{vi}).

Su questo punto più decisa sembra la posizione del MEF che, nella Guida operativa al principio DNSH^{vii}, richiama ed applica invece il regolamento delegato 2021/2139 che viene citato ben 58 volte.

3. La comunicazione sull'interpretazione del regolamento delegato (UE) 2021/2139

Il secondo documento è stato pubblicato sulla GUCE del 20 ottobre 2023 (cosiddetto atto delegato "Clima") ed è una comunicazione "sull'interpretazione e sull'attuazione di talune disposizioni giuridiche dell'atto delegato relativo agli aspetti climatici della tassonomia dell'UE che fissa i criteri di vaglio tecnico per le attività economiche che contribuiscono in modo sostanziale alla mitigazione dei cambiamenti climatici o all'adattamento ai cambiamenti climatici e non arrecano un danno significativo a nessun altro obiettivo ambientale (C/2023/267)"^{viii}.

Con questo secondo documento di 55 pagine e 187 domande e risposte, la CE interpreta il citato regolamento delegato (UE) 2021/2139 e detta i criteri di vaglio tecnico degli obiettivi climatici: mitigazione dei cambiamenti climatici; adattamento ai cambiamenti climatici.

Tra le domande trasversali (Sezione I), la terza riguarda il principio DNSH: "Che cosa significa nella pratica controllare la conformità ai criteri di vaglio tecnico in relazione al contributo sostanziale e al principio DNSH?"

La risposta non sembra tra le più chiare: "Controllare la conformità ai criteri di vaglio tecnico implica raccogliere e valutare le informazioni pertinenti al fine di stabilire se l'attività economica soddisfa le condizioni ivi stabilite. Per essere considerata allineata alla tassonomia, un'attività deve soddisfare tutti i criteri relativi al contributo sostanziale e al principio DNSH, nonché le garanzie minime di salvaguardia sociale di cui all'articolo 18 del regolamento sulla tassonomia".

Più di trenta sono le "domande specifiche per settore sui criteri di vaglio tecnico" (Sezione II) che riguardano il principio DNSH applicato ai seguenti settori: silvicoltura, attività manifatturiere, energia, fornitura di acqua, reti fognarie, trattamento dei rifiuti e decontaminazione, trasporti, edilizia e attività immobiliari, informazione e comunicazione, attività professionali, scientifiche e tecniche.

La Sezione II è dedicata alle "Domande sui criteri DNSH ricorrenti" con specifiche domande sui "Criteri DNSH generici" per l'adattamento ai cambiamenti climatici, per la prevenzione e la riduzione dell'inquinamento per quanto riguarda l'uso e la presenza di sostanze chimiche e per la protezione e il ripristino della biodiversità e degli ecosistemi.

4. La comunicazione sull'interpretazione del regolamento delegato (UE) 2021/2178

Il terzo documento è stato pubblicato anche questo sulla GUCE del 20 ottobre 2023 ed è "sull'interpretazione e sull'attuazione di talune disposizioni giuridiche dell'atto delegato relativo all'informativa a norma dell'articolo 8 del regolamento sulla tassonomia dell'UE per quanto riguarda la comunicazione di attività economiche e attivi ammissibili e allineati alla tassonomia (seconda comunicazione della Commissione) (C/2023/305)"^{ix}.

Tale regolamento, definito anche “atto delegato Informativa”, contiene uno specifico riferimento al principio DNSH per le attività che contribuiscono in modo sostanziale alla mitigazione dei cambiamenti climatici, con riferimento al trattamento delle spese in conto capitale sostenute per soddisfare i criteri DNSH per obiettivi ambientali non climatici.

5. Il regolamento delegato del 27 giugno 2023

Il 27 giugno 2023 è stato adottato il regolamento delegato con i criteri di vaglio tecnico per i quattro obiettivi ambientali diversi da quelli climatici (definito atto delegato “Ambiente”), regolamento “che integra il regolamento (UE) 2020/852 del Parlamento europeo e del Consiglio fissando i criteri di vaglio tecnico che consentono di determinare a quali condizioni si possa considerare che un'attività economica contribuisce in modo sostanziale all'uso sostenibile e alla protezione delle acque e delle risorse marine, alla transizione verso un'economia circolare, alla prevenzione e alla riduzione dell'inquinamento o alla protezione e al ripristino della biodiversità e degli ecosistemi e se non arreca un danno significativo a nessun altro obiettivo ambientale, e che modifica il regolamento delegato (UE) 2021/2178 per quanto riguarda la comunicazione al pubblico di informazioni specifiche relative a tali attività economiche”^x.

Il regolamento contiene quattro allegati con i criteri di vaglio tecnico per ognuno dei quattro obiettivi ambientali di cui al regolamento Tassonomia:

- Criteri di vaglio tecnico relativi all'uso sostenibile e alla protezione delle acque e delle risorse marine;
- Criteri di vaglio tecnico relativi alla transizione verso un'economia circolare;
- Criteri di vaglio tecnico relativi alla prevenzione e alla riduzione dell'inquinamento;
- Criteri di vaglio tecnico relativi alla protezione e al ripristino della biodiversità e degli ecosistemi.

6. Il nuovo “Criterio DNSH”

Le due comunicazioni della Commissione europea del 20 ottobre 2023 contengono la nuova definizione di "Criterio dnsH", un criterio che si trova citato ma non definito nel regolamento delegato (UE) 2021/2139.

La comunicazione C/2023/267 sull'interpretazione del regolamento delegato (UE) 2021/2139 contiene lo schema “Terminologia e normativa applicabile” con una prima colonna intitolata “termine/strumento” nella quale è inserito il “Criterio DNSH”, mentre nella seconda intitolata “spiegazione/riferimento” si legge la seguente frase: “Criterio «non arrecare un danno significativo» di cui all'articolo 3, lettere b) e d), del regolamento sulla tassonomia”.

L'art.3 del regolamento sulla tassonomia^{xi} è intitolato “Criteri di ecosostenibilità delle attività economiche” e, per quel che qui interessa, recita:

“Al fine di stabilire il grado di ecosostenibilità di un investimento, un’attività economica è considerata ecosostenibile se:

b) non arreca un danno significativo a nessuno degli obiettivi ambientali di cui all’articolo 9, in conformità dell’articolo 17;

d) è conforme ai criteri di vaglio tecnico fissati dalla Commissione ai sensi dell’articolo 10, paragrafo 3, dell’articolo 11, paragrafo 3, dell’articolo 12, paragrafo 2, dell’articolo 13, paragrafo 2, dell’articolo 14, paragrafo 2, o dell’articolo 15, paragrafo 2”.

Sembra, quindi, che siano due le categorie di “criteri” che vanno a comporre il nuovo “criterio DNSH”, una in negativo e l’altra in positivo: la prima è quella del non arrecare un danno significativo agli obiettivi ambientali (e dovrebbe essere la stessa che caratterizza il principio DNSH), l’altra è quella del contributo sostanziale agli stessi obiettivi ambientali.

La prudenza ed il condizionale sono d’obbligo perché se si va a leggere l’altra comunicazione della Commissione in esame (C/2023/305), nel glossario è elencato anche il “Criterio DNSH” e la definizione/riferimento è semplicemente quella di “non arrecare danni significativi”.

In questa seconda comunicazione della Commissione - che, lo si ripete, è stata pubblicata sulla GUCE nello stesso giorno 20 ottobre 2023 - il “criterio DNSH” sembra coincidere con il “principio DNSH” (salvo la declinazione al plurale del danno significativo che risulta poco comprensibile ed attribuibile, probabilmente, ad un errore di compilazione).

Una conferma della validità della seconda ipotesi sembra venire dal regolamento delegato con i criteri di vaglio tecnico per gli obiettivi ambientali adottato il 27 giugno 2023 nel quale si distingue tra “criteri per il contributo sostanziale” e “Criteri DNSH (“non arrecare danno significativo”)”.

7. Le diverse definizioni del DNSH

Quella di "criterio dnsh" è la terza definizione che si incontra nel contesto, ampio e in via di progressivo assestamento, della transizione ecologica del Green Deal europeo:

- la prima è quella di "principio "non arrecare un danno significativo"" usata principalmente dal Parlamento e dal Consiglio dell'Ue (per esteso e in italiano: si vedano, solo per citare i principali, i regolamenti 2020/852, 2021/241 e 2021/2139);
- la seconda è quella di "principio dnsh" (acronimo dell'inglese "*do no significant harm*": si vedano gli Orientamenti tecnici dnsh e le relazioni della Commissione sul PNRR) usata principalmente dalla Commissione europea;
- la terza è, appunto, quella odierna di "criterio dnsh" che trova la sua prima definizione nella due citate comunicazioni della Commissione europea.

Nell’Allegato alla Decisione del Consiglio dell’Unione Europea (*Council Implementing Decision*, cd.CID)^{xii} del 13 luglio 2021 di approvazione del PNRR italiano, il principio DNSH è citato dieci volte come “DNSH” e 137 volte come “non arrecare un danno significativo”.

Mentre nel documento PNRR del 23 dicembre 2021 "*Operational arrangements between the Commission and Italy*"^{xiii} (spesso indicato con l'acronimo "OA"), il principio DNSH è citato 18 volte come DNSH e 135 volte come "do no significant harm", è particolarmente importante perché contiene gli accordi operativi con i quali sono stabiliti i meccanismi di verifica periodica relativi al conseguimento di tutti i traguardi e gli obiettivi (*Milestone e Target*) necessari per il riconoscimento delle rate di rimborso semestrali delle risorse PNRR.

Per dare la dimensione dell'importanza anche per il principio DNSH dei due documenti citati da ultimo, nella Circolare MEF n.30 dell'8 agosto 2022 sul controllo e sulla rendicontazione del PNRR^{xiv}, si prevede che per il rispetto del DNSH nelle gare d'appalto si "deve indicare negli atti e nei documenti "chiave" della procedura (es. bando e relativi documenti tecnici e amministrativi) gli elementi e le prescrizioni/obblighi per il soggetto realizzatore e degli eventuali ulteriori obblighi derivanti da quanto indicato negli Atti Programmatici della Misura in riferimento al CID (*Council Implementing Decision*) ed all'OA (*Operational Arrangements*)" (pag.28).

Da aggiungere che nella ricerca della migliore definizione, la Guida del Mef all'applicazione del principio DNSH individua la strada più semplice e comprende entrambe le definizioni del principio DNSH: "Guida operativa per il rispetto del principio di non arrecare danno significativo all'ambiente (cd. DNSH)"^{xv}.

8. La limitazione della responsabilità

Negli Orientamenti tecnici sull'applicazione del principio "non arrecare un danno significativo", della Commissione europea pubblicati l'11 ottobre 2023 si ripete la frase già contenuta nella versione precedente del 18 febbraio 2021: "I presenti orientamenti tecnici sono destinati ad aiutare le autorità nazionali nella preparazione dei piani per la ripresa e la resilienza a norma del regolamento sul dispositivo per la ripresa e la resilienza. Solo la Corte di giustizia dell'Unione europea è competente a fornire un'interpretazione autorevole del diritto dell'Unione".

Nelle due comunicazioni del 20 ottobre 2023 della stessa Commissione europea si legge che "i pareri espressi nella presente comunicazione non pregiudicano la posizione che la Commissione europea può assumere dinanzi agli organi giurisdizionali nazionali e dell'Unione".

Pertanto, su una novità così rilevante e vincolante come il principio DNSH che, solo per citare alcuni documenti, ha richiesto diversi regolamenti delegati, gli orientamenti tecnici e le comunicazioni della Commissione europea di cui sopra, la stessa Commissione europea si riserva ancora la possibilità di mutare il proprio orientamento anche dinanzi all'autorità giudiziaria.

Un'affermazione che non aiuta gli interpreti (pubblica amministrazione, imprese, professionisti, cittadini) ad applicare una disciplina che si va facendo sempre più articolata e complessa, un'affermazione che non sembra nemmeno tener conto del principio del legittimo affidamento degli interessati^{xvi}.

ⁱ Per una sintetica ricostruzione del principio DNSH, sia consentito rinviare a: U.Barelli, *Il PNRR ed il principio "Do No Significant Harm" (DNSH)*, in RGA online, Febbraio 2023; Sulle ambiguità e implicazioni del principio DNSH: G.M.Caruso, *Il principio "do no significant harm": ambiguità, caratteri e implicazioni di un criterio positivizzato di sostenibilità ambientale*, in Cittadinanza Europea, 2, 2022, p.151. Sulla transizione ecologica: G.Severini-U.Barelli, *Gli atti fondamentali dell'Unione europea su "transizione ecologica" e "ripresa e resilienza": prime osservazioni*, in RGA online, Aprile 2021.

ⁱⁱ https://eur-lex.europa.eu/legal-content/IT/TXT/PDF/?uri=OJ:C_202300111

ⁱⁱⁱ [https://eur-lex.europa.eu/legal-content/IT/TXT/?uri=CELEX:52021XC0218\(01\)](https://eur-lex.europa.eu/legal-content/IT/TXT/?uri=CELEX:52021XC0218(01))

-
- iv https://eur-lex.europa.eu/legal-content/IT/TXT/?toc=OJ%3AL%3A2020%3A198%3ATOC&uri=uriserv%3AOJ.L_.2020.198.01.0013.01.ITA
- v <https://eur-lex.europa.eu/legal-content/IT/TXT/?uri=CELEX%3A32021R2139>
- vi Il 27.6.2023 è stato adottato il regolamento delegato con i criteri di vaglio tecnico per gli altri quattro obiettivi ambientali, con termine per la scadenza delle osservazioni al 27 ottobre 2023; in: [https://eur-lex.europa.eu/legal-content/IT/TXT/?uri=PI_COM:C\(2023\)3851](https://eur-lex.europa.eu/legal-content/IT/TXT/?uri=PI_COM:C(2023)3851)
- vii <https://www.italiandomani.gov.it/it/strumenti/documenti/archivio-documenti/guida-operativa-do-no-significant-harm--dnsh-.html?keep>
- viii https://eur-lex.europa.eu/legal-content/IT/TXT/PDF/?uri=OJ:C_202300267
- ix https://eur-lex.europa.eu/legal-content/IT/TXT/PDF/?uri=OJ:C_202300305
- x [https://eur-lex.europa.eu/legal-content/IT/TXT/?uri=PI_COM:C\(2023\)3851](https://eur-lex.europa.eu/legal-content/IT/TXT/?uri=PI_COM:C(2023)3851)
- xi https://eur-lex.europa.eu/legal-content/IT/TXT/?toc=OJ%3AL%3A2020%3A198%3ATOC&uri=uriserv%3AOJ.L_.2020.198.01.0013.01.ITA
- xii https://www.italiandomani.gov.it/content/dam/sogei-ng/documenti/CONSIL_ST_10160_2021_ADD_1REV_2_IT_TXT.pdf
- xiii <https://www.italiandomani.gov.it/it/strumenti/documenti/archivio-documenti/operational-arrangements-tra-la-commissione-europea-e-l-italia.html>
- xiv https://www.rgs.mef.gov.it/VERSIONE-I/circolari/2022/circolare_n_30_2022/
- xv <https://www.italiandomani.gov.it/it/strumenti/documenti/archivio-documenti/guida-operativa-do-no-significant-harm--dnsh-.html?keep>
- xvi Sulle FAQ, categoria alla quale possono essere assimilate le due comunicazioni della Commissione europea del 20 ottobre 2023, il Consiglio di Stato ha di recente ribadito che “in definitiva, le risposte alle FAQ, pur nella loro atipicità, si pongono a metà strada tra le disposizioni di carattere normativo, per loro natura (almeno di regola) generali e astratte e inidonee quindi a prevedere ogni loro possibile applicazione concreta, e il singolo esercizio della funzione amministrativa da parte di una pubblica amministrazione. Essenziali criteri di affidamento del cittadino nella pubblica amministrazione richiedono tuttavia di tenere conto dell’attività svolta dall’amministrazione stessa con la pubblicazione delle FAQ sul proprio sito istituzionale. Fatta questa premessa, si può agevolmente riconoscere che vale per le risposte alle FAQ quanto enucleato dal Consiglio di Stato con riferimento alle gare di appalto: <<chiarimenti in ordine alla valenza di alcune clausole della lex di gara dal significato poco chiaro, essendo forniti dalla stazione appaltante anteriormente alla presentazione delle offerte, non costituiscono un’indebita, e perciò illegittima, modifica delle regole di gara, ma una sorta d’interpretazione autentica, con cui l’Amministrazione chiarisce la propria volontà provvedimentale, in un primo momento poco intelligibile, precisando e meglio delucidando le previsioni della lex specialis>> (Consiglio di Stato, Sez. IV, 21 gennaio 2013, n. 341; Sez. III, n. 290/2014). Per quanto non vincolanti, le FAQ orientano i comportamenti degli interessati e non possono essere considerate tamquam non esset” (Consiglio di Stato, 30 agosto 2023, 8065). Inoltre, secondo una giurisprudenza costante della Corte di Giustizia, “il principio di certezza del diritto, che ha come corollario quello della tutela del legittimo affidamento, impone, da un lato, che le norme di diritto siano chiare e precise e, dall’altro, che la loro applicazione sia prevedibile per i soggetti dell’ordinamento, in particolare quando possono avere sugli individui e sulle imprese conseguenze sfavorevoli” (Corte di giustizia UE, 11 luglio 2019, n.180, punto 29; in tal senso anche: Corte di Giustizia UE, 11 giugno 2015, Berlington Hungary e a., C-98/14, EU:C:2015:386, punto 77).