

UNIVERSITA' DEGLI STUDI DI CATANIA
DOTTORATO DI RICERCA IN DIRITTO AMMINISTRATIVO EUROPEO

Dott. Massimo Giuseppe Urso

IL RISARCIMENTO DEL DANNO AMBIENTALE

Tesi di dottorato

Tutor: prof. Ignazio Maria Marino

Coordinatore: prof. Ignazio Maria Marino

ANNO ACCADEMICO 2009-2010

1. Tutela dell'ambiente e interessi diffusi nel sistema antecedente alla legge n. 349 del 1986.

La genesi e l'evoluzione giurisprudenziale e dottrinale prima (e legislativa poi) dell'istituto del danno ambientale è strettamente connessa con la dibattuta questione della tutela degli interessi diffusi.

E' noto, infatti, che la legge ha esplicitamente preso in considerazione le posizioni giuridiche soggettive dei privati aventi natura di diritto soggettivo o di interesse legittimo, per quanto concerne la loro tutela avverso i provvedimenti amministrativi che si assumono lesivi. Le figure giuridiche degli interessi collettivi e diffusi sono state fatte, invece, oggetto di esame da parte della dottrina e della giurisprudenza, mentre il legislatore se ne è occupato sporadicamente con provvedimenti normativi di carattere settoriale.

La posizione giuridica che ha creato maggiori problemi all'interprete è stata l'interesse diffuso, caratterizzato dalla peculiarità di far capo ad una pluralità indeterminata di soggetti, a differenza degli interessi collettivi, i quali sono attribuiti ad una collettività delimitata e determinata, organizzata in un gruppo esponenziale omogeneo e non occasionale.

Gli interessi diffusi sono, pertanto, definiti adespoti o seriali, in quanto pertinenti ad una pluralità di soggetti non organizzati in un gruppo rappresentativo e le cui posizioni non sono differenziate le une dalle altre, cosicché mancano uno o più titolari determinati e qualificati dell'interesse leso; l'interesse collettivo appare, invece, differenziato, in quanto facente capo ad un soggetto individuato e qualificato, nel senso che è preso in considerazione dal diritto, anche se indirettamente.

A causa delle caratteristiche sopra evidenziate, la giurisprudenza amministrativa ha inizialmente negato l'azionabilità degli interessi diffusi dal punto di vista pubblicistico, individuando un ostacolo nella carenza del requisito della "personalità dell'interesse", di cui all'art. 26 del T.U. Consiglio di Stato, che fa riferimento ai ricorsi aventi ad oggetto <<un interesse d'individui o di enti minori giuridici>>.

L'impostazione restrittiva del Consiglio di Stato è entrata in crisi proprio in materia di tutela dei valori ambientali, i quali, in quanto tali, sono difficilmente collegabili ad un singolo soggetto e, pertanto, rischiano di rimanere senza tutela.

Al fine di superare l'ostacolo rappresentato dal principio della personalità dell'interesse e venire incontro alla pressante richiesta di tutela dell'ambiente, la giurisprudenza

amministrativa modificò il suo orientamento restrittivo, pur non distaccandosi, almeno formalmente, dai principi tradizionali, dando vita ad una operazione di personalizzazione degli interessi diffusi in capo ad alcuni soggetti ed evitando, in tal modo, di riconoscere l'esistenza di una nuova posizione giuridica tutelata.

Il cambio di rotta venne inaugurato dal Consiglio di Stato con la decisione n. 523 del 1970, nella quale venne individuato il criterio, considerato valido ancor oggi, della "vicinitas" o del collegamento ambientale con il bene leso, principio in base al quale la tutela dell'interesse leso spetta esclusivamente al soggetto che si trovi in una speciale relazione fisico-spaziale con il bene della vita su cui ha inciso il potere amministrativo. Il Giudice amministrativo, al fine di evitare un ingolfamento della giustizia amministrativa, elaborò anche un altro requisito di azionabilità dell'interesse in esame, consistente nel fatto che il gruppo si fosse organizzato in un ente esponenziale dotato di personalità giuridica ed il cui statuto prevedesse tra i fini istituzionali la tutela del bene leso.

L'evoluzione giurisprudenziale era, tuttavia, ancora agli inizi.

Caso emblematico del travaglio vissuto dalla giurisprudenza fu quello che vide protagonista l'associazione ambientalista "Italia Nostra". In un primo momento, infatti, il Consiglio di Stato riconobbe la legittimazione della suddetta associazione ad impugnare un provvedimento amministrativo di istituzione di una strada in un parco nazionale. A seguito, però, dell'intervento della Cassazione, la quale dichiarò il difetto assoluto di giurisdizione del giudice amministrativo, quest'ultimo modificò il suo orientamento, incentrando però la questione sul difetto di legittimazione all'impugnazione e riconoscendo al giudice degli interessi legittimi il compito di verificare, caso per caso, se l'ente esponenziale fosse rappresentativo degli interessi seriali, selezionando in ogni singola ipotesi gli interessi azionabili, sulla base di alcuni precisi criteri, utilizzati ancora oggi dalla giurisprudenza, fondati sul fatto che : a) l'ente esponenziale avesse tra i suoi fini l'utilizzo del bene di cui chiede la tutela; b) l'ente fosse dotato di una stabile organizzazione, consistenza e struttura; c) sussistesse lo stabile collegamento ambientale tra l'ente e la zona in cui è situato il bene a fruizione collettiva; d) l'ente fosse dotato di rappresentatività¹.

¹ Cfr. Cons. Stato, A. P. n. 24/1979; di recente Cons. Stato, sez. V, 23.7.2007, n. 1830: "Il giudice amministrativo può riconoscere, caso per caso, la legittimazione ad impugnare atti amministrativi a tutela dell'ambiente ad associazioni locali (indipendentemente dalla loro natura giuridica), purchè: a) perseguano statutariamente in modo non occasionale obiettivi di tutela ambientale, b) abbiano un adeguato grado di rappresentatività e stabilità e c) un'area di afferenza ricollegabile alla zona in cui è situato il bene a fruizione collettiva che si assume leso, anche se non ricomprese nell'elenco delle associazioni a carattere nazionale individuate dal Ministero dell'Ambiente ai sensi dell'art. 13 della Legge 8.7.1986, n. 349, poiché tale norma ha creato un ulteriore criterio di legittimazione che si è aggiunto e non sostituito a quelli in precedenza elaborati

In tal modo la giurisprudenza amministrativa, sulla falsa riga di quella civilistica che già riconosceva la soggettività giuridica alle associazioni non riconosciute, accettò la legittimazione processuale anche degli enti di fatto che fossero in possesso dei requisiti sopra riportati, rendendo tutelabile l'interesse diffuso che prendesse le sembianze dell'interesse collettivo².

Anche il giudice ordinario si è occupato della tutela degli interessi diffusi, seguendo, tuttavia, una strada diversa, basata sulla scissione dell'interesse diffuso in una pluralità di interessi individuali facenti capo ad ogni singolo componente della collettività indifferenziata ed azionabili attraverso lo strumento del diritto soggettivo.

In particolare, con la nota decisione n. 1463 del 1979, emessa proprio in materia ambientale, la Corte di Cassazione ha distinto tra beni collettivi indivisibili (quale, per esempio, l'ordine pubblico), nei confronti dei quali non è configurabile una fruizione differenziata e beni collettivi divisibili, suscettibili di fruizione diretta da parte dei singoli. Tra questi la Cassazione ha individuato il diritto alla salute del cittadino, visto quale diritto assoluto ed individuale, limitato però dalla necessaria condizione dell'esistenza di una relazione di tipo reale tra il soggetto e il bene immobile.

Con altra decisione dello stesso anno, la Cassazione, pur conservando il collegamento tra diritto alla salute³ e ambiente, modifica l'impostazione restrittiva del precedente *decisum*, riconoscendo il diritto all'ambiente come diritto azionabile da ogni soggetto, superando gli angusti schemi proprietari⁴. La Suprema Corte ha fatto riferimento ad un altro diritto di particolare interesse nella materia ambientale, inteso quale "diritto all'ambiente salubre",

dalla giurisprudenza per l'azionabilità dei c.d. "interessi diffusi" in materia ambientale (cfr., *ex multis*, Cons. St., sez. VI, 26.7.2001, n. 4123; T.A.R. Liguria, sez. I, 18.3.2004, n. 267)(...). Non basta, infatti, il mero scopo associativo a rendere differenziato un interesse diffuso o adespota, facente capo alla popolazione nel suo complesso, quale l'interesse alla salvaguardia dell'ambiente, specie quando tale scopo associativo si risolva, come nella specie (in cui è stata depositata una semplice delibera di conferimento di mandato per la proposizione del ricorso innanzi al TAR), senza mediazione alcuna di altre finalità, nell'utilizzazione di tutti i mezzi leciti per non consentire la realizzazione di un determinato progetto e, quindi, in definitiva, nella stessa finalità di proporre l'azione giurisdizionale (cfr. Cons. St., sez. VI, 5.12.2002, n. 6657)". Nel caso oggetto della decisione il giudice amministrativo ha escluso la legittimazione ad agire di un comitato in quanto caratterizzato da una forma associativa temporanea e non dotato di rappresentanza sul piano locale ed ha, altresì, escluso che il mero requisito della *vicinitas* sia sufficiente per riconoscere la sussistenza dell'interesse all'impugnazione, richiedendo la dimostrazione del danno.

² Cfr. L. MARUOTTI, *La tutela degli interessi diffusi e degli interessi collettivi in sede di giurisdizione di legittimità del giudice amministrativo: questioni di giurisdizione e selezione dei soggetti legittimati alla impugnazione*, Diritto processuale amministrativo n. 2/1992, 279, per il quale la tutela degli interessi diffusi "è ipotizzabile solo qualora essi diventino interessi collettivi".

³ Sul diritto alla salute cfr. B. DELFINO, *La responsabilità per danni alla persona nell'erogazione di servizi pubblici*, 2007.

⁴ Cfr. S. PATTI, *Diritto all'ambiente e tutela della persona*, Giur. It. 1980, I, 1, 859, il quale rileva che: "Il diritto all'ambiente viene così riconosciuto come prerogativa di ogni soggetto: non c'è più tutela della proprietà, ma si realizza la tutela della persona, indipendentemente dalla violazione del diritto reale".

avente una dimensione metaindividuale, ma pur sempre configurabile come diritto soggettivo⁵, per poi giungere, in altre decisioni, a configurare un autonomo diritto all'ambiente quale diritto della personalità, separato dal diritto alla salute.

Questa impostazione del giudice ordinario era la naturale conseguenza della sua giurisdizione, in quanto esso appariva quale unico giudice in grado di tutelare una posizione giuridica soggettiva qualificata di diritto soggettivo (alla salute o all'ambiente), tra l'altro, in quell'ottica, non suscettibile di compressione e degradazione ad interesse legittimo a seguito dell'esercizio del potere amministrativo⁶.

Come si è visto, nel sistema antecedente alla pubblicazione della legge n. 349 del 1986, l'ambiente trovava una tutela pubblicistica avanti il giudice amministrativo, naturalmente di tipo demolitorio in virtù dei limiti che caratterizzavano la giurisdizione amministrativa in quel periodo, attraverso l'impugnazione dei provvedimenti amministrativi ritenuti lesivi dell'interesse diffuso, azionabile esclusivamente in presenza dei requisiti sopra esposti.

Nell'ottica privatistica, il processo di personalizzazione dell'interesse diffuso nel diritto soggettivo, con la conseguente giurisdizionale del giudice ordinario, portava *naturaliter* all'utilizzo degli strumenti di tutela tipici del diritto privato.

In una prima fase, pertanto, si è ritenuto di utilizzare l'art. 844 c.c. in materia di immissioni, sulla base della tesi della natura personale del rimedio citato, qualificazione giurisprudenziale che consentirebbe di estendere la legittimazione ad agire a tutti coloro i quali, in qualche modo, godono del fondo; tuttavia la Corte costituzionale, con la decisione n. 247 del 1979, sembra aver accolto l'impostazione proprietaria, che qualifica come reale la norma in esame e di conseguenza riconosce la legittimazione attiva al solo proprietario o al titolare di un diritto reale sul fondo.

Superato il tentativo di utilizzare l'art. 844 c.c., rimane la clausola generale dell'art. 2043 c.c., norma che prevede una fattispecie atipica utilizzabile in una serie indeterminata e vasta di situazioni in cui è presente una lesione di una posizione giuridica di diritto soggettivo, almeno

⁵ Cass. S.U. civ., 6 ottobre 1979, n. 5172, Giur. Italiana, 1980, I, 1, 464: "La protezione della salute assiste l'uomo non (solo) in quanto considerato in una sua astratta quanto improbabile separatezza, ma in quanto partecipe delle varie comunità – familiare, abitativa, di lavoro, di studio ed altre – nelle quali svolge la sua personalità. (...) essa assume in tal modo un contenuto di socialità e di sicurezza, per cui il diritto alla salute, piuttosto (o oltre) che come mero diritto alla vita e all'incolumità fisica, si configura come diritto all'ambiente salubre"; di recente cfr. Cass., S.U., 28 dicembre 2007, n. 27187 e Cons. Stato, sez. V, 28 novembre 2008, n. 5910, che richiamano il cd. "interesse generale pubblico all'ambiente salubre".

⁶ Cfr., in senso contrario, l'orientamento recente delle S.U. della Cassazione (sentenze n. 27187/2007; ord. n. 11832/2009; n. 9956/2009), della Corte costituzionale (n. 240/2007) e dell'A.P. del Consiglio di Stato (n. 12/2007), per la quale tale tesi "reca in se il corollario della inesistenza del provvedimento amministrativo che, pur emesso in applicazione di legge, siffatti incompressibili diritti in concreto incidesse". Di recente le S.U. sembrano, tuttavia, aver rispolverato la tesi dei diritti cd. incompressibili (cfr. Cass. S.U. n. 7160/2010).

nella fase antecedente al *renvirement* della Cassazione a favore della risarcibilità della lesione del credito e del possesso, fino ad arrivare alla risarcibilità della lesione dell'interesse legittimo, con la nota decisione n. 500 del 1999.

D'altronde la giurisprudenza ha riconosciuto che, anche nel sistema previgente rispetto all'art. 18 della legge n. 349/1986, "la Costituzione e la norma generale dell'art. 2043 c.c. apprestavano all'ambiente (...) una tutela organica e piena"⁷.

Particolare interesse riveste, nell'ambito dell'esame sommario della giurisprudenza anteriore all'emanazione della legge n. 349 del 1986, il ruolo della Corte dei conti, la cui giurisprudenza si pone quale antecedente storico diretto dell'impostazione seguita dal legislatore nella citata legge n. 349/1986 e sostanzialmente confermata nel T.U. ambientale.

Dall'esame della giurisprudenza amministrativa e civile in materia di interessi diffusi emerge la sofferenza dei giudici, costretti da un sistema normativo superato e non al passo con le nuove problematiche poste dallo sviluppo industriale. Le soluzioni che, seppur per sommi capi, sono state esposte, si inquadrano in un'ottica privatistica e sono condizionate dalla necessaria presenza di un soggetto (singolo o associato) cui imputare le conseguenze della lesione.

Appariva chiaro a molti, tuttavia, che questa impostazione lasciava privo di tutela l'interesse della collettività ad avere un ambiente fruibile e protetto, anche in assenza di una specifica lesione di un soggetto determinato.

Si affaccia, pertanto, la nozione fondamentale di "danno pubblico alla collettività", che rappresenta il nucleo centrale delle importanti decisioni della Corte dei conti emanate negli anni. '70⁸. Il giudice contabile, infatti, vede la questione della tutela dell'ambiente non in un'ottica privatistica e individualistica (come ha fatto la Cassazione) ma segue una impostazione pubblicistica, che tiene conto dei profili di danno collettivo all'ambiente, inteso quale bene della collettività, la cui tutela spetta, in quanto tale, allo Stato, quale massimo ente esponenziale della collettività medesima.

Il bene ambiente viene, quindi, visto quale bene comune, la cui lesione comporta un danno pubblico, suscettibile di risarcimento indipendentemente dalla lesione di interessi individuali, pur se agganciato ad una concezione patrimonialistica. A ciò la Corte dei conti arriva mediante una estensione della nozione di danno erariale, allargata alla lesione "di interessi più

⁷ Cass. , sez. III civ., 3.2.1998, n. 1087, Urbanistica e appalti n. 7/1998, 721.

⁸ Il nuovo orientamento prende le mosse da Corte conti, I, 15.5.1973 n. 39, Foro Amm., 1973, I, 247; seguono Corte conti n. 108/1975, n. 61/1979, S. Riunite n. 378/1984, n. 70/1985, fino a giungere alla decisione n. 10/1982. Per un esame della giurisprudenza contabile in materia cfr. P. MADDALENA, *Il danno all'ambiente tra giudice civile e giudice contabile*, Rivista critica di diritto privato 1987, 445 ss.

generali, di natura eminentemente pubblica (interessando tutta la categoria dei cittadini) purché suscettibili di valutazione economica”.

Si tratta, come accennato, di decisioni di centrale importanza per comprendere la genesi dell’istituto dal danno ambientale, in quanto, come rilevato dalla dottrina, è a questa giurisprudenza che va il merito di aver individuato la prima nozione di ambiente quale bene di interesse pubblico o collettivo e di danno ambientale quale pregiudizio per la comunità nel suo complesso⁹.

In verità, nella prima giurisprudenza contabile la Corte radica la sua giurisdizione attraverso un sostanziale ampliamento della tradizionale responsabilità erariale, facendo riferimento ai danni derivanti dalle spese necessarie per gli interventi di recupero ambientale. Come rilevato dalla dottrina¹⁰, le problematiche sollevate da questa giurisprudenza erano più complesse, in quanto la stessa richiamava le nozioni di <<maggiore spesa>> o <<minore entrata>> al solo fine di poter sostenere la patrimonialità del danno, introducendo, tuttavia, la citata nozione di danno ambientale quale pregiudizio al bene giuridico collettivo immateriale ambiente in sé e per sé considerato, la cui tutela spetta allo Stato.

Questa definizione di danno ambientale è stata fatta propria dalla dottrina, che si esprime in termini di : a) “aggressione ad un bene pubblico immateriale, insuscettibile di appropriazione e pertinente allo Stato-persona come ente rappresentativo della collettività nazionale”¹¹; b) natura pubblicistica del danno ambientale derivante dalla lesione di un bene pubblico, qual’è il bene ambientale¹²; c) danno all’ambiente “quale espressione tipica del danno collettivo”, per la sua “derivazione da una lesione di beni per loro natura non divisibili e di interessi non frazionabili”¹³; d) concezione “eminentemente pubblicistica degli interessi diffusi” nella giurisprudenza sul danno pubblico ambientale della Corte dei conti.

La dottrina¹⁴ ha individuato i seguenti punti salienti della giurisprudenza contabile in materia di danno ambientale: 1) i beni ambientali sono beni giuridici pubblici in quanto appartenenti <<indifferenziatamente>> alla collettività nazionale organizzata nello Stato; 2)

⁹ Cfr. C. TENELLA SILLANI, *Responsabilità per danno ambientale*, Digesto delle discipline privatistiche, sezione civile, XVII, 364; SANTORO P., *L’illecito contabile*, 288 ss., il quale richiama “un concetto allargato di danno pubblico, riferibile alla lesione non dell’interesse patrimoniale di un apparato pubblico bensì di interessi generali economicamente valutabili, quali l’alterazione degli equilibri di bilancio, la stabilità monetaria o più in generale l’economia nazionale, l’ambiente, il buon andamento”.

¹⁰ SALVIA F., *Danno ambientale e Corte dei conti*, in Studi in onore di Vittorio Ottaviano, 1475.

¹¹ F. GIAMPIETRO, *Danno all’ambiente e legittimazione al giudizio dello Stato, degli enti territoriali e delle associazioni protezionistiche (art. 18 della legge n. 349/1986)*, Rivista giuridica dell’ambiente, 1987, 542.

¹² G. ALPA, *Pubblico e privato nel danno ambientale*, Contratto e impresa, 1987, 685.

¹³ M. FRANZONI, *Il danno all’ambiente*, Contratto e impresa, 1992, 1015.

¹⁴ A. COSTANZO – C. VERARDI, *La responsabilità per danno ambientale*, Riv. trim. dir. e proc. civ. 1988, 703.

<<danno erariale o pubblico>> non è più solo quello arrecato allo Stato, ma anche quello cagionato a tutti gli altri enti che col primo costituiscono l'apparato pubblico, esclusi gli enti pubblici economici; 3) l'<<interesse patrimoniale pubblico>> oggetto di tutela è rivolto non solo ai beni del demanio o del patrimonio pubblico, ma anche a quelli che, pur non essendo <<cose>> in senso materiale (es. ambiente, bellezze naturali, paesaggio, salute, ecc.), sono ugualmente beni in senso giuridico, perché suscettibili di valutazione economica.

Questa impostazione del danno ambientale, quale danno pubblico alla collettività, rappresentata dallo Stato, differente dal danno derivante dalla lesione alla posizione giuridica soggettiva del singolo, delle associazioni o degli enti locali, autonomamente risarcibile, in presenza dei presupposti, ex art. 2043 c.c., è stata accolta dal legislatore nella legge n. 349 del 1986 e nel Testo Unico ambientale in commento e sarà di grande utilità nell'interpretazione della fattispecie prevista dagli articoli. 300 e 311 del d. lgs. n. 152/2006.

2. Il risarcimento del danno all'ambiente nell'art. 18 della legge n. 349 del 1986.

Compresa finalmente l'importanza di una regolamentazione dell'illecito ambientale, il legislatore è intervenuto con l'approvazione della legge 8 luglio 1986, n. 349, istituendo il Ministero dell'ambiente ed emanando norme in materia di danno ambientale. In particolare l'art. 18 ha previsto una specifica fattispecie di responsabilità civile per danno ambientale, precisandone analiticamente gli elementi, chiarendo ruoli e poteri dello Stato, degli enti territoriali e delle associazioni a tutela dell'ambiente, nonché i criteri di determinazione del risarcimento, attribuendo la competenza al giudice ordinario.

L'elaborazione giurisprudenziale della Corte dei conti, come si accennava, ha fortemente influenzato il legislatore, il quale ha accolto la concezione di danno pubblico azionabile dallo Stato e dagli enti locali, pur negando la giurisdizione del giudice contabile a favore di quella del giudice ordinario, ritenuto il giudice naturale nella materia del risarcimento del danno.

La Corte dei conti, tuttavia, accusò il colpo e sollevò questione di legittimità costituzionale dell'art. 18 della citata legge del 1986 nella parte in cui non riconosceva la sua giurisdizione nella materia in esame. Il caso diede occasione alla Corte costituzionale di emanare la nota e fondamentale decisione n. 641 del 1987¹⁵, che rappresenta una pietra miliare in materia di danno ambientale, in virtù dei principi ivi cristallizzati, essenziali per inquadrare correttamente l'istituto in esame: 1) l'ambiente è considerato "un bene immateriale unitario, sebbene a varie componenti, ciascuna delle quali può anche costituire, isolatamente e

¹⁵ Corte costituzionale, 30.12.1987, n. 641..

separatamente, oggetto di cura e di tutela, ma tutte, nell'insieme, sono riconducibili ad unità"; 2) l'ambiente "assurge a valore primario ed assoluto", protetto come "elemento determinativo della qualità della vita", la cui tutela trova fondamento negli artt. 9 e 32 della Costituzione; 3) la responsabilità derivante dalla lesione del bene ambientale, tutelato dalla legge n. 349/1986, "è correttamente inserita nell'ambiente e nello schema della tutela aquiliana (art. 2043 cod. civ.)"; 4) "Il danno è certamente patrimoniale, sebbene sia svincolato da una concezione aritmtico-contabile". La Corte precisa un punto centrale: il bene ambientale, pur non essendo passibile di appropriazione, in quanto fruibile da tutti, è suscettibile di valutazione economica ed ha un valore di scambio, misurabile attraverso i costi di gestione, di preservazione, di recupero e di danneggiamento, "indipendentemente sia dal costo della rimessione in pristino (...) sia dalla diminuzione delle risorse finanziarie dello Stato e degli enti minori"; 5) la legittimazione dello Stato e degli enti minori è fondata non sulla perdita economica dagli stessi subita a seguito dell'illecito ambientale, ma sulla "loro funzione a tutela della collettività e delle comunità"; per la Corte "rimane, comunque, ferma la tutela del cittadino che ha subito nocumento dal danno ambientale".

I principi giurisprudenziali sopra riportati orientano l'interpretazione dei precetti contenuti nel Testo Unico ambientale, facendo comprendere che il danno ambientale oggetto di previsione legislativa ha peculiarità sue proprie, che gli fanno assumere una valenza punitiva e sanzionatrice, con finalità di prevenzione, ancor oggi valide.

L'intero sistema del danno ambientale pubblico nulla toglie alla tutela dei singoli e delle associazioni, le quali conservano, come vedremo, un ruolo, seppur ridimensionato, nel sistema, in virtù dei principi generali già esposti.

Nella coeva decisione n. 210 del 1987, il Giudice delle leggi, dopo aver confermato "la salvaguardia dell'ambiente come diritto fondamentale della persona ed interesse fondamentale della collettività", dà una chiara definizione di danno ambientale quale "pregiudizio arrecato, da qualsiasi attività volontaria o colposa, alla persona, agli animali, alle piante ed alle risorse naturali (acqua, aria, suolo, mare), che costituisce offesa al diritto che vanta ogni cittadino individualmente e collettivamente", confermando la concezione unitaria.

Le due importanti decisioni rappresentano la consacrazione del diritto dell'individuo e della collettività (rappresentata dallo Stato e dagli enti territoriali) alla tutela del bene ambientale, suscettibile di ampia protezione e valutazione economica, nonché il definitivo superamento dell'ottica privatistica, che rimane sullo sfondo, ma appare comunque azionabile, anche in via concorrente, dai singoli soggetti giuridici, individualmente lesi dal comportamento illecito dell'autore del danno. L'ambiente viene qualificato quale bene

unitario e collettivo, tutelabile in tutte le sue componenti, in virtù di precisi obblighi posti a carico dei soggetti pubblici, individuati quali enti esponenziali dell'interesse ambientale, quale vero e proprio interesse pubblico, con ciò superando la tesi che vedeva il concetto di ambiente in modo frazionato¹⁶.

I concetti sopra esposti trovano conferma e approfondimento nelle decisioni della Cassazione. In particolare, in questo breve *excursus* delle principali sentenze in materia di danno ambientale, degna di nota appare la decisione delle Sezioni Unite n. 440 del 1989¹⁷, la quale, dopo aver confermato anch'essa la natura dell'ambiente quale "bene immateriale ma giuridicamente riconosciuto e tutelato nella sua unitarietà", chiarisce che: 1) la lesione dell'ambiente può accompagnarsi con la menomazione di altri beni o interessi "collegati ai profili in cui quella entità unitaria può essere scomposta": a) l'ambiente come assetto del territorio; b) l'ambiente come ricchezza di risorse naturali; c) l'ambiente quale paesaggio nel suo valore estetico e culturale; d) l'ambiente quale condizione di vita salubre.

Nella citata sentenza, la Corte di Cassazione chiarisce un principio già evidenziato (esplicitamente sancito nell'ultimo inciso del comma 7 dell'art. 313 del codice dell'ambiente), in base al quale il legislatore ha accentrato sullo Stato, quale massimo ente esponenziale della collettività nazionale, la titolarità della competenza in materia, anche se ciò non preclude agli altri soggetti lesi nei propri diritti, patrimoniali o personali, di rivolgersi al giudice ordinario contro l'autore dell'illecito ambientale, citando l'ipotesi di ulteriori danni al patrimonio o al demanio degli enti territoriali, di danni patrimoniali a soggetti privati o il caso di "lesione del diritto alla salute, quale diritto soggettivo individuale", impostazione confermata anche di recente¹⁸.

D'altronde, anche la dottrina¹⁹ ha chiarito che l'azione prevista dall'art. 18 in esame si aggiunge (ma non si sovrappone) agli altri rimedi previsti dall'ordinamento giuridico a favore

¹⁶ Cfr. L. PRATI, *Diritto alla salubrità dell'ambiente e danno esistenziale in rapporto alla direttiva 35/2004/CE*, in *La responsabilità per danno all'ambiente* a cura di F. GIAMPIETRO, Giuffrè, 2006, 77 ss.

¹⁷ Cass. S.U. civili, 25.1.1989, n. 440, Foro Italiano, 1990, I, 232.

¹⁸ Cass. , sez. III, 17 aprile 2008, n. 10118: "Il ripristino dello stato dei luoghi non elimina il pregiudizio protrattosi per nove anni. D'altra parte (fin da Cass. n. 9211 del 1995) questa Corte ha stabilito che, con riguardo ad azione di risarcimento del danno ambientale, promossa da un Comune a norma della L. n. 349 del 1986, art. 18, nella prova dell'indicato danno bisogna distinguere tra danno ai singoli beni di proprietà pubblica o privata, o a posizioni soggettive individuali, che trovano tutela nelle regole ordinarie, e danno all'ambiente considerato in senso unitario, in cui il profilo sanzionatorio, nei confronti del fatto lesivo del bene ambientale, comporta un accertamento che non è quello del mero pregiudizio patrimoniale, bensì della compromissione dell'ambiente, vale a dire della lesione "in sè" del bene ambientale. Pertanto (Cass. n. 1087 del 1988) in casi come quello di specie si può verificare sia un danno prettamente patrimoniale ai singoli beni, pubblici o privati, sia un danno all'ambiente, bene di natura pubblicistica, unitario e immateriale".

¹⁹ Cfr. L. FRANCARIO, *Il risarcimento del danno all'ambiente dopo la legge 349 del 1986*, Riv. Critica dir. priv. 1987, 484, per il quale il danno all'ambiente "non può essere identificato con i danni patrimoniali subiti dalle singole proprietà (pubbliche o private che siano)".

di chi si trovi in rapporto al bene ambientale in un rapporto giuridicamente rilevante (per esempio diritto di proprietà).

Alla luce di quanto sopra, alcuni autori²⁰, nel regime di vigenza della legge n. 349/1986, hanno distinto tre diverse ipotesi: a) il caso in cui il bene leso è di proprietà di un privato, ipotesi nella quale il proprietario potrà utilizzare gli strumenti previsti dagli artt. 2043 e ss. del cod. civ.; all'azione del privato potrà affiancarsi quella del soggetto pubblico, ex art. 18 legge 349/1986; b) l'ipotesi in cui il bene ambientale leso sia di proprietà di un ente pubblico, ex art. 822 c.c.; in questo caso il soggetto pubblico dovrà scegliere tra l'esercizio dell'azione ex art. 2043 c.c. o ex art. 18, le quali non appaiono agli autori cumulabili²¹; c) infine il caso di danni a beni ambientali non rientranti nelle fattispecie di cui ai punti a) e b) (*res communes omnium*), per es. l'atmosfera: in questo caso l'ente pubblico potrà utilizzare soltanto lo strumento previsto dall'art. 18 in esame.

La fattispecie prevista dall'art. 18 in esame rappresentava una ipotesi di illecito tipico, in considerazione del fatto che la responsabilità si configurava "in violazione di disposizioni di legge o di provvedimenti adottati in base a legge"²², nonché a causa del fatto che l'illecito concerneva la lesione di un determinato bene giuridico²³. Essa veniva fatta rientrare nell'ambito della responsabilità extracontrattuale di cui all'art. 2043 c.c., anche se presentava peculiarità tali da non poterla considerare perfettamente assimilabile, in particolare a causa dell'assenza dell'elemento dell'ingiustizia del danno.

3. Il risarcimento del danno ambientale nel d. lgs. n. 152/2006.

3.1 La definizione di danno ambientale nell'art. 300 del T.U.

Com'è noto, con il decreto in esame il legislatore italiano ha inteso dare attuazione alla Direttiva 2004/35/CE del Parlamento europeo e del Consiglio del 21 aprile 2004, sulla responsabilità ambientale in materia di prevenzione e riparazione del ambientale²⁴.

²⁰ A. COSTANZO . C. VERARDI, *La responsabilità* cit., 721.

²¹ Sembra non condividere questa soluzione L. BIGLIAZZI GERI, *Quale futuro dell'art. 18 legge 8 luglio 1986, n. 349?*, Riv. Crit. Dir. Priv. 1987, 685 ss., per la quale per le ipotesi non ricadenti nella previsione dell'art. 18, solo il privato potrebbe azionare l'art. 2043 c.c., ma non il soggetto pubblico.

²² C. CASTRONUOVO, *Il danno all'ambiente nel sistema di responsabilità civile*, Riv. Crit. Dir. Priv. 1987, 512; L. BIGLIAZZI GERI, op. cit.; C. TENELLA SILLANI, op. cit.; M. FRANZONI, op. cit.; M. LIBERTINI, *la nuova disciplina del danno ambientale e i problemi generali del diritto dell'ambiente*, Riv. Crit. Dir. Priv. 1987, 547 ss., per il quale tra le norme violate cui fa riferimento l'art. 18 non possono rientrare le norme codicistiche.

²³ P. MADDALENA, op. cit., 469.

²⁴ Per un esame della direttiva cfr. B. POZZO, *La responsabilità ambientale. La nuova direttiva sulla responsabilità ambientale in materia di prevenzione e riparazione del danno ambientale*, Giuffrè.

La normativa contenuta nella parte sesta del decreto in esame, recante norme in materia di tutela risarcitoria contro i danni all'ambiente, risente, tuttavia, della genesi giurisprudenziale del danno ambientale in Italia e presenta profili di analogia con il testo dell'abrogato art. 18 della legge 349 del 1986, il cui solo comma 5 è stato salvato dalla riforma.

Il decreto in esame presenta due norme che contengono la definizione di danno ambientale. L'art. 300 lo definisce come "qualsiasi deterioramento significativo e misurabile diretto o indiretto di una risorsa naturale o dell'utilità assicurata da quest'ultima". Il secondo comma dello stesso articolo, richiamando la direttiva 2004/35/CE citata, precisa che costituisce danno ambientale il deterioramento provocato alle specie e gli habitat naturali, alle acque interne e costiere e al terreno, rispetto alle condizioni originarie. La norma va letta in combinato disposto con l'art. 311, con il quale non risulta, ad onor del vero, ben coordinata²⁵.

Da un primo esame del comma 1 dell'art. 300, emerge una impostazione già diffusa nell'ordinamento italiano, in virtù dell'interpretazione che la giurisprudenza ha fornito delle norme vigenti in materia di danno ambientale. Conformemente alla norma-principio che la dottrina²⁶ ha ricavato dal sistema del danno ambientale, per come interpretato dalla giurisprudenza, la responsabilità per tale ipotesi di danno consiste "in qualsiasi modifica in pejus delle condizioni di qualità delle componenti naturali (biotiche e abiotiche) dell'ambiente e della loro salubrità nonché dei relativi usi collettivi (per es. di balneazione e irrigazione, quanto ai corpi idrici), che risultino protetti dalle singole leggi".

La norma appare restrittiva, secondo il filo conduttore che sembra aver guidato il legislatore in tutto il Testo Unico. Il riferimento, infatti, alla misurabilità e significatività del deterioramento potrebbe creare non pochi problemi al Ministero dell'ambiente o al giudice procedente, in considerazione della difficoltà di misurazione e valutazione di tale fattispecie di danno, riconosciuta dalla dottrina e dalla giurisprudenza²⁷. Nel sistema previgente, il rischio che il soggetto responsabile potesse avvantaggiarsi delle difficoltà di misurazione del danno era contrastato con il potere del giudice di determinarne l'ammontare "in via

²⁵ Cfr. F. GIAMPIETRO, *La nozione di Ambiente e di Illecito Ambientale: la quantificazione del danno nel T.U.A.*, www.giuristiambientali.it.

²⁶ F. GIAMPIETRO, *La responsabilità per danno all'ambiente in Italia: sintesi di leggi e di giurisprudenza messe a confronto con la direttiva 2004/35/CE e con il T.U. ambientale*, Riv. Giur. Ambiente 2006, 19.

²⁷ Cfr. P.G. MONATERI, *Illecito e responsabilità civile*, Trattato di diritto privato diretto da M. BESSONE, il quale ha evidenziato che: "Nella materia ambientale una prova completa e minuziosa del danno è obiettivamente impossibile. Innanzi tutto perché alcuni effetti pregiudizievoli, pur costituendo un pregiudizio certo, si evidenziano solo col tempo, in secondo luogo perché alcuni sono di difficilissima dimostrazione".

Anche Cass., sez. I, 1 settembre 1995, n. 9211, Corriere giuridico 1995, 1146, evidenzia che le conseguenze negative e pregiudizievoli per l'ambiente "sono riscontrabili solo nel tempo e non certo coevamente e contestualmente all'illegittimo deposito" (nella fattispecie la decisione si riferiva ad un caso di sversamento ed accumulo di rifiuti tossici).

equitativa”. L’abrogazione del comma 6 dell’articolo 18 della legge n. 349 del 1986, che prevedeva tale potere (unitamente al requisito della misurabilità richiesto dall’art. 300) renderà certamente più difficile l’attuazione del principio “chi inquina paga”.

In ordine, infine, al riferimento contenuto nell’art. 300 alla “utilità” assicurata dalla risorsa ambientale danneggiata, quale voce di danno risarcibile, va precisato che questa posta si riferisce alle conseguenze negative sulla collettività derivanti dalla impossibilità di utilizzo di un bene collettivo (per esempio danni derivanti dalla mancata erogazione di acqua potabile per un certo periodo)²⁸.

3.2 Gli elementi della fattispecie di illecito ambientale. Il fatto illecito commissivo e omissivo. La violazione di leggi, regolamenti o provvedimenti.

Come già evidenziato, la dottrina e la giurisprudenza (anche costituzionale)²⁹ prevalenti propendono per un inquadramento della fattispecie del danno ambientale nell’ambito della responsabilità extracontrattuale di cui all’art. 2043 c.c. Ne segue che, seppur con le differenze già in parte evidenziate e che verranno precisate meglio in prosieguo, è possibile e opportuno procedere all’esame della fattispecie del danno ambientale utilizzando i principi relativi alla responsabilità extracontrattuale.

Com’è noto, l’accertamento della fattispecie di illecito extracontrattuale si fonda sulla verifica degli elementi costitutivi della struttura, individuati nell’elemento soggettivo, nel nesso di causalità, nell’ingiustizia del danno e nel danno.

Occorre, pertanto, seguire l’impostazione tradizionale, verificandone la compatibilità con la struttura dell’illecito ambientale, come configurato dal legislatore nell’art. 311 del Testo Unico.

Si è accennato al fatto che l’art. 18 della legge 349/1986 prevedeva quale presupposto della responsabilità ambientale la “violazione di disposizioni di legge o di provvedimenti adottati in base a legge”, requisito che, per la Corte costituzionale, determina l’ingiustizia del danno³⁰. Nell’art. 311 in esame il legislatore ha ampliato il raggio d’azione della fattispecie: “Chiunque realizzando un fatto illecito, o omettendo attività o comportamenti doverosi, con violazione di legge, di regolamento o di provvedimento amministrativo, con negligenza, imperizia, imprudenza o violazione di norme tecniche, arrechi danno all’ambiente,

²⁸ Cfr. F. GIAMPIETRO, *La responsabilità per danno all’ambiente in Italia* cit., il quale considerava già risarcibili “i danni da impossibilità di utilizzo di servizi collettivi derivanti da risorse ambientali (per esempio per la perdita temporanea dell’utilizzo di falda sotterranea ad uso idropotabile), ovvero da mancata fruizione collettiva della risorsa sino alla data del ripristino della stessa”.

²⁹ Cfr. Corte cost. n. 641/1987 cit.; Cass. n. 9211/1995 cit.; Cass. n. 1087/1998 cit.

³⁰ Corte cost. n. 641/1987 cit.

alterandolo, deteriorandolo o distruggendolo in tutto o in parte, è obbligato al ripristino della precedente situazione e, in mancanza, al risarcimento per equivalente patrimoniale nei confronti dello Stato”.

Passando all’esame della fattispecie, innanzi tutto l’illecito può essere commesso da qualsiasi soggetto, persona fisica o giuridica, privato o pubblica amministrazione, come già sancito dall’abrogato art. 18, che aveva superato l’impostazione “erariale” seguita dalla Corte dei conti.

Il comportamento deve poi consistere in un “fatto” illecito, secondo la terminologia utilizzata dal legislatore codicistico, da intendere quale “fatto umano” o, per meglio dire, “atto” (essendo rilevante l’elemento volitivo³¹), rientrando nella nozione anche l’atto amministrativo adottato dalla pubblica amministrazione, con tutto ciò che ne segue in termini di responsabilità dell’ente pubblico per lesione degli interessi legittimi dei privati³².

La fattispecie si può configurare, altresì, anche con un comportamento omissivo, ma, conformemente ai principi della responsabilità civile, occorre che il comportamento che si è ommesso di tenere fosse doveroso, cioè che vi fosse un vero e proprio obbligo di agire, derivante da una norma o da una specifica situazione, quale violazione del principio generale di prudenza e diligenza³³.

In ordine alla necessaria violazione di legge, regolamento o provvedimento amministrativo, si è già accennato al fatto che è il requisito in esame ad aver spinto la dottrina a qualificare la fattispecie del danno ambientale quale ipotesi di illecito tipico, che non può configurarsi in assenza di una specifica violazione di precetti o divieti impartiti da norme di legge o da provvedimenti amministrativi, rappresentando questo il principale elemento di differenza con la fattispecie di illecito atipico di cui all’art. 2043 c.c.

La dottrina ha evidenziato che la presenza di tale requisito deriva dall’origine della fattispecie del danno ambientale, quale danno pubblico nato dall’elaborazione della giurisprudenza contabile. In merito alle scelte discrezionali della p. a., si è, infatti, rilevato che la responsabilità erariale può configurarsi soltanto in relazione agli atti *contra legem*, cioè in contrasto con norme espresse o principi giuridici³⁴.

³¹ G. CIAN – A. TRABUCCHI, *Commentario breve al codice civile*, art. 2043; P. MADDALENA, *Il danno all’ambiente* cit., 470.

³² M. LIBERTINI, *La nuova disciplina del danno ambientale* cit., 581.

³³ P.G. MONATERI, *Manuale della responsabilità civile*, UTET.

³⁴ C. CASTRONUOVO, *Il danno all’ambiente nel sistema di responsabilità civile* cit., 512; G. MORBIDELLI, *Il danno ambientale nell’art. 18 l. 349/1986. considerazioni introduttive*, Riv. Crit. Dir. Priv. 1987, 599, per il quale “l’art. 18 (...) si riallaccia alla tesi della Corte dei conti nell’ancorare la responsabilità a specifiche disposizioni legislative”.

Nella vigenza dell'art. 18 si è discusso in dottrina su quali fossero le disposizioni di legge la cui violazione desse vita alla responsabilità ambientale, in presenza degli altri presupposti. Per una parte della dottrina, non occorre che la norma violata abbia tra i suoi specifici scopi la tutela dell'ambiente, per cui anche la violazione del codice della strada potrebbe fondare la responsabilità in esame³⁵. Un altro orientamento accoglie la tesi estensiva, ma richiede che la norma violata “in qualsiasi modo mostri di sanzionare il fatto stesso”³⁶. Di diverso avviso, invece, chi ritiene che le norme o i provvedimenti violati devono avere per oggetto la tutela dell'ambiente, ancorché non sanzionate³⁷.

La norma in esame risulta ampiamente garantista per l'autore dell'illecito, il quale potrà andare esente da responsabilità in assenza di esplicita disciplina posta a tutela del bene ambientale, regolamentare o amministrativa, anche in presenza di un danno ambientale³⁸. Toccherà, pertanto, al legislatore nazionale e regionale e alle pubbliche amministrazioni, in particolare locali, adottare tutte le misure più opportune per evitare che il principio “chi inquina paga” rimanga solo sulla carta, anche se non è auspicabile una interpretazione troppo restrittiva della norme in esame, che riduca al minimo il raggio d'azione della fattispecie di illecito ambientale³⁹.

Cfr., tuttavia, *La nuova Corte dei conti: responsabilità, pensione, controlli*, a cura di V. TENORE, il quale, pur riconoscendo tale limite nella competenza del giudice contabile, ha evidenziato, sulla scorta della giurisprudenza contabile, che la cognizione della Corte dei conti si estende anche a quelle condotte “conformi alla normativa ma egualmente non convenienti o irrazionali alla luce di parametri desunti dalla comune esperienza amministrativa”.

³⁵ M. LIBERTINI, *La nuova disciplina del danno ambientale* cit., 578.

³⁶ P. CENDON – P. ZIVIZ, *L'art. 18 della legge 349/86 nel sistema di responsabilità civile*, Riv. Crit. Dir. Priv., 1987, 533: “Non vi sono quindi ostacoli a concludere per la piena rilevanza, ai fini della responsabilità ambientale, di ogni fatto o comportamento che sia contrario a un comando – di una legge speciale, del codice civile, di altri codici – il quale in qualsiasi modo mostri di sanzionare il fatto stesso”. Per gli autori citati rileva anche la violazione delle norme del codice civile, conclusione, come si è visto, osteggiata da un'altra parte della dottrina.

³⁷ C. TENELLA SILLANI, *Responsabilità per danno ambientale* cit., 374, per la quale: “Vanno considerate innanzi tutto quelle specifiche regole di condotta che impongono il rispetto di standards di tolleranza o subordinano a regimi autorizzatori l'esercizio di attività potenzialmente dannose, ovvero vietano determinati comportamenti considerati gravemente lesivi per l'ambiente e come tali integranti ipotesi di reato. Sono inoltre da aggiungere quelle disposizioni di carattere più generale le quali, ancorché non sanzionate, delineano modelli di comportamento a cui si devono attenere quanto possano, in vario modo, incidere negativamente sull'ambiente”.

Anche G. MORBIDELLI, *Il danno ambientale* cit., attribuisce all'interprete il compito di “ricavare dallo scopo della legge (tenendo altresì presente il criterio di interpretazione evolutiva) se essa è riconducibile a tali <<aree giuridiche>> di tutela dell'ambiente e, di riflesso, se la violazione della stessa si traduce in un danno all'ambiente”.

³⁸ Sintetizza efficacemente il principio Corte cost. n. 641/1987 cit: “L'ambiente è, quindi, un bene giuridico in quanto riconosciuto e tutelato da norme”.

³⁹ Rileva P. MADDALENA, *Il danno all'ambiente* cit., 470, che “per aversi un danno ambientale antigiuridico non è sufficiente, ad esempio, che si tratti di una bellezza paesaggistica, ma occorre che tale bellezza sia stata anche dichiarata tale, o per legge, o con formale atto amministrativo”.

Tuttavia, come si vedrà, non è sufficiente il mero rispetto formale della norma per evitare di incorrere in responsabilità, gravando sull'operatore la diligenza specifica del proprio settore di attività.

Appare opportuno, infine, l'eliminazione del richiamo ai provvedimenti "adottati in base a legge" contenuto nell'abrogato art. 18, che non sembra compatibile con il ruolo attribuito al Ministero dell'Ambiente nella nuova fattispecie di danno ambientale, nei confronti del quale non si può ipotizzare quel potere di disapplicazione dei provvedimenti illegittimi che era stato invece ritenuto normale nell'ambito della competenza del giudice ordinario.

3.3 L'elemento soggettivo.

La questione dell'elemento soggettivo dell'illecito ambientale è tra le più controverse e dibattute dell'intera materia. Prendendo spunto da esso si scontrano visioni, anche ideologiche, contrapposte circa il sistema più opportuno ed efficace per raggiungere l'obiettivo della tutela dell'ambiente.

Da una parte si collocano i sostenitori della necessità di apprestare strumenti di tutela efficaci, che rappresentino un reale deterrente nei confronti della spinta a scaricare sulla società le esternalità negative che caratterizzano l'attività d'impresa⁴⁰, i quali giudicano negativamente l'eccessiva attenzione rivolta all'elemento soggettivo dell'illecito, preferendo forme di responsabilità oggettiva, ritenute più idonee a stimolare i soggetti (soprattutto le imprese) ad apprestare tutte le cautele che la scienza e la moderna tecnica rendono possibili per prevenire i danni all'ambiente.

L'impostazione opposta si mostra maggiormente sensibile verso le esigenze di non aggravare troppo la produzione e, soprattutto, sconta una impostazione ideologica che vede nella responsabilità ambientale più una forma di sanzione (che presuppone l'addebitabilità del danno) che una forma di riparazione dell'illecito.

Quanto riportato circa la genesi della fattispecie dell'illecito ambientale, quale danno pubblico che nasce da una evoluzione della nozione di danno erariale, consente di comprendere agevolmente perché il legislatore del 1986 prima, e quello del 2006 dopo, sembrano aver optato per la seconda impostazione, nonostante nella direttiva 2004/35/CE citata il criterio di imputazione della responsabilità fosse oggettivo. L'art. 18, infatti,

⁴⁰ Cfr. J. E. STIGLITZ, *Economia del settore pubblico*, 1989, 120, che definisce le esternalità negative "i casi in cui le azioni di un individuo impongono un costo ad altri", citando il caso classico dell'impresa chimica che scarica i residui della produzione nel fiume vicino, imponendo costi alle comunità che ne hanno bisogno a valle.

richiedeva il dolo o la colpa, mentre l'art. 311 del Testo Unico fa esplicito riferimento alla negligenza, all'imperizia, all'imprudenza e alla violazione di norme tecniche.

Tuttavia, nel periodo di vigenza dell'art. 18, troviamo in dottrina e in giurisprudenza soluzioni opposte, che sposano le opposte esigenze cui abbiamo fatto cenno.

Da una parte si collocano i sostenitori dell'impostazione oggettiva, i quali hanno ritenuto che il carattere colposo della condotta dell'autore dell'illecito ambientale potesse ritenersi "insito nella stessa inosservanza delle regole"⁴¹, dando vita ad una ipotesi di colpa presunta⁴², tendente ad agevolare il lavoro del giudice.

Anche la giurisprudenza sembra essersi orientata verso forme di responsabilità sostanzialmente oggettiva, evidentemente preoccupata di fornire tutela ad un bene la cui lesione risulta di difficile dimostrazione, ritenendo che "la prova del danno ambientale non può non consistere nella compromissione dell'ambiente"⁴³.

Non sono mancate, tuttavia, decisioni di segno opposto, le quali hanno posto l'attenzione sull'elemento soggettivo intenzionale al fine della configurabilità dell'illecito ambientale e si sono espresse in termini di insufficienza della mera modificazione, alterazione o distruzione dell'ambiente naturale⁴⁴.

⁴¹ C. TENELLA SILLANI, *Responsabilità per danno ambientale* cit., 376.

⁴² A. COSTANZO – C. VERARDI, *La responsabilità per danno ambientale* cit., 731: "Accenniamo infine ai dubbi circa la portata effettiva, la rilevanza pratica dell'elemento soggettivo all'interno della fattispecie di danno così come strutturata nell'art. 18, sembrando infatti lecito presumere la colpa dell'agente tutte le volte che ne sia provata l'illiceità della condotta per violazione di norme giuridiche".

⁴³ Cass. n. 9211/1995 cit.: "Non basta la violazione puramente formale della normativa in materia di inquinamento, nella specie in materia di rifiuti tossici, ma occorre che lo Stato, o gli enti territoriali, cui incidono i beni oggetto del fatto lesivo (cfr. Cass. 12 febbraio 1988 n. 1491), ai sensi del comma 3 dell'art. 18, deducano l'avvenuta compromissione dell'ambiente. Se è vero, pertanto, che l'onere probatorio grava sul soggetto danneggiato, non è men vero che la prova del danno ambientale non può non consistere nella compromissione dell'ambiente stesso".

Evidenzia questa tendenza giurisprudenziale B. POZZO, *Il danno ambientale* cit., 732: "Si noti soltanto come la norma legislativa che si imperniava su un criterio soggettivo di imputazione della responsabilità e sulla parzialità dell'obbligazione risarcitoria è stata riletta dalla giurisprudenza come norma di responsabilità oggettiva e solidale".

Da ultimo cfr. T.A.R. Liguria, 12.4.2007, n. 621, per la quale il fondamento della responsabilità ambientale "riposa dunque sul criterio economico-giuridico d'internalizzazione dei costi derivanti dai danni all'ambiente sui soggetti comunque responsabili, senza quindi il necessario riscontro - ad esempio - del dolo o della colpa nell'autore dei fatti. Insomma si prospetta una responsabilità di natura oggettiva conseguente all'assunzione di un rischio d'impresa connesso all'esercizio di un'attività potenzialmente dannosa per l'ambiente".

⁴⁴ Cass. n. 1087/1998 cit.: "Occorre ricordare che, in tema di danno ambientale, sia per i fatti anteriori alla legge del 1986, regolati dal solo art. 2043 c.c., sia per i fatti successivi, disciplinati dall'art. 18 cit., non è sufficiente la modificazione, alterazione o distruzione dell'ambiente naturale considerata da un mero punto di vista obiettivo, nella sua materialità, ma occorre l'elemento soggettivo intenzionale, che cioè la condotta sia <<dolosa o colposa>> e, per la legge speciale, qualificata dalla <<violazione di disposizioni di legge o di provvedimenti adottati in base a legge>>; altrimenti vigendo la nota causa esimente dell'esercizio legittimo di un diritto (*qui suo iure utitur neminem laedit*)".

Da ultimo cfr. T.A.R. Sicilia, Catania, 26.7.2007, n. 1254, per il quale il legislatore del 2006 ha accolto il principio della responsabilità soggettiva.

Anche una parte della dottrina si è mostrata scettica verso la possibilità di applicare alla fattispecie del danno ambientale le norme sulla responsabilità oggettiva (pur ritenuta la più idonea in astratto a tutelare l'ambiente), lasciando uno spiraglio nei confronti delle norme che prevedono forme di presunzione di colpa (artt. 2050, 2051 e 2052 c.c.), fatte salve le ipotesi di norme speciali successive⁴⁵.

Una soluzione di compromesso ha ritenuto di proporre quella dottrina⁴⁶ che distingue tra violazioni di "prescrizioni ecologiche di settore" e di "norme protettive di beni diversi dall'ambiente". Nel primo caso, se trattasi di "trasgressione di un vero e proprio standard", la colpa potrà essere ritenuta insita nella violazione del precetto; se trattasi, invece, di violazione di una "clausola protettiva in via generale dell'ambiente", occorrerà dimostrare la colpa dell'autore dell'illecito. Nel secondo caso, per l'autore "il criterio di imputazione del danno ecologico resterà il medesimo dal quale l'obbligo risarcitorio è governato nel comando primario".

In materia di colpa civilistica, la dottrina e la giurisprudenza che hanno fatto applicazione dell'art. 2043 c.c., in assenza di definizioni legislative della colpa, si sono fondate sull'art. 43, comma 3, del codice penale, che è opportuno richiamare per i motivi che vedremo: Il delitto "E" colposo, o contro l'intenzione, quando l'evento, anche se preveduto, non è voluto dall'agente e si verifica a causa di negligenza o imprudenza o imperizia ovvero per inosservanza di leggi, regolamenti, ordini o discipline". L'opportunità del richiamo è di palese evidenza se solo si pone attenzione all'elemento soggettivo dell'illecito ambientale definito dal comma due dell'art. 311 citato, il quale richiede che il fatto illecito sia realizzato "con negligenza, imperizia, imprudenza o violazione di norme tecniche".

A questo punto appare opportuno il richiamo alla dottrina penalistica⁴⁷, la quale, in sede di commento al citato comma 3 dell'art. 43 c.p., ha distinto tra : a) colpa cd. generica, consistente nella violazione delle regole di condotta non scritte, "quali sono le regole sociali, prasseologiche, di diligenza (che prescrivono di tenere una condotta positiva con determinate modalità), di prudenza (che vietano certe azioni o modalità di esse) e di perizia (che prescrivono l'osservanza di particolari regole tecniche per lo svolgimento di determinate attività)"; b) colpa cd. specifica, per violazione di regole di condotta scritte.

La giurisprudenza civilistica preferisce parlare di negligenza quale violazione delle regole sociali (e non come mera disattenzione), di imprudenza quale violazione delle modalità

⁴⁵ M. LIBERTINI, *La nuova disciplina cit.*, 577.

⁴⁶ P. CENDON – P. ZIVIZ, *L'art. 18 cit.*, 539.

⁴⁷ Cfr. F. MANTOVANI, *Diritto penale*, 1992, 343.

imposte dalle regole sociali per l'espletamento di certe attività e di imperizia quale violazione delle regole tecniche di settori determinati della vita di relazione⁴⁸.

In verità, anche la dottrina civilistica ha fatto riferimento al contenuto del comma 3 dell'art. 43 c.p. e alla definizione di colpa generica e specifica, anche se si è poi divisa sull'opportunità di accogliere una concezione soggettiva di colpa, di tipo penalistico, che richiami la "dimensione psicologica dell'agente", o una nozione di colpa oggettiva, fondata sulla "mera valutazione dello scarto della condotta da un modello ideale di riferimento". In giurisprudenza, tuttavia, sembra prevalere la seconda impostazione, ritenuta maggiormente rispondente alla finalità della prevenzione degli incidenti, tipica della responsabilità civile, che fonda la colpa civile sulla violazione di uno standard di diligenza ed utilizza criteri di valutazione oggettivi e astratti⁴⁹.

In particolare la giurisprudenza amministrativa ha accolto in modo esplicito la nozione oggettiva di colpa e ha riconosciuto la responsabilità della pubblica amministrazione a seguito della violazione di una norma di ordine generale, quale quella contenuta nella legge n. 241/1990, che prevede l'obbligo di comunicare l'avvio del procedimento, "il cui rispetto richiede all'amministrazione uno sforzo minimo"⁵⁰.

Anche quella civilistica sembra orientata nel senso sopra indicato, come dimostra una decisione in materia, nella quale la Cassazione⁵¹, dopo aver premesso che "non esiste nel sistema alcun aggancio normativo idoneo a giustificare nella materia" (della responsabilità civile) "una differenziazione tra la posizione della P.A. e quella di altri soggetti dell'ordinamento" e affermato, pertanto, che non è possibile prescindere dal requisito soggettivo della responsabilità, ha chiarito che: "La sussistenza di tale elemento sarà riferita non al funzionario agente, ma alla p.a. come apparato, e sarà configurabile qualora l'atto amministrativo sia stato adottato ed eseguito in violazione delle regole di imparzialità,

⁴⁸ Cass., sez. III, 19 maggio 2004, n. 9471, Giust. Civ. Mass. 2004, f. 5.

⁴⁹ Cfr. P.G. MONATERI, *Manuale della responsabilità civile* cit., 47 e ss.

⁵⁰ Cons. Stato, sez. IV, 14 giugno 2001, n. 3169: "È indispensabile, piuttosto, accedere direttamente ad una nozione oggettiva di colpa, che tenga conto dei vizi che inficiano il provvedimento ed, in linea con le indicazioni della giurisprudenza comunitaria, della gravità della violazione commessa dall'amministrazione, anche alla luce dell'ampiezza delle valutazioni discrezionali rimesse all'organo, dei precedenti della giurisprudenza, delle condizioni concrete e dell'apporto eventualmente dato dai privati nel procedimento (v. Corte Giustizia CE 5 marzo 1996, cause riunite n.46 e 48 del 1993; Id., 23 maggio 1996, causa C-5/1994). Se una violazione è l'effetto di un errore scusabile dell'autorità, non si potrà configurare il requisito della colpa. Se, invece, la violazione appare grave e se essa matura in un contesto nel quale all'indirizzo dell'amministrazione sono formulati addebiti ragionevoli, specie sul piano della diligenza e della perizia, il requisito della colpa potrà dirsi sussistente". Nello stesso senso: sez. IV, 13 settembre 2001, n. 4786; sez. VI, 3 aprile 2003, n. 1716; T.A.R. Campania, Napoli, VII, 23 dicembre 2005, n. 20654.

⁵¹ Cass., sez. III, 9 febbraio 2004, n. 2424, Giust. Civ. 2004, 2.

correttezza e buona amministrazione alle quali deve ispirarsi l'esercizio della funzione amministrativa", dando vita ad una ipotesi di colpa oggettiva.

La formulazione normativa questa volta aiuta l'interprete, specificando il comportamento richiesto all'agente al fine di potergli imputare la responsabilità ambientale. La norma prevede, infatti, le due ipotesi di colpa che i penalisti definiscono generica (violazione delle regole di condotta non scritte di diligenza, prudenza e perizia) e specifica (violazione di norme scritte). Nel secondo caso, la dottrina civilistica ha chiarito che, se l'autore del fatto dannoso viola norme che abbiano come scopo la prevenzione del danno, la colpa si presume. In virtù del riferimento che l'art. 311 fa alla violazione di norme "tecniche", è da ritenere che tale presunzione di colpa possa configurarsi solo ed esclusivamente nell'ipotesi di mancato rispetto di norme, di legge o di regolamento, che prevedano disciplinari tecnici analitici, il cui mancato rispetto non è ammissibile e dà automaticamente vita a responsabilità. In altre parole, avendo il legislatore (o la p.a. in sede regolamentare) precisato le prescrizioni tecniche da adottare, non residuano margini di scelta per l'operatore, il quale deve semplicemente attenervisi, senza, tra l'altro, poterne invocare l'ignoranza, la quale sarà a suo carico⁵².

Come rilevato dalla giurisprudenza e dalla dottrina, non è tuttavia sufficiente per l'operatore rispettare le norme tecniche, in quanto il medesimo sarà comunque tenuto a rispettare le norme di comune prudenza del settore in cui opera⁵³.

In ordine alla colpa generica, cioè derivante da violazione delle regole di condotta non scritte di diligenza, prudenza e perizia, anche in questo caso la dottrina e la giurisprudenza hanno interpretato il requisito suddetto in termini oggettivi, configurando la responsabilità per mancata adozione delle cautele che avrebbero dovuto guidare la condotta dell'agente. In sostanza l'operatore è tenuto a seguire le comuni regole di prudenza (cd. criterio generale della diligenza⁵⁴), le quali diventano più onerose quando si tratti di un imprenditore, ex art.

⁵² P.G. MONATERI, *Manuale* cit., 63: "In questi casi, l'inosservanza delle norme è sufficiente a dimostrare la colpa, ovvero, una volta accertato l'obiettivo contrasto tra il comportamento dell'agente e l'obbligo imposto dalla norma, non occorre la verifica di un particolare atteggiamento mentale del convenuto perché sussista l'elemento psicologico necessario ex art. 2043 c.c. Deve però trattarsi di norme che abbiano per scopo quello di prevenire il verificarsi di eventi dannosi come conseguenza di una azione od omissione".

⁵³ Cfr. Corte cost. n. 642/1987: "Il formale rispetto della norma non deve coprire gli eventuali comportamenti di negligenza e di mala fede nell'esercizio dell'attività amministrativa o d'impresa, i quali sono sempre vietati e contrastano con i principi costituzionali del buon andamento dell'amministrazione e della funzione sociale della proprietà e dei limiti dell'iniziativa privata che in ogni caso non devono essere violati".

Dello stesso avviso P.G. MONATERI, *Manuale* cit., 64: "Il danneggiante non può andare esente da responsabilità se si è attenuto alla legge, ma non anche alle norme di normale prudenza: onde per essere diligenti non è sufficiente la mera osservanza della norma".

⁵⁴ Cfr. P. TRIMARCHI, *Istituzioni di diritto privato*, che richiama il criterio generale della diligenza "il cui contenuto va specificato in relazione al tipo di attività e tenendo conto anche delle particolarità della situazione concreta".

1176, comma 2 c.c., che richiede una speciale diligenza nell'esercente un'attività professionale.

Il soggetto può essere sanzionato per non aver previsto le conseguenze dannose della sua azione, pur avendone la possibilità, dovendosi escludere la colpa se il fatto si verifica per caso fortuito, forza maggiore o per cause che il danneggiante non ha potuto evitare o non aveva il dovere di prevedere⁵⁵.

Si è correttamente fatto rilevare⁵⁶ che la creazione e accettazione del rischio non è di per sé sempre riprovevole e causa di responsabilità per colpa, in quanto è evidente che vi è un margine di rischio socialmente accettato che tiene conto delle esigenze di sviluppo industriale. E' tuttavia necessario che, nell'ipotesi in cui non vi siano norme o precetti che stabiliscano le misure minime finalizzate a ridurre al massimo i rischi, l'operatore valuti la probabilità e la gravità del possibile danno e adotti le misure possibili in relazione alla cognizioni tecniche della migliore scienza del momento.

Riassumendo, secondo la concezione attualmente più diffusa, può dirsi in colpa chi agisce coscientemente in un certo modo, senza la volontà di arrecare danno ad altri, pur potendo prevedere l'evento dannoso (secondo il criterio della media diligenza ed attenzione del cd. "bonus pater familias"), che sarebbe stato possibile evitare mediante l'adozione delle misure più opportune o astendendosi dall'azione⁵⁷.

Se si tiene conto delle motivazioni che hanno spinto la giurisprudenza a preferire una nozione oggettiva di colpa, tra le quali le esigenze di economia processuale, che sarebbe gravemente violate dalla necessità di effettuare un accertamento penetrante delle circostanze soggettive (definito "assai dubbio e difficile"⁵⁸), appare opportuno l'adozione di tale criterio anche da parte della p.a. procedente, la quale, come vedremo, ha il compito di accertare i presupposti della responsabilità, ma è sfornita dei poteri e del bagaglio culturale e professionale del giudice.

3.4 Il nesso di causalità.

La dottrina e la giurisprudenza hanno palesato perplessità in merito alla necessità ed opportunità, in materia ambientale, di provare il nesso di causalità tra evento lesivo e condotta del danneggiante, al fine di poter riconoscere la responsabilità del danneggiante, secondo un

⁵⁵ A. TORRENTE – P. SCHLESINGER, *Manuale di diritto privato*, 629.

⁵⁶ P. TRIMARCHI, *Istituzioni* cit.

⁵⁷ Cfr. BUSNELLI - BIGLIAZZI GERI - NATOLI, *Diritto civile*, III, 704. Cass., sez. III, 19 maggio 2004, n. 9471.

⁵⁸ P. TRIMARCHI, *Istituzioni* cit.

filo logico ed ideale assai simile a quello seguito nella risoluzione della questione dell'elemento soggettivo.

Infatti, un parte della dottrina e della giurisprudenza si è mostrata sensibile nei confronti delle difficoltà di accertamento del rapporto di causalità materiale tra condotta ed evento ed ha sostenuto che è sufficiente la violazione colposa della norma posta a tutela dell'ambiente per presumere la lesione dell'ambiente. Si tratta prevalentemente di decisioni adottate dalla Cassazione penale, anche se non mancano adesioni da parte di quella civile⁵⁹.

Tuttavia, la giurisprudenza civile maggioritaria, anche qui con consensi da parte di quella penale e amministrativa, si esprime in termini opposti, richiedendo espressamente la dimostrazione del nesso di causalità materiale e giuridica tra condotta ed evento⁶⁰.

L'incertezza giurisprudenziale e dottrinale regnante nella vigenza dell'abrogato art. 18, che nulla diceva in merito, dovrebbe essere superata alla luce dell'art. 303, comma 1, lett. h del Testo Unico, il quale prevede espressamente che: "La parte sesta del presente decreto (...) non si applica al danno ambientale o alla minaccia imminente di tale danno causati da inquinamento di carattere diffuso, se non sia stato possibile accertare in alcun modo un nesso causale tra il danno e l'attività dei singoli operatori".

Per la verità la norma suscita più di una perplessità, in primo luogo per la sede nella quale è stata inserita, in quanto sarebbe stato più opportuno prevederla nell'ambito dell'art. 311, che esplicita la fattispecie di danno ambientale; in secondo luogo, richiedere la prova del nesso di causalità anche per il caso di minaccia imminente di tale danno rende le misure di prevenzione difficilmente applicabili, a causa della riconosciuta difficoltà nella prova del requisito in esame.

Nella verifica della sussistenza del rapporto di causalità materiale, la dottrina penalistica⁶¹ si divide: a) secondo la teoria "condizionalistica" o della *conditio sine qua non* "è causa ogni condizione dell'evento, ogni antecedente senza il quale l'evento non si sarebbe

⁵⁹ Cfr. Cass. pen. 10 giugno 2002, n. 22539; Cass. civ. n. 9211/1995 cit., che utilizza la formula già richiamata: "La prova del danno ambientale non può non consistere nella compromissione dell'ambiente".

⁶⁰ Cfr. Cass. 27 maggio 1995, n. 5924, Giust. Civ. Mass. 1995, 1093, la quale richiama i principi di cui agli artt. 40 e 41 del codice penale, regolanti il rapporto di causalità e applicabili, per giurisprudenza costante, in tema di responsabilità civile extracontrattuale; Cass. S.U. 26 gennaio 1971, n. 174; Cass., III, 25 settembre 1996, n. 5650, Foro Italiano 1996, I, 3062, per la quale in materia ambientale deve risultare "accertato, anche per il danno non patrimoniale, il nesso di causalità tra l'evento lesivo e la condotta determinante"; anche Cass. pen., sez. III, 30 ottobre 2001, n. 1145, ha richiesto che si sia verificato "un concreto danno all'ambiente", precisando che "non danno luogo a risarcimento – di regola – violazioni meramente formali"; T.A.R. Sicilia, Catania, n. 1254/2007 cit., per il quale, anche inquadrando la responsabilità ambientale secondo l'impostazione oggettiva, tale presunta natura "oggettiva" della responsabilità "non esclude certamente che si debba verificare ed accertare il presupposto causale della stessa, ossia l'avvenuto inquinamento 'imputabile' come nesso eziologico all'impresa ed alla sua attività".

⁶¹ Per tutti cfr. G. FIANDACA – E. MUSCO, *Diritto penale*, da consultare anche per l'esame della altre teorie di scarsa diffusione in ambito civilistico.

verificato”, accertamento da effettuarsi *ex post* secondo il procedimento di eliminazione mentale: senza quell’azione l’evento non si verifica; b) secondo la teoria della causalità adeguata, è causa “quella condizione che è tipicamente idonea o adeguata a produrre l’evento in base ad un criterio di prevedibilità basato sull’*id quod plerumque accidit*”, secondo un giudizio effettuato *ex ante*.

Nonostante in giurisprudenza siano presenti decisioni che aderiscono ad entrambi gli orientamenti principali, appare molto diffuso un orientamento cd. intermedio, il quale accoglie la teoria condizionalistica, con un correttivo che esclude il nesso di causalità nell’ipotesi in cui l’evento si verifica a causa di “un’anomala deviazione” del normale sviluppo causale; cioè il rapporto causale si interrompe se, a seguito di un fatto successivo, esso si pone al di fuori delle normali e prevedibili linee di sviluppo della serie causale⁶².

Di particolare interesse in materia appare una decisione della Cassazione che ha escluso tale rapporto di causalità nel caso in cui le condizioni ambientali od i fattori naturali che caratterizzano la realtà fisica su cui incide il comportamento imputabile dell'uomo, si palesano sufficienti a determinare l'evento di danno indipendentemente dall'apporto del comportamento umano imputabile.

In ordine al collegamento cd. giuridico tra fatto e conseguenze dannose, l’art. 300 del decreto in esame contiene un riferimento al deterioramento dell’ambiente “diretto e indiretto” apparentemente più ampio rispetto ai limiti contenuti nell’art. 1223 c.c., il quale fa riferimento soltanto alle conseguenze immediate e dirette.

In verità, la giurisprudenza ha già superato gli angusti limiti fissati dal legislatore codicistico, riconoscendo la risarcibilità anche dei danni mediati e indiretti, purché costituiscano effetti “normali” del fatto illecito secondo il criterio della cd. regolarità causale⁶³, per cui la precisazione non assume un particolare valore alla luce della giurisprudenza citata.

⁶² Cfr. BUSNELLI - BIGLIAZZI GERI - NATOLI, *Diritto civile* cit. III, 723; P.G. MONATERI, *Manuale* cit., 119, da ultimo aderisce a questa tesi anche la giurisprudenza amministrativa: cfr. Cons. Stato, sez. V, 8 marzo 2006, n. 1228.

⁶³ Cfr. Cass. civ., sez. II, 28 gennaio 2000, n. 971: “L’art. 1223 c.c. circoscrive l’ambito del danno risarcibile secondo il criterio della cosiddetta “regolarità causale”, nel senso che sono risarcibili non solo i danni che sono immediati e diretti ma anche quelli che sono mediati e indiretti, purché rientrino - secondo un giudizio di probabile verifica rapportato all’ apprezzamento dell’uomo di ordinaria diligenza - nella serie delle conseguenze normali ed ordinarie del fatto”; Sez. III, 9 maggio 2000, n. 5913 : “In tema di risarcibilità dei danni conseguiti da fatto illecito (o da inadempimento, nell’ipotesi di responsabilità contrattuale) il nesso di causalità va inteso in modo da ricomprendere nel risarcimento anche i danni indiretti e mediati che si presentino come effetto normale secondo il principio della cd. regolarità causale, con la conseguenza che, ai fini del sorgere dell’obbligazione di risarcimento, il rapporto fra illecito ed evento può anche non essere diretto ed immediato se, ferme restando le altre condizioni, il primo non si sarebbe verificato in assenza del secondo, sempre che, nel momento in cui si produce l’evento causante, le conseguenze dannose di esso non appaiono del tutto inverosimili

Di particolare importanza in materia è il principio, di origine comunitaria, “chi inquina paga”, il quale lo scopo di addossare sul soggetto responsabile della compromissione dell’ambiente, al fine di “internalizzare” i costi di ripristino⁶⁴.

Il principio del chi inquina paga, infatti, accolla il danno a chi si trova nelle condizioni di controllare i rischi, cioè in capo al soggetto che ha la possibilità di effettuare la cd. “cost-benefit analysis”, in quanto si trova, pertanto, nella situazione più adeguata per evitare il danno⁶⁵.

Secondo la giurisprudenza amministrativa più recente, tuttavia, fermo restando la necessità di effettuare specifici accertamenti finalizzati ad individuare i soggetti responsabili dell’illecito ambientale, la prova del fatto dannoso può essere data anche avvalendosi di presunzioni semplici di cui all’art. 2727 cod. civ.⁶⁶

L’esigenza di effettività della protezione dell’ambiente e di doverosa prevenzione dei danni ambientali (principi richiamati espressamente dal Giudice amministrativo⁶⁷) stanno a cuore anche al giudice comunitario, il quale ha recentemente riconosciuto la possibilità per l’autorità nazionale di presumere l’esistenza di un nesso di causalità, in particolare nelle ipotesi di inquinamento a carattere diffuso, sulla base della mera “vicinanza” degli impianti alla zona inquinata, in considerazione delle difficoltà probatorie che caratterizzano queste

(combinazione della teoria della "condicio sine qua non" con la teoria della "causalità adeguata"); Sez. III, 21 dicembre 2001, n. 16163; Sez. III, 19 agosto 2003, n. 12124; cfr., altresì, T.A.R. Sicilia, Catania, 2 maggio 2002, n. 798.

⁶⁴ Cfr. Cons. Stato, V, 16.6.2009 n. 3885: “Il principio ‘chi inquina paga’ consiste, in definitiva, nell’imputazione dei costi ambientali (c.d. esternalità ovvero costi sociali estranei alla contabilità ordinaria dell’impresa) al soggetto che ha causato la compromissione ecologica illecita (poiché esiste una compromissione ecologica lecita data dall’attività di trasformazione industriale dell’ambiente che non supera gli standards legali). Ciò, sia in una logica risarcitoria ex post factum, che in una logica preventiva dei fatti dannosi, poiché il principio esprime anche il tentativo di internalizzare detti costi sociali e di incentivare - per effetto del calcolo dei rischi di impresa - la loro generalizzata incorporazione nei prezzi delle merci, e, quindi, nelle dinamiche di mercato dei costi di alterazione dell’ambiente (con conseguente minor prezzo delle merci prodotte senza incorrere nei predetti costi sociali attribuibili alle imprese e conseguente indiretta incentivazione per le imprese a non danneggiare l’ambiente)”.

⁶⁵ TAR Napoli n. 6758/2009, il quale richiama il principio comunitario della sostenibilità dei costi: “principio che, in buona sostanza, è correlato a quello di proporzionalità. Similmente, alla stregua del principio di precauzione che trova origine nei procedimenti comunitari posti a tutela dell’ambiente, è consentito all’Amministrazione procedente adottare i provvedimenti necessari laddove essa paventi il rischio di una lesione ad un interesse tutelato anche in mancanza di un rischio concreto: è evidente che questo secondo principio deve armonizzarsi, sul versante della concreta applicazione, con il primo, cioè con il principio di proporzionalità, non potendo chiaramente prefigurarsi la prevalenza del primo sul secondo, ma dovendosi ricercare un loro equilibrato bilanciamento in relazione agli interessi pubblici e privati in giuoco”.

⁶⁶ Cfr. Cons. Stato n. 3885/2009 cit.: “L’imputabilità dell’inquinamento può avvenire per condotte attive ma anche per condotte omissive, e che la prova può essere data in via diretta od indiretta, ossia, in quest’ultimo caso, l’amministrazione pubblica preposta alla tutela ambientale si può avvalere anche di presunzioni semplici di cui all’art. 2727 cod. civ. (...), prendendo in considerazione elementi di fatto dai quali possano trarsi indizi gravi precisi e concordanti, che inducano a ritenere verosimile, secondo l’id quod plerumque accidit’ che sia verificato un inquinamento e che questo sia attribuibile a determinati autori”.

⁶⁷ Cons. Stato n. 3885/2009 cit.

fattispecie di danno (diversamente dalle ipotesi di inquinamento circoscritto nello spazio e nel tempo che sia opera di un numero limitato di operatori). Tuttavia, la Corte Ce ha chiarito che tale criterio deve essere supportato da “indizi plausibili in grado di dare fondamento alla sua presunzione”, richiamando proprio il principio «chi inquina paga», senza che l’autorità stessa sia tenuta a provare un comportamento doloso o colposo, né un intento doloso dei soggetti responsabili del danno ambientale, ove trattasi di attività siano elencate nell’allegato III della direttiva comunitari 35/2004⁶⁸.

3.5 Il danno all’ambiente.

La fattispecie del danno ambientale contiene un chiaro riferimento legislativo alla necessità che l’illecito ambientale produca un “danno”. Tale formulazione era presente nel previgente art. 18 ed è stata conservata nell’art. 311, il quale richiede che il fatto illecito “arrechi danno all’ambiente, alterandolo, deteriorandolo o distruggendolo in tutto o in parte”.

Il primo problema che si pone è relativo alla definizione di “danno” in senso civilistico, nozione tutt’altro che pacifica ed oggetto di dibattiti e divisioni dottrinali. Da una parte, infatti, la dottrina tradizionale è dell’opinione che il danno sia un qualcosa di ulteriore e diverso rispetto alla lesione, da provare in via autonoma; dall’altro lato, si è rilevato che il danno coincide nella sostanza con la lesione dell’interesse tutelato e non gode di autonomia concettuale.

Entrambe le soluzioni sono apparse poco convincenti alla giurisprudenza ed alla dottrina più recenti, le quali, per l’ipotesi di danno non patrimoniale, cioè non suscettibile di valutazione economica, fanno coincidere la lesione con il danno; nel caso si tratti, invece, di danno patrimoniale, si ritiene che occorra la prova del danno, il quale si configurerebbe come qualcosa di ulteriore⁶⁹.

La norma del Testo Unico fornisce, comunque, una indicazione sulle caratteristiche del danno, legandolo ai concetti di alterazione, deterioramento e distruzione, che sembrerebbero configurare un illecito di danno, anche se per la giurisprudenza l’art. 18 tutelava “la lesione in sé del bene ambientale”⁷⁰.

⁶⁸ Cfr. Corte di Giustizia CE, sent. 9.3.2010 in C-378/2008, richiamando gli indizi della “vicinanza dell’impianto dell’operatore all’inquinamento accertato e la corrispondenza tra le sostanze inquinanti ritrovate e i componenti impiegati da detto operatore nell’esercizio della sua attività”.

⁶⁹ Cfr. P.G. MONATERI, *Manuale* cit., 178 ss. e Cass. 21 ottobre 1988, n. 5716 ivi citata.

⁷⁰ Cass. n. 9211/1995 cit.; “Nella disciplina del danno ambientale, infatti, considerato in senso unitario, l’ordinamento ha voluto tener conto non solo del profilo risarcitorio, ma anche di quello sanzionatorio, che pone in primo piano non solo e non tanto le conseguenze patrimoniali del danno arrecato (i c.d. danni conseguenza), ma anche e soprattutto la stessa produzione dell’evento, e cioè l’alterazione, il deterioramento, la distruzione, in tutto o in parte dell’ambiente, e cioè la lesione in sé del bene ambientale”; per Cass. pen., sez. III, 5 aprile 2002,

Prendendo spunto dalla giurisprudenza penale che si è formata in sede di interpretazione e applicazione dell'art. 734 del codice penale, che prevede il reato contravvenzionale di distruzione o deturpamento di bellezze naturali e contiene nella fattispecie il riferimento ai concetti di distruzione e di alterazione, è possibile provare ad esplicitare il contenuto dei suddetti concetti, in realtà di non semplice definizione.

In ordine all'alterazione, la giurisprudenza della Cassazione penale ha chiarito che: a) l'alterazione "è ravvisabile solo quando l'intervento immuti in modo rilevante e apprezzabile, anche sotto il profilo temporale, le caratteristiche del luogo sottoposto alla speciale tutela ambientale, da intendere quale modificazione dell'ambiente non necessariamente peggiorativa"⁷¹; b) "non è necessario che l'alterazione del luogo protetto abbia carattere primario, potendo anche l'opera abusiva seguire altre e così concorrere ad alterare la conformazione originaria del paesaggio"⁷²; c) "l'evento della alterazione delle bellezze naturali consiste nella diminuzione del godimento estetico che il luogo offriva, e ciò avviene anche quando il luogo, pur rimanendo invariato, non sia più fruibile per gli ostacoli frapposti" (nella fattispecie un parco era ridotto "ad una autorimessa pubblica, occupato da una massiccia e costante presenza di autovetture lasciate in sosta")⁷³; d) "nella alterazione delle bellezze naturali il danno cagionato non è necessario che sia irreparabile, sussistendo il reato anche quando la bellezza dei luoghi possa essere ripristinata, né è necessaria che sia di consistente gravità, purché la lesione non sia puramente momentanea perché in tal caso non vi è danno apprezzabile"⁷⁴; in altra decisione, tuttavia, che verrà esaminata a breve in ordine ai criteri di quantificazione del danno, relativa ad un caso di condanna di una azienda al risarcimento ex art. 18, il giudice ha ritenuto sussistente l'alterazione dell'ambiente a seguito di inquinamento dell'aria "a nulla rilevando la sua transitorietà e l'assenza apparente di conseguenze durature se comunque le concrete modalità dell'evento hanno raggiunto una intensa ed evidente criticità"⁷⁵; e) è sufficiente una alterazione del paesaggio "che ne comporti il deturpamento, anche se realizzata senza costruzioni, demolizioni, distruzione di

Giur. Ital. 2003, 694 : "Il contenuto stesso del danno ambientale viene a coincidere con la nozione non di danno patito bensì di danno provocato ed il danno ingiusto da risarcire si pone in modo indifferente rispetto alla produzione di danni – conseguenze, essendo sufficiente per la sua configurabilità la lesione in sé di quell'interesse ampio e diffuso alla salvaguardia ambientale, secondo norme e provvedimento fissati dal legislatore. Per la Corte, per integrare il fatto illecito di cui all'art. 18, è sufficiente una condotta colposa di violazione della normativa posta a tutela dell'ambiente, configurandosi una "lesione presunta del valore giuridico tutelato".

⁷¹ Cass. pen. Sez. III, 10 marzo 1999, n. 5062.

⁷² Cass. pen., S.U., 12 ottobre 1993.

⁷³ Cass. pen., sez. III, 10 dicembre 1991.

⁷⁴ Cass. pen., 10 dicembre 1991 cit.

⁷⁵ Tribunale di Venezia, Ufficio del giudice monocratico, sez. pen., 27 novembre 2002, n. 1286, Riv. giur. amb. 2003, 163.

vegetazione, sbancamenti, ecc. bensì con l'aggiunta di elementi che rompano l'equilibrio delle varie componenti, come accade nel caso delle apposizioni di cartelli pubblicitari, di antenne paraboliche od altro”⁷⁶; f) “la denunciata alterazione deve essere reale ed effettiva, tale cioè da turbare la sensazione di godimento estetico che le bellezze naturali offrivano alla vista prima dell'atto lesivo della loro integrità, non essendo sufficiente l'alterazione del luogo a seguito di una qualsiasi manomissione”⁷⁷; g) “è sufficiente il fatto di alterare in qualsiasi modo la visione panoramica o, comunque, estetica, offerta dalla natura, alterazione che può attuarsi anche mediante occultamento totale o parziale del panorama, ma l'alterazione in sè e per sè del luogo non si identifica sempre con la sua modifica, perché se questa avviene in maniera da lasciare inalterata la bellezza naturale, il fatto reato non è configurabile”⁷⁸.

La dottrina concorda nell'attribuire al concetto di alterazione una valenza di modificazione in termini qualitativi del bene ambientale⁷⁹.

Per quanto attiene al deterioramento, che consiste in un peggioramento qualitativo⁸⁰ delle condizioni del bene ambientale, è utile richiamare le seguenti massime: a) è configurabile il reato di cui all'art. 734 c.p. “nell'ipotesi in cui uno scarico di materiali sulle rive di un torrente, protrattosi per lungo tempo, alteri lo stato delle sponde entro la fascia di centocinquanta metri dal corso d'acqua, provocando degrado dell'ambiente”⁸¹; b) “lo sbancamento di una superficie di oltre un ettaro di terreno sottoposto a vincolo paesaggistico integra il reato di deturpamento di bellezze naturali”⁸².

La distruzione presenta minori profili di problematicità nella sua definizione, in quanto corrisponde ad un danneggiamento irrimediabile e definitivo del bene ambientale, non recuperabile in alcun modo, se non con una completa sostituzione, che comporta una perdita definitiva: “è configurabile il reato di cui all'art. 734 c.p., quando ammassi di letame siano di

⁷⁶ Cass. pen., sez. III, 6 giugno 1990.

⁷⁷ Cass. pen., sez. II, 31 gennaio 1986.

⁷⁸ Cass. pen., sez. III, 16 giugno 1980.

⁷⁹ Cfr. F. BENEDETTI, *Il risarcimento del danno ambientale tra tutela giurisdizionale e poteri di autotutela amministrativa*, in Commento al Testo Unico ambientale, a cura di F. GIAMPIETRO, Ipsoa, 2006, 249; più ampia la definizione di G. SCHIESARO, <<Chi inquina paga>>: una nuova frontiera nella liquidazione del danno ambientale ex art., legge 349/1986, Riv. giur. amb., 2003, 163, per il quale l'alterazione è “una qualsiasi modificazione, non necessariamente peggiorativa né irreversibile, di una caratteristica qualitativa della risorsa, indipendentemente dallo stato in cui essa si trovava prima dell'aggressione. (...) è una modificazione temporanea di qualità, a prescindere sia dalla durata della modificazione indotta sia dalla intensità”; in termini simili Cass. pen., sez. III, 15 ottobre 1999, n. 13716: “Anche dalle modifiche temporanee dello stato dei luoghi deriva un pregiudizio qualificabile come danno ambientale”.

⁸⁰ Cfr. F. BENEDETTI, *Il risarcimento del danno ambientale tra tutela giurisdizionale e poteri di autotutela amministrativa* cit., 249.

⁸¹ Cass. pen., sez. III, 9 febbraio 1990.

⁸² Cass. pen., sez. II, 17 dicembre 1981.

entità tale da comportare una modifica definitiva ed irreversibile della situazione ambientale con riferimento all'aspetto paesaggistico⁸³.

Non vi è concordia di opinioni in dottrina e in giurisprudenza, invece, in ordine alla natura patrimoniale o non patrimoniale di tale tipologia di danno. Da un parte l'opinione della Corte costituzionale⁸⁴, la quale ha perentoriamente affermato che il danno ambientale “è certamente patrimoniale”. Il giudice delle leggi ha chiarito che tale danno assume valore economico sulla scorta delle conseguenze economiche che la sua lesione arreca sulla collettività, che si vede gravata da oneri economici imprevisi e necessari per il suo ripristino.

Come si accennato all'inizio del capitolo, per il Giudice delle leggi al bene ambientale, pur non essendo appropriabile, è possibile attribuire un valore di scambio e un prezzo, basandosi sui costi di gestione, di recupero e di danneggiamento, indipendentemente dal costo della rimessione in pristino e dal danno alle casse pubbliche; come chiarito dalla successiva giurisprudenza della Cassazione, la perdita subito dalla collettività “non si presta ad essere identificata in un detrimento dell'erario”⁸⁵. Questa impostazione è stata sostenuta anche in dottrina, la quale ha riconosciuto “la patrimonialità e la normale risarcibilità del danno conseguente all'onere di sopportazione di spese di ripristino”⁸⁶.

Di opinione opposta l'orientamento che nega la patrimonialità del danno in esame, in considerazione del fatto che “il bene ambiente è fuori commercio, e come tale insuscettibile di una valutazione venale secondo i prezzi di mercato, dovendo essere considerato nel suo valore d'uso”⁸⁷.

Il richiamo dell'art. 300 T.U. alla “misurabilità” del danno ambientale, nonché il riferimento, contenuto nell'art. 313, al potere del Ministro dell'ambiente di ingiungere, all'esito del procedimento che verrà esaminato a breve, il pagamento di “una somma pari al valore economico del danno accertato o residuo”, potrebbe spingere verso la natura patrimoniale del danno ambientale⁸⁸. Se, tuttavia, alla luce del disposto normativo, non sembra che residui in capo alla p.a. procedente il potere di ingiungere il pagamento del danno non patrimoniale, sia in virtù della struttura del procedimento amministrativo finalizzato

⁸³ Cass. pen. sez. III, 7 dicembre 1990.

⁸⁴ Corte costituzionale n. 641/1987 cit.

⁸⁵ Cass. n. 440/1989 cit.

⁸⁶ M. LIBERTINI, *La nuova disciplina del danno ambientale* cit., 576, cit.; F. GIAMPIETRO, *Prevenzione, ripristino, risarcimento dei danni all'ambiente nel d. lgs. n. 152/2006. Esame delle disposizioni di rinvio alla bonifica*, in *La responsabilità per danno all'ambiente* a cura del medesimo autore, Giuffrè, 2006.

⁸⁷ Cass. n. 9211/1995 cit., per la quale la valutazione del danno ambientale “comporta un accertamento che non è quello del mero pregiudizio patrimoniale”. Concorda con la natura non patrimoniale del danno ambientale anche C. CASTRONOVO, *Il danno all'ambiente* cit., 514.

⁸⁸ Cfr. F. GIAMPIETRO, *La nozione di ambiente e di illecito ambientale: la quantificazione del danno nel T.U.A.*, www.giuristiambientali.it.

all'emanazione dell'ordinanza di ingiunzione - che prevede una valutazione in contraddittorio, anche tramite consulenza tecnica, degli elementi fattuali del danno -, sia per l'evidente incompatibilità di tale valutazione di tipo equitativo con i poteri di una amministrazione pubblica, è ragionevole ritenere che tali limitazioni non coinvolgano il giudice (civile, penale, amministrativo o contabile) coinvolto nella vicenda di danno ambientale. Un supporto a favore dell'ampia possibilità di riconoscere anche il danno non patrimoniale si può trovare nel richiamo che l'art. 300 fa alle "utilità" assicurate dal bene ambientale, le quali possono essere di tipo economico⁸⁹, ma anche non patrimoniale: si pensi alle conseguenze della impossibilità di godere di una bellezza ambientale o di fruire di un mare pulito.

Tale voce di danno, insuscettibile di valutazione economica, potrà essere fatto valere dai soggetti pubblici, dalle associazioni o dai privati avanti il giudice ordinario nelle ipotesi di danni diretti subiti e risarcibili secondo gli ordinari strumenti civilistici.

3.6 Il risarcimento in forma specifica e per equivalente patrimoniale.

Il sistema della responsabilità civile prevede, a disposizione del danneggiato, gli strumenti del risarcimento in forma specifica e per equivalente.

Per risarcimento⁹⁰ o reintegrazione in forma specifica la dottrina intende la realizzazione di una situazione materiale corrispondente a quella che sarebbe sussistita se non fosse intervenuto il fatto che ha determinato il danno⁹¹.

Normalmente il danneggiato ha facoltà di scelta tra il pretendere che il debitore/danneggiante provveda direttamente al ripristino della situazione materiale antecedente all'evento o realizzare direttamente il ripristino, chiedendo successivamente il pagamento di una somma di denaro pari alle spese effettuate. In materia ambientale tale tipo di risarcimento viene qualificato "come restaurazione delle condizioni ambientali antecedenti all'illecito"⁹².

L'art. 2058 del cod. civ. subordina l'ammissibilità di questo strumento alla possibilità e alla non eccessiva onerosità dell'intervento. Com'è noto, la reintegrazione in forma

⁸⁹ F. GIAMPIETRO, *La responsabilità per danno all'ambiente in Italia...* cit., 19, che fa riferimento ai "danni da impossibilità di utilizzo di servizi collettivi derivanti da risorse ambientali (per es. per la perdita temporanea dell'utilizzo di falda sotterranea ad uso idropotabile), ovvero da mancata fruizione collettiva della risorsa sino alla data del ripristino della stessa".

⁹⁰ Questa impostazione non è pacifica, in quanto una dottrina minoritaria contesta che questa forma di tutela rientri nel *genus* del risarcimento del danno, preferendo accomunarla all'inibitoria: cfr. per tutti P.G. MONATERI, *Manuale* cit., 233, per il quale per risarcimento si intende quello pecuniario, mentre la reintegrazione in forma specifica e l'azione inibitoria rientrano tra le forme di "tutela in natura".

⁹¹ BUSNELLI - BIGLIAZZI GERI - NATOLI, *Diritto civile* cit. III.

⁹² A. COSTANZO - C. VERARDI, *La responsabilità per danno ambientale* cit., 735.

specifica differisce dall'azione inibitoria, la quale ha lo scopo di prevenire "il verificarsi del danno che si ha ragione di temere come conseguenza della lesione in atto di un interesse meritevole di tutela ovvero il ripetersi o la continuazione di un danno già verificatosi come conseguenza di un fatto lesivo"⁹³, anche se, come si è visto, non manca chi accomuna i due rimedi.

La dottrina ha chiarito, in via esemplificativa, che rientrano nel concetto di risarcimento in forma specifica: a) la fornitura di una cosa appartenente allo stesso genere, ove fungibile (per esempio un albero della stessa specie); b) il rifacimento di quanto illecitamente distrutto, difficilmente realizzabile in materia ambientale; c) l'eliminazione di quanto illecitamente fatto (per esempio, abbattimento abuso edilizio); d) la restituzione di cosa sottratta.

Nel risarcimento per equivalente il danneggiante/debitore deve versare una somma di denaro considerata "equivalente" alla perdita subita e al mancato guadagno; in sostanza la somma di denaro da versare sarà pari alla differenza di valore tra bene integro e bene leso.

Nella vigenza dell'abrogato art. 18 si era posto il problema del coordinamento tra i commi 6 e 8 della citata norma, in particolare in merito al rapporto tra le due forme di risarcimento.

Nonostante la formulazione dell'articolo 18 non aiutasse molto l'interprete, l'opinione prevalente era giunta alla corretta conclusione che il ripristino dello stato dei luoghi fosse da considerare prevalente e prioritario rispetto al risarcimento patrimoniale in via equitativa⁹⁴. A ciò si era giunti tenendo conto della funzione di prevenzione della norma, la quale utilizzava lo strumento della responsabilità civile con finalità sanzionatorie e punitive, allo scopo di spingere gli operatori ad adottare le misure di sicurezza e diligenza necessarie e possibili per prevenire il danno al bene giuridico primario ambiente.

Il giudice ordinario aveva, pertanto, l'obbligo di ordinare, innanzi tutto, ove possibile dal punto di vista materiale (e senza che rilevasse l'eccessiva onerosità dell'intervento, in virtù della ritenuta inapplicabilità del comma 2 dell'art. 2058 c.c.), il ripristino dello *status quo ante*, anche in mancanza di richiesta dell'attore; solo in via subordinata si interveniva con la condanna al pagamento di una somma di denaro calcolata secondo i criteri fissati nel citato comma 6, con finalità chiaramente sanzionatorie e preventive, come dimostra il

⁹³ BUSNELLI - BIGLIAZZI GERI - NATOLI, *Diritto civile* cit. III, 787.

⁹⁴ Per P. MADDALENA, *Il danno ambientale* cit., 472, l'art. 18 pone la regola della prevalenza del risarcimento in forma specifica; per A. COSTANZO e C. VERARDI, *La responsabilità per danno ambientale* cit., 733, l'art. 18 "individua nel ripristino dello stato dei luoghi la forma privilegiata di tutela contro (o di sanzione per) il danno ambientale".

riferimento ai criteri della gravità della colpa e del profitto conseguito dall'autore dell'illecito⁹⁵.

Secondo l'opinione comune, le due condanne potevano cumularsi, nel senso che il giudice, mediante il risarcimento per equivalente pecuniario, poteva coprire le aree di danno che non era possibile soddisfare con il ripristino, quali i danni causati tra l'evento e l'intervento di ripristino o quelli connessi alla parte residua di danno derivante da distruzione parziale del bene leso⁹⁶, evitando, tuttavia, la duplicazione delle voci di danno. Anche la giurisprudenza amministrativa ha più volte riconosciuto, in via generale, la presenza nell'ordinamento di un principio in base al quale la tutela in forma specifica prevale su quella risarcitoria⁹⁷.

Gli strumenti giuridici di reazione ad un danno ambientale che si è già verificato sono oggi previsti dagli articoli 305, comma 3, 311 e 313, comma 2, del T.U.

In particolare, il Ministero dell'ambiente, unico soggetto legittimato ad agire nelle ipotesi di danno ambientale "pubblico", ha la possibilità di far scattare il risarcimento in forma specifica o per equivalente, con chiara precedenza per la prima forma di risarcimento e, solo in via sussidiaria, con l'intervento del risarcimento per equivalente. Il sistema è congegnato in modo che il Ministero debba sempre azionare o ingiungere il risarcimento in forma specifica e solo nell'ipotesi in cui il danneggiante non intervenga o il ripristino risulti impossibile o eccessivamente oneroso la p.a. può azionare il risarcimento per equivalente (cfr. l'art. 313, comma 2).

A questo punto si comprende agevolmente che il legislatore del T.U. ha inteso collegare la fattispecie in esame a quella codicistica, condizionando l'esperibilità di questo rimedio agli stessi presupposti sanciti dall'art. 2058 c.c., tra i quali la possibilità e la non eccessiva onerosità dell'intervento. Tuttavia, è opportuno ricordare che la giurisprudenza ha escluso che la mera antieconomicità degli interventi riparatori possa costituire un ostacolo ed ha ancorato l'eccepibilità di tali limite alle obiettive difficoltà che il debitore può incontrare nell'esecuzione della prestazione, senza che rilevino, in sostanza, le condizioni economiche del debitore stesso, né il valore del bene da recuperare. Per impossibilità materiale si intende,

⁹⁵ Cfr. A. COSTANZO e C. VERARDI, *La responsabilità per danno ambientale* cit., 736.

⁹⁶ Cfr. G. MORBIDELLI, *Il danno ambientale* cit., 612, che parla di carattere fiancheggiatore ed additivo dell'azione risarcitoria per equivalente: "Il risarcimento in forma specifica può concorrere con il risarcimento per equivalente, *qualora il primo non sia interamente possibile*".

⁹⁷ Cfr. Cons. Stato, sez. IV, 30 gennaio 2006, n. 290, Foro Amm. CDS 2006, 123: "Esiste, inoltre, il principio secondo cui, ove possibile in fatto e richiesto dalla parte, la tutela in forma specifica prevale sulla tutela risarcitoria", che richiama le precedenti decisioni della medesima sezione n. 2280 del 2002 e n. 950 del 2004; enuncia il medesimo principio Cons. Stato, A.P., 29 aprile 2005, n. 2, Foro Amm. CDS 2005, 1058.

invece, il perimento di un bene unico, mentre quella giuridica è legata alla presenza di un divieto legale⁹⁸.

Il danneggiato potrà sempre intervenire a sue spese, ponendole poi a carico del danneggiante, come previsto in via generale dal sistema codicistico e, in particolare, dall'art. 305, comma 3, del T.U.

In materia è recentemente intervenuto il legislatore, il quale, con l'art.5-bis del d.l. n. 135/09, conv. in l. n. 166/2009, ha modificato gli artt. 303, 311 e 307 del codice. In particolare la novella legislativa ha confermato la prevalenza del risarcimento in forma specifica rispetto a quello per equivalente pecuniario, superando tuttavia, come verrà chiarito nel paragrafo successivo, il risarcimento in via equitativa.

3.7 I criteri di liquidazione del risarcimento del danno per equivalente pecuniario.

Si è visto che, sulla scorta dell'interpretazione più diffusa in dottrina e in giurisprudenza, in base all'abrogato art. 18, comma 6, il giudice, tutte le volte in cui non era possibile condannare il danneggiante al risarcimento in forma specifica, doveva orientarsi verso la monetizzazione del danno.

Nell'ipotesi in cui fosse possibile “una precisa quantificazione” del danno, il giudicante era tenuto ad attenersi alla quantificazione dello stesso, effettuata in sede di consulenza tecnica. Tuttavia, la quantificazione dei danni ambientali, come si è visto, non è semplice, a causa delle difficoltà di misurazione (si pensi all'inquinamento dell'aria), del fatto che le conseguenze spesso si sviluppano nel tempo, dei limiti della scienza e della tecnica. Per tale motivo, la norma citata prevedeva l'opzione alternativa del risarcimento quantificato “in via equitativa”, agganciato, tuttavia, a tre parametri che hanno molto fatto discutere, in quanto parzialmente estranei alla tradizione della responsabilità civile ed alla sua finalità di ristoro del danno subito dal danneggiato: a) la gravità della colpa individuale; b) il costo necessario per il ripristino; c) il profitto conseguito dal trasgressore.

La dottrina, fin dai primi commenti della norma, ha evidenziato la funzione sanzionatoria (di pena privata per taluni) e preventiva dei criteri sub a) e c), i quali avevano tuttavia l'indiscutibile merito di rappresentare realmente un utile deterrente per l'imprenditore, il quale era consapevole del fatto che il rischio della sua azione illecita sarebbe stato elevato e non compensabile con i profitti. La funzione era chiaramente quella di scoraggiare comportamenti imprenditoriali che tentassero di far rientrare i costi ambientali tra

⁹⁸ Cfr. P.G. MONATERI, *Manuale* cit., 242 ss. e la giurisprudenza ivi riportata.

le voci in uscita della produzione, colpendo tale comportamento sotto tutti i punti di vista, al fine di renderlo, in sostanza, non conveniente per l'operatore.

L'applicazione dei criteri sopra esposti appariva difficile, come è dimostrato dal numero molto esiguo di decisioni che hanno liquidato un danno non meramente simbolico a carico del danneggiante.

Tra queste merita un cenno una decisione di primo grado⁹⁹, che fa emergere le contraddizioni del sistema previgente e gli sforzi giurisprudenziali finalizzati a sanzionare comunque i comportamenti negligenti delle imprese, anche in un contesto di difficile quantificazione del danno.

Si trattava di un caso di immissione involontaria nell'atmosfera di ammoniaca per due ore da parte di una azienda, incidente che aveva reso l'aria irrespirabile e aveva comportato l'interruzione dell'attività produttiva per alcune ore. Il giudice si rende immediatamente conto della impossibilità della precisa quantificazione del danno e decide di fondare la responsabilità sulle conseguenze meramente probabilistiche dell'evento dannoso, basandosi cioè sulla "dannosa e nociva potenzialità" dell'immissione di ammoniaca nell'aria, che "avrebbe potuto" rendere la situazione estesa all'intero quartiere.

Sulla scorta di tali premesse, il giudice veneziano ha condannato l'azienda a risarcire le seguenti voci di danno: a) costo di ripristino, fondato parzialmente sul "costo che si avrebbe dovuto sostenere per depurare almeno l'acqua derivante dall'abbattimento dell'ammoniaca presso un impianto pubblico di depurazione"; b) costo di intervento dei Vigili del fuoco; c) profitto tratto dall'azienda nei due giorni necessari per l'esecuzione dei lavori di sostituzione della valvola, nei quali si è operato senza protezione per l'ambiente e nei quali l'attività avrebbe dovuto fermarsi; d) danni subiti dagli enti territoriali costituiti in giudizio, liquidati ex art. 2043 c.c. e 185 c.p., per spese e costi legati al fatto, per danno all'immagine e al prestigio e per danno da sviamento della funzione istituzionale; e) danni subiti dalle associazioni ambientaliste, quale danno patrimoniale per costi sostenuti "per l'attività di acquisizione dei dati, di informazioni e denuncia", per lesione dell'immagine e del diritto di personalità dell'associazione.

Si tratta di criteri simili a quelli seguiti dalle altre sporadiche sentenze emesse dal giudice ordinario in materia di danni all'ambiente, tra le quali la nota decisione del Pretore milanese del 1989¹⁰⁰, nella quale il costo del ripristino è stato valutato sulla scorta di un

⁹⁹ Tribunale di Venezia, Ufficio del giudice monocratico, sez. pen., 27 novembre 2002, n. 1286 cit.

¹⁰⁰ Pretura Milano, 29 giugno 1989, Foro Italiano, 1990, II, 526.

progetto di bonifica del bene ambientale leso, già esistente prima del danno, nonché ai risparmi e profitti fruiti dal danneggiante a seguito dello smaltimento illecito di rifiuti.

L'esame dell'interessante e paradigmatica decisione del Tribunale di Venezia è di grande utilità per comprendere come è stata data applicazione all'art. 18 e fornisce all'interprete le coordinate per comprendere le modifiche apportate al sistema con il d. lgs. n. 152 del 2006 e le conseguenze applicative ad esso connesse.

Il combinato disposto degli artt. 300 e 314 evidenzia una chiara scelta del legislatore verso il sistema tradizionale della responsabilità. Il riferimento dell'art. 300 alla "misurabilità" del danno e alle utilità assicurate dal bene ambientale leso, forniscono un primo dato, che va letto tenendo ben presente l'eliminazione del richiamo ai criteri della colpa e del profitto effettuata nell'art. 314, comma 3, in base al quale: "La quantificazione del danno deve comprendere il pregiudizio arrecato alla situazione ambientale con particolare riferimento al costo necessario per il suo ripristino".

La nuova formulazione della fattispecie fa emergere un sistema che si avvicina notevolmente alla responsabilità tradizionale di tipo codicistico, a seguito della espunzione dei più contestati riferimenti alla colpa e al profitto contenuti nell'abrogato art. 18. Le norme citate mostrano l'intento del legislatore di agganciare la liquidazione a dati certi (vedi requisito della misurabilità) e a voci di danno legate al concreto *vulnus* arrecato all'ambiente.

La necessaria misurazione e quantificazione del pregiudizio arrecato all'ambiente e dei costi di ripristino, potrebbe comportare difficoltà notevoli di quantificazione che sfocerebbero nell'applicazione della fattispecie di danno presunto, prevista dall'ultimo inciso del comma 3 in esame, nell'ipotesi in cui il Ministero dell'ambiente opterà per la via amministrativa¹⁰¹.

Un esame obiettivo delle modifiche apportate, tuttavia, se non può che spingere a vedere favorevolmente la cassazione del richiamo alla gravità della colpa, che ha maggior senso in sede di irrogazione delle sanzioni amministrative e penali, preoccupa nella eliminazione del richiamo al profitto del danneggiante.

La scelta del legislatore appare troppo sbilanciata a favore delle esigenze della produzione, le quali, come ha rilevato più volte la giurisprudenza¹⁰², vanno coordinate con i limiti dell'utilità e della funzione sociale di cui all'art. 41 Cost., oltre che con il diritto alla

¹⁰¹ Cfr. P.G. MONATERI, *Atto illecito e disciplina della responsabilità civile per danno ambientale*, AmbienteDiritto.it, per il quale evidenzia che "nella materia ambientale una prova completa e minuziosa del danno è obiettivamente impossibile. Innanzitutto perché alcuni effetti pregiudizievoli, pur costituendo un pregiudizio certo, si evidenziano solo con il tempo, in secondo luogo perché alcuni sono di difficilissima dimostrazione".

¹⁰² Corte cost. n. 641/1987 cit.

salute e alla qualità della vita dei cittadini, che prevale sulle esigenze delle imprese¹⁰³. E', infatti, diffusa, tra i commentatori dell'art. 18, l'opinione che il richiamo al criterio del costo di ripristino sia poco utilizzabile, in quanto non si comprende quale ruolo possa esso svolgere in rapporto al prioritario risarcimento in forma specifica. In altre parole, si è rilevato che, se il ripristino è fattibile, esso deve essere realizzato in via prioritaria, mentre se è impossibile non si comprende la funzione concreta di tale criterio¹⁰⁴, anche se un ruolo residuale può permanere nell'ipotesi in cui l'operatore si rifiuti di realizzare gli interventi concretamente quantizzabili e il Ministero dell'ambiente decida di adottare autonomamente gli interventi necessari, accollando le spese al danneggiante inadempiente.

Ma soprattutto si è unanimemente rilevato che il criterio del costo del ripristino è insufficiente e non può considerarsi soddisfacente per il bene ambientale, in quanto questa voce potrebbe essere più bassa del danno concretamente arrecato e, soprattutto, tale criterio non rappresenta un vero deterrente per il privato, che può far rientrare i costi di ripristino tra le voci della produzione compensate dai profitti realizzati.

Il criterio di liquidazione del danno ambientale in via equitativa ha, tuttavia, lasciato alla giurisprudenza una forse eccessiva discrezionalità nella quantificazione dello stesso, con rilevanti profili legati alla valutazione delle ripercussioni sulla produzione nazionale e le risorse pubbliche. Un caso giurisprudenziale paradigmatico concerne la condanna macroscopica subita dall'impresa Syndial s.p.a. (società sottoposta ad attività di direzione e coordinamento da parte di Eni s.p.a. e quindi pubblica) da parte del Tribunale di Torino¹⁰⁵ ad € 1.833.475.405,49 a favore del Ministero dell'Ambiente per l'inquinamento causato all'ambiente (immissione di DDT nel Lago maggiore) nel periodo 1990-1996, secondo il criterio di cui all'abrogato art. 18 della l. 349/1986. In verità le liquidazioni giudiziali del danno ambientale sono state perlopiù simboliche, a parte i casi delle transazioni¹⁰⁶.

¹⁰³ Cfr. Cass. civ., sez. III, 11 aprile 2006, n. 8420, www.lexitalia.it, la quale, in sede di applicazione dell'art. 844 c.c., ha sancito il principio della prevalenza del diritto alla salute sulle esigenze della produzione: "La norma codificata sulle immissioni, nel prevedere la valutazione, da parte del giudice, delle esigenze della produzione, con le ragioni della proprietà, tenendo eventualmente conto della priorità di un determinato uso, è stata correttamente applicata alla fattispecie in esame, considerando anche la valenza della qualità della vita e della salute dei vicini dell'azienda, nella quale la produzione si è svolta senza la predisposizione di misure di cautela idonee ad evitare o limitare l'inquinamento atmosferico. Si tratta di una interpretazione estensiva della norma, costituzionalmente orientata, in relazione al fattore salute, che è ormai intrinseco nella attività di produzione oltre che nei rapporti di vicinato (cfr. Cass. 3 febbraio 1999 n. 915, Cass. 4 aprile 2001 n. 4963)".

¹⁰⁴ B. POZZO, *Una nuova ipotesi di danno ambientale nell'art. 58*, Riv. giur. amb. 2000, 979; C. TENELLA SILLANI, *Responsabilità per danno ambientale* cit., 380.

¹⁰⁵ Sentenza n. 4991/2008.

¹⁰⁶ Per le quantificazioni giudiziali in altri casi noti cfr. Schiesaro V., *"Chi inquina paga": una nuova frontiera nella liquidazione del danno ambientale ex art. 18, legge 349/1986*, Riv. Giur. amb. 2003, I, 173.

Con il citato art. 5-bis. del d.l. n. 135/09 conv. in l. n. 166/2009 il legislatore modifica il comma 3 dell'art. 311 del codice, superando il criterio della quantificazione in via equitativa attraverso un rinvio ad un decreto del Ministro dell'ambiente per la fissazione dei "criteri di determinazione del risarcimento per equivalente e dell'eccessiva onerosità, avendo riguardo anche al valore monetario stimato delle risorse naturali e dei servizi perduti e ai parametri utilizzati in casi simili o materie analoghe per la liquidazione del risarcimento per equivalente del danno ambientale in sentenze passate in giudicato pronunciate in ambito nazionale e comunitario". La norma stabilisce, altresì, che : "Nei casi di concorso nello stesso evento di danno, ciascuno risponde nei limiti della propria responsabilità personale. Il relativo debito si trasmette, secondo le leggi vigenti, agli eredi nei limiti del loro effettivo arricchimento", introducendo il principio della responsabilità parziaria, secondo una formulazione che richiama il disposto della legge n. 20/1994 in materia di responsabilità erariale.

Un cenno merita, altresì, la possibilità per il Ministero dell'ambiente di stipulare contratti di transazione in materia di danno ambientale, con una procedura introdotta dall'art. 2 del d.l. n. 208/2008, conv. con l. n. 13/2009.

4. Il principio di sussidiarietà nel nuovo ordinamento costituzionale e comunitario.

L'accentramento dei poteri in capo al Ministero dell'ambiente è, altresì, scarsamente compatibile con il principio di sussidiarietà, che assurge ormai a vero e proprio principio di diritto sancito dal Trattato dell'Unione Europea (art. 5), dalla legislazione ordinaria (fin dalla legge n. 142 del 1990) e dalla Carta costituzionale, che lo conteneva embrionalmente nell'art. 5, laddove riconosceva le "esigenze dell'autonomia e del decentramento" e oggi lo legittimava esplicitamente nell'art. 118, nelle sue forme di sussidiarietà orizzontale e verticale.

Il principio in esame deriva dal latino *subsidium*, ha origine molto antiche e si è sviluppato anche in ambiti diversi dal diritto, trovando un esplicito riconoscimento anche nell'enciclica *Quadragesimo anno* di Papa Pio XI del 1931 e una conferma della *Centesimus annus* di Papa Giovanni II del 1991¹⁰⁷.

Tale principio ha trovato una definizione normativa nell'art. 4, comma 3, lett. a della prima legge cd. Bassanini (l. n. 59/1997), in base al quale la sussidiarietà è "l'attribuzione della generalità dei compiti e delle funzioni amministrative ai Comuni, alle Province e alle

¹⁰⁷ Cfr. F. BENVENUTI, *Disegno dell'Amministrazione Italiana*, 111.

Comunità montane, secondo le rispettive dimensioni territoriali, associative ed organizzative, con l'esclusione delle sole funzioni incompatibili con le dimensioni medesime".

Il principio di sussidiarietà cd. verticale si esplicita, pertanto, nel senso che compiti, funzioni e responsabilità vanno attribuite agli enti più vicini agli interessi da tutelare, con intervento dell'ente di maggiori dimensioni quando i primi non siano in grado di fronteggiare i problemi da risolvere¹⁰⁸, con conseguente esclusione di ogni "indebita intromissione" negli ambiti riconosciuti dal diritto ai soggetti dell'ordinamento¹⁰⁹.

Si tratta di un principio "relazionale" che governa i rapporti tra i diversi livelli territoriali di governo con una "decisione di preferenza" in favore del livello di governo più vicino ai cittadini nel suo profilo verticale, nonché tra il le istituzioni pubbliche e la società civile nel suo aspetto orizzontale¹¹⁰.

Come è stato correttamente rilevato, il rapporto tra centro e periferia è ormai ribaltato a favore delle autonomie locali, in particolare dei Comuni, cui la Costituzione attribuisce le funzioni amministrative in via generale¹¹¹. La dottrina aveva già rilevato come il principio di sussidiarietà appare l'espressione di un vero e proprio rovesciamento di prospettiva, che vede la base dell'ordinamento "nei diritti di libertà dei singoli, cittadino o enti, quali momenti determinativi e limitativi dei diritti e poteri delle autorità sovrane"¹¹².

In sostanza il principio di sussidiarietà dà una indicazione precisa e chiara su quale sia la sede privilegiata per la cura e la tutela delle comunità locali e ciò non può essere ignorato dal legislatore statale¹¹³, mentre viceversa la dottrina ha rilevato un disegno fortemente limitativo delle prerogative degli enti locali¹¹⁴.

Se solo si pone attenzione con obiettività all'evoluzione della nostra Repubblica nel corso degli ultimi 15 anni, si comprende agevolmente che il sistema dei rapporti Stato – enti territoriali si è capovolto a favore dei secondi, i quali vengono visti quali livelli di governo

¹⁰⁸ E. FOLLIERI, in *Diritto Amministrativo* a cura di L. MAZZAROLLI, G. PERICU, A. ROMANO, F.A. ROVERSI MONACO, F.G.SCOCA.

¹⁰⁹ F. BENVENUTI, *Disegno dell'Amministrazione Italiana* cit.

¹¹⁰ A. BARONE, *Il diritto del rischio*, 2006, 88.

¹¹¹ Cfr. G. CORSO, *Manuale di diritto amministrativo*, che parla di vero e proprio *favor* per gli enti locali che traspare dal nuovo art. 118 della Cost., che privilegia il criterio dimensionale; l'Autore richiama anche l'art. 114, in base al quale "la conta comincia dal basso", dal Comune verso lo Stato.

¹¹² F. BENVENUTI, *Disegno dell'Amministrazione Italiana* cit.

¹¹³ Cfr. I.M. MARINO, <<Neo-federalismo>> e politiche delle infrastrutture dei trasporti in Italia, in *L'uso del territorio*, Giuffrè, 2004: "La nostra costituzione ha dato, con il nuovo Titolo V (della parte seconda), una più adeguata attuazione all'art. 5, meglio palesando l'indicazione preferenziale (per quanto coniugata con ulteriori esigenze) circa la sede più vicina ai cittadini quale sede prescelta per la cura degli interessi di quei cittadini consociati in comunità".

¹¹⁴ Cfr. V. ITALIA, *Per l'autonomia degli enti locali*, 2007, il quale rileva che "è proseguita una continua attività normativa di erosione degli spazi della loro autonomia da parte dello Stato, e specialmente da parte delle Regioni".

maggiormente in grado di garantire il rispetto dei principi di democraticità e buon andamento, in considerazione della maggiore facilità di accesso alle decisioni finali che caratterizza il funzionamento di questi enti, come rilevato dalla migliore dottrina che ha visto nel fenomeno lo “spostamento verso il basso dell’asse della democraticità”¹¹⁵.

Non sempre, tuttavia, la Corte costituzionale ha colto il corretto rapporto tra i principi di sussidiarietà e adeguatezza, parlando talvolta del principio di sussidiarietà come “deroga al normale riparto delle competenze stabilito dall’art. 117 Cost.”, utilizzando tale principio quale “metodo per l’allocazione di funzioni a livello più adeguato” (quello statale). La dottrina ha rilevato che la sussidiarietà rappresenta, al contrario, il principio che regge il riparto delle attribuzioni e degli interessi sottostanti a livello degli enti rappresentativi più prossimi al cittadino, in virtù della inversione del livello degli “interessi preferiti” iniziato con la Carta Europea dell’autonomia locale e conclusosi con il nuovo Titolo V della Costituzione, mentre il principio di adeguatezza si riferisce alla cura degli interessi pubblici in deroga al principio di sussidiarietà ed al riparto di attribuzioni dallo stesso governato qualora prevalgano esigenze unitarie¹¹⁶.

5. Il ridimensionato ruolo degli enti territoriali alla luce del principio di sussidiarietà.

5.1 Legittimazione procedimentale e processuale a tutela degli interessi collettivi.

Il ridimensionamento del ruolo degli enti territoriali rappresenta uno dei punti maggiormente critici dell’intera riforma, ampiamente evidenziato in sede di parere della Conferenza unificata Stato-Regioni, che ha rilevato come “tale nuovo assetto di competenze risulta riduttivo nei confronti degli Enti territoriali interessati laddove, vigente l’art. 18 della legge 349/1986 citata, a detti soggetti viene riconosciuta la legittimazione all’esercizio dell’azione di risarcimento del danno ambientale”¹¹⁷.

¹¹⁵ Cfr. I.M. MARINO, *Sulla funzione statutaria e regolamentare degli enti locali*, in *Aspetti della recente evoluzione del diritto degli enti locali*, 95: “La preferenza accordata all’interesse nazionale nell’impianto della Costituzione del 1948 si è ribaltata in preferenza accordata agli interessi locali nella nuova attuazione dell’art. 5 data dal titolo V (parte seconda) della Costituzione del 2001”. Circa la legittimazione di cui possono godere i dirigenti locali mediante l’ingresso nel procedimento amministrativo degli interessi privati dei cittadini cfr. lo stesso autore, *Dirigenza locale e Unione Europea*, in *Aspetti cit.*

¹¹⁶ I.M. MARINO, <<Neo-federalismo>> e politiche delle infrastrutture dei trasporti in Italia, in *L’uso del territorio*, Giuffrè, 2004, 264 ss.

¹¹⁷ Cfr. il documento della Conferenza delle Regioni del 26.1.2006, reperibile su www.gruppo183.org : “Tale <<statalizzazione>> della tutela del danno ambientale mal si concilia con i principi della sussidiarietà orizzontale e verticale cui, a seguito delle recenti riforme costituzionale, dovrebbe ispirarsi l’azione delle Istituzioni. Posto che l’ambiente viene sempre più considerato un valore, e non una materia, parrebbe opportuno garantire allo stesso forme di tutela sia a livello centrale che periferico. (...) Occorre evidenziare innanzitutto il sensibile rafforzamento delle competenze in capo al Ministro cui viene riservata, oltre ad ogni decisione in merito alle misure di ripristino e riparazione ambientale (artt.305 e segg.), in una logica centralista nella quale Regioni ed Enti locali non vengono interpellati in ordine alla scelta da adottarsi nel loro territorio, la competenza ad

A seguito dell'approvazione del d. lgs. n. 152/2006, infatti gli enti territoriali perdono la possibilità di far valere in giudizio il danno ambientale "pubblico", facoltà che gli era invece riconosciuta in virtù dell'abrogato comma 3 dell'art. 18. Alla luce della suddetta abrogazione lo Stato rimane l'unico soggetto legittimato a far valere in giudizio (o mediante l'emanazione dell'ordinanza ministeriale) il danno ambientale alla collettività, con grave compromissione delle prerogative degli enti più vicini al cittadino.

Gli articoli 309 e 310 del T.U. conservano in capo ai Comuni, Province e Regioni le seguenti limitate prerogative: a) presentare "denunce e osservazioni", che il Ministero dell'ambiente è tenuto a valutare, con l'unico obbligo meramente formale di informare i soggetti esponenti dei provvedimenti che si è ritenuto di assumere nell'ambito dei procedimenti finalizzati all'adozione delle misure di precauzione, prevenzione e ripristino (art. 309); b) impugnare, "secondo i principi generali" (e quindi ove ne abbiano uno specifico interesse), gli atti e i provvedimenti adottati in contrasto con le norme del T.U. (art. 310); c) impugnare il silenzio inadempimento del Ministro dell'ambiente, con facoltà di richiedere il danno da ritardo, ex art. 310 (il quale verrà approfondito in prosieguo); d) rivolgersi al giudice ordinario al fine di richiedere, ex art. 2043 c.c., il risarcimento dei danni subiti sui beni appartenenti al patrimonio o al demanio degli enti locali a seguito del fatto produttivo di danno ambientale (art. 313, comma 7, ultimo inciso).

Appare chiaro, a questo punto, come il ruolo degli enti territoriali nella materia ambientale risulti marginalizzato, in contrasto con il riconoscimento della centralità degli enti territoriali contenuto nell'art. 114 della Costituzione, ma soprattutto in modo del tutto incoerente rispetto alla dichiarata finalità di realizzare una efficace tutela dell'ambiente¹¹⁸ e ai richiami contenuti negli artt. 3-quinquies¹¹⁹ e 299¹²⁰ del codice ambientale ai principi di sussidiarietà e di collaborazione con gli enti territoriali.

emettere ordinanze – ingiunzioni a contenuto ripristinatorio e risarcitorio (art.313), nonché la competenza ad agire in via giurisdizionale, anche esercitando l'azione civile in sede penale, allo scopo di conseguire l'equivalente patrimoniale o il risarcimento in forma specifica (cfr. art. 311)".

¹¹⁸ Sui profili di illegittimità costituzionale delle norme del codice che accentrano i poteri in materia di danno ambientale agli organi centrali dello Stato cfr. F. FONDERICO, *Le competenze degli enti locali in materia di danno ambientale: profili generali*, in La responsabilità per danno all'ambiente a cura di F. GIAMPIETRO, Giuffrè 2006, 187, il quale ritiene che il *vulnus* alle prerogative degli enti locali "si espone a serie censure di costituzionalità, per violazione degli artt. 3,5,32,114 e 118 Cost.", cfr., altresì, F. GIAMPIETRO, *La responsabilità per danno all'ambiente e bonifica dei siti contaminati...* cit., per il quale: "L'accentramento delle competenze in capo al Ministero dell'ambiente e della tutela del territorio, solleva rilevanti dubbi di legittimità costituzionale delle relative disposizioni per contrasto con l'attribuzione delle competenze regionali e locali, operata con la riforma del titolo V e già codificate, in materia di danno ambientale, dall'art. 9 del T.U. degli enti locali n. 267/2000"; da ultimo cfr. G. FERRERO – F. RISSO, *Il danno ambientale nel nuovo codice dell'ambiente*, Foro Amministrativo CDS 2006, 3443.

¹¹⁹ L'art. 3-quinquies del d. lgs. n. 152/2006, rubricato "Principi di sussidiarietà e di leale collaborazione", aggiunto dall'art. 1, comma 2, D.Lgs. 16 gennaio 2008, n. 4, così recita ai commi 3 e 4: "3. Lo Stato interviene

L'ente territoriale è, infatti, il soggetto pubblico più vicino al cittadino, il quale si rivolge innanzi tutto al Comune (e poi agli altri enti pubblici) in tutte le situazioni in cui vede minacciato un proprio diritto legato all'ambiente. L'esperienza concreta dimostra che qualsiasi situazione di disagio spinge il cittadino a rivolgersi al Sindaco del proprio Comune di residenza, al quale egli rivolge una richiesta di intervento senza che possa rilevare la competenza in materia, in virtù della facile ed immediata possibilità di accesso agli organi di questo ente, soprattutto nelle realtà medio-piccole.

Appare evidente, pertanto, che sarebbe stato più opportuno lasciare questo potere concorrente anche all'ente territoriale, il quale ha maggiore interesse ad agire per la tutela del bene ambientale, in quanto spinto dalla collettività locale, la quale ha maggiore possibilità di esercitare legittime pressioni sugli amministratori locali, nonché in considerazione della diretta percezione del danno al territorio da parte del suddetto ente.

E' vero che l'art. 117 Cost. riserva alla legislazione esclusiva dello Stato la materia della "tutela dell'ambiente, dell'ecosistema e dei beni culturali", ma è anche vero che sono oggetto di legislazione concorrente il governo del territorio e la tutela della salute, nonché che la materia ambientale viene considerata "trasversale", in quanto vi si intrecciano competenze che coinvolgono livelli di governo diversi, coerentemente con l'impostazione della giurisprudenza costituzionale che configura l'ambiente quale "valore" e non come una materia in senso tecnico¹²¹.

in questioni involgenti interessi ambientali ove gli obiettivi dell'azione prevista, in considerazione delle dimensioni di essa e dell'entità dei relativi effetti, non possano essere sufficientemente realizzati dai livelli territoriali inferiori di governo o non siano stati comunque effettivamente realizzati. 4. Il principio di sussidiarietà di cui al comma 3 opera anche nei rapporti tra regioni ed enti locali minori. Qualora sussistano i presupposti per l'esercizio del potere sostitutivo del Governo nei confronti di un ente locale, nelle materie di propria competenza la Regione può esercitare il suo potere sostitutivo".

¹²⁰ L'art. 299 del d. lgs. n. 152/2006, rubricato "Competenze ministeriali", così recita ai commi 2 e 3: "2. L'azione ministeriale si svolge normalmente in collaborazione con le regioni, con gli enti locali e con qualsiasi soggetto di diritto pubblico ritenuto idoneo. 3. L'azione ministeriale si svolge nel rispetto della normativa comunitaria vigente in materia di prevenzione e riparazione del danno ambientale, delle competenze delle regioni, delle province autonome di Trento e di Bolzano e degli enti locali con applicazione dei principi costituzionali di sussidiarietà e di leale collaborazione".

¹²¹ Cfr. Corte cost. 26 luglio 2002, n. 407, Giur. Italiana 2003, 417: "L'evoluzione legislativa e la giurisprudenza costituzionale portano ad escludere che possa identificarsi una "materia" in senso tecnico, qualificabile come "tutela dell'ambiente", dal momento che non sembra configurabile come sfera di competenza statale rigorosamente circoscritta e delimitata, giacché, al contrario, essa investe e si intreccia inestricabilmente con altri interessi e competenze. In particolare, dalla giurisprudenza della Corte antecedente alla nuova formulazione del Titolo V della Costituzione è agevole ricavare una configurazione dell'ambiente come <<valore>> costituzionalmente protetto, che, in quanto tale, delinea una sorta di materia <<trasversale>>, in ordine alla quale si manifestano competenze diverse, che ben possono essere regionali, spettando allo Stato le determinazioni che rispondono ad esigenze meritevoli di disciplina uniforme sull'intero territorio nazionale (cfr., da ultimo, sentenze n. 507 e n. 54 del 2000, n. 382 del 1999, n. 273 del 1998)"; Corte cost. 30 gennaio 2002, n. 536, Foro Amm. CDS, 2002, 194; da ultimo, T.A.R. Liguria, sez. I, 18 marzo 2004, n. 267, Foro Amm. TAR 2006, 642.

Cfr. M. E SCHINAIA, *Prevenzione e risarcimento del danno ambientale*, Il Consiglio di Stato, n. 4/2005, 819; P. FOSSATI, *Dal confronto allo scontro: il no delle Autonomie*, Guida agli enti locali n. 18/2006,

L'attribuzione del potere di agire in giudizio a tutela del danno ambientale agli enti locali risulterebbe maggiormente coerente con il ruolo rivestito da questi enti, in particolare dal Comune e dalla Provincia, i quali hanno il polso della situazione del proprio territorio in virtù delle competenze ad essi riconosciute dall'ordinamento giuridico in materia edilizia, urbanistica, ambientale e di tutela dell'igiene e della salute pubblica.

La spinta centralista risulta, pertanto, assolutamente ingiustificata e incompatibile con la natura di ente a fini generali riconosciuta al Comune, nonché si scontra con l'ampio ventaglio di competenze ambientali riconosciute dal d. lgs. n. 267 del 2000 all'ente Provincia: difesa del suolo; tutela e valorizzazione dell'ambiente e delle risorse idriche ed energetiche; protezione della flora e della fauna, parchi e riserve naturali¹²². La scelta legislativa non tiene, altresì, conto del fatto che la legittimazione attiva degli enti territoriali all'esercizio dell'azione in materia di danno ambientale rappresenta "una realtà giuridica incontrovertibile", che trova fondamento nella Costituzione "attraverso il combinato disposto di quelle disposizioni (artt. 2,3,9,41 e 42) che concernono l'individuo e la collettività nel suo *habitat* economico, sociale e ambientale"¹²³.

L'attribuzione di un monopolio delle competenze in materia di danno ambientale allo Stato, pur inquadrandosi nella tendenza centralista che ha trovato terreno fertile nel legislatore degli ultimi anni¹²⁴, in questo caso non trova alcuna plausibile giustificazione ed avrà come unico probabile risultato quello di rallentare la difesa dell'ambiente, in quanto il processo è reso lento e burocratizzato¹²⁵, ma soprattutto è privato dell'apporto degli enti che maggiormente conoscono il territorio per esserne gli autori e responsabili della pianificazione urbanistica e della tutela ambientale.

34, il quale riporta l'opinione delle Regioni in materia e l'evoluzione dei rapporti con Lo Stato nel corso dell'iter del decreto ambientale.

¹²² Cfr. I. M. MARINO, *Giudici ordinari e poteri locali*, Annuario 1989 delle autonomie locali, vol. 1, 252, per il quale "la tutela dell'ambiente deve avvenire attraverso lo svolgimento adeguato delle competenze degli enti territoriali in materia e non può in alcun modo essere sostituita da norme sulla responsabilità civile. (...) Non sembra infatti plausibile che l'azione di risarcimento e tanto meno la denuncia dei fatti lesivi di beni ambientali possano bloccare l'attività che la legge rimette altrimenti agli enti territoriali minori: ad esempio, ordinare la demolizione ovvero acquisire 'di diritto' immobili abusivi".

¹²³ Cfr. Cass. n. 1087/1998 cit.

¹²⁴ Si pensi all'accentramento di competenze attuato con la cd. legge obiettivo, n. 443 del 2001 in materia di infrastrutture e opere pubbliche, la quale, tuttavia, pur essendo stata fatta oggetto di numerose critiche (nonostante la Corte costituzionale l'abbia fatta salva con la nota decisione n. 303 del 2003), risultava motivata con la necessità di accelerare le procedure di realizzazione delle opere pubbliche: per i profili critici della disciplina citata cfr. I.M. MARINO, <<Neo-federalismo>> e politiche delle infrastrutture dei trasporti in Italia cit.

¹²⁵ Come riconosciuto nello stesso parere di maggioranza approvato dall'VIII^a commissione della Camera dei deputati il 31.1.2006, nel quale si esprime "la preoccupazione che una attribuzione di competenze così ampia all'amministrazione centrale dello Stato (peraltro priva di articolazioni periferiche) possa produrre oggettive difficoltà nell'effettivo perseguimento dei responsabili di danni all'ambiente".

Non ha, infatti, alcun senso riconoscere al Comune il ruolo di “ente competente alla tutela degli interessi della collettività dei propri cittadini”¹²⁶, di ente titolare “di una situazione rappresentativa degli interessi radicati nel proprio territorio”¹²⁷ o qualificare l’ente locale quale portatore degli “interessi a salvaguardare, nel proprio territorio, la salute dei propri cittadini”¹²⁸ o ancora definirlo quale “ente territoriale esponenziale degli interessi delle comunità stanziate sul suo territorio”¹²⁹ o “ente esponenziale portatore in via continuativa di interessi diffusi radicati nel proprio territorio”¹³⁰ e poi negare all’ente esponenziale della collettività locale le competenze in materia di danno all’ambiente.

Di particolare interesse risulta, a questo punto, quella tesi dottrinale¹³¹ che vedeva, nella vigenza dell’art. 18, nell’intervento statale l’esercizio di un “potere di sostituzione processuale per tutti i possibili soggetti che subiscano danni ambientali”, con conseguente obbligo per lo Stato, che sia riuscito ad ottenere il risarcimento, di trasferire la somma ricavata a favore delle comunità locali danneggiate¹³².

Come si accennava, rimane all’ente territoriale la possibilità di rivolgersi al giudice nell’ipotesi di danno subito in via diretta al proprio demanio o patrimonio (per esempio la

¹²⁶ Cons. Stato, sez. V, 3 maggio 2006, n. 2471, Foro Amm. CDS 2006, 1434.

¹²⁷ T.A.R. Liguria Genova, sez. II, 13 marzo 2009, n. 311.

¹²⁸ Cons. Stato, sez. V, 29 maggio 2006, n. 3259, Foro Amm. CDS 2006, 1451.

¹²⁹ T.A.R. Lazio, Roma, 7.10.2006, n. 9917, Foro Amm. TAR 2006, 3242; T.A.R. Friuli Venezia Giulia Trieste, sez. I, 24 aprile 2009, n. 280: “Alla stregua della concezione tradizionale, nonché delle previsioni ordinarie (v., in particolare, l’art. 3, comma 2 del decreto legislativo 18 agosto 2000, n. 267 recante il :“Testo unico delle leggi sull’ordinamento degli enti locali”, che ha novellato l’art. 2, comma 2 della legge 8 giugno 1990, n. 142), il Comune si configura quale ente esponenziale degli interessi della collettività rappresentata; pertanto, è stato deciso che tale veste legittima il Comune medesimo a ricorrere in sede giurisdizionale contro atti che si assumono lesivi di situazioni sostanziali che si ricollegano alle funzioni ed alla posizione istituzionale del Comune quale Ente pubblico territoriale, e quindi, ogniqualvolta, nella prospettazione del ricorrente, la illegittimità dell’atto si traduca concretamente in un pregiudizio o in una perdita di utilità riferibili al Comune, sia come ente amministrativo sia come ente esponenziale (Cfr., in particolare, Cons.St.,IV,5 settembre 1990, n. 630;VI Sez. ,17 settembre 1984, n. 501 e 31 dicembre 1987, n. 1059; IV Sez., 8 marzo 1983, n. 102; Cass., SS.UU. penali, 21 aprile 1979;T.A.R. Sicilia, Catania,14 giugno 1985, n. 607)”. Nel caso affrontato dal TAR Friuli, tuttavia, il giudice ha dichiarato il ricorso inammissibile in quanto mancante della dimostrazione, da parte del Comune, del pregiudizio (di natura essenzialmente ambientale, con riflessi diretti sulla salute dei cittadini) effettivo derivante dall’opposto progetto della discarica.

¹³⁰ Cons. Stato, sez. V, 14.4.2008 n. 1725: “Anche se spogliato di specifiche competenze, nella sua qualità di Ente esponenziale, portatore in via continuativa di interessi diffusi radicati nel proprio territorio che fanno capo ad una circoscritta e determinata popolazione residente, il Comune di Poggiorsini è, in astratto, portatore di un interesse pubblico differenziato e qualificato, diverso da quello di cui è titolare l’Autorità nel quale rientra e non può essergli negata a priori la legittimazione a ricorrere avverso il provvedimento di localizzazione di una discarica di rifiuti”.

¹³¹ M. LIBERTINI, *La nuova disciplina del danno ambientale* cit., 586.

¹³² Contra G. SALVI, *La tutela civile dell’ambiente alla luce del testo unico ambientale*, Resp. Civ. e prev. 3/2007, 656, per il quale il risarcimento del danno spetta allo Stato. Anche I. M. MARINO, *Giudici ordinari e poteri locali*, Annuario 1989 delle autonomie locali, vol. 1, 252, evidenziava che “il risarcimento ‘nei confronti dello Stato’, nonostante la dizione letterale del 1° comma dell’art. 18, non sembra da restringere allo Stato come ente, bensì allo Stato (Repubblica) anche nelle sue ‘ripartizioni’ territoriali”.

distruzione di un bosco demaniale), come d'altronde già riconosciuto dalla giurisprudenza¹³³ e dalla dottrina¹³⁴, nonostante recenti orientamenti in senso opposto¹³⁵. L'Ente pubblico potrà in quella sede far valere anche il danno non patrimoniale, come ormai riconosciuto dalla giurisprudenza e dalla dottrina prevalenti, in virtù della concezione più evoluta del danno non patrimoniale, sganciato dal danno morale soggettivo¹³⁶.

Quanto sostenuto in questa sede in ordine alla lesione delle prerogative costituzionali degli enti locali e delle Regioni non ha, tuttavia, trovato accoglimento presso il Giudice delle leggi, che ha rigettato tutte le questioni sollevate da alcune Regioni in ordine alle norme contenute nella parte VI[^] del codice, relativa proprio al danno ambientale¹³⁷. La Corte costituzionale, da un lato ha richiamato l'art. 118 Cost., il quale, “nel vincolare naturalmente anche le scelte allocative compiute in sede di esercizio della potestà legislativa esclusiva dello Stato, esprime un criterio di preferenza a favore del livello amministrativo più vicino ai cittadini, al quale può derogarsi solo in presenza di esigenze di esercizio unitario, che giustificano l'attribuzione della competenza all'amministrazione statale”; tuttavia dall'altro ha riconosciuto che “nel caso in esame, la scelta di attribuire all'amministrazione statale le

¹³³ Cass. n. 440/1989 cit.; Cass. n. 9211/1995 cit.; Cass. n. 1087/1998 cit.;

¹³⁴ Cfr. G. ALPA, *Pubblico e privato nel danno ambientale* cit., 697: “Il danno pubblico all'ambiente è tuttavia diverso dal danno risentito dallo Stato, dalle Regioni, dai Comuni, quando via sia lesione <<fisica>> di beni che compongono l'ambiente, e che appartengono al demanio, al patrocinio indisponibile o a quello disponibile di tali enti; in tali casi vi sarà semplicemente una lesione alla proprietà, indifferente essendo se trattasi di proprietà privata o pubblica”.

¹³⁵ Tribunale di Torino, sez. Susa, ordinanza 29 maggio 2006, che ha negato, in applicazione del decreto legislativo in esame, la costituzione di parte civile di tre comuni, anche per i danni dagli stessi subiti al proprio patrimonio indisponibile e all'immagine: cfr., in senso critico, P. FIMIANI, *Danno ambientale, Comuni fuori dall'azione risarcitoria*, Il sole 24 ore, 03.6.2006.

¹³⁶ Cass. civ. sez. I, 10 luglio 1991, n. 7642, Giust. Civ. 1991, I, 1955, la quale ritiene debba accogliersi la soluzione positiva “pur in assenza, allo stato, di univoche posizioni dottrinali e di un consolidato indirizzo giurisprudenziale (ma v., comunque, Cass. Pen. 26.2.1964, Natoli; e p.q.r., Cass. Pen. 10.11.61, Tortellotti; 26.2.64 Ferretti; 26.2.82, Alvau). (...) comprendendo il danno non patrimoniale anche tutta una serie di effetti lesivi che prescindono dalla c.d. personalità psicologica del danneggiato - è innegabile che esso sia in tesi riferibile anche ad entità giuridiche prive di fisicità; (...) - è innegabile che, ove anche gli enti personificati siano titolari di diritti non patrimoniali (come quelli alla tutela dell'onore, della reputazione, dell'identità personale), possano allora anch'essi conseguentemente subire un pregiudizio non patrimoniale della correlativa aggressione”; cfr., altresì, Tribunale di Venezia, Ufficio del giudice monocratico, sez. pen., 27 novembre 2002, n. 1286 cit. In verità, già Cass. pen., S. U., 21 aprile 1979, Cass. Pen. 1979, 1075, aveva riconosciuto la legittimazione del comune a costituirsi parte civile nel processo penale avente ad oggetto reati urbanistici, per ottenere il risarcimento del danno patrimoniale ed extrapatrimoniale ad esso derivato, anche nella veste di ente rappresentativo degli interessi collettivi della comunità locale, quale titolare del diritto soggettivo pubblico al rispetto e alla non invasione da parte di qualsiasi altro soggetto della sfera giuridica ad esso attribuita dall'ordinamento.

Cfr., altresì, I. M. CAVANNA, *Sulla risarcibilità del danno non patrimoniale in favore di una persona giuridica*, Giur. Ital. 1995, I, 1, 275, che cita ALPA, FRANZONI e BONILINI.

¹³⁷ Corte cost. 23 luglio 2009, n. 235, che ha deciso il ricorso con il quale le Regioni Calabria (ric. n. 68 del 2006), Piemonte (ric. n. 70 del 2006) e Puglia (ric. n. 76 del 2006) hanno impugnato, fra l'altro, l'intera parte sesta (artt. 299-318 e allegati I-V) e, in particolare, gli artt. 299, commi 2 e 5, 300, 301, 304, 305, 306, 308, 309, comma 1, 311, 312, 313, 314 e 315 del d. l. 3 aprile 2006, n. 152, per violazione degli artt. 3, 5, 24, 76, 77, 97, 114, 117, 118, 119 e 120 Cost., nonché del principio di leale collaborazione.

funzioni amministrative trova una non implausibile giustificazione nell'esigenza di assicurare che l'esercizio dei compiti di prevenzione e riparazione del danno ambientale risponda a criteri di uniformità e unitarietà, atteso che il livello di tutela ambientale non può variare da zona a zona e considerato anche il carattere diffusivo e transfrontaliero dei problemi ecologici, in ragione del quale gli effetti del danno ambientale sono difficilmente circoscrivibili entro un preciso e limitato ambito territoriale”.

In relazione alla questione della legittimazione delle Regioni e degli enti locali a proporre l'azione risarcitoria per danno ambientale, La Corte, tuttavia, apre uno spiraglio, osservando che la norma impugnata che regola in termini di alternatività il rapporto fra i due strumenti (amministrativo e giurisdizionale) con i quali l'amministrazione statale può reagire al danno ambientale, “non riconosce tale legittimazione, ma neppure la esclude in modo esplicito”, evidenziando poi che “il riconoscimento della legittimazione dello Stato non esclude quella delle Regioni, e viceversa”.

Il riferimento ai criteri di uniformità e unitarietà della tutela ambientale, se può apparire accettabile in relazione alla tutela preventiva, non sembra reggere ad una attenta critica in relazione alla legittimazione a proporre l'azione risarcitoria per danno ambientale, in quanto la soluzione negativa appare eccessivamente sbilanciata a favore dello Stato, senza alcuna valida argomentazione che possa supportare la scelta di relegare la posizione degli enti territoriali in un contesto di marginalità, contrastante con il ruolo agli stessi riconosciuto dalla Carta costituzionale alla luce del principio di sussidiarietà.

Se l'obiettivo del legislatore, richiamato dal Giudice delle leggi, è quello di garantire un livello ottimale di tutela ambientale, non sembra che l'estromissione degli enti locali in materia sia coerente con tale scopo, se consideriamo la maggiore vicinanza degli stessi alle esigenze ambientali.

5.2 Il potere di ordinanza del Sindaco, con particolare riferimento alla tutela dell'ambiente.

La normativa vigente attribuisce al Sindaco del Comune il potere di intervenire nelle emergenze. In particolare, l'art. 50 del d. lgs. n. 267/2000 (competenze del sindaco e della provincia), al comma 5 stabilisce che “(...) in caso di emergenze sanitarie o di igiene pubblica a carattere esclusivamente locale le ordinanze contingibili e urgenti sono adottate dal sindaco, quale rappresentante della comunità locale (...)”, mentre all'art. 54 (attribuzioni del sindaco nei servizi di competenza statale), dispone che “il sindaco, quale ufficiale del Governo, adotta, con atto motivato e nel rispetto dei principi generali dell'ordinamento giuridico, provvedimenti contingibili e urgenti al fine di prevenire ed eliminare gravi pericoli che

minacciano l'incolumità dei cittadini; per l'esecuzione dei relativi ordini può richiedere al prefetto, ove occorra, l'assistenza della forza pubblica”.

Anche l'art. 191 del d. lgs. 152/2006 prevede che “qualora si verificano situazioni di eccezionale ed urgente necessità di tutela della salute pubblica e dell'ambiente, e non si possa altrimenti provvedere, il Presidente della Giunta regionale o il Presidente della provincia ovvero il Sindaco possono emettere, nell'ambito delle rispettive competenze, ordinanze contingibili ed urgenti per consentire il ricorso temporaneo a speciali forme di gestione dei rifiuti, anche in deroga alle disposizioni vigenti, garantendo un elevato livello di tutela della salute e dell'ambiente”.

Il presupposto principale è lo stato di necessità, sulla cui natura giuridica si discute.

Da una parte lo si è definito vera fonte del diritto, come la consuetudine (fonte-fatto), ma si è rilevato, in senso critico, che questa tesi farebbe confusione fra fonti “di” produzione (che disciplinano direttamente la nascita della norma) e fonti “sulla” produzione (disciplinano il modo con cui altre fonti – quelle di produzione - creano il diritto); la necessità, in quest'ottica critica, rientra fra le seconde, perché non individua il comportamento dovuto dai consociati, ma legittima l'Autorità ad attivarsi in deroga. La giurisprudenza prevalente la ritiene “causa di legittimazione del comportamento della p.a.”, mentre parte della dottrina e della giurisprudenza ritiene che la p.a. assuma in queste ipotesi poteri nuovi, che determinano la rottura dell'ordine legale o costituzionale.

Le ordinanze in esame si distinguono dagli atti cd. necessitati, i quali sono provvedimenti tipici e nominativi, che trovano occasione nello stato di necessità, ma non si distinguono dagli ordinari provvedimenti amministrativi (doppiano in sostanza i provvedimenti ordinari, quali occupazioni, requisizioni, ecc.). La legge predetermina per essi i presupposti dell'emanazione (emergenza), l'Autorità emanante, i modi di esercizio del potere o contenuto del provvedimento.

Le ordinanze di necessità e urgenza sono provvedimenti “atipici”, in relazione ai quali manca la predeterminazione normativa del contenuto dell'atto, per cui la legge affida alla p.a. la valutazione delle misure più opportune per fronteggiare la situazione di emergenza.

Tali atti sono sottoposti al vaglio del g.a., ma hanno forza derogatoria delle norme di legge, pur essendo privi di natura normativa.

Le ordinanze in esame incontrano, tuttavia, ben precisi limiti, individuati dalla Corte costituzionale:

1. necessitano di una specifica autorizzazione legislativa che preveda la materia, i presupposti, le finalità e l'autorità competente all'emanazione;

2. gli effetti derogatori devono essere temporalmente limitati all'esistenza della situazione di emergenza¹³⁸;
3. il provvedimento deve essere proporzionato e adeguato all'obiettivo, in ossequio ai principi di proporzionalità e di ragionevolezza;
4. l'ordinanza non può derogare alla legge nelle materie coperte da riserva di legge assoluta (per es. in materia di libertà personale); in caso di riserva di legge relativa, tuttavia, tali atti possono avere effetto derogatorio della legge, purché un'altra fonte normativa abbia stabilito "principi e criteri di regolazione";
5. devono possedere i requisiti generali degli atti amministrativi, in particolare l'istruttoria e la motivazione;
6. sono sottoposte alla Costituzione, all'ordinamento comunitario e ai principi generali, con particolare riferimento ai principi di alternatività, residualità, congruità, utilità, proporzionalità, coerenza, minor sacrificio del privato, divieto di incidenza patrimoniale in rapporti g. tra terzi, temporaneità ed immediata eseguibilità.

La giurisprudenza ha, infatti, chiarito che il potere di emanare le ordinanze in esame è subordinato all'esistenza dei seguenti presupposti: 1) la necessità di intervenire nella materia interessata dal provvedimento; 2) la attualità o imminenza di un fatto eccezionale, quale causa da rimuovere con urgenza; 3) il preventivo accertamento da parte degli organi competenti della situazione di pericolo e di danno; 4) la mancanza di strumenti alternativi previsti dall'ordinamento, stante il carattere "extra ordinem" del potere esercitato¹³⁹.

Di particolare interesse in materia appare la decisione del C.G.A. Sicilia n. 97/2007, che fissa interessanti principi in un caso relativo ad una ordinanza emessa in tema di smaltimento rifiuti. Il Giudice siciliano chiarisce cosa debba intendersi per "contigibilità", "eccezionalità" e "imprevedibilità"¹⁴⁰, chiarendo che il concetto di contigibilità richiama un evento che,

¹³⁸ Cfr. in senso contrario, tuttavia, Cons. Stato n. 828/09: "Il provvedimento, proprio per il contenuto atipico che lo connota, ha inteso fronteggiare una situazione d'urgenza ritenendo a tal fine rimedio più idoneo – tra i suoi possibili oggetti di disciplina – quello di limitare l'orario del servizio di ristorazione notturna. D'altra parte, se di massima le ordinanze in discorso hanno efficacia temporanea, nulla esclude che la specificità della situazione richieda l'adozione, come in questo caso, di misure di carattere definitivo, atteso che quello che rileva è l'idoneità della misura in relazione alla situazione da fronteggiare (Cons. di St., Sez. V, 29.7.1998 n.1128 e Sez. IV 13.10.2003 n. 6168), tanto più che la precedente ordinanza di chiusura temporanea per lo stesso orario non aveva conseguito i benefici sperati".

¹³⁹ Cfr. TAR LAZIO RM 8614-06; T.A.R. Lazio, sez. II, 8 settembre 2005, n. 6664; T.A.R. Campania Napoli, sez. V, 14 ottobre 2005, n. 16477; T.A.R. Lombardia, Milano, sez. II, 21 ottobre 2003, n. 4851; T.A.R. Marche, 7 maggio 2003, n. 307; T.A.R. Emilia Romagna, Parma, 10 gennaio 2003, n. 1; T.A.R. Puglia Bari, sez. II, 8 ottobre 2001, n. 4188.

¹⁴⁰ Per il C.G.A. nella decisione citata: "*Della contigibilità*, quindi, si deve predicare l'accidentalità e la causalità, cioè l'estraneità al percorso logico e razionale che ci si sarebbe potuti ragionevolmente attendere; l'eccezionalità, vale a dire il porsi, come eccezione, alla regola degli eventi, cioè, ancora, al dispiegarsi razionale di essi che la ragione e *l'id quod plerumque accidit* suggerisce e ci permette di attenderci; l'imprevedibilità, che

deviando dalla catena regolare, e regolata, degli avvenimenti deve essere affrontato con strumenti “*extra ordinem*, là dove l’*ordo* cui si riferisce il brocardo non è l’ordinamento giuridico, ma l’ordine naturale dell’azione amministrativa, aggiungendo che, di per sé, anche l’intervento *extra ordinem* è pur sempre all’interno dell’ordinamento giuridico e da esso normato”. Per il C.G.A. la deviazione dall’ordine naturale del potere e dell’esercizio del potere amministrativo riguarda il profilo della competenza, della procedura e della potestà esercitata.

I principi sopra esposti assumono particolare interesse in quanto riguardano un caso paradigmatico in materia di gestione delle emergenze legate ai rifiuti, con particolare riferimento ai poteri e alle competenze attribuite al Sindaco, previsti dall’art. 12 del d.p.r. n. 915 del 1982, in vigore all’epoca dell’ordinanza scrutinata dal Giudice, ma oggi sostituito dall’articolo 191 del d. lgs. n. 152/2006, che attribuisce al Presidente della Regione o al Sindaco un potere *extra ordinem* strettamente connesso con la tutela della salute pubblica in relazione allo smaltimento dei rifiuti. Si trattava di una ordinanza emessa dal Comune di Misterbianco in provincia di Catania, con la quale il Sindaco disponeva, per motivi di urgenza e tutela della pubblica igiene, la costituzione di una nuova discarica provvisoria e la requisizione in uso dei terreni di proprietà degli appellanti.

L’ordinanza impugnata nel caso in esame rientrava a pieno titolo tra quelle contingibili ed urgenti, previste in origine all’art. 55 del T.U. provinciale e comunale del 1915 e poi dall’art. 38 della legge n. 142/1990, ora sostituito dall’articolo 50 del d. lgs. 267/2000. Il Giudice bocchia l’utilizzo di questo strumento per risolvere l’emergenza ambientale, in quanto si trattava non di un evento (l’esaurimento della discarica) contingibile, ma prevedibile e certo nell’*an* e ragionevolmente certo nel *quando*, sulla base delle regole scientifiche. Nell’occasione il C.G.A. richiama il fondamentale principio giurisprudenziale in base al quale “l’urgenza non può essere addotta a giustificazione quando derivi da imprevidenza della amministrazione”, chiarendo, tuttavia, che se la situazione oggetto di intervento “certamente non esclude l’urgenza di provvedere nella sostanza, ma certamente esclude l’urgenza nel procedimento”, non giustificando la deroga all’obbligo di emissione dell’avviso del procedimento.

Tuttavia, l’orientamento restrittivo del Giudice siciliano non ha trovato il conforto del Consiglio di Stato¹⁴¹, il quale ha ritenuto invece legittimo il potere di ordinanza esercitato dal

è attribuito naturale di un avvenimento il quale, proprio perché eccezionale, accidentale e casuale come detto, non può essere previsto”.

¹⁴¹ Cons. Stato n. 4436/2008.

Sindaco di Cerignola, con il quale lo stesso ha provveduto all'individuazione di una discarica e ha requisito un sito per la collocazione provvisoria dei rifiuti di cui era urgente e indifferibile la raccolta e l'allontanamento dall'abitato, indipendentemente dalla disponibilità giuridica e tecnica dell'area. Il Giudice nella decisione in esame ha ritenuto che vi fossero i presupposti che giustificano l'esercizio del potere in esame, richiamando anche i problemi di ordine pubblico che si verificano in tutti casi simili., giungendo ad affermare che “dalla preminente esigenza di tutelare l'interesse della salute e dell'ambiente, immanente nella situazione venutasi a creare a causa del ritardo nel perfezionamento del procedimento ordinario di apprestamento della discarica, trae fondamento quella urgente necessità di provvedere che ha reso legittimo l'esercizio del potere di cui all'art. 12 del d.P.R. n. 915 del 1982”.

In relazione alla necessità di adeguata istruttoria e motivazione la giurisprudenza non è univoca.

Da una parte essa talvolta si esprime nel senso di un limitato onere motivazionale e procedimentale, sulla base del principio di prevenzione per il quale è sufficiente presupposto per il doveroso esercizio del potere contingibile e urgente anche la semplice possibilità del verificarsi della situazione di danno o pericolo¹⁴².

Di opinione maggiormente garantista nei confronti delle posizioni giuridiche dei privati il Consiglio di Stato, il quale richiede che la p.a. “abbia condotto accertamenti istruttori idonei a comprovare la effettiva sussistenza dei presupposti per l'adottata ordinanza contingibile e urgente”¹⁴³.

¹⁴² Cfr. T.A.R. PUGLIA 820/2007: “I provvedimenti contingibili e urgenti rispondono all'esigenza di porre rimedio a situazioni di pericolo per l'incolumità e la salute dei cittadini, sottraendo l'esercizio dell'attività all'ordinario iter procedimentale. E' coerente, pertanto, ritenere una estrema semplificazione procedimentale e un onere motivazionale limitato essenzialmente agli aspetti essenziali relativi allo stato di pericolo, non richiedendosi neppure – quale presupposto di legittimità – la non prevedibilità dell'evento dannoso o pericoloso, per la evidente prevalenza di tutela dell'interesse pubblico. (...) trova applicazione il cd. principio di prevenzione, secondo cui è sufficiente presupposto per il doveroso esercizio del potere contingibile e urgente anche la semplice possibilità del verificarsi della situazione di danno o pericolo. (...) non risultando compatibile con il potere contingibile e urgente (che ha finalità di prevenzione) l'espletamento di complesse indagini e di ulteriore attività istruttoria con prelievo di campionature ed esami di laboratorio”.

¹⁴³ Cons. Stato n. 2109/07: “Sebbene il potere sindacale di emanare ordinanze contingibili ed urgenti di cui agli art. 50 comma 5 e 54 comma 2, D.Lgs. n. 267 del 2000 permetta *anche l'imposizione di obblighi di fare a carico dei destinatari*, l'esercizio di tale potere non può prescindere dalla sussistenza di una situazione di effettivo e concreto pericolo per l'incolumità pubblica, la quale non sia fronteggiabile con gli ordinari strumenti di amministrazione attiva, debitamente motivata a seguito di approfondita istruttoria”.

Nello stesso senso Cons. Stato n. 6366-07, per il quale la potestà del sindaco di adottare, quale ufficiale del Governo, provvedimenti contingibili e urgenti ex artt. 54, co. 2, D.Lgs. n. 267/2000 è ammissibile “unicamente in presenza di un preventivo accertamento della situazione che deve fondarsi su prove concrete e non su mere presunzioni (Cons. Stato, VI, 05 settembre 2005 , n. 4525)”.

5.3. Emergenze ambientali e accentramento degli interventi. Il ruolo della Protezione civile.

La tendenza del legislatore di accentrare gli interventi a livello centrale ha trovato la massima espressione del ruolo attribuito alla Protezione civile nella risoluzione delle emergenze, anche ambientali, quanto meno nell'ultimo periodo.

Il sistema della protezione civile¹⁴⁴ trova un riferimento normativo fondamentale nella legge 24 febbraio 1992, n. 225, istitutiva del Servizio nazionale della protezione civile. Con la normativa citata il legislatore ha inteso, in origine, da una parte attuare un migliore coordinamento degli interventi pubblici e privati in caso di eventi calamitosi e dall'altra realizzare l'attività di prevenzione degli eventi stessi¹⁴⁵.

La legge in esame riconosce le competenze, oltre che dello Stato, anche delle Regioni, delle Province, dei Comuni e delle Comunità montane, attribuendo, tuttavia, al Presidente del Consiglio dei Ministri o, per sua delega, al Ministro per il coordinamento della protezione civile, il compito di promuovere e coordinare le attività di tutte le amministrazioni pubbliche interessate e dei soggetti privati coinvolti, senza realizzare, quanto meno nella prima fase, accentramenti di competenze o schemi di dipendenza gerarchico - funzionale¹⁴⁶.

L'art. 15 della legge in esame disciplina le competenze del Comune. Il Sindaco è, infatti, autorità comunale di protezione civile, che assume la direzione e il coordinamento dei servizi di soccorso e di assistenza in caso di calamità. Tuttavia la normativa prevede che, quando la calamità naturale o l'evento non possono essere fronteggiati con i mezzi a disposizione del comune, il Sindaco può chiedere l'intervento di altre forze e strutture al Prefetto, che adotta i provvedimenti di competenza, coordinando i propri interventi con quelli dell'autorità comunale di protezione civile.

Il modello è apparso alla Corte costituzionale compatibile con il principio di sussidiarietà, per la quale deve ritenersi prevalente "l'insopprimibile esigenza di unitarietà degli interventi", ritenendo salvaguardate le competenze degli altri organismi, in particolare non statali¹⁴⁷.

¹⁴⁴ Sull'evoluzione della protezione civile cfr. A. FIORITTO, *Le forme organizzative dell'emergenza*, relazione al convegno *Il diritto amministrativo dell'emergenza*, Associazione Italiana dei Professori di Diritto Amministrativo, Roma, 6-7 ottobre 2005, www.diritto-amministrativo.org.

¹⁴⁵ Cfr. SALAMONE V., *Le ordinanze di protezione civile ed il rispetto dei vincoli derivanti dall'ordinamento comunitario con riguardo alle procedure di affidamento dei contratti pubblici*, www.giustizia-amministrativa.it.

¹⁴⁶ SALAMONE V., *Le ordinanze di protezione civile ... cit.*

¹⁴⁷ Corte cost. 9.11. 1992 n. 418, la quale evidenzia che "la nomina dei commissari delegati è consentita nelle ipotesi indicate dall'art. 2, lett. c), cioè quando si verificano eventi calamitosi che, per intensità ed estensione, devono essere fronteggiati con mezzi e poteri straordinari. In tali casi è lo stesso Consiglio dei ministri a deliberare lo stato di emergenza. (...) Non risulta irrazionale infatti che, di fronte alla imminenza e alla gravità del pericolo per l'integrità di beni fondamentali per l'uomo, siano individuate autorità in grado di agire immediatamente, coordinando l'azione di tutti gli organismi implicati, nè risulta irrazionale che tali autorità siano

In altre decisioni, tuttavia, il giudice delle leggi ha ritenuto esorbitanti, rispetto alle attribuzioni statali riconosciute dalla legge per fronteggiare lo stato di emergenza l'introduzione di poteri d'ordinanza lesivi dell'autonomia regionale¹⁴⁸.

Gli orientamenti della Corte costituzionale hanno orientato anche la giurisprudenza amministrativa, con particolare riferimento al tema approfondito in questa sede relativo alle emergenze ambientali e agli interventi statali, in rapporto alle competenze degli enti locali.

In particolare, con la fondamentale decisione n. 197/2008, il Consiglio di Stato ha ritenuto illegittime alcune ordinanze del Presidente del Consiglio dei ministri che dichiaravano l'emergenza nella raccolta e nello smaltimento dei rifiuti solidi urbani, con contestuale conferimento della delega a provvedere al Prefetto, nella parte in cui consentivano la deroga all'intera legge n. 109/1994 in materia di lavori pubblici e alla normativa a tutela ambientale (l. n. 1497/1939 e d.l. n. 312/1985, convertito dalla l. n. 431/1085).

La Giurisprudenza più recente ha delimitato i presupposti per derogare all'ordinamento vigente, con particolare riferimento al "profilo della proporzione tra la deroga attuata e la situazione di fatto che la impone"¹⁴⁹.

Di particolare interesse risulta la decisione del Giudice contabile lombardo, che ha riconosciuto la responsabilità erariale nei confronti del commissario delegato - presidente della regione Campania per avere esorbitato dai limiti della facoltà di adottare "provvedimenti in deroga" alla normativa vigente, previsti dalla legge e dall'ordinanza ministeriale nel "rispetto dei principi generali dell'ordinamento" e "nei limiti necessari per la realizzazione degli interventi di emergenza". Nella specie, in materia di raccolta differenziata, smaltimento, riciclaggio e recupero dei rifiuti, il commissario delegato aveva applicato tali poteri in tema di informazione ambientale, con particolare riferimento alla realizzazione di

individuate in quelle statali, tenuto conto del coinvolgimento nella emergenza di amministrazioni di ogni livello, incluso per l'appunto quello centrale".

¹⁴⁸ Corte cost. 14.4. 1995 n. 127, che ha cassato l'ordinanza del Presidente del Consiglio dei ministri 8 novembre 1994, che delega il prefetto di Bari ad attivare e a realizzare tutti gli interventi necessari a fronteggiare la situazione di emergenza, anche in deroga a norme statali che disciplinano il riparto di attribuzioni e a norme regionali, "nella parte in cui prevede solo il parere e non l'intesa con la Regione per la programmazione degli interventi, e nella parte in cui ammette, al di fuori di quel nesso di congruità e proporzione che deve sussistere con l'evento che giustifica la dichiarazione dello stato di emergenza ambientale, la deroga degli atti normativi primari indicati nella stessa ordinanza, per violazione dei limiti costituzionali del potere di ordinanza, che valgono anche a garanzia delle attribuzioni regionali".

¹⁴⁹ Cfr. Cons. Stato n. 3726/08, che richiama "la consolidata giurisprudenza, anche costituzionale, in materia di ordinanze di urgenza: laddove, come noto, muovendo dalla necessità di circoscrivere al massimo l'operatività della deroga, si prevede che i provvedimenti che la attuano, oltre a dover trovare fondamento in una espressa disposizione di legge e a dover essere necessariamente limitati quanto a efficacia temporale, debbano anche essere puntualmente motivati sotto il profilo della proporzione tra la deroga attuata e la situazione di fatto che la impone (in altri termini, occorre dimostrare che la deroga sia effettivamente limitata, nel tempo e nello spazio, allo stretto indispensabile a far fronte alla situazione di necessità e urgenza da cui scaturisce)".

una struttura societaria di call center avente caratteri di stabilità e non di temporaneità, il cui partner privato era stato selezionato senza rispettare le procedure di evidenza pubblica.

Il giudice contabile ha richiamato i principi fissati dalla citata decisione della Corte cost. n. 127/1995, con particolare riferimento al requisito del nesso di strumentalità che deve legare la situazione emergenziale con le norme delle quali è consentita la sospensione di applicazione, per effetto dei poteri attribuiti al commissario straordinario, con un riferimento anche alla necessità di evitare una illegittima compressione della prerogative regionali, dovendo ritenere il Commissario di Governo per l'emergenza rifiuti “destinatario di un potere di deroga tutt'altro che generale ed indiscriminato, bensì circoscritto entro i suindicati limiti”¹⁵⁰.

Dal quadro normativo e giurisprudenziale come sopra delineato è possibile concludere nel senso che le competenze primarie in materia ambientale, anche dal punto di vista della gestione delle emergenze, spetta *ex lege* all'ente locale più vicino al cittadino e può essere derogata e accentrata in capo a livelli di governo più ampi solo nel caso in cui prevalgano le esigenze di unitarietà dell'intervento, anche a causa della diffusività dell'emergenza.

La casistica dimostra, invece, come lo Stato tenda ad utilizzare lo strumento delle ordinanze di protezione civile in modo espansivo, senza alcun coinvolgimento delle realtà locali e dei livelli di rappresentatività delle stesse. In altri casi, viceversa, quando l'intervento risulterebbe giustificato alla luce di fenomeni che esulano dai limiti territoriali locali e che coinvolgono rilevanti profili di ordine pubblico, lo Stato tende a delegare ai Comuni la responsabilità degli interventi emergenziali, richiamando l'attribuzione dei poteri di emanazione delle ordinanze contingibili e urgenti previsti dalla normativa in capo ai Sindaci. L'ente locale si vede, pertanto, da un lato espropriato di prerogative che la legge gli riconosce (come nella materia del danno ambientale) e dall'altro isolato nella gestione delle emergenze ambientali, aumentando la crisi in cui versa ormai da decenni¹⁵¹.

¹⁵⁰ Corte dei conti, sez. giur. Lombardia, n. 4174/2007: “La delimitazione temporale dei poteri straordinari conferiti nei casi di emergenza dal Governo al Commissario per ragioni di protezione civile, consente anche di non comprimere illimitatamente quell'autonomia regionale, garantita a livello costituzionale già prima della modifica dell'articolo 117 della Costituzione. La regione, infatti (che pure è chiamata a specifici interventi organizzativi ed attuativi delle attività di protezione civile) si trova, a seguito della dichiarazione della calamità naturale od altri gravi eventi, ad essere l'ente «sostituito» da un soggetto delegato a livello statale a svolgere interventi territoriali, i quali restano comunque nella titolarità del Presidente del Consiglio dei Ministri”.

¹⁵¹ Cfr. V. OTTAVIANO, *Crisi degli enti locali*, in *Scritti giuridici*, II, il quale già parlava di crisi degli enti locali causata dall'aumento della domanda dei servizi pubblici e dal fatto che essi non “non hanno sovente la dimensione più idonea per fornirli in maniera efficiente”.

5.4 Riparto di competenze, effettività del servizio pubblico, modelli di gestione e principio di democraticità.

Il tema della efficace tutela dell'ambiente appare spesso influenzato dalle questioni relative al riparto delle competenze tra i vari livelli di governo e ai modelli di gestione dei servizi ambientali (gestione rifiuti e servizio idrico per esempio).

Si è a lungo discusso su quale sia il livello di governo del territorio più adatto a gestire le emergenze ambientali e se in questa materia, in cui emergono rilevanti profili di interesse pubblico legati ai diritti fondamentali della persona umana (come la salute per esempio), possa essere giustificata una deroga al principio di sussidiarietà verticale, che governa la ripartizione di competenze tra Stato, Regioni ed enti locali.

Come si è visto, il codice dell'ambiente marginalizza il ruolo dell'ente locale, soprattutto in materia di risarcimento del danno ambientale, anche se permangono poteri e responsabilità attribuiti al Comune, sul quale alla fine grava la responsabilità finale delle emergenze ambientali.

Altro tema del dibattito politico, giuridico ed economico è quello legato ai modelli di gestione dei servizi ambientali e alle refluenze di tali scelte sulla tutela dell'ambiente, di particolare attualità anche alla luce dei quesiti referendari in tema di gestione del servizio idrico recentemente presentati in Cassazione. Nella relazione di accompagnamento agli stessi si legge, infatti, che la scelta che il legislatore ha compiuto con il cd. decreto Ronchi¹⁵² di privatizzare i servizi pubblici locali, compreso quello idrico, “al di là della retorica efficientista che lo accompagna, rappresenta un danno per l'ambiente, la salute e non da ultimo per l'occupazione”, sulla base delle considerazioni che “il proprietario reale è colui che gestisce il bene ed eroga il servizio” e che “un bene è pubblico se è gestito da un soggetto formalmente e sostanzialmente pubblico, nell'interesse esclusivo della collettività”.

La dottrina ha, tuttavia, rilevato come non sia opportuno attribuire un rilievo centrale alle forme giuridiche di gestione dei servizi pubblici, in quanto occorre dare prevalenza agli

¹⁵² I quesiti referendari sono tre: 1) abrogazione dell'art. 23 bis (12 commi) della l. n. 133 del 2008 relativo alla privatizzazione dei servizi pubblici di rilevanza economica, così come modificato dall'art. 15 della legge di conversione n. 166 del 2009; 2) abrogazione dell'art. 150 (quattro commi) del d. lgs. n. 152 del 2006, relativo alla scelta della forma di gestione e procedure di affidamento, segnatamente al servizio idrico integrato; 3) abrogazione dell'art. 154 del d. lgs. n. 152 del 2006, limitatamente a quella parte del comma 1 che dispone che la tariffa costituisce corrispettivo del servizio idrico integrato ed è determinata tenendo conto dell'adeguata remunerazione del capitale investito.

obblighi assunti nei confronti degli utenti di rendere servizi accessibili e qualitativamente accettabili¹⁵³.

I temi del riparto di competenze e dei modelli di gestione dei servizi pubblici in rapporto alla tutela ottimale dell'ambiente trovano applicazione concreta nel caso degli A.T.O. rifiuti della Regione Sicilia.

Gli Ambiti Territoriali Ottimali in materia di rifiuti sono, come previsto dal codice dell'ambiente (art. 201), strutture dotate di personalità giuridica costituite in ciascun ambito territoriale ottimale delimitato dalla Regione, alla quale gli enti locali partecipano obbligatoriamente ed alla quale è trasferito l'esercizio delle loro competenze in materia di gestione integrata dei rifiuti. Tale modello, pur non mancando esempi virtuosi, si è dimostrato ampiamente fallimentare, tant'è che è stato soppresso dal legislatore¹⁵⁴.

La Corte dei conti, in una recente relazione sul fenomeno della gestione dei rifiuti in Sicilia¹⁵⁵, ha evidenziato le seguenti principali ragioni dell'aumento dei costi e dei disservizi:

- 1) il maggiore costo (del 30% circa) del contratto di FederAmbiente applicato al personale trasferito agli A.T.O. rispetto a quello degli enti locali relativo al personale prima in servizio presso i Comuni, in particolare per il personale A.S.U.;
- 2) il trasferimento di beni strumentali (automezzi ed attrezzature) insufficienti nel numero ed in pessime condizioni d'uso;
- 3) l'elevato costo di smaltimento in discarica;

¹⁵³ I. M. MARINO, *Effettività, servizi pubblici ed evoluzione dei sistemi <<a diritto amministrativo>>*, Diritto e processo amministrativo, 1/07, 67: "le forme giuridiche di gestione dei servizi pubblici rimangono meno rilevanti (...), in quanto l'effettività si riferisce anzitutto agli obblighi assunti al pubblico (dagli enti territoriali) di rendere servizi (qualitativamente accettabili ed) accessibili per la gran parte della collettività, rimanendo meno rilevante la modalità con cui il servizio viene gestito se non per l'aspetto che ne viene a restringere o ad ampliare l'utenza. (...) pur nella consapevolezza che il difficile equilibrio fra la logica del mercato e gli aspetti sociali incide notevolmente sull'effettività dei servizi, a partire dalla loro effettiva accessibilità".

¹⁵⁴ Cfr. il comma 186-bis dell'art. 2 della legge 23.12.2009, n. 191, aggiunto dal comma 1-quinquies dell'art. 1 del D.L. 25.1.2010, n. 2, nel testo integrato dalla legge di conversione 26.3.2010 n. 42: "Decorso un anno dalla data di entrata in vigore della presente legge, sono soppresse le Autorità d'ambito territoriale di cui agli *articoli 148 e 201 del decreto legislativo 3 aprile 2006, n. 152*, e successive modificazioni. Decorso lo stesso termine, ogni atto compiuto dalle Autorità d'ambito territoriale è da considerarsi nullo. Entro un anno dalla data di entrata in vigore della presente legge, le regioni attribuiscono con legge le funzioni già esercitate dalle Autorità, nel rispetto dei principi di sussidiarietà, differenziazione e adeguatezza. Le disposizioni di cui agli *articoli 148 e 201 del citato decreto legislativo n. 152 del 2006*, sono efficaci in ciascuna regione fino alla data di entrata in vigore della legge regionale di cui al periodo precedente. I medesimi articoli sono comunque abrogati decorso un anno dalla data di entrata in vigore della presente legge".

¹⁵⁵ Corte dei conti, sezione del controllo per la Regione siciliana, delibera n. 32 del 29 aprile 2008, Indagine sul funzionamento degli Ambiti Territoriali Ottimali (A.T.O.) limitatamente alla gestione dei rifiuti, e disamina dei correlati profili finanziari.

- 4) l'applicazione dell'IVA del 10% sulle fatture emesse dalle società d'ambito, solitamente S.p.A. esterne ai singoli comuni, "con conseguente ulteriore aumento finale dei costi e della pressione fiscale a carico dei cittadini";
- 5) in passato i Comuni richiedevano il rimborso di una percentuale dei costi del servizio di circa il 50%-60%, compensandolo con la fiscalità generale, mentre con il passaggio a tariffa, gli A.T.O. fatturano direttamente ai cittadini il 100% dei costi;
- 6) gli A.T.O. dovrebbero essere soltanto una sorte di "authority" con funzioni, quindi, non comprendenti la gestione del servizio, mentre ciò spesso non è avvenuto, con uno snaturamento delle loro funzioni di dubbia legittimità comunitaria;

A queste considerazioni della Corte dei conti occorre aggiungere che la crisi della gestione degli ATO si è maggiormente evidenziata nei casi di totale passaggio della gestione del servizio e della riscossione della tariffa all'ATO stesso. L'inefficienza degli ATO nella riscossione della tariffa (con conseguente crollo della stessa) generato dall'insofferenza dei cittadini nei confronti di una tariffa incrementata nel corso degli anni in maniera esponenziale a fronte di un servizio di scarsa qualità e dei fenomeni di accumulo dei rifiuti per le strade a causa degli scioperi del personale delle ditte aggiudicatrici del servizio per i cronici ritardi nel pagamento degli stipendi, ha provocato una crisi ambientale senza precedenti, che ha comportato danni alla salute e ambientali di notevole rilievo.

La crisi finanziaria e di gestione degli ATO ha scaricato sugli enti locali soci delle società d'ambito le conseguenze economiche e sociali del fenomeno. Il Comune, pur essendo talvolta formalmente spogliato della responsabilità (quantomeno diretta) del servizio per aver trasferito all'ATO anche la riscossione (come nel caso dell'ATO CT 3), si è visto comunque coinvolto con continue richieste di somme a titolo di anticipazione (una sorta di prestito del socio nei confronti della società) da parte dell'ATO stessa, con la gestione della protesta dei cittadini che vedono nel Comune comunque il loro interlocutore, con la gestione dell'emergenza che gli altri enti tendono a delegare al Sindaco, quale organo responsabile nel territorio della salute dei cittadini, competente anche ad emanare le ordinanze contingibili ed urgenti previste dal codice dell'ambiente (art. 191) e dal t.u. enti locali n. 267/2000.

La consapevolezza della crisi degli ATO ha spinto il legislatore della Regione Sicilia a riformare il sistema di gestione dei rifiuti, riducendo drasticamente il numero degli stessi e attribuendo ai Comuni la responsabilità del servizio, con un coinvolgimento diretto nella fase

della riscossione e nei rapporti con il gestore del servizio¹⁵⁶, avvalendosi di una società consortile per ogni ATO per l'esercizio delle funzioni attribuite dalla legge stessa.

L'esperienza della Regione Sicilia in materia di gestione del servizio di raccolta e smaltimento rifiuti dimostra come l'ente locale Comune sia il naturale referente del cittadino nella materia ambientale e rappresenti il livello di governo maggiormente coinvolto nella gestione dell'emergenza ambientale. Allo stesso deve, pertanto, essere riconosciuto un ruolo adeguato nella materia ambientale, supportato dai livelli di governo provinciale e regionale quando la natura dell'emergenza coinvolge un territorio più ampio rispetto a quello comunale.

Il fallimento delle ATO dovrebbe, altresì, spingere il legislatore ad interrogarsi sulla opportunità di attribuire a soggetti formalmente privatistici funzioni e compiti di fondamentale rilievo pubblicistico, legati a servizi che devono comunque essere garantiti alla collettività anche nel caso di mancata riscossione della tariffa. In altre parole, poiché l'Autorità pubblica non può tollerare che i rifiuti non vengano raccolti (per gli evidenti rischi per la salute pubblica) e non può interrompere il servizio nei confronti di quei soggetti che non ne paghino il corrispettivo (come può fare, viceversa, per il servizio idrico, elettrico, ecc.), appare chiaro che l'utilizzo del modello privatistico, astrattamente utile in considerazione della natura economica del servizio, deve essere attentamente valutato.

6. La posizione delle associazioni ambientaliste e dei privati.

Anche il ruolo delle associazioni ambientaliste esce ridimensionato dalla riforma, a seguito principalmente dell'abrogazione dell'art. 9, comma 3, del d. lgs. n. 267/2000, il quale consentiva alle associazioni di protezione ambientale di sostituirsi processualmente al Comune o alla Provincia nell'esercizio delle azioni risarcitorie per danno ambientale, permanendo alle medesime associazioni soltanto il potere di intervenire nei giudizi per il

¹⁵⁶ L.R. 8.4.2010, n. 9. L'art. 4 c. 2 prevede che: "Ai sensi del comma 1 i comuni:

a) stipulano il contratto di appalto per l'affidamento del servizio di gestione integrata dei rifiuti, relativamente al territorio di ogni singolo comune, con i soggetti individuati con le modalità di cui all'articolo 15 dalle S.R.R.;

b) assicurano il controllo del pieno adempimento dell'esecuzione del contratto di servizio nel territorio comunale;

c) provvedono al pagamento del corrispettivo per l'espletamento del servizio di gestione integrata dei rifiuti nel territorio comunale, assicurando l'integrale copertura dei relativi costi, congruamente definendo a tal fine, sino all'emanazione del regolamento ministeriale di cui all'articolo 238 del decreto legislativo n. 152/2006 e successive modifiche ed integrazioni, la tariffa d'igiene ambientale (TIA) di cui all'articolo 49 del decreto legislativo 5 febbraio 1997, n. 22 o la tassa per lo smaltimento dei rifiuti solidi urbani (TARSU), ovvero prevedendo nei propri bilanci le risorse necessarie e vincolandole a dette finalità;

d)

danno in esame, in virtù del comma 5 dell'art. 18 della legge n. 349 del 1986, fatto esplicitamente salvo dal T.U.

Al di là del limitato ruolo processuale, le associazioni ambientaliste si vedono riconosciuti i medesimi poteri attribuiti agli enti territoriali dagli articoli 309 e 310 del codice.

In ordine alle condizioni per esercitare l'azione ex art. 2043 c.c. da parte delle associazioni ambientaliste, è sufficiente richiamare quanto già evidenziato in merito alla giustiziabilità degli interessi diffusi. Spetterà al giudice valutare la sussistenza delle condizioni per consentire l'azione alle associazioni ambientaliste per lesione diretta, patrimoniale e non, dei propri interessi, sulla scorta dei requisiti, già evidenziati, della stabilità, rappresentatività e fine statutario, fermo restando il diritto di quelle riconosciute di partecipare ai giudizi ambientali, ex art. 18, comma 5, legge n. 349/1986¹⁵⁷.

I privati che invece subiscono un danno alla salute o un danno patrimoniale a beni di loro proprietà dal fatto che ha dato vita all'illecito ambientale hanno la possibilità di rivolgersi al giudice amministrativo al fine ottenere l'annullamento giurisdizionale degli atti amministrativi lesivi dei loro interessi legittimi (anche derivanti dalla mancata attivazione dei poteri pubblici a tutela dell'ambiente¹⁵⁸) o al giudice ordinario per la tutela del diritto alla salute o del diritto all'integrità del proprio patrimonio¹⁵⁹.

Nell'esercizio delle azioni giurisdizionali il privato sarà soggetto alle ordinarie condizioni dell'azione: possibilità giuridica di ottenere il provvedimento richiesto; interesse ad agire; legittimazione¹⁶⁰.

¹⁵⁷ Cfr. Cass. pen., sez. III, 2 dicembre 2004, n. 46746, per la quale le associazioni ecologiche avranno legittimazione "quando hanno subito dal reato una lesione di un diritto di natura patrimoniale (ad esempio, per i costi sostenuti nello svolgimento delle attività dirette ad impedire pregiudizio al territorio o per la propaganda) o non patrimoniale (ad esempio, attinente alla personalità del sodalizio per il discredito derivante dal mancato raggiungimento dei fini istituzionali che potrebbero indurre gli associate a privare l'ente del loro sostegno personale e finanziario).

¹⁵⁸ T.A.R. Puglia Lecce, sez. I, 07 luglio 2009, n. 1786 che ha riconosciuto la legittimazione di un comitato a chiedere l'attivazione dei poteri sindacali di cui all'art. 217 TUS, in virtù dell'art. 3-ter del d. lgs. n. 152 del 2006 il quale prevede che la tutela dell'ambiente "deve essere garantita da tutti gli enti pubblici e privati e dalle persone fisiche e giuridiche pubbliche e private, mediante una adeguata azione che sia informata ai principi della precauzione, dell'azione preventiva, della correzione, in via prioritaria alla fonte, dei danni causati all'ambiente". Nella decisione citata si evidenzia il nuovo modello di "governance ambientale", ossia un "modello di gestione dei beni ambientali non più ispirato al classico modello gerarchico ma ad un nuovo stile di governo diversamente caratterizzato da un maggior grado di cooperazione ed interazione tra poteri pubblici da una parte ed attori non statuali dall'altra parte (realtà economica e realtà sociale). La governance ambientale presuppone, in chiave di progressiva democratizzazione dei processi decisionali in subiecta materia e nell'ottica del principio di sussidiarietà orizzontale di cui all'art. 118, quarto comma, Cost., necessità di visione comune intorno ad un problema, con il coinvolgimento di tutti i soggetti interessati per raggiungere risultati migliori".

¹⁵⁹ Cfr. Cass., S.U., ord. 13 giugno 2006, n. 13659.

¹⁶⁰ V. CAIANIELLO, *Manuale di diritto processuale amministrativo*, 577 ss.; C. MANDRIOLI, *Corso di diritto processuale civile*, I, 49.

Emblematico dell'incertezza giurisprudenziale in ordine alle caratteristiche e ai limiti dell'azione del privato nelle ipotesi di danni all'ambiente che producano anche danni a questi soggetti è il cd. "caso Seveso", generato dalla fuoriuscita di diossina dagli stabilimenti di una azienda, con conseguente inquinamento ambientale dell'aria.

Con la prima decisione n. 4631 del 1997¹⁶¹, la Cassazione si espresse in senso fortemente restrittivo, affermando il principio in base al quale: "Il danno morale soggettivo, verificatosi in occasione della compromissione anche grave della salubrità dell'ambiente a seguito di disastro colposo, dà luogo a risarcimento a condizione che sia conseguenza della menomazione dell'integrità psico-fisica o di altro tipo di evento produttivo di danno patrimoniale".

A ben vedere si trattava di una conclusione in linea con l'orientamento della giurisprudenza costituzionale del tempo, per la quale la nozione di danno non patrimoniale doveva essere limitata alla sola figura dei danni morali soggettivi e che considerava danno-evento solo il danno biologico, mentre i danni patrimoniali e non patrimoniali venivano qualificati quali danni-conseguenza¹⁶².

L'evoluzione della giurisprudenza della Cassazione e della Corte costituzionale ha portato ad un radicale mutamento dell'originaria impostazione, anticipata proprio dalla decisione n. 2515 del 2002 sul caso Seveso, nella quale la Corte, accogliendo le critiche della dottrina, ha riconosciuto che la dicotomia danno-evento e danno-conseguenza "appare una mera sovrastruttura teorica" e ha riconosciuto che non sussiste alcuna ragione per negare l'autonoma risarcibilità del danno morale anche in assenza di lesione alla salute, in quanto il perturbamento psichico si pone "anch'esso come danno evento, alla pari del danno biologico o patrimoniale"¹⁶³.

La Giurisprudenza si è ancora recentemente occupata dei danni da inquinamento ambientale, riconoscendo il "danno alla serenità domestica determinato dalle immissioni intollerabili" (definito ancora nel 2003 esistenziale)¹⁶⁴, il danno non patrimoniale da patema

¹⁶¹ Cass., sez. III, 24 maggio 1997, n. 4631, Giur. Italiana 1998, 1363.

¹⁶² Corte costituzionale 14 luglio 1986, n. 184, Giur. Italiana, 1987, I, 1, 392.

¹⁶³ Cass., S.U. civ., 21 febbraio 2002, n. 2515, Giur. Ital. 2003, 1270. La Corte ha precisato che: "Con l'offesa al bene pubblico immateriale ed unitario dell'ambiente (Corte cost. 30 dicembre 1987 n. 641), di cui è titolare l'intera collettività, concorre sempre l'offesa per quei soggetti singoli i quali, per la loro relazione con un determinato habitat (nel senso che ivi risiedono e/o svolgono attività lavorativa), patiscono un pericolo astratto di attentato alla loro sfera individuale".

¹⁶⁴ Di particolare interesse in materia cfr. Corte d'Appello di Milano, sez. II civ, 14 febbraio 2003, Riv. Giur. ambiente 2003, 829, la quale introduce la nozione di "danno esistenziale da inquinamento ambientale", definito danno alla serenità domestica determinato dalle immissioni intollerabili, consistente in "un'alterazione dei normali ritmi di vita che si riflettono sulla personalità del soggetto danneggiato, incidendo negativamente sulle normali attività quotidiane e provocando uno stato di malessere diffuso che genera ansia, irritazione, difficoltà a

d'animo indotto in ognuno degli attori dalla preoccupazione per il proprio stato di salute¹⁶⁵ e il danno morale derivante dal pregiudizio arrecato dalla emissione nell'aria di polveri sottili per alcuni mesi alla vita quotidiana delle persone ed il perturbamento psicologico risentito in relazione alle possibili conseguenze nocive per la salute¹⁶⁶.

Successivamente, con le decisioni nn. 8827 e 8828 del 2003¹⁶⁷, la Corte di Cassazione ha sancito la non coincidenza tra il danno non patrimoniale previsto dall'art. 2059 c.c. e il danno morale soggettivo, evidenziando che ciò che rileva "è l'ingiusta lesione di un interesse inerente alla persona, dal quale conseguano pregiudizi non suscettivi di valutazione economica"; nelle medesime sentenze, la Suprema Corte giunge alla storica conclusione che, al fine del riconoscimento del danno non patrimoniale, non rileva il limite della riserva di legge di cui all'art. 185 c.p., "venendo in considerazione valori personali di rilievo costituzionale".

Il cambio di rotta trovò, altresì, conferma nella nota decisione della Corte costituzionale n. 233 del 2003, che ha riconosciuto l'esistenza di un sistema bipolare in materia di danni alla persona, in cui è risarcibile il danno patrimoniale ex art. 2043 c.c. e quello non patrimoniale ex art. 2059, all'interno della quale ampia categoria rientrano il danno morale soggettivo (quale transeunte turbamento dello stato d'animo della vittima), il danno biologico (quale lesione dell'integrità psico-fisica della persona medicalmente

far fronte alle normali occupazioni, depressione, pur non cagionando in una vera e propria patologia sotto il profilo medico legale"; cfr. in materia L. PRATI, *Diritto alla salubrità dell'ambiente cit.*, 86 ss., il quale rileva che, con la decisione citata, la giurisprudenza aggancia il risarcimento al mero dato del deterioramento della qualità della vita, senza che rilevi il turbamento emotivo che caratterizza il danno morale, dal quale si differenzia anche per la proiezione esterna di tale fattispecie di danno: "Il danno morale attiene alla sfera esclusivamente personale del danneggiato ed alla sua sensibilità emotiva, mentre il danno esistenziale fa anche riferimento all'ambiente esterno ed al modo di rapportarsi con esso del soggetto leso, nell'estrinsecazione della propria personalità che viene impoverita o lesa". L'autore denuncia, altresì, il rischio di risarcire sotto voci diverse il medesimo danno.

¹⁶⁵ Cass., III, 13.5.2009, n. 11059, la quale ha ritenuto il fatto sul quale la corte d'Appello ha fondato il danno non patrimoniale (patema d'animo indotto in ognuno degli attori dalla preoccupazione per il proprio stato di salute), documentalmente provato, al di là del riferimento al notorio; la Corte ha altresì ritenuto che non è stata fatta confusione tra interesse leso e danno derivatone, "avendo la corte d'appello chiarito che il tribunale - in linea con la richiamata Cass., sez. un., n. 2515/02 - aveva ritenuto che l'art. 449 c.p. prevede un delitto colposo di pericolo presunto a carattere plurioffensivo, in quanto incidente sia sul bene pubblico immateriale ed unitario dell'ambiente che sulla sfera individuale dei singoli soggetti che si trovano in concreta relazione con i luoghi interessati dall'evento dannoso in ragione della loro residenza o frequentazione abituale; sicché l'interesse nella specie leso è quello rafforzato, e niente affatto adespota, proprio dei soggetti che si siano trovati, come tutti gli attori, in particolare relazione con l'ambiente inquinato da sostanze altamente tossiche. Da tale relazione è derivato il patema d'animo e la preoccupazione che la corte ha correttamente ritenuto costituire danno non patrimoniale risarcibile in quanto derivante da reato". Infine, la Suprema Corte ha ritenuto compatibile il riconoscimento del danno non patrimoniale anche alla luce dei principi sanciti dalle sentenze del 2008 di cui infra, in quanto, "comunque li abbia qualificati, la corte d'appello ha appunto risarcito tutti i pregiudizi che ha ragionevolmente ritenuto derivati dal reato, in linea con gli enunciati principi".

¹⁶⁶ Cass., sez. III, 07.04.2006, n. 33887.

¹⁶⁷ Cassazione civ., sez. III, 31 maggio 2003, nn. 8827 e 8828.

accertata) e il danno esistenziale (quale lesione di altri interessi di rango costituzionale inerenti alla persona)¹⁶⁸.

Tuttavia, le Sezioni Unite della Cassazione sono tornate sul tema con le decisioni nn. 26972-26973-26974-26975 del 2008, nelle quali fanno propria la lettura, costituzionalmente orientata, data dalle sentenze n. 8827 e n. 8828/2003 all'art. 2059 c.c., ma la integrano nei seguenti termini.

Secondo la Corte il danno non patrimoniale ex art. 2059 c.c. è quello lesivo di interessi inerenti la persona “non connotati da rilevanza economica”, richiedendo, ai fini del risarcimento, la verifica della presenza degli elementi fondanti l'illecito civile extracontrattuale ex art. 2043 c.c., parlando di danno-conseguenza, che deve essere allegato e provato.

L'art. 2059 c.c. viene considerata una norma di rinvio alle leggi che fissano i casi di risarcibilità del danno non patrimoniale e in particolare:

- l'art. 185 c.p.;
- gli altri casi di risarcimento dei danni non patrimoniali previsti da leggi ordinarie in relazione alla compromissione di valori personali;
- al di fuori dei casi determinati dalla legge, in virtù del principio della tutela minima risarcitoria spettante ai diritti costituzionali inviolabili, la tutela è estesa ai casi di danno non patrimoniale prodotto dalla lesione di diritti inviolabili della persona riconosciuti dalla Costituzione.

In virtù di tale interpretazione estensiva rientra nell'art. 2059 c.c.:

- il danno da lesione del diritto inviolabile alla salute (art. 32 Cost.), cioè il cd. danno biologico;
- la lesione dei diritti inviolabili della famiglia di cui agli artt. 2, 29 e 30 Cost.¹⁶⁹;
- il danno derivante dalla violazione del diritto alla reputazione, all'immagine, al nome, alla riservatezza, ai diritti inviolabili della persona incisa nella sua dignità, tutelata dagli artt. 2 e 3 Cost.¹⁷⁰.

¹⁶⁸ Sul danno esistenziale cfr., da ultimo, Cass., S.U. civ., 14 marzo 2006, n. 6572, Foro Italiano 2006, 2334, la quale individua, in materia di danni derivanti da inadempimento contrattuale del datore di lavoro, accanto al danno patrimoniale cd. professionale e al danno biologico, un'ampia categoria di danno esistenziale, all'interno della quale rientrerebbero il danno “non patrimoniale all'identità professionale sul luogo di lavoro, all'immagine o alla vita di relazione o comunque alla lesione del diritto fondamentale del lavoratore alla libera esplicazione della sua personalità nel luogo di lavoro, tutelato dagli artt. 1 e 2 della Costituzione”. In senso critico cfr. la nota a sentenza di G. PONZANELLI, *La prova del danno non patrimoniale e i confini tra danno esistenziale e danno non patrimoniale*, Foro It. 2006, 2337.

¹⁶⁹ Cfr. Cass. S.U. n. 8827 e n. 8828/2003, concernenti la fattispecie del danno da perdita o compromissione del rapporto parentale nel caso di morte o di procurata grave invalidità del congiunto.

¹⁷⁰ Cfr. Cass. S.U. n. 25157/2008.

Il sostanza, per la Suprema Corte, il risarcimento del danno patrimoniale da fatto illecito è connotato da atipicità, ai sensi dell'art. 2043 c.c., mentre quello del danno non patrimoniale è caratterizzato da tipicità.

Il ragionamento della Corte porta al superamento della figura del c.d. danno morale soggettivo transeunte, in quanto tale tipologia di danno “non individua una autonoma sottocategoria di danno, ma descrive, tra i vari possibili pregiudizi non patrimoniali, un tipo di pregiudizio, costituito dalla sofferenza soggettiva cagionata dal reato in sé considerata. Sofferenza la cui intensità e durata nel tempo non assumono rilevanza ai fini della esistenza del danno, ma solo della quantificazione del risarcimento”.

Danno morale e danno esistenziale sono in sostanza solo diversi profili di una fattispecie unitaria.

In ragione della ampia accezione del danno non patrimoniale e riassumendo:

- 1) in presenza del reato è risarcibile non soltanto il danno non patrimoniale conseguente alla lesione di diritti costituzionalmente ma anche quello conseguente alla lesione di interessi inerenti la persona non presidiati da siffatti diritti, ma meritevoli di tutela in base all'ordinamento (secondo il criterio dell'ingiustizia ex art. 2043 c.c.), poichè la tipicità, in questo caso, non è determinata soltanto dal rango dell'interesse protetto, ma in ragione della scelta del legislatore di dire risarcibili i danni non patrimoniali cagionati da reato (la rilevanza dell'interesse leso è desumibile dalla predisposizione della tutela penale).
- 2) negli altri casi determinati dalla legge la selezione degli interessi è già compiuta dal legislatore.
- 3) fuori dai casi determinati dalla legge e in assenza di reato è data tutela risarcitoria al danno non patrimoniale solo se sia accertata la lesione di un diritto inviolabile della persona: deve sussistere una ingiustizia costituzionalmente qualificata.

In altre parole i concetti di danno morale, danno biologico e danno da perdita del rapporto parentale sono considerati come “mera sintesi descrittiva”, al fine di evitare l'incremento delle poste di danno e la duplicazione del risarcimento degli stessi pregiudizi.

La Corte chiarisce, altresì, la lesione di tipo esistenziale sarà risarcibile “solo entro il limite segnato dalla ingiustizia costituzionalmente qualificata dell'evento di danno. Se non si riscontra lesione di diritti costituzionalmente inviolabili della persona non è data tutela risarcitoria”, richiedendo, altresì, ai fini della risarcibilità dei danni non patrimoniali alla persona conseguenti alla lesione di diritti costituzionali inviolabili, un ulteriore requisito, consistente nella “gravità dell'offesa”, in quanto la lesione “deve eccedere una certa soglia di

offensività, rendendo il pregiudizio tanto serio da essere meritevole di tutela in un sistema che impone un grado minimo di tolleranza”¹⁷¹.

L'impostazione delle S.U. del 2008 è stata poi confermata e parzialmente modificata di recente dalla medesima Corte di cassazione¹⁷², sostenendo che la risarcibilità deve ammettersi ogni volta che venga leso "un diritto della persona direttamente tutelato dalla legge", con la conseguenza, secondo la dottrina¹⁷³, della sostanziale trasposizione della regola risarcitoria verso un'area di sostanziale atipicità.

Questa innovativa impostazione è stata anche fatta propria dalla giurisprudenza amministrativa, la quale ha riconosciuto la possibilità per il privato leso da un provvedimento amministrativo o da un comportamento inerte, di vedersi riconosciuto il danno non patrimoniale, “a prescindere dai risvolti penalistici, non più condizionanti”¹⁷⁴. Di recente il Consiglio di Stato¹⁷⁵, richiamando la lettura cd. evolutiva dell'art. 2059 c.c. fornita dalla più recente giurisprudenza della Corte di cassazione, ritenuta applicabile anche al processo amministrativo, ha affermato che il danno non patrimoniale deve ritenersi risarcibile non solo nei casi contemplati da apposita previsione di legge, ma anche in caso di lesione dei valori fondamentali della persona tutelati dalle disposizioni immediatamente precettive della Carta Costituzionale. Nella fattispecie, tuttavia lo ha negato in un caso di annullamento da parte del g.a. della revoca di un provvedimento autorizzativo “atteso che in tale ipotesi, il semplice ritardo, che la condotta amministrativa ha cagionato, non evidenzia una lesione grave dei diritti primari della persona tale da ripercuotersi, oltre la soglia della tollerabilità, sulla qualità della vita e sulla sfera esistenziale”.

In conclusione, come rilevato dalla giurisprudenza, il danno ambientale presenta una triplice dimensione: “personale (quale lesione del diritto fondamentale all'ambiente di ogni uomo); sociale (quale lesione del diritto fondamentale all'ambiente nelle formazioni sociali in cui si sviluppa la personalità umana, ex art. 2 della Costituzione); pubblica (quale lesione del diritto-dovere pubblico spettante alle istituzioni centrali e periferiche)”¹⁷⁶.

¹⁷¹ Tuttavia, Cass. Sez. Un. civ., 15 gennaio 2009, n. 794 ha messo in dubbio tale conclusione, affermando che al criterio della gravità dell'offesa andrebbe sottratta la tutela della salute, che risulta piena ed incompressibile.

¹⁷² CASS. SU n. 3677/2009.

¹⁷³ ZIVIZ P., *Le "magnifiche sorti e progressive" dell'impianto teorico disegnato dalle Sezioni Unite* - Nota a Cassazione civile, sez. Unite, 16/02/2009, n. 3677 - Resp. civ. e prev. 2009, 4, 765.

¹⁷⁴ Cfr. Cons. Stato, sez. VI, 16 marzo 2005, n. 1096 e sez. V, 18 gennaio 2006, n. 125.

¹⁷⁵ Cons. Stato, V, 28.5.2010 n. 3397.

¹⁷⁶ Cass. pen., sez. III, 5 aprile 2002 cit.; Cass. pen., sez. III, 2 dicembre 2004, n. 46746 cit., che parla di legittimazione a costituirsi parte civile per danno ambientale spettante ai soggetti pubblici, “in nome dell'ambiente come interesse pubblico” e “alle persone singole o associate in nome dell'ambiente come diritto fondamentale di ogni uomo”.

7. Concorso tra le giurisdizioni ed effettività della tutela giurisdizionale delle posizioni giuridiche soggettive.

7.1 L'alternativa posta dall'art. 311: azione giudiziaria od ordinanza ministeriale.

Passando al nucleo centrale della riforma, il legislatore ha operato una rivoluzione implicita in materia di azione per il risarcimento del danno ambientale, come si deduce dall'abrogazione dell'art. 18 della legge n. 349 del 1986 (nella parte relativa alla giurisdizione), nonché dagli articoli 311, comma 1 e 315 del testo unico ambientale.

Il legislatore del 2006 ha, infatti, eliminato dal mondo giuridico le norme dell'art. 18 citato che attribuivano la competenza in materia di danno ambientale al giudice ordinario, nonché i restanti commi (fatta eccezione per il comma 5 relativo alle prerogative delle associazioni ambientaliste) che fissavano i criteri per la valutazione del danno.

Nel codice è stato, infatti, previsto che il Ministro dell'ambiente, unico soggetto legittimato, “agisce, anche esercitando l'azione civile in sede penale, per il risarcimento del danno ambientale (...), oppure procede ai sensi delle disposizioni di cui alla parte sesta del presente decreto”; con l'art. 315 poi, rubricato “effetti dell'ordinanza sull'azione giudiziaria”, si sancisce, altresì, che il Ministro dell'ambiente “che abbia adottato l'ordinanza di cui all'art. 313 non può né proporre né procedere ulteriormente nel giudizio per il risarcimento del danno ambientale, salva la possibilità dell'intervento in qualità di persona offesa dal reato nel giudizio penale”.

Dall'esame coordinato delle norme sopra riportate e in virtù dell'abrogazione dell'art. 18 citato, nella parte che interessa la giurisdizione, emerge un sistema congegnato su un potere discrezionale di scelta attribuito in via esclusiva al Ministro dell'ambiente, il quale, una volta informato dell'esistenza di una fattispecie generatrice di danno ambientale, si trova di fronte alle seguenti opzioni: a) attivare il giudizio avanti il giudice ordinario, nell'ipotesi di danno ambientale posto in essere da un soggetto privato che non risulti godere di poteri pubblicistici (in virtù di concessione amministrativa, per esempio) o di finanziamenti pubblici o da una p.a. che realizzi il danno in virtù di meri comportamenti riconducibili anche mediamente all'esercizio della funzione pubblica o di atti privi dei connotati del potere pubblico¹⁷⁷; b) costituirsi parte civile nel processo penale attivato a seguito di reato ambientale; c) rivolgersi al giudice amministrativo per l'annullamento degli atti amministrativi che hanno dato vita al danno ambientale, richiedendo contestualmente il risarcimento del danno avanti il medesimo giudice; d) avviare un procedimento

¹⁷⁷ Cfr. Corte cost. n. 204 del 2004 e l'art. 7 del d. lgs. 2.7.2010 n. 104.

amministrativo finalizzato all'emanazione di una ordinanza di ingiunzione al risarcimento in forma specifica o per equivalente, trasmettendo gli atti alla Corte dei conti nell'ipotesi in cui risulti coinvolto un soggetto sottoposto alla giurisdizione del giudice contabile.

Ex art. 315 del codice ambientale, una volta emessa l'ordinanza, il Ministero non può più rivolgersi al giudice ordinario (fatta salva la possibilità di costituirsi parte civile nel processo penale), con conseguente spostamento della giurisdizione avanti al giudice degli interessi legittimi, in virtù del disposto dell'art. 316, il quale è competente a sindacare l'esercizio della funzione amministrativa nei limiti derivanti dalla giurisdizione esclusiva.

Ne viene fuori un sistema che coinvolge le giurisdizioni civile, penale, amministrativa e contabile in ordine al medesimo fatto illecito di danno ambientale.

In ordine alla competenza del Ministro, è stato rilevato come ciò contrasterebbe con il principio della distinzione delle funzioni, introdotto nello Stato in via generale con il d. lgs. n. 29 del 1993, in base al quale gli atti di gestione sono riservati alla dirigenza, mentre agli organi politici spettano esclusivamente gli atti di indirizzo politico e di controllo sul raggiungimento dei risultati¹⁷⁸.

Il rilievo coglie nel segno solo in parte, in quanto è notorio che le scelte amministrative in materia ambientale attengono a profili di opportunità che rasentano il merito amministrativo e, soprattutto, coinvolgono interessi pubblici tra i più rilevanti, tali da giustificare la conservazione in capo al Ministro di poteri in materia di danno ambientale¹⁷⁹.

Se, pertanto, appare opportuna la conservazione della competenza in capo all'organo di vertice politico dell'Amministrazione statale in ordine ai profili di scelta inerenti il procedimento da seguire (se cioè agire in via amministrativa o in via giurisdizionale) o l'eventuale opportunità di transigere, qualche perplessità in effetti rimane in ordine alla competenza ad emanare l'ordinanza finale, la quale sarà governata dai principi del

¹⁷⁸ Lo rileva F. BENEDETTI, *Il risarcimento del danno ambientale tra tutela giurisdizionale e poteri di autotutela amministrativa* cit.

¹⁷⁹ Cfr. Corte dei conti, sez. centr. Contr. Legittimità, 15 gennaio 2003, n. 1/P, Foro Amm. CDS 2003, 712: "La materia del danno ambientale coinvolge talora interessi statali di rilevanza tale da non potersi riferire alle valutazioni della dirigenza, ma a quelle dell'organo di vertice politico-amministrativo a cui compete proporre al Presidente del Consiglio dei Ministri di autorizzare la costituzione di parte civile in procedimenti penali. La non riconducibilità delle fattispecie in esame alle competenze proprie dei dirigenti, quali delineate dal d. lg. n. 165 del 2001, discende anche dalla considerazione che le medesime più che riferirsi alla sfera gestoria, presuppongono scelte di carattere politico dell'amministrazione che come tali esulano dai compiti della dirigenza, ferme restando le valutazioni tecnico-estimative dei competenti servizi amministrativi, nonché dell'indefettibile ausilio dell'organo di consulenza legale"; cfr., altresì, T.A.R. Lombardia, sez. II, 5 maggio 2006, n. 1139, Foro Amm. TAR 2006, 1589, il quale, in ordine ad una procedura di autorizzazione di un impianto di smaltimento rifiuti (che presente profili ambientali considerevoli), ha evidenziato che tale procedura "in ragione dei numerosi e rilevanti interessi coinvolti (ad es. valutazione di impatto ambientale e pianificazione urbanistica), coinvolge scelte connotate da ampia discrezionalità che hanno natura strategica tanto che le relative decisioni non possono essere ritenute di mera gestione amministrativa".

procedimento amministrativo e non potrà che essere condizionata dall'iter logico-giuridico seguito dagli organi di gestione. In altri termini, se è indiscutibile la presenza di un'ampia discrezionalità in ordine alla scelta della via da seguire per ottenere il ristoro del danno ambientale o in merito alla transazione, non sembra che i profili di opportunità siano presenti nell'ambito del procedimento amministrativo finalizzato all'emissione dell'ordinanza.

Questa discrezionalità lasciata alla p.a. di scegliere la procedura che preferisce ha spinto parte della dottrina¹⁸⁰ ad interrogarsi sul tema se il potere attribuito al Ministro non gli consenta anche di scegliersi il giudice, in quanto ha la possibilità di optare per il giudice ordinario o per procedimento amministrativo, che verrà valutato (unitamente al provvedimento finale) dal giudice amministrativo e se ciò sia compatibile con i principi costituzionali.

La giurisprudenza, per la verità, ha più volte evidenziato come sia inaccettabile, in via di principio, una tesi che lasci al ricorrente la scelta del giudice competente¹⁸¹, anche alla luce dell'art. 25 c. 1 Cost., che impone la precostituzione per legge del giudice naturale¹⁸².

Tuttavia, a parte il fatto che per la Corte costituzionale il problema si pone se tale facoltà di scelta del giudice è attribuita “dopo che la controversia sia insorta”¹⁸³, la questione va approfondita verificando se il sistema così delineato ponga problemi in relazione ad una minore tutela per il bene ambientale. A ben vedere, infatti, essendo stata riconosciuta al giudice amministrativo “piena dignità di giudice e tenuto conto della compiuta effettività della sua tutela, organizzata positivamente come efficace e sollecita”¹⁸⁴ e non potendo l'Amministrazione scegliere concretamente quale giudice sindacherà i propri atti, non si vede quale sia il *vulnus* nei confronti della tutela ambientale.

Maggiori dubbi suscita, invece, l'equivalenza, posta alla base dell'impostazione legislativa, tra procedimento amministrativo e processo, che non sembra trovare fondamento giuridico.

¹⁸⁰ Evidenziano questi profili critici G. FERRERO-F. RISSO, *Il danno ambientale nel nuovo codice dell'ambiente cit.*, 3445; F. GIAMPIETRO, *La responsabilità per danno all'ambiente: la concorrenza delle giurisdizioni*, *Danno e responsabilità* n. 7/2007, 726.

¹⁸¹ Cfr. Cass., S.U., 23 gennaio 2006, n. 1207, *Foro Amm.* CDS 2006, 366.

¹⁸² Cass., S.U., ord. 27 luglio 2005, n. 15660, *Foro Italiano* 2006, 1127, la quale richiama la sentenza della Corte costituzionale, 25 luglio 2002, n. 393, secondo cui l'art. 25, primo comma, della Costituzione “assicura l'individuazione del giudice attraverso criteri precostituiti per legge sì da garantire l'assoluta imparzialità (sentenza n. 327 del 1998). La norma costituzionale, stabilendo che nessuno può essere distolto dal giudice naturale precostituito per legge, esclude che vi possa essere una designazione tanto da parte del legislatore con norme singolari, che derogano a regole generali, quanto da altri soggetti”.

¹⁸³ Corte costituzionale, 25 luglio 2002, n. 393 cit., che richiama le sentenze n. 419 del 1998, n. 460 del 1994 e n. 56 del 1967.

¹⁸⁴ Cons. Stato, A.P.n. 12/2007. Cfr. anche l'art. 1 del D. lgs. n. 104/2010 secondo il quale : “La giurisdizione amministrativa assicura una tutela piena ed effettiva secondo i principi della Costituzione e del diritto europeo”.

La dottrina ha, infatti, rilevato la profonda differenza tra procedimento e processo e, in particolare, tra istruttoria nel processo civile e nel procedimento amministrativo¹⁸⁵. Nel processo gli interessi pubblici rimangono sullo sfondo e l'istruttoria ha lo scopo di raccogliere i principi di prova, che si trasformano in prova davanti ad un soggetto posto in posizione di terzietà ed indipendenza, cioè il giudice¹⁸⁶. Nell'istruttoria procedimentale, invece, la p.a. procedente, parte in causa, accerta i fatti ed acquisisce gli interessi privati, da porre in raffronto con l'interesse pubblico primario, al fine di effettuare quella comparazione degli interessi che rappresenta il nucleo della discrezionalità amministrativa e lo scopo ultimo del procedimento amministrativo¹⁸⁷.

La dottrina ha chiaramente evidenziato la differenza funzionale del procedimento e del processo, per essere il primo destinato a realizzare la cura concreta dell'interesse pubblico, da parte del soggetto che ne ha il compito istituzionale e che è, quindi, parte in causa; mentre il processo è il luogo dell'esercizio della funzione giurisdizionale, nel quale avviene il confronto tra parti in causa di fronte ad un soggetto terzo¹⁸⁸.

¹⁸⁵ F. BENVENUTI, *Funzione amministrativa, procedimento, processo*, Riv. trim. dir. pubbl. 1952, 118 ss. Per l'autore il termine procedimento "è di solito usato a designare la forma di esplicazione della funzione amministrativa. Perché proprio questa è trasformazione di poteri preordinati principalmente alla soddisfazione del soggetto, la Pubblica Amministrazione, che ne usa". Per l'autore gli atti del procedimento tendono "a soddisfare l'unico interesse dell'autore dell'atto, che è l'unico interesse per la cui soddisfazione è dato il potere"; nel processo, invece, "nella trasformazione del potere non solo intervengono soggetti diversi da quello cui compete emanare l'atto, ma questi perseguono con i loro atti processuali un interesse sostanziale che non è l'interesse dell'autore dell'atto ma quello dei suoi destinatari. (...) la sentenza di cui le parti sono destinatari è atto emanato prima di tutto nel loro interesse, e solo secondariamente nell'interesse dello Stato alla giustizia".

¹⁸⁶ Cfr. I. M. MARINO, *Giudice amministrativo, motivazione degli atti e <<potere>> dell'amministrazione*, Foro Amm. 2003, 347: "L'istruttoria nel processo civile mira a raccogliere le prove proposte dalle parti (principio della disponibilità delle prove: art. 115 c.p.c.), ad acquisire al processo e rappresentare al giudice i fatti (da provare), perché il giudice, <<estraneo>> alla prova, con le sue <<libere>> valutazioni formi, secondo il <<prudente apprezzamento >> (art. 116 c.p.c.) dei mezzi istruttori offerti, il suo <<libero convincimento>> sul torto o sulla ragione".

¹⁸⁷ I. M. MARINO, *Giudice amministrativo, motivazione degli atti e <<potere>> dell'amministrazione* cit.: "L'istruttoria nel procedimento ha lo scopo, invece, atteso il fine che la legge affida a quella determinata attività amministrativa (art. 1, l. n. 241 del 1990), di acquisire i fatti necessari a palesare ed identificare correttamente gli interessi compresenti in quel procedimento, siano essi pubblici che privati, in modo che si possa individuare su tali basi il concreto interesse pubblico da curare. (...) Gli interessi dei partecipanti al procedimento contribuiscono a concretizzare l'interesse pubblico (...) essi rimangono tuttavia funzionali all'individuazione e concretizzazione dell'interesse pubblico".

¹⁸⁸ Lo esprime chiaramente V. CAIANIELLO, *Manuale di diritto processuale amministrativo* cit., 19: "Procedimento amministrativo e processo amministrativo hanno dunque sotto il profilo funzionale o oggettivo una connotazione ben precisa, per essere, il primo, la sede di composizione di un conflitto di interessi da parte di un soggetto (la p.a.) titolare di uno di essi, il secondo, la sede di composizione di una lite ad opera di un soggetto terzo rispetto agli interessi sostanziali coinvolti".

Anche M. S. GIANNINI, *Diritto Amministrativo*, II, 103, rileva che il processo "possiede il massimo della compiutezza formale, per la particolare dignità dell'organo dinanzi a cui si svolge, che è in posizione di terzietà e d'indipendenza"; mentre il procedimento amministrativo "si svolge dinanzi ad un'autorità che è parte e decidente insieme", pur evidenziando la differenza meramente quantitativa, colmabile con l'incremento del tasso di indipendenza della p.a. procedente (si pensi alle autorità indipendenti).

In altre parole, attraverso il procedimento amministrativo la p.a. cui è attribuita l'esercizio della funzione persegue l'interesse pubblico primario attraverso il confronto con gli interessi pubblici e privati secondari, ma è essa stessa ad adottare la decisione finale, avendo solo l'obbligo di dare atto, mediante la motivazione, dell'iter procedurale seguito e della comparazione degli interessi pubblici e privati coinvolti, tenendo presente come parametro di riferimento sempre l'interesse pubblico che essa deve perseguire in via prioritaria, nel rispetto del principio di proporzionalità (o del minimo mezzo)¹⁸⁹.

La p.a. procedente deve, in sostanza, dimostrare che l'interesse legittimo del privato non può essere risparmiato, oltre quanto già fatto, nel confronto con l'interesse pubblico, il cui perseguimento è lo scopo del potere attribuito all'Amministrazione.

Le due alternative non appaiono, pertanto, tali, in quanto il privato che si veda "giudicato" nell'ambito di un procedimento amministrativo gode di minori garanzie rispetto a quelle che gli spetterebbero se lo stesso soggetto fosse sottoposto ad un processo giurisdizionale¹⁹⁰.

In conclusione i dubbi che la dottrina ha sollevato sulla inopportunità e la illegittimità costituzionale, per violazione degli artt. 3, 24, 25, comma 1 e 111 Cost., della disciplina normativa citata nella parte in cui attribuisce al Ministero la facoltà di scelta tra procedimento e processo, non sembrano del tutto privi di fondamento, soprattutto dal punto di vista della tutela del soggetto, pubblico o privato, a cui viene contestato il danno ambientale.

¹⁸⁹ Sul principio di proporzionalità, cfr. Cons. Stato, sez. V, 18 febbraio 1992, n. 132, Foro Amm. 1992, 467, che fa riferimento all'obbligo per la p.a. di adottare i provvedimenti lesivi delle posizioni giuridiche dei privati "ricercando forme e modalità tali da arrecare il minor sacrificio possibile".

Di particolare interesse in materia Cons. Stato, sez. V, 14 aprile 2006, n. 2087, Foro Amm. CDS 2006, 1193, il quale osserva che "il principio di proporzionalità, di cui si fa applicazione, maggiormente, in materia di limitazione al diritto di proprietà, di attività di autotutela, di ordinanze di necessità ed urgenza, di irrogazioni di sanzioni e, appunto, di tutela ambientale (cfr. Cons. Stato, sez. IV, 22 marzo 2005, n. 1195), è principio generale dell'ordinamento ed implica che la pubblica amministrazione debba adottare la soluzione idonea ed adeguata, comportante il minor sacrificio possibile per gli interessi compresenti".

¹⁹⁰ A dimostrazione di quanto affermato è sufficiente porre attenzione alla disciplina dell'annullabilità del provvedimento amministrativo prevista dall'art. 21-octies della legge n. 241 del 1990, introdotto con la legge n. 15 del 2005. La giurisprudenza amministrativa si è mostrata comprensiva nei confronti dell'Amministrazione, con una interpretazione estensiva delle previsioni normative sopra riportate, definendo talvolta violazione di carattere formale anche il difetto di motivazione e salvando provvedimenti amministrativi carenti dal punto di vista dell'esposizione dell'iter logico-giuridico che ha portato alla soluzione finale., riconoscendo in sostanza un ribaltamento del divieto di integrazione postuma della motivazione in giudizio da parte della p.a.: cfr. T.A.R. Abruzzo, Pescara, n. 185/2005; T.A.R. Campania, Salerno, I, n. 760/2005, che parla di "attività di convalida in jure".

7.2 La posizione del “soggetto sottoposto alla giurisdizione della Corte dei conti” autore del danno ambientale.

Come già evidenziato, nella nascita e nell'evoluzione del danno ambientale ha rivestito un ruolo di fondamentale importanza la Corte conti, che ha elaborato la nozione, facendola derivare da una interpretazione estensiva del danno erariale.

Tuttavia, il legislatore del 1986 non ha ritenuto di conservare in capo al giudice contabile un ruolo centrale in materia di danno ambientale, attribuendo la giurisdizione in questo settore al giudice ordinario, sottraendo al giudice dell'erario anche i comportamenti posti in essere dai soggetti pubblici e conservandogli soltanto la residuale competenza nelle ipotesi di cui all'art. 22 del d.P.R. n. 3 del 1957.

Come ha evidenziato da subito, in senso critico, la giurisprudenza contabile, appoggiata dalla dottrina, la formulazione del comma 2 dell'art. 18, spogliava la Corte dei conti della giurisdizione sulle condotte dei dipendenti pubblici, mantenendola soltanto nell'ipotesi dell'azione di rivalsa della p.a. condannata a risarcire il danno ai terzi lesi dai comportamenti illeciti del dipendente pubblico¹⁹¹. Una competenza marginale, pertanto, aspramente criticata in quanto ritenuta lesiva delle competenze costituzionalmente spettanti alla Corte dei conti sugli amministratori e dipendenti pubblici, ex artt. 24 e 25 della Costituzione¹⁹².

La critica più forte atteneva alla sostanziale impunità riconosciuta ai dipendenti pubblici in ordine ai comportamenti illeciti lesivi dei beni ambientali e alla disparità di trattamento rispetto alle altre ipotesi di danno alle finanze dello Stato, in quanto l'azione di responsabilità era lasciata alla discrezionalità della p.a., alla quale soltanto spettava la decisione se avviare avanti al giudice ordinario l'azione civile, che coinvolgeva anche il dipendente pubblico. A seguito di condanna del dipendente pubblico da parte del giudice

¹⁹¹ Corte dei conti, sez. giur. Molise, 19.11.2007 n. 148: “Per effetto dell'esplicita previsione legislativa di cui al citato art. 18 comma 2, della legge n. 349/1986, deve considerarsi che, poiché il danno all'ambiente è un danno alla collettività, la disposizione sta a significare che se l'amministrazione pubblica provvede al risarcimento del danno ambientale nei confronti della collettività, e cioè, se provvede al ripristino del danno cagionato dagli amministratori o dipendenti pubblici, l'azione per il recupero di dette somme spetta al Pubblico Ministero presso la Corte dei conti (...) il fatto causativo del danno per il cui risarcimento è legittimato ad agire il Pubblico Ministero contabile, e devoluto alla giurisdizione della Corte dei conti, è, non già l'arrecato “danno ambientale”, bensì il “ripristino dei luoghi a seguito del danno ambientale stesso”. In altri termini, se l'amministrazione pubblica non provvede al ripristino dei luoghi che configurano, nella fattispecie, il “danno all'ambiente”, e non sopporta quindi alcuna spesa a tale fine, non è configurabile alcun danno patrimoniale, nè alcuna fattispecie di responsabilità amministrativa, per il cui risarcimento possa ritenersi legittimato ad agire il Pubblico Ministero contabile e su cui possa ritenersi competente a giudicare la Corte dei conti, perché, in assenza di una spesa sopportata dall'amministrazione pubblica per effetto del ripristino dei luoghi e per il ristoro del danno ambientale subito dalla collettività, non è ipotizzabile una azione di rivalsa nei confronti di chicchessia (...) ma sussiste solo un “danno all'ambiente”, e cioè, un danno alla collettività, la cui cognizione è devoluta, alla luce del richiamato art. 18, comma 2, della legge n. 349/1986, alla giurisdizione del giudice ordinario”.

¹⁹² Cfr., per tutti, P. MADDALENA, *Il danno all'ambiente tra giudice civile e giudice contabile* cit., 475 ss.

civile, l'ente pubblico non poteva rivolgersi alla Corte dei conti contro il dipendente già condannato, in virtù del principio del *ne bis in idem* ¹⁹³.

In sostanza, appariva chiaro che la Corte dei conti perdeva la giurisdizione sui dipendenti pubblici in ordine ai loro comportamenti generatori di danno ambientale.

Nonostante le forti critiche, la Corte costituzionale, con la ormai nota decisione n. 641 del 1987, ha escluso il contrasto del sistema sopra esposto con la Costituzione, sulla base delle seguenti argomentazioni: a) alla Corte dei Conti, ex art. 103 c. 2 Cost., è riservata la giurisdizione sulle materie di contabilità pubblica, “non definibili oggettivamente ma sulla scorta di apposite qualificazioni legislative e puntuali specificazioni non solo rispetto all'oggetto ma anche rispetto ai soggetti”; b) la giurisdizione della Corte dei Conti, nelle dette materie, è solo tendenzialmente generale e sono possibili deroghe con apposite disposizioni legislative; c) in applicazione dell'art. 103, secondo comma, Cost. spetta al legislatore la determinazione della sfera di giurisdizione dei giudici (ordinario, amministrativo, contabile, militare ecc...), in quanto è “nella *interpositio* del legislatore deve individuarsi il limite funzionale delle attribuzioni giudicanti della Corte dei Conti”.

Il legislatore del T.U. spazza via anni di dibattiti, abrogando il citato comma 2 dell'art. 18 ed inserendo nell'art. 313 del codice ambientale un comma sei di dubbia interpretazione: “Nel caso di danno provocato da soggetti sottoposti alla giurisdizione della Corte dei conti, il Ministro dell'ambiente e della tutela del territorio, anziché ingiungere il pagamento del risarcimento per equivalente patrimoniale, invia rapporto all'Ufficio di Procura regionale presso la Sezione giurisdizionale della corte dei conti competenze per territorio”.

La norma, come si accennava, appare infelice, per la formulazione e la collocazione nell'articolo relativo all'ordinanza ministeriale.

Tuttavia, dall'esame della stessa, unitamente all'avvenuta abrogazione del comma 2 dell'art. 18, emerge una reviviscenza della giurisdizione generale della Corte dei conti in materia ambientale, nei confronti dei soggetti sottoposti alla sua giurisdizione. In ordine a quest'ultima espressione, il legislatore recepisce l'orientamento giurisprudenziale della Cassazione e della Corte dei conti, i quali individuano sempre di più i soggetti da sottoporre a processo contabile sulla base del “rapporto di servizio” instaurato con la p.a. e sulla scorta

¹⁹³ A. COSTANZO – C. VERARDI, *La responsabilità per danno ambientale* cit., 705.

della natura pubblica del denaro da essi gestito, senza che rilevi il rapporto formale di pubblico impiego o di diritto privato¹⁹⁴

Nonostante la non trasparente formulazione, il legislatore sembrerebbe configurare un discutibile doppio binario, imponendo al Ministero procedente in via amministrativa, che si renda conto del coinvolgimento di un soggetto sottoposto alla giurisdizione contabile, di trasmettere gli atti al P.M. contabile, il quale valuterà se avviare il processo o archiviare.

All'esito del processo, il soggetto potrà naturalmente essere condannato a risarcire non solo il danno patrimoniale arrecato con la sua condotta, ma anche quello non patrimoniale al prestigio e all'immagine della p.a. lesa¹⁹⁵, nei limiti di cui alle recenti interventi del legislatore¹⁹⁶. art. 17, comma 30 - *ter* del decreto-legge 1° luglio 2009, n. 78, convertito nella

¹⁹⁴ Cfr. Cass. S.U. 26 febbraio 2004 n. 3899, Foro Italiano 2005, I, pag. 2674 ss. , che fonda la responsabilità erariale sul "rapporto di servizio" che si configurerebbe tra la società pubblica e l'ente proprietario, "ravvisabile ogni qual volta si instauri una relazione (non organica ma) funzionale caratterizzata dall'inserimento del soggetto esterno nell'iter procedimentale dell'ente pubblico come partecipe dell'attività a fini pubblici di quest'ultimo"; confermano questa impostazione Cass. S.U. 18.7.2008 n. 19815,

Cfr., altresì, Corte dei conti, sez. giur. Lombardia, 9 febbraio 2005, n. 32/o, Foro Amm. T.A.R. 2005, pag. 561. Da questa decisione sembra emergere la volontà del giudice contabile di sganciare la responsabilità dal criterio del rapporto di servizio, individuando nella natura pubblica delle risorse finanziarie il presupposto della giurisdizione contabile, "operando così un passaggio dalla responsabilità amministrativa dei soli amministratori e dipendenti pubblici per il danno patrimoniale da essi determinato alle finanze dell'amministrazione d'appartenenza in relazione alla violazione degli obblighi di servizio, alla responsabilità finanziaria, intesa come una generale forma di responsabilità patrimoniale per danno alle pubbliche finanze in cui possono incorrere tutti i soggetti che abbiano maneggio o che utilizzino pubbliche risorse, e che si configura, in via generale, in relazione alla violazione degli obblighi nascenti in capo al soggetto stesso dalla finalizzazione delle risorse pubbliche" (cfr. anche Corte conti Molise, 7,10,2002 n. 234, citata nella decisione in esame).

Da ultimo cfr. Corte dei conti, III App. n. 204/2009, per la quale: "Le persone giuridiche private, in forza di specifici negozi (convenzione, concessione, contratto di servizio) o provvedimenti amministrativi o norme, sono *funzionalmente* collegate al pubblico potere, con il quale intrattengono *direttamente*, limitatamente allo svolgimento dell'attività di pubblico interesse loro attribuita e *finanziata con risorse pubbliche*, un *rapporto convenzionale* di servizio. (...) Il rapporto di servizio configura una relazione con la pubblica amministrazione, caratterizzata per il fatto di investire un soggetto, altrimenti estraneo all'apparato tecno-burocratico, del compito di espletare in sua vece un'attività, senza che rilevi ne' la natura giuridica dell'atto di investitura, (provvedimento, convenzione o contratto), ne' quella del soggetto che la riceve, (persona giuridica o fisica, privata o pubblica) (Cass. S.U. 30 marzo 1990, n. 2611; Cass. S.U. 05/06/2000, n. 400; Cass. S U. 20 ottobre 2006, n. 22513)".

¹⁹⁵ Cfr. Cass., S.U., 2 marzo 2006, n. 4582, che ha evidenziato la possibilità per il giudice contabile di riconoscere "anche il danno conseguente alla perdita di prestigio ed al grave detrimento dell'immagine e della personalità pubblica dello Stato, che, pur se non comporta una diminuzione patrimoniale diretta, è tuttavia suscettibile di una valutazione patrimoniale sotto il profilo della spesa necessaria al ripristino del bene giuridico leso (Cass. sez. un. 25 ottobre 1999 n. 744, 4 aprile 2000 n. 98, ord. 12 novembre 2003 n. 17078 *ex plurimis*)".

¹⁹⁶ Cfr. l'art. 17, comma 30 - *ter* del decreto-legge 1° luglio 2009, n. 78, convertito nella legge 3 agosto 2009, n. 102, nel testo corretto dall'art. 1 del decreto-legge 3 agosto 2009, n. 103, convertito dalla legge 3 ottobre 2009, n. 141, ai sensi del quale «Le procure della Corte dei conti possono iniziare l'attività istruttoria ai fini dell'esercizio dell'azione di danno erariale a fronte di specifica e concreta notizia di danno, fatte salve le fattispecie direttamente sanzionate dalla legge. Le procure della Corte dei conti esercitano l'azione per il risarcimento del danno all'immagine nei soli casi e nei modi previsti dall'articolo 7 dalla legge 27 marzo 2001, n. 97. A tale ultimo fine, il decorso del termine di prescrizione di cui al comma 2 dell'articolo 1 della legge 14 gennaio 1994, n. 20, è sospeso fino alla conclusione del procedimento penale. Qualunque atto istruttorio o processuale posto in essere in violazione delle disposizioni di cui al presente comma, salvo che sia stata già pronunciata sentenza anche non definitiva alla data di entrata in vigore della legge di conversione del presente decreto, è nullo e la relativa nullità può essere fatta valere in ogni momento, da chiunque vi abbia interesse,

legge 3 agosto 2009, n. 102, nel testo corretto dall'art. 1 del decreto-legge 3 agosto 2009, n. 103, convertito dalla legge 3 ottobre 2009, n. 141

Si crea, pertanto, una disparità di trattamento tra i privati che si vedono coinvolti nel procedimento amministrativo (come si è già visto senza le garanzie del processo) e i soggetti sottoposti alla giurisdizione contabile, i quali avranno invece diritto ad un processo posto in essere da un giudice terzo¹⁹⁷, ferma restando la possibilità per il giudice contabile di intervenire prima del verificarsi della condizione del danno cd. indiretto all'ambiente¹⁹⁸.

La soluzione non può essere diversa, in quanto nessun altro significato può avere la trasmissione degli atti alla Procura della Corte dei conti, considerato che l'esecuzione delle sentenze di condanna del giudice contabile compete alle amministrazioni interessate, alle quali sono trasmesse da parte del P.M. contabile, ex art. 76 del T.U. n. 1214 del 1934¹⁹⁹, per cui, ove la posizione del dipendente pubblico fosse già maturata, non avrebbe avuto alcun senso la trasmissione del fascicolo alla Procura contabile.

La dottrina si è posta la domanda se le associazioni ambientaliste, alle quali è riconosciuto dal codice ambientale l'interesse a chiedere l'intervento statale a tutela dell'ambiente ex art. 309, possano intervenire nei giudizi avanti alla Corte dei conti in materia di danno ambientale, talvolta esprimendosi in senso positivo²⁰⁰.

In ordine all'intervento dell'Amministrazione danneggiata, la giurisprudenza è favorevole nei confronti di un intervento adesivo dipendente, che non introduce una domanda nuova in giudizio e non allarga il *thema decidendum*²⁰¹. Nonostante l'art. 47 del R.D. 1038/1933 ammette l'intervento nei confronti di "chiunque abbia interesse nella controversia", viene costantemente esclusa l'ammissibilità dell'intervento principale e di quello litisconsortile, in quanto ciò si porrebbe in contrasto con la legittimazione esclusiva del

innanzi alla competente sezione giurisdizionale della Corte dei conti, che decide nel termine perentorio di trenta giorni dal deposito della richiesta ».

¹⁹⁷ Cfr. G. FERRERO-F. RISSO, Il danno ambientale nel nuovo codice dell'ambiente cit., 3449.

¹⁹⁸ Sul ruolo che il la corte dei conti può ancora rivestire a tutela dell'ambiente cfr. M. PERIN, *Il risarcimento del danno ambientale: concorrenti profili di responsabilità amministrativa*, Lexitalia, n. 7-8/2007.

¹⁹⁹ Cfr. V. TENORE (a cura di), *La nuova Corte dei conti: responsabilità, pensioni, controlli* cit., 583.

²⁰⁰ E. SANTORO, *Il nuovo danno ambientale, la titolarità dell'azione civile e l'ampliamento della giurisdizione contabile*, Foro Amm. CDS 2008, 221 ss.

²⁰¹ V. RAELI, *L'intervento nel giudizio contabile*, Altalex.it.

P.M.²⁰², che agisce a tutela dell'ordinamento e degli interessi generali ed indifferenziati della collettività²⁰³ (anche perché la P.a. danneggiata non è terza rispetto al P.M.²⁰⁴).

In materia di intervento nel processo contabile di organismi rappresentativi di interessi collettivi o diffusi, la dottrina è sembrata spesso sostanzialmente favorevole²⁰⁵, suggerendo l'ammissibilità dell'intervento dell'ente locale o dell'associazione sulla scorta dell'art. 24 Cost. (essendo l'intervento l'unico modo per la P.A. danneggiata di far sentire la sua voce all'interno del processo, in quanto il P.M. ha legittimazione esclusiva all'esercizio dell'azione) e degli articoli 114, c. e 118, ult. comma, in quanto negare l'intervento degli enti locali sarebbe manifestamente in contrasto con il principio di equiordinazione istituzionale e con il principio di sussidiarietà orizzontale, anche in considerazione del fatto che la possibilità di intervenire nei giudizi rappresenta, per questa dottrina, "uno dei momenti fondamentali attraverso cui l'associazione privata può far valere l'interesse pubblico collettivo di cui è titolare, sicché impedirne l'ingresso processuale significherebbe frustrare in modo significativo la volontà costituzionale di riconoscere una sorta di primazia al privato in tutte le sue forme nella cura di interessi della collettività"²⁰⁶.

Di recente la giurisprudenza²⁰⁷ ha ammesso l'intervento del singolo consigliere comunale, richiamando altra sentenza della stessa Sezione favorevole all'intervento di un sindacato medico²⁰⁸, in quanto la partecipazione al processo del consigliere comunale viene ritenuta dal Giudice "strumentale al soddisfacimento dell'interesse pubblico connesso al mandato elettivo", ritenendo il singolo consigliere titolare "di un diritto soggettivo

²⁰² Per le S.R. della Corte dei conti n. 1/2003 l'ente che si presume danneggiato può partecipare al giudizio nella forma dell'intervento adesivo dipendente ad adiuvandum, con il quale l'ente non fa valere un diverso e autonomo diritto e nemmeno uno dipendente da quello oggetto del giudizio in corso ma si limita a sostenere le ragioni del requirente contabile. L'Amministrazione danneggiata si ritiene, infatti, già costituita in giudizio con il Procuratore Regionale, il quale *ope legis* ne cura gli interessi in sede processuale.

²⁰³ Cfr. Corte cost. 19.7.2008, n. 291, per la quale "Il pubblico ministero contabile interviene a tutela dell'ordinamento e degli interessi generali ed indifferenziati della collettività e, al contempo, agisce anche a tutela degli interessi concreti e particolari dei singoli e delle amministrazioni pubbliche". Per Corte cost. n. 104/1989 il P.M. contabile "agisce nell'esercizio di una funzione obiettiva e neutrale. Egli rappresenta l'interesse generale al corretto esercizio, da parte dei pubblici dipendenti, delle funzioni amministrative e contabili, e cioè un interesse direttamente riconducibile al rispetto dell'ordinamento giuridico nei suoi aspetti generali ed indifferenziati; non l'interesse particolare e concreto dello Stato in ciascuno dei settori in cui si articola o degli altri enti pubblici in relazione agli scopi specifici che ciascuno di essi persegue, siano pure essi convergenti con il primo".

²⁰⁴ C. conti II APP. n. 407/2006.

²⁰⁵ P. Santoro, *L'illecito contabile*; V. RAELI, *L'intervento nel giudizio contabile* cit., richiamando l'orientamento favorevole della giurisprudenza contabile nei confronti dell'intervento delle associazioni ambientaliste a sostegno delle posizioni della Procura regionale, nella fase anteriore alla sottrazione alla Corte dei conti della giurisdizione in tema di danno ambientale in favore del giudice ordinario.

²⁰⁶ M. GAGLIARDI, *L'intervento adesivo dipendente del terzo nel processo contabile. Aspetti problematici in ordine alla sua operatività*, in www.amcorteconti.it.

²⁰⁷ Corte dei conti, sez. giur. Lombardia, n. 165/2009.

²⁰⁸ Corte dei conti, sez. giur. Lombardia, n. 750/2007.

«pubblico», il quale costituisce espressione del principio democratico dell'autonomia locale e della rappresentanza esponenziale della collettività amministrata».

In conclusione non sembra possano esserci ostacoli all'intervento nel processo contabile dell'ente locale e dell'associazione ambientalista, nei limiti indicati dalla dottrina e dalla giurisprudenza.

Da rilevare, infine, che margini di intervento da parte della Procura regionale permangono nei confronti del danno indiretto di cui debbano rispondere, nei confronti dei terzi (enti locali, Regione, persone fisiche e giuridiche) i funzionari del Ministero dell'ambiente a causa del ritardo con cui hanno adottato i rimedi precauzionali previsti dal Codice²⁰⁹.

8. Il procedimento amministrativo finalizzato all'emissione dell'ordinanza.

8.1. L'istruttoria procedimentale e i poteri ispettivi del Ministero dell'ambiente.

Il Ministero dell'ambiente, come si è visto, può optare per la verifica in via amministrativa del danno, avviando un procedimento amministrativo governato dai principi e dalle disposizioni di cui alla legge generale sull'azione amministrativa n. 241 del 1990, esplicitamente richiamata per la fase istruttoria dal comma 1 dell'art. 312 del codice dell'ambiente.

I commi secondo e terzo del citato art. 312 indicano lo scopo del potere amministrativo attribuito al Ministero, consistente nell'accertamento dei fatti e delle cause del danno, nell'individuazione dei trasgressori, nell'attuazione delle misure a tutela dell'ambiente e nella quantificazione dei danni da risarcire.

La norma in esame regola analiticamente la fase istruttoria del procedimento (utilizzando una terminologia tratta dal d.P.R. n. 633 del 1972 in materia di ispezioni tributarie) e prevede i poteri ispettivi dei funzionari ministeriali e i presupposti per l'esercizio legittimo dei poteri medesimi.

In particolare, la legge attribuisce al Ministero la facoltà di disporre l'accesso presso il "sito interessato dal fatto dannoso", al fine di effettuare ispezioni documentali, verificazioni e ricerche, che rappresentano gli strumenti a disposizione dell'ispettore per procedere all'acquisizione di scienza e conoscenza (che rappresenta lo scopo della funzione ispettiva²¹⁰), cioè per acquisire le informazioni necessarie per raggiungere gli obiettivi del

²⁰⁹ E. SANTORO, *Il nuovo danno ambientale, la titolarità dell'azione civile e l'ampliamento della giurisdizione contabile* cit.

²¹⁰ Cfr. S. VALENTINI, *Le ispezioni amministrative. Funzione e caratteri*, Giuffrè, 51;

procedimento. Nella fattispecie, l'ispezione si inserisce nella fase istruttoria del procedimento e viene ad assumere la forma di un subprocedimento o di un procedimento per atto di procedimento²¹¹.

Tradizionalmente le ispezioni vengono fatte rientrare tra gli atti ricognitivi, che presuppongono un procedimento di verifica (serie di operazioni dirette all'apprendimento) e consistono in "dichiarazioni di scienza relative ai fatti constatati"²¹² nelle ipotesi, come quella in esame, in cui esse sfocino in un verbale destinato ad esplicitare il contenuto dell'attività ispettiva.

Gli atti in esame, definiti "reali", sono caratterizzati dalla immediatezza, cioè dalla "contestualità tra l'enunciazione della volontà di provvedere e sua concreta esecuzione", caratteristica che produce conseguenze peculiari in ordine al regime giuridico di impugnazione degli atti ispettivi e di tutela dei soggetti ispezionati di fronte al potere autoritativo²¹³.

Il primo problema che si pone attiene alla sussistenza del diritto del soggetto che subisce l'ispezione di essere informato dell'esercizio di questa attività, preventivamente o contestualmente all'inizio delle operazioni, poiché non è affatto scontato, in linea generale, che debba essere rispettato il principio del contraddittorio nell'esercizio della funzione ispettiva²¹⁴.

Dall'esame della disciplina normativa, tuttavia, sembrerebbe doversi riconoscere la necessaria applicabilità del principio del contraddittorio, il quale, anche se esplicitamente richiamato nel comma 3 dell'art. 312 in materia di consulenza tecnica, sembra potersi applicare a tutta l'attività ispettiva in esame, anche in considerazione dell'obbligo per l'ispettore di redigere processo verbale, nel quale inserire le richieste e le dichiarazioni dell'interessato o di chi lo rappresenta²¹⁵.

Questione relativamente diversa è la necessità del preavviso, solitamente negato in considerazione del necessario effetto sorpresa che caratterizza questo tipo di attività (si pensi alle ispezioni del lavoro o a quelle di P.S.). Tuttavia, a parte l'opinione dottrinale e

²¹¹ M. BOMBARDELLI, *Le ispezioni amministrative*, Riv. trim. dir. pubbl. 1989, n. 4, 1122.

²¹² Cfr. A.M. SANDULLI, *Manuale di diritto amministrativo*, 1989, 636.

²¹³ S. VALENTINI, *Le ispezioni amministrative cit.*

²¹⁴ Nel senso della non necessaria vigenza del principio del contraddittorio nell'ambito della funzione ispettiva cfr. Cass, sez. I, 23.7.1999, n. 7694; Cass., sez. trib., 27.10.2000, n. 14200; S. VALENTINI, *Le ispezioni amministrative cit.*, il quale nega che le ispezioni amministrative diano "luogo ad un vero e proprio contraddittorio, contrariamente a quanto accade nell'ispezione giudiziale, non trattandosi di procedimenti contenziosi".

²¹⁵ Cfr. M.S. GIANNINI, *Diritto Amministrativo cit.*, 489, per il quale: "L'ispezione può anche essere in contraddittorio con gli interessati: In tal caso è verbalizzata". Ne deriva che l'attività risultante da un verbale nel quale risultano anche le dichiarazioni degli interessati non può che essere svolta in contraddittorio.

giurisprudenziale favorevole²¹⁶, è da ritenere che nella fattispecie il preavviso sia necessario in quanto esplicitamente previsto dal comma 4 dell'articolo in esame, il quale prevede che: "In ogni caso, dell'accesso nei luoghi di cui al presente comma dovrà essere informato il titolare dell'attività o un suo delegato, che ha il diritto di essere presente, anche con l'assistenza di un difensore di fiducia, e di chiedere che le sue dichiarazioni vengano verbalizzate". La necessità dell'avviso può essere superata da una comunicazione di avvio del procedimento analitica, la quale indichi tutti gli elementi di fatto idonei a consentire all'interessato una consapevole partecipazione alle attività istruttorie.

L'esercizio della funzione ispettiva si scontra in questo caso con i diritti costituzionalmente garantiti dell'individuo, quali l'inviolabilità del domicilio, la segretezza della corrispondenza, ecc. In queste ipotesi, analogamente a quanto previsto dal legislatore in sede di ispezioni tributarie, occorre per tutta una serie di attività (accesso a locali adibiti ad abitazione o all'esercizio di attività professionali, perquisizione di locali diversi da quelli testè indicati nei quali si ritiene, sulla base di gravi indizi, che si trovino libri, registri, documenti, scritture e altre prove del fatto dannoso, perquisizioni personali, apertura coattiva di pieghi sigillati, borse, casseforti, mobili, ripostigli e simili, esame documenti e richiesta notizie per le quali sia stato eccepito il segreto professionale) che la p.a. si munisca di autorizzazione dell'Autorità giudiziaria, la quale assume la forma di un "atto amministrativo condizionante la legittimità dell'accertamento"²¹⁷.

La giurisprudenza ha, infatti, chiarito, in merito all'esercizio delle attività ispettive dell'amministrazione finanziaria invasive nei confronti dei diritti costituzionalmente tutelati, che l'autorizzazione dell'Autorità Giudiziaria si inserisce in un procedimento amministrativo e partecipa della medesima natura giuridica, assumendo la configurazione di presupposto di

²¹⁶ Cfr. M. S. GIANNINI, *Diritto Amministrativo* cit., 123, per il quale "le parti devono essere preavvisate"; cfr., altresì, Cass. pen., sez. III, 29 gennaio 2003, n. 15170 : "In tema di disciplina degli scarichi, l'ispezione dello stabilimento industriale, il prelievo e il campionamento delle acque reflue, le analisi dei campioni, configurano attività amministrative che non richiedono l'osservanza delle norme del c.p.p. stabilite a garanzia degli indagati e degli imputati per le attività di polizia giudiziaria, atteso che l'unica garanzia richiesta per le anzidette attività ispettive è quella prevista dall'art. 223 disp. att. c.p.p. che impone il preavviso all'interessato del giorno, dell'ora e del luogo dove si svolgeranno le analisi dei campioni".

²¹⁷ La Cassazione ha sancito il principio, più volte confermato, in base al quale "il decreto del procuratore della Repubblica autorizzativo della perquisizione del domicilio del contribuente previsto dagli artt. 52, comma 2, d.p.r. 26.10.1972 n. 633 e 33, comma 1, d.p.r. 29.9.1973 n. 600 è un atto che, inserendosi in un tipico procedimento amministrativo, attraverso il quale l'amministrazione finanziaria esercita il potere impositivo notificando al contribuente l'avviso di accertamento, partecipa direttamente della natura amministrativa del procedimento considerato, nel quale si inserisce, condizionandone la legittimità ed è, perciò, sindacabile dal giudice civile, e da quello tributario, in base ai principi generali che regolano l'attività amministrativa dello Stato": cfr., Cass. S.U. civ., 8 agosto 1990, n. 8062; sez. I civ., 27 novembre 1998, n. 12050; Sez. tributaria, 3 dicembre 2001, n. 15230.

legittimità, la cui carenza o illegittimità produce effetti invalidanti nei confronti del risultato dell'ispezione, per come cristallizzato nel verbale.

Le conseguenze di questa impostazione sono che: a) l'autorizzazione in esame deve essere motivata in modo adeguato, anche *per relationem*, facendo rinvio alla richiesta della p.a., ove questa precisi gli indizi che stanno alla base dell'istanza; b) un vizio dell'atto di autorizzazione, per esempio per difetto di motivazione, produce l'invalidità dell'atto medesimo, con effetti a cascata sul procedimento ispettivo e sull'atto finale, in virtù dei principi generali relativi alle invalidità cd. caducante degli atti presupposti²¹⁸. Il fenomeno suddetto si verifica, tuttavia, nell'ipotesi di vizio inerente le modalità dell'ispezione, mentre, nella diversa ipotesi di vizio attinente i risultati dell'ispezione (per esempio, errore di misurazione), il provvedimento finale potrà essere annullato, come vedremo, dal giudice amministrativo per eccesso di potere, per erroneità dei fatti o del presupposto²¹⁹.

Il comma 7 della norma in esame prevede, altresì, che l'ispettore deve redigere un verbale, dal quale risultino le ispezioni e le rilevazioni eseguite, nonché ogni dichiarazione o richiesta fatta dall'interessato o da un suo rappresentante. Il verbale rappresenta lo strumento attraverso il quale avviene la esternazione dei risultati dell'ispezione, con funzione dichiarativa. Esso ha la funzione di rendere certi i fatti e rappresenta il presupposto per l'adozione dell'atto finale. Tale valore di certezza giuridica gli deriva dal fatto di essere redatto da un pubblico ufficiale, per cui il verbale fa piena fede fino a querela di falso in ordine alla provenienza dal pubblico ufficiale che lo ha redatto, nonché ai fatti che il medesimo attesta essere avvenuti in sua presenza o essere stati da lui compiuti, ex art. 2700 c.c.²²⁰.

La giurisprudenza prevalente attribuisce al verbale un valore di atto endoprocedimentale, meramente interno, sfornito di rilevanza esterna e di autonoma lesività, con la conseguenza che esso non può essere autonomamente impugnato, fatte salve le ipotesi in cui esso pregiudichi in modo diretto ed immediato la posizione giuridica dell'interessato.

²¹⁸ Cass., sez. tributaria, 3 dicembre 2001, n. 15230 cit.: "L'assenza, l'abnormità, l'insufficienza e l'incongruenza della motivazione addotta per supportarlo, consequenzialmente, si riflettono, escludendola, sulla legittimità dell'atto in argomento e comportano, perciò, il potere - dovere del giudice tributario che le rilevi di dichiarare l'invalidità, dedotta, dell'atto medesimo e, derivatamente, dell'intero procedimento di accertamento basato su prove acquisite a seguito della relativa esecuzione, atteso che attività compiute illegittimamente ed in ingiustificata violazione del diritto, costituzionalmente garantito, alla inviolabilità del domicilio non possono essere assunte a basamento di atti impositivi a carico di chi quelle attività illegittime abbia suo malgrado subito (cfr., per riferimenti, Cass. Sez. I civ., sent. n. 7358 del 27.8.1998)". In senso sostanzialmente conforme cfr. Cass., 27 settembre 1998, n. 10664, Giur. it. 1999, I, 1, 869; Cass., 27 luglio 1998, n. 7368, Dir. prat. trib. 1999, II, 17.

²¹⁹ S. VALENTINI, *Le ispezioni amministrative* cit., 155, nota 43.

²²⁰ Cfr. Cass., sez. lav., 1 aprile 1995, n. 3853, 18 aprile 1998, n. 3973 e 14 agosto 1999, n. 8659, tutte relative al valore giuridico dei verbali redatti dai funzionari dell'ispettorato del lavoro.

Normalmente il verbale andrà, quindi, impugnato unitamente al provvedimento finale, cioè all'ordinanza di ingiunzione²²¹. La dottrina ha rilevato, altresì, le difficoltà pratiche di configurare l'interesse concreto all'impugnazione, in quanto per gli atti reali, tra i quali si è visto rientrare l'ispezione, "al momento stesso in cui il privato ne avverte gli effetti sfavorevoli, essi hanno già consumato per intero, legittimi o illegittimi che siano, tutta la loro portata senza possibilità di restaurazione della situazione preesistente"²²².

In ordine al mancato rispetto delle formalità previste dal citato comma 7, la giurisprudenza, facendo leva sulla mancanza di una esplicita sanzione di nullità per l'ipotesi di violazione delle stesse, le ha qualificate come mere irregolarità, inidonee, in quanto tali, ad invalidare il provvedimento finale, anche alla luce del vigente art. 21-octies, comma 2, della legge n. 241. Si tratta di ipotesi di inosservanza di legge cd. innocua, nel quale lo scopo dell'atto può dirsi raggiunto, configurandosi una vera e propria sanatoria²²³.

In ordine, infine, alla possibilità per la p.a. procedente di sequestrare documenti e scritture non riproducibili, prevista dal comma 8° dell'art. 312, si tratta di un provvedimento cautelare avente finalità di conservazione della prova, al fine di evitare il pericolo della sua distruzione; dalla norma si evidenzia che l'ispettore deve procedere al sequestro quale *ultima ratio*, cioè quando tutti gli altri strumenti non siano idonei a salvaguardare le esigenze dell'Amministrazione.

8.2. La partecipazione al procedimento.

Com'è noto, l'art. 9 della legge n. 241 del 1990 prevede la possibilità per "qualunque soggetto, portatore di interessi pubblici o privati, nonché i portatori di interessi diffusi costituiti in associazioni o comitati, cui possa derivare un pregiudizio dal provvedimento" di intervenire nel procedimento amministrativo.

Pur non essendo tali soggetti tecnicamente dei controinteressati, ma piuttosto cointeressati, non si vedono motivi ostativi all'applicazione della norma citata alle associazioni ambientaliste e agli enti territoriali, portatori di interessi collettivi e pubblici di grande rilievo in ordine alla tutela dell'ambiente e del proprio territorio. Non sembra, pertanto, che possa essere negato a questi soggetti il diritto di visionare gli atti del

²²¹ Cons. Stato, sez. IV, 25 maggio 1979, n. 369, Riv. Amm. Rep. Ital. 1979, 621; Cass. civ., sez. Trib., 21 ottobre 2003, n. 175723, Giust. Mass. 2003, f. 10; Cass., sez. Trib., 27 ottobre 2000, n. 14200 cit.

In ordine alla non impugnabilità degli atti preparatori, di quelli in corso e di quelli interni per carenza dell'attualità dell'interesse a ricorrere, cfr. V. CAIANIELLO, *Manuale* cit., 579 ss. e la giurisprudenza ivi citata.

²²² S. VALENTINI, *Le ispezioni amministrative* cit., 161, al quale si rinvia anche per riferimenti dottrinali e giurisprudenziali favorevoli all'autonoma impugnabilità dei verbali di ispezione, i quali appaiono, tuttavia, isolati.

²²³ Cfr. M.S. GIANNINI, *Diritto Amministrativo* cit.; E. CASSETTA, *Manuale di diritto amministrativo*.

procedimento e di presentare memorie e documenti, al fine di introdurre nel procedimento gli interessi di cui sono portatori, anche in qualità di enti esponenziali delle collettività locali.

La soluzione favorevole ad un'ampia partecipazione dei privati al procedimento amministrativo si fonda su ragionevoli argomenti.

Innanzitutto, un valido supporto alla tesi positiva può essere rintracciato nella funzione collaborativa riconosciuta alla partecipazione, evidenziata dalla dottrina e dalla giurisprudenza, allo scopo finale del procedimento: garantire l'ottimale soddisfazione dell'interesse pubblico primario in raffronto con gli interessi pubblici e privati secondari²²⁴.

Se il procedimento amministrativo assume il ruolo di strumento attraverso il quale la p.a. può acquisire "una migliore conoscenza della realtà e della complessa trama di interessi coinvolti"²²⁵, non vi è soggetto privato maggiormente in grado di introdurre elementi utili al perseguimento dello scopo finale di tutela ambientale dell'associazione ambientalista²²⁶.

Secondariamente, anche la direttiva 2004/35/CE, in materia di danno ambientale, prevede all'art. 12 che le persone fisiche o giuridiche "b) che vantino un interesse sufficiente nel processo decisionale in materia di ambiente concernente il danno o, in alternativa, c) che facciano valere la violazione di un diritto, nei casi in cui il diritto processuale amministrativo di uno Stato membro esiga tale presupposto, sono legittimate a presentare all'autorità competente osservazioni concernenti qualsiasi caso di danno ambientale o minaccia imminente di danno ambientale di cui siano a conoscenza e a chiedere all'autorità competente di intervenire a norma della presente direttiva", precisando che "l'interesse di organizzazioni non governative che promuovono la protezione dell'ambiente e che sono conformi a tutti i requisiti previsti dal diritto nazionale è considerato sufficiente ai fini della lettera b). Tali organizzazioni sono altresì considerate titolari di diritti che possono subire violazioni ai sensi della lettera c)".

²²⁴ Cfr. E. CASSETTA, *Manuale di diritto amministrativo cit.*, 388 ss.: "Considerando che la funzione del procedimento è quella di consentire la migliore cura dell'interesse pubblico, si deve ritenere che anche la partecipazione sia strumentale alla più congrua decisione finale in vista dell'interesse pubblico: essa ha cioè funzione collaborativa"; Cons. Stato, sez. V, 21.4.2006, n. 2253, per il quale la comunicazione di avvio del procedimento "si fonda sulla duplice esigenza da un lato di porre i destinatari dell'azione amministrativa in grado di far valere i propri diritti partecipativi, dall'altro di consentire all'amministrazione di meglio comparare gli interessi coinvolti e di meglio perseguire l'interesse principale, a fronte degli altri interessi pubblici e privati eventualmente coinvolti".

²²⁵ E. CASSETTA, *Manuale cit.*, 389, per il quale occorre prescindere "dal movente psicologico che muove l'interveniente, estrapolandone cioè il significato per così dire oggettivo, indipendentemente dall'eventuale esigenza di difesa nei confronti dell'amministrazione".

²²⁶ Cfr. M. CALABRO', *Il ruolo delle associazioni ambientaliste in tema di prevenzione e riparazione del danno ambientale*, in *La responsabilità per danno all'ambiente a cura di F. GIAMPIETRO cit.*, 209: "La stretta connessione esistente tra l'attività delle associazioni ambientaliste ed il risultato cui tende la p.a., insieme al considerevole bagaglio di esperienza e di conoscenza scientifica che caratterizza tali organizzazioni, ne fanno, oggi, un interlocutore indispensabile per un'amministrazione la cui azione si ispiri al principio del buon andamento in funzione del perseguimento di un risultato di tutela efficace e durevole".

Non si comprenderebbe, infine, perché le associazioni ambientaliste possano intervenire nei giudizi per danno ambientale e non nei procedimenti amministrativi relativi alla stessa materia, né la possibilità per i cointeressati di intervenire nel processo amministrativo e negarla nella fase procedimentale, legittimazione ad agire riconosciuta in modo sempre più ampio dalla giurisprudenza amministrativa²²⁷.

L'accoglimento della soluzione contraria, pur presente in dottrina²²⁸, rappresenterebbe un ulteriore motivo di incostituzionalità della disciplina sopra evidenziata, in relazione alle minori garanzie di difesa e partecipazione che il procedimento è in grado di garantire.

D'altronde, l'art. 309 del T.U. fa riferimento alle persone fisiche o giuridiche che “vantano un interesse legittimante la partecipazione al procedimento relativo all'adozione delle misure di precauzione, di prevenzione o di ripristino”, con ciò ritenendo l'esercizio di tale diritto perfettamente compatibile con il sistema della partecipazione procedimentale.

Infine, il Giudice amministrativo ha recentemente ammesso la possibilità di intervento nel procedimento amministrativo, ex art. 9 legge n. 241/1990, anche ai soggetti che possano trarre un vantaggio dal provvedimento finale²²⁹. In particolare, il Consiglio di Stato ha ritenuto, nell'ambito di un procedimento amministrativo condotto dall'Autorità Antitrust, che un soggetto privato che trarrebbe un vantaggio dal provvedimento finale, pur non avendo un interesse diretto alla partecipazione al procedimento (che avrebbe dato a tale soggetto il diritto a ricevere la comunicazione di avvio del procedimento), è portatore di “interesse riflesso e derivato, che semmai poteva giustificare il suo spontaneo intervento nel procedimento (art. 9, l. n. 241 del 1990)”.

²²⁷ T.A.R. Puglia, Lecce, sez. I, 12 maggio 2006, n. 2673, Foro Amm. TAR 2005, 1861: “Si è affermato che - anche in mancanza di leggi ordinarie di attuazione tese a realizzare la piena valorizzazione dell'apporto diretto dei singoli cittadini e delle formazioni sociali nella gestione della funzione amministrativa (in modo che l'intervento pubblico istituzionale assuma, effettivamente, carattere sussidiario rispetto all'iniziativa dei cittadini e delle loro libere associazioni) - il principio di sussidiarietà orizzontale impone immediatamente di privilegiare, tra le esistenti opzioni interpretative, quelle più avanzate in tema di legittimazione ad agire che garantiscono ai cittadini, ma anche alle loro associazioni, la più ampia possibilità di sindacare in sede giurisdizionale l'esercizio della funzione amministrativa da parte degli enti pubblici istituzionali a ciò preposti”.

²²⁸ Cfr. A. DI MARIO, *La nuova partecipazione al procedimento: potenziamento o dequotazione?*, in *Le nuove regole dell'azione amministrativa dopo le leggi n. 15/2005 e n. 80/2005*, I, 445, il quale esclude l'ingresso nel procedimento di coloro i quali rivestono una posizione giuridica analoga a quella di colui che ha richiesto il provvedimento.

²²⁹ Cfr. Cons. Stato, sez. VI, 10.3.2006, n. 1271, Foro Amm. CDS 2006, 941.

8.3. Fasi e termini del procedimento.

Il procedimento previsto dal legislatore prevede una prima fase obbligatoria, regolata dal comma 1 dell'art. 313, ed una seconda fase eventuale, disciplinata dal comma secondo del medesimo articolo.

Infatti, la norma precisa che, se dall'istruttoria procedimentale emerge l'accertamento del fatto generatore del danno ambientale, nonché l'individuazione del responsabili e l'inerzia di quest'ultimi in ordine all'attivazione delle procedure di ripristino, il Ministero dell'ambiente emetterà una prima ordinanza, avente immediata esecutività (in deroga al regime ordinario in materia di efficacia stabilito dall'art. 21 bis della legge n. 241 del 1990, il quale sancisce il principio in base al quale "il provvedimento limitativo della sfera giuridica del privato acquista efficacia nei confronti di ciascun destinatario con la comunicazione allo stesso effettuata"), con la quale ingiungerà ai responsabili dell'illecito il ripristino ambientale del sito "a titolo di risarcimento in forma specifica", il quale, come si è già visto, ha prevalenza rispetto al risarcimento per equivalente pecuniario, fissando un termine.

Il successivo comma 3 precisa che l'ordinanza va indirizzata al soggetto individuato quale responsabile e, in solido, al soggetto "nel cui effettivo interesse il comportamento fonte di danno è stato tenuto o che ne abbia obiettivamente tratto vantaggio". Come aveva già chiarito la giurisprudenza amministrativa, pertanto, non sarà sufficiente la qualità di proprietario del sito, ma occorrerà una precisa individuazione della responsabilità diretta del soggetto destinatario dell'ordinanza nella realizzazione del fatto illecito o, almeno, un effettivo vantaggio ad esso arrecato dal medesimo fatto, fatta salva la possibilità di coinvolgere il proprietario ex art. 2051 c.c. (danno cagionato da cose in custodia)²³⁰.

Solo nell'ipotesi in cui il soggetto destinatario della prima ordinanza non abbia ottemperato alle prescrizioni o vi abbia ottemperato solo in parte o il ripristino risulti

²³⁰ T.A.R. Veneto. Sez. III, 25 maggio 2005, n. 2174, il quale ha chiarito che gli interventi di messa in sicurezza, bonifica e ripristino devono essere posti a carico del "responsabili", cioè di "coloro che, con la loro condotta commissiva od omissiva, abbiano causato, o concorso a causare, il superamento dei limiti di accettabilità della contaminazione ambientale.(...)è intuitivo che, da sola, la condizione di proprietario dell'are pregiudicata non realizza una siffatta condotta, e non basta perciò a giustificare l'emissione di un provvedimento, con cui si ordini a questo di effettuare i necessari interventi"; precisa il concetto Cons. Stato, sez. V, 16 luglio 2002, n. 3971, Riv. giur. amb. 2003, 807: "In presenza di accertati e gravi fenomeni di inquinamento l'Amministrazione (fatte salve ovviamente le iniziative nei confronti dei diretti responsabili del fenomeno) non può sic et simpliciter imporre ai (peraltro) successivi proprietari dell'immobile, in quanto appunto proprietari, oneri comportamentali ed oneri di facere (peraltro, ripetesi, nella specie del tutto generici, indeterminati ed indeterminabili); oneri la cui attuazione (per le oggettive complesse problematiche tecniche) presuppone generali programmi di intervento (volti ad individuare la tipologia e le modalità degli interventi medesimi) che non possono non essere preventivamente effettuati dalla Pubblica Amministrazione, la sola che ha una generale capacità programmatica derivante dal perseguimento istituzionale di pubbliche finalità e di interessi comuni. Solo nella successiva attuazione concreta dei (precedentemente) programmati interventi, l'Amministrazione potrà imporre l'esecuzione (in vista del perseguimento degli individuati fini pubblici) ai privati - anche solo in quanto meri proprietari dei beni - in (oculata) applicazione delle singole norme richiamate"; da ultimo T.A.R. Sicilia, Catania, n. 1254/2007 cit.

impossibile, in tutto in parte, oppure eccessivamente oneroso ex art. 2058 (secondo l'interpretazione della giurisprudenza sopra riportata), la p.a. procedente emanerà una seconda ordinanza di ingiunzione al pagamento di una somma pari al valore economico del danno intero o residuo a seguito degli interventi.

Il comma quattro individua scansioni temporali ben precise: 180 giorni dalla comunicazione dell'avvio dell'istruttoria agli interessati (termine qualificato perentorio) e due anni dalla notizia del fatto (termine definito di decadenza).

Nel primo caso il legislatore precisa che il superamento il termine di legge entro il quale il Ministero deve concludere il procedimento è da intendersi perentorio, volendo marcare la differenza con la natura meramente acceleratoria e ordinatoria del generale termine di conclusione del procedimento fissato dall'art. 2 della legge n. 241 del 1990²³¹.

In ordine alle conseguenze del mancato rispetto del suddetto termine, la giurisprudenza si esprime in termini di annullabilità del provvedimento emesso oltre il termine perentorio²³², analogamente a ciò che avviene a seguito della sanzione della decadenza prevista dal legislatore per l'ipotesi della scadenza del termine di due anni dalla notizia

8.4 Contenuto dell'ordinanza.

L'articolo 314 del decreto in esame precisa il contenuto necessario dell'ordinanza ministeriale, la quale deve contenere "l'indicazione specifica del fatto", gli "elementi di fatto ritenuti rilevanti per l'individuazione e quantificazione del danno" e le "fonti di prova per l'identificazione dei trasgressori".

Gli elementi suddetti non possono che scaturire dall'istruttoria procedimentale, fase nella quale, in contraddittorio con gli interessati, il responsabile del procedimento procederà ad accertare i fatti, come previsto dall'art. 6 della legge generale sull'azione amministrativa.

Come si è già visto, per il legislatore il Ministero deve dare priorità agli interventi di prevenzione prima che il danno si sia verificato e di ripristino nella fase successiva, al fine di tutelare in modo pieno e tempestivo un bene che raramente può essere configurato come fungibile, quale quello ambientale.

²³¹ Cfr. M. CORRADINO, *Termini, efficacia e silenzio dell'Amministrazione nelle "riforme" della legge n. 241/1990*, www.giustizia-amministrativa.it; Corte costituzionale, 23 luglio 1997, n. 262, Cons. Stato, 1997, II, 1128; giurisprudenza amministrativa pacifica: cfr. Cons. Stato, sez. VI, n. 2195/2006 cit..

²³² Cfr. Cons. Stato, sez. VI, 11 novembre 2004, n. 7285; sez. VI, 20 aprile 2006, 2195, www.lexitalia.it; T.A.R. Puglia, Lecce, I, 12 maggio 2006, n. 2573, www.lexitalia.it, che parla di "un ipotesi di violazione delle regole di legittimità formale".

Il nucleo centrale e più importante dell'ordinanza, pertanto, consisterà nella individuazione degli interventi finalizzati ad eliminare le conseguenze dannose, nonché ad evitare che altri danni possano verificarsi in futuro.

Il comma 3 della norma in esame richiama, del tutto superflualmente, la possibilità di addivenire ad un accordo ex art. 11 della legge n. 241 del 1990, in ordine al contenuto di tali misure. La norma appare come un inutile doppione della possibilità generale di ricorrere a tale strumento di esercizio consensuale del potere amministrativo, reso di generale applicazione, anche in ordine ai cd. accordi sostitutivi, in virtù dell'eliminazione, nel comma 1, del riferimento ai "casi previsti dalla legge" ad opera della legge n. 15 del 2005.

Si tenga conto del fatto che, come previsto dal comma 4 bis del citato articolo 11, la stipulazione dell'accordo deve essere preceduta da una determinazione amministrativa da parte dell'organo competente all'adozione dell'atto finale, la quale deve indicare lo scopo che la p.a intendere raggiungere e le ragioni in base alle quali l'accordo venga ritenuto lo strumento in concreto più idoneo per raggiungere lo scopo suddetto²³³.

Infine il comma 3 prevede l'obbligo di quantificare il danno, con le modalità già esaminate e, nell'ipotesi in cui non sia motivatamente possibile addivenire a tale quantificazione, prevede una ipotesi di danno presunto, sanzionata sulla base di una somma fissa e forfettaria non inferiore al triplo della sanzione pecuniaria, amministrativa o penale, in concreto irrogata, fatta salva la prova contraria prevista a favore del privato, soluzione già sperimentata dal legislatore in sede di disciplina dell'inquinamento delle acque (art. 58, comma 3, del d. lgs. 11.5.1999, n. 152). In sostanza si verifica una ipotesi di inversione dell'onere della prova, che consente di supplire alla inidoneità strutturale della p.a a determinare in via equitativa il danno non quantificabile con un elevato grado di certezza.

Come rilevato dalla dottrina, si tratta di una previsione che comporterà un disincentivo per il privato autore del danno a realizzare interventi di ripristino nelle non rare ipotesi in cui il costo di tali interventi sarà più elevato della somma forfettariamente determinata, con evidenti riflessi negativi sulla tutela dell'ambiente²³⁴.

L'ultimo comma dell'articolo in esame prevede, infine, l'obbligo per la p.a. precedente di indicare i mezzi di ricorso ed i relativi termini, conformemente a quanto previsto, in via generale, dal comma 4 dell'art. 3 della legge n. 241/1990, la cui omissione,

²³³ Cfr. G. DE MARZO – P. GRAUSO – G. FABBRIZZI, *L'attività amministrativa alla ricerca del consenso*, in *Le nuove regole dell'azione amministrativa dopo le leggi n. 15/2005 e n. 80/2005*, I, 109, anche in ordine alle conseguenze della mancata adozione della determinazione pubblicistica prevista dalla legge e alla natura giuridica degli accordi in esame.

²³⁴ Cfr. F. GIAMPIETRO, *La responsabilità per danno all'ambiente in Italia* cit., 33.

tuttavia, per giurisprudenza pacifica, dà vita ad una mera irregolarità, senza riflessi sull'atto adottato, la quale può comportare la rimessione in termini del destinatario dell'atto, in presenza dei presupposti individuati dal giudice amministrativo²³⁵.

8.5. Le misure di prevenzione e l'inibitoria. Il principio di precauzione.

La giurisprudenza e la dottrina hanno da tempo rilevato che una tutela meramente risarcitoria non è sufficiente per garantire a pieno beni giuridici (quale l'ambiente) e diritti della personalità (quale il diritto alla salute) di rilievo costituzionale e, soprattutto, non facilmente ripristinabili a seguito della loro lesione.

Particolarmente sensibili a questa esigenza gli ordinamenti internazionale e comunitario, i quali hanno riconosciuto l'esistenza prima del principio di prevenzione fin dagli anni '70 (Dichiarazione ONU sull'ambiente umano del 1972) e successivamente del principio di precauzione, riconosciuto negli anni '80 in ambito internazionale (Carta mondiale della natura del 1982) e comunitario (Trattato di Maastricht). Tale principio fa sicuramente parte dei principi fondamentali dell'ordinamento giuridico italiano, in quanto richiamato da varie leggi nazionali in materia di tutela ambientale (dalla legge n. 36 del 2001 al decreto in esame²³⁶) e del diritto comunitario²³⁷.

Secondo la giurisprudenza comunitaria, il principio di precauzione interviene anche quando vi sono incertezze in ordine all'esistenza o alla portata di rischi per la salute delle persone, consentendo alle istituzioni comunitarie di adottare le misure protettive adeguate "senza dover attendere che siano esaurientemente dimostrate la realtà e la gravità di tali

235 Cons. Stato, sez. IV, 30 marzo 2000, n. 1814, Foro Amm. 2000, 858 : "La violazione dell'art. 3 comma 4, l. 7 agosto 1990 n. 241, secondo il quale in ogni atto notificato al destinatario devono essere indicati il termine per ricorrere e l'autorità alla quale è possibile ricorrere, non comporta alcuna conseguenza sulla legittimità e l'efficacia dell'atto carente, ma impedisce il formarsi di preclusioni"; Cons. Stato, A. P., 14 febbraio 2001, n. 2, Giur. it. 2001, 1040: "Nelle ipotesi in cui l'amministrazione venendo meno al dovere di cooperazione previsto dall'art. 3, comma 4, l. n. 241 del 1990, ometta di indicare nel provvedimento rivolto al privato i termini e l'autorità giurisdizionale cui ricorrere, sussiste il presupposto per il riconoscimento dell'errore scusabile in sede processuale ove, nel singolo caso, sussista una giustificata incertezza sugli strumenti di tutela utilizzabili da parte del destinatario dell'atto"; sez. IV, 26 novembre 2001, n. 5946, Foro amm. 2001, 2778; sez. VI, 22 ottobre 2002, n. 5812, Foro Amm. CDS 2002, 2571; sez. IV, 19 luglio 2004, n. 5182, per il quale il riconoscimento dell'errore scusabile è ammissibile "solo quando ne sussistano i presupposti, ossia: una situazione normativa obiettivamente inconoscibile o confusa, uno stato di obiettiva incertezza, per le oggettive difficoltà di interpretazione di una norma, per la particolare complessità di una fattispecie concreta, per i contrasti giurisprudenziali esistenti o per il comportamento dell'amministrazione idoneo, perché equivoco, ad ingenerare convincimenti non esatti".

²³⁶ Cfr. U. SALANITRO, *I principi generali nel Codice dell'ambiente*, Giornale di diritto amministrativo 1/2009, 103 ss.

²³⁷ Sui principi di precauzione e di prevenzione cfr. A. BARONE, *Il diritto del rischio*, 72 ss. e 225 ss.; sulla genesi del principio di precauzione cfr. B. DELFINO, *Una nuova nozione di <<sicurezza>> nel diritto pubblico: riflessioni, rapporti con i principi di prevenzione e di precauzione e sua forza espansiva*, Foro Amm. – CDS 2008, 3191.

rischi”²³⁸. In sostanza il giudice comunitario evidenzia che il contesto di applicazione del principio di precauzione è per definizione d'incertezza scientifica, in quanto non si può esigere che il rischio ambientale venga necessariamente supportato da prove scientifiche decisive sulla realtà del rischio e sulla gravità dei potenziali effetti nocivi in caso di avveramento dello stesso, mentre è stato chiarito che il principio di prevenzione si fonda su rischi reali la cui pericolosità è stabilita²³⁹.

E' stato, altresì, evidenziato il nesso strettissimo con il principio “chi inquina paga”, il quale non ha solo una funzione risarcitoria *post factum*, ma anche preventiva, in quanto spinge verso la internalizzazione dei costi ambientali, scoraggiando condotte generatrici di danni ambientali, anche se la giurisprudenza amministrativa si mostra restia a riconoscere una responsabilità per mancato rispetto del principio di precauzione²⁴⁰.

Per tale motivo la giurisprudenza ha individuato vari strumenti di tutela anticipata dell'ambiente e della salute delle persone, dapprima utilizzando gli istituti codicistici, quale l'art. 844 c.c. in materia di immissioni. Come già evidenziato, tuttavia, la Corte costituzionale chiarì ben presto che tale istituto non poteva essere adoperato al di fuori dell'ottica meramente proprietaria, per cui i giudici hanno cercato nuovi strumenti che consentissero di raggiungere l'obiettivo di impedire il protrarsi di azioni dannose per l'ambiente o la salute umana o di regolamentarne la continuazione.

In alcune decisioni, quindi, si è fatto riferimento agli artt. 2043 e 2058 c.c., i quali, tuttavia, come fu prontamente rilevato, potevano essere utilizzati solo in una fase successiva rispetto alla produzione del danno.

Al fine di ottenere una tutela efficace venne utilizzato lo strumento dell'azione inibitoria, la quale, come si è visto, ha una funzione preventiva rispetto alla verifica o al protrarsi degli effetti del danno, elaborando un concetto generale che consentisse di superare l'impostazione restrittiva derivante dalla tipicità delle ipotesi inibitorie²⁴¹.

²³⁸ Trib. I grado Ce, sez. II, 19 novembre 2009 in C- T-334/07, che richiama le decisioni della Corte Ce 5 maggio 1998, causa C-180/96 e del Tribunale di I grado 11 settembre 2002. Alla luce di tale principio il Tribunale comunitario ha ritenuto legittimo il comportamento della Commissione Ce, la quale, alla luce del principio di precauzione e tenendo conto dei dati tossicologici disponibili, delle incertezze connesse alle proprietà genotossiche e cancerogene di un prodotto fitosanitario e delle lacune del fascicolo che rendono impossibile il compimento di una valutazione dei rischi decisiva, ne ha vietato la messa in commercio.

²³⁹ B. DELFINO, *Una nuova nozione di <<sicurezza>> nel diritto pubblico ...* cit., 3190.

²⁴⁰ B. DELFINO, *Responsabilità e socializzazione del rischio*, Foro Amm- CDS 2008, 663.

²⁴¹ Cfr. A. DI MAJO, *La tutela civile dei diritti*, 1982; A. PROTO PISANI, *La tutela giurisdizionale dei diritti della personalità: strumenti e tecniche di tutela*, Foro Italiano 1990, V, 1, 2: “La tutela inibitoria è da ammettere come forma generale di tutela ogni qual volta si sia alla presenza di diritti il cui godimento è assicurato da obblighi continuativi o iterativi di non fare, e si sia alla presenza di una condotta anti-giuridica la quale si sia almeno concretizzata in una minaccia (o vanto o contestazione); nonché ogni qual volta, pur non essendosi alla presenza di diritti soggettivi in senso stretto, vi siano norme penali che vietino determinate condotte”; M.

La giurisprudenza ha fatto ampio uso dell'inibitoria, imponendo ordini di astensione o vere e proprie condotte prescrittive, attraverso lo strumento processuale cautelare dell'art. 700 c.p.c., al fine di raggiungere il risultato della tutela anticipata dei beni giuridici di valore costituzionale²⁴².

Il legislatore si è reso conto dell'importanza della prevenzione del danno ambientale ed è intervenuto prima con l'art. 8 della legge n. 349 del 1986, che prevede l'"inibitoria amministrativa" affidata alla p.a.; successivamente, nel T.U. in esame, ha elaborato un complesso sistema di obblighi e sanzioni a carico dei privati e dei soggetti pubblici, finalizzati a realizzare una efficace prevenzione dei fenomeni di danno ambientale.

In particolare, l'art. 304, rubricato "azione di prevenzione", disciplina gli adempimenti posti a carico degli operatori (definito dal comma 4 dell'art. 302 : "qualsiasi persona, fisica o giuridica, pubblica o privata, che esercita o controlla un'attività professionale avente rilevanza ambientale oppure chi comunque eserciti potere decisionale sugli aspetti tecnici e finanziari di tale attività, compresi il titolare del permesso o dell'autorizzazione a svolgere detta attività") nelle ipotesi di "minaccia imminente" di danno ambientale, coerentemente con l'impostazione tradizionale relativa all'azione inibitoria, la quale richiede la cd. potenzialità del pregiudizio, intesa quale pericolo di danno derivante da un illecito in atto²⁴³.

La norma in esame impone obblighi di intervento a carico degli operatori o, in caso di inadempimento, a carico del Ministero dell'ambiente, sanzionati per l'ipotesi di mancato intervento, in attuazione del principio di precauzione di derivazione comunitaria, espressamente inserito nel T.U. con l'art. 301.

Tuttavia, la norma non brilla per chiarezza in ordine ai compiti dei soggetti pubblici coinvolti, in quanto prevede dapprima l'obbligo di far precedere l'adozione delle misure di prevenzione da una comunicazione al Comune, alla Provincia, alla Regione (o alla Provincia autonoma) e alla Prefettura, senza precisare a che titolo gli enti locali si debbano vedere destinatari della suddetta comunicazione. Successivamente, nell'articolo citato, viene

TARUFFO, *la legittimazione ad agire e le tecniche di tutela nella nuova disciplina del danno ambientale*, Riv. crit. dir. priv. 1987, 429, che riconosce l'esistenza dell'azione inibitoria atipica e la ritiene essenziale al fine di anticipare la tutela a favore dei beni ambientali.

²⁴² Cfr., a titolo di esempio della tendenza giurisprudenziale espansiva, l'ordinanza della Pretura di Verona, 12 novembre 1987, Giur. merito 1990, fasc. 1, pag. 85, nella quale il decidente accoglie una nozione molto ampia di inibitoria, sganciata dalla previsione normativa (principio della atipicità della tutela) e fondata sugli artt. 2043 e 2058 c.c., ritenuti non idonei a restringere "l'intervento giurisdizionale ai casi di repressione degli effetti di un danno già verificato". Cfr. anche A. CORSARO, *Il danno ambientale. Il principio della precauzione e dell'azione preventiva e le misure di riparazione in materia di responsabilità ambientale*, www.giustizia-amministrativa.it, il quale conferma che a tutela di diritti fondamentali, quali il diritto alla salute e al fine di prevenire il danno ambientale, sono possibili azioni inibitorie nei confronti della p.a. con il rimedio del ricorso cautelare d'urgenza ex art. 700 c.p.c..

²⁴³ Cfr. BUSNELLI - BIGLIAZZI GERI - NATOLI, *Diritto civile* cit. III, 787.

precisato che l'operatore è legittimato ad effettuare gli interventi a seguito della semplice ricezione da parte del Comune della comunicazione. Nella stessa norma si fa, altresì, riferimento ad una sanzione irrogata dalla "autorità preposta al controllo o comunque dal Ministero dell'ambiente" per il caso di mancato intervento o di carenza di comunicazione. Infine, l'articolo in esame attribuisce soltanto al Ministero il potere di ordinare all'operatore l'adozione delle "specifiche misure di prevenzione considerate necessarie".

Dall'esame della disciplina normativa emerge un coacervo di competenze non chiaramente individuate e scollegate tra di loro, che non mancheranno di ingenerare conflitti tra le pubbliche amministrazioni coinvolte.

Non si comprende bene, infatti, perché la comunicazione debba essere effettuata a tutti i soggetti sopra indicati, considerato che la potestà amministrativa di ordinare le misure di prevenzione rimane riservata al Ministero dell'ambiente.

Di particolare interesse l'obbligo per il Ministero dell'ambiente di intervenire, in via sostitutiva, nell'adozione delle misure di prevenzione o di ripristino, quest'ultime previste dall'art. 305 per il caso di danno ambientale già verificato al fine di prevenire o limitare gli ulteriori pregiudizi ambientali e alla salute umana, la cui mancata adozione, come vedremo a breve, produce conseguenze a carico del Ministero (e del funzionario) inadempiente.

Il principio di precauzione richiede anche l'applicazione delle regole del procedimento amministrativo e della normativa in materia di accesso del pubblico alle informazioni ambientali (d. lgs.n.195/2005)²⁴⁴.

9. Il sistema dei rimedi giurisdizionali a tutela dei soggetti legittimati a richiedere l'intervento del Ministero dell'ambiente.

9.1. La giurisdizione esclusiva, il silenzio inadempimento e il danno da ritardo.

La materia ambientale è caratterizzata, come si è visto, da profili di rilevante interesse pubblico e coinvolge posizioni giuridiche soggettive di rilevanza costituzionale, quali il diritto alla salute e all'ambiente salubre, aventi natura di diritti soggettivi. La materia in esame è caratterizzata dalla coesistenza di posizioni giuridiche soggettive di interesse legittimo e di diritto soggettivo, per cui l'attribuzione al giudice amministrativo della giurisdizione esclusiva²⁴⁵ appare felice, in quanto, nonostante l'autorevole opinione contraria²⁴⁶, appare

²⁴⁴ A. CORSARO, *Il danno ambientale. Il principio della precauzione e dell'azione preventiva e le misure di riparazione in materia di responsabilità ambientale*, www.giustizia-amministrativa.it.

²⁴⁵ Confermata di recente dall'art. 133, c. 1, lett. s) del d. lgs. n. 104/2010, il quale attribuisce alla giurisdizione esclusiva del g.a. "le controversie aventi ad oggetto atti e provvedimenti adottati in violazione delle disposizioni in materia di danno all'ambiente, nonché avverso il silenzio inadempimento del Ministro dell'ambiente e della

difficile contestare la presenza nella materia in esame di poteri pubblicistici del Ministero dell'ambiente (ispettivi, cautelari, inibitori, ecc.).

Contribuisce a delineare il sistema di tutele a disposizione dei soggetti coinvolti a vario titolo (trasgressori, associazioni ambientaliste, enti pubblici, privati) nella vicenda di danno ambientale anche il comma 5 dell'art. 18 della legge n. 349 del 1986, esplicitamente fatto salvo dall'art. 318, che ha abrogato le norme incompatibili con il sistema delineato dal decreto in esame.

Il primo articolo si inserisce nel titolo II° della parte VI[^] del decreto, relativo alla prevenzione e al ripristino ambientale, già ampiamente esaminata.

In particolare, l'art. 310 attribuisce la legittimazione ad agire in giudizio, per l'annullamento degli atti e dei provvedimenti adottati dal Ministero dell'ambiente in violazione delle norme contenute nella parte sesta del decreto in esame, alle Regioni, alle Province autonome e agli enti locali (anche associati), alle associazioni ambientaliste riconosciute ai sensi dell'art. 13 della legge n. 349/1986, nonché alle persone fisiche o giuridiche “che sono o che potrebbero essere colpite dal danno ambientale o che vantino un interesse legittimante la partecipazione al procedimento relativo all'adozione delle misure di precauzione, di prevenzione o di ripristino” previste dalla parte sesta del decreto.

La norma precisa che la legittimazione ad agire in giudizio spetta “secondo i principi generali”, cui rimanda al fine delle individuazioni delle condizioni dell'azione. Tuttavia, il rinvio ai soggetti come precisati dal comma 1 dell'art. 309 sembrerebbe imporre al giudice amministrativo una verifica dell'interesse ad agire soltanto in capo alle persone fisiche o giuridiche diverse dagli enti territoriali e dalle associazioni ambientaliste, le quali appaiono portatrici, *ex lege*, di un interesse qualificato e differenziato all'impugnazione degli atti amministrativi in contrasto con le norme citate.

Le associazioni ambientaliste individuate ex art. 13 della legge n. 349 del 1986 godono, tuttavia, di una legittimazione ad agire in giudizio più ampia degli altri soggetti, in quanto possono impugnare qualsiasi atto ritenuto illegittimo in materia ambientale, in virtù

tutela del territorio e del mare e per il risarcimento del danno subito a causa del ritardo nell'attivazione, da parte del medesimo Ministro, delle misure di precauzione, di prevenzione o di contenimento del danno ambientale, nonché quelle inerenti le ordinanze ministeriali di ripristino ambientale e di risarcimento del danno ambientale”.

²⁴⁶ Dubita della compatibilità costituzionale dell'attribuzione della “materia” del danno ambientale al giudice amministrativo F. GIAMPIETRO, *Prevenzione, ripristino, risarcimento dei danni all'ambiente nel d. lgs. n. 152/2006* cit., 324, per il quale non “sono da considerare marginali i dubbi di legittimità costituzionale, sollevati dalla previsione di un sistema ad hoc, che, in una materia nella quale non ha peso l'esercizio di un potere discrezionale vero e proprio, (epperçì, autoritativo), in quanto risulta nettamente prevalente l'accertamento di ordine tecnico di fatti che cagionano rischio o pregiudizio per la salute o per determinati beni ambientali (...) in mancanza di un inestricabile intreccio tra diritti ed interessi legittimi (che fondi la ragionevolezza dell'eccezione alla giurisdizione ordinaria)”.

del disposto del comma 5 dell'art. 18 della medesima legge n. 349/1986, nonché in virtù del comma 46 dell'art. 17 della legge n. 127/1997²⁴⁷, norme sopravvissute all'abrogazione che in origine era stata prevista dalla prima bozza del decreto.

L'articolo 310 in esame prevede, altresì, la legittimazione dei soggetti sopra precisati ad impugnare innanzi al giudice amministrativo il "silenzio inadempimento" e a richiedere il cd. "danno da ritardo" subito dai medesimi soggetti a causa dell'inerzia o della tardività dell'intervento del Ministero nell'adozione delle misure di precauzione, prevenzione o contenimento del danno ambientale.

In ordine alla prima fattispecie, si tratta della generale possibilità di reazione nei confronti dell'inerzia della pubblica amministrazione, riconosciuta quale silenzio rifiuto o silenzio inadempimento, a fronte di un dovere pubblicistico di concludere il procedimento amministrativo nei termini di legge o in quelli regolamentari, ove esistenti.

A dire il vero, la norma in esame, quando utilizza il termine silenzio-inadempimento, recepisce una terminologia che presenta dubbi in dottrina, ma che gode di sostegno giurisprudenziale e presso alcuni autori. Secondo una parte della dottrina, infatti, non avrebbe alcun senso distinguere tra silenzio inadempimento e silenzio rifiuto, in quanto mediante questo istituto il legislatore intende esclusivamente riconoscere al soggetto titolare di un interesse legittimo, in particolare di tipo pretensivo (in quanto il silenzio si configura prevalentemente a fronte di una istanza del privato finalizzata ad ampliare la propria sfera giuridica e ad ottenere un bene della vita a cui aspira), la possibilità di reagire a fronte del comportamento inerte della p.a., senza che rilevi il fatto che l'inerzia possa essere qualificata quale omissione di attività dovuta o inadempimento del dovere di provvedere²⁴⁸.

In verità, non mancano in dottrina e in giurisprudenza opinioni favorevoli all'utilizzo del termine silenzio-inadempimento²⁴⁹, nonché in ordine al riconoscimento della autonomia di

²⁴⁷ Legge 15 maggio 1997, n. 127, art. 17, comma 46: "Le associazioni di protezione ambientale a carattere nazionale, individuate dal decreto del ministro dell'Ambiente 20 febbraio 1987, pubblicato nella Gazzetta Ufficiale n. 48 del 27 febbraio 1987, come modificato dal decreto del ministro dell'Ambiente 17 febbraio 1995, pubblicato nella Gazzetta Ufficiale n. 98 del 28 aprile 1995, possono, nei casi previsti dall'articolo 18 della legge 8 luglio 1986, n. 349, impugnare davanti al giudice amministrativo gli atti di competenza delle regioni, delle province e dei comuni".

²⁴⁸ F. SCOCA – M. D'ORSOGNA, *Silenzio, clamori di novità*, Diritto proc. amm., n. 3/1995, 397, i quali rilevano che l'orientamento di alcuni autori, favorevoli al riconoscimento del silenzio inadempimento, sembra "una scelta puramente terminologica, per indicare quelle ipotesi di inerzia non rese significative da alcuna norma di legge, in alternativa alla formula silenzio-rifiuto", troppo vicina alla costruzione, ormai abbandonata, dell'inerzia quale provvedimento di diniego". Accoglie questa impostazione critica M. CORRADINO, *Termini, efficacia dei provvedimenti e silenzio dell'Amministrazione nelle "riforme" della legge n. 241/1990* cit.

²⁴⁹ Cfr. A.M SANDULLI, *Manuale* cit., 679: "Vanno configurati come silenzio inadempimento (...) tutti i casi in cui l'Amministrazione ometta di provvedere (...) entro il termine assegnato dalla legge, e quest'ultima non contenga alcuna indicazione appagante in ordine al significato da attribuire al silenzio (...) o si limiti a consentire agli interessati di ricorrere contro il silenzio serbato al di là del termine".

questo istituto rispetto al silenzio rifiuto. La giurisprudenza amministrativa siciliana, per esempio, qualifica quale silenzio inadempimento l'ipotesi di inerzia nell'ambito dell'attività vincolata e silenzio rifiuto l'inerzia della p.a. nel contesto di una attività discrezionale, facendone derivare conseguenze diverse, anche in ordine ai poteri del giudice amministrativo²⁵⁰.

Le questioni principali su cui la giurisprudenza amministrativa e quella civilistica si dividevano prima dei recenti interventi legislativi attenevano: 1) alla delimitazione dei poteri del giudice amministrativo in ordine alla fondatezza della pretesa del ricorrente e, quindi, alla spettanza del bene della vita agognato, alla luce dell'inciso inserito nel comma 5 dell'art. 2 della legge n. 241 del 1990 dalla legge n. 80 del 2005, in base al quale: "Il giudice amministrativo può conoscere della fondatezza dell'istanza"; 2) alla necessaria pregiudizialità del preventivo annullamento dell'atto amministrativo da parte del giudice amministrativo al fine di riconoscere la tutela risarcitoria e, quindi, nel nostro caso, del preventivo annullamento del silenzio inadempimento della p.a.; 3) alla spettanza del risarcimento del danno per il mero "danno da ritardo", cioè a seguito della semplice violazione dei doveri di buona amministrazione e di buona fede nei rapporti con i privati che vengano in contatto con la p.a. o se, invece, tale categoria di danno richieda per il suo riconoscimento che il giudice valuti la spettanza del bene della vita richiesto, negando in sostanza il risarcimento nelle ipotesi in cui la domanda va comunque rigettata da parte della p.a.

In ordine alla prima questione, la giurisprudenza amministrativa sembra ormai orientata a superare l'orientamento restrittivo fatto proprio dall'Adunanza Plenaria del Consiglio di Stato²⁵¹ e, pertanto, ad ammettere il potere del giudice di conoscere e decidere sulla fondatezza della pretesa, quantomeno nelle ipotesi di attività vincolata della p.a., cioè nelle fattispecie in cui è la legge a prevedere i requisiti per il riconoscimento del bene della vita del privato, senza lasciare margini di ponderazione tra interesse pubblico e interessi privati in capo alla p.a. precedente. In questo caso il giudice potrebbe pronunciarsi in ordine alla fondatezza della pretesa e così facendo non lederebbe la sfera di amministrazione riservata alla p.a.

²⁵⁰ Cfr. T.A.R. Sicilia, Catania, I, 17 ottobre 2005, n. 1723, Rassegna amministrativa siciliana n. 4/2005, 1680;

²⁵¹ Cons. Stato, A.P., 9 gennaio 2002, n. 1, la quale negava il riconoscimento dei poteri di indagine del Giudice sulla pretesa sostanziale, anche nell'ambito dell'attività vincolata, riconoscendo la permanenza del potere della p.a. di provveder anche dopo l'emanazione della sentenza e fino all'insediamento del commissario *ad acta*, in quanto "se il giudice dovesse spingersi a stabilire il concreto contenuto del provvedimento (...) all'amministrazione e al commissario non residuerebbero altri spazi se non per un'attività avente contenuto e funzione di mera esecuzione".

Nella diversa ipotesi di attività discrezionale pubblicistica, il giudice dovrebbe limitare la pronuncia sulla illegittimità dell'inerzia, imponendo all'Amministrazione la conclusione del procedimento con l'adozione di un provvedimento finale, senza tuttavia poter orientare la p.a verso il riconoscimento o meno della pretesa. Spetta, infatti, all'Amministrazione il compito di effettuare la comparazione degli interessi pubblici con quelli privati, che poi è l'essenza della discrezionalità amministrativa, secondo la moderna concezione della stessa, anche in considerazione del fatto che il giudizio sul silenzio non rientra nelle ipotesi di giurisdizione di merito²⁵².

Non mancano decisioni, tuttavia minoritarie, di chiaro segno opposto, nelle quali viene riconosciuto un ampio potere in capo al giudice amministrativo, anche oltre le ipotesi di atti vincolati²⁵³ e altre pronunce nelle quali non si fa alcun cenno a tale vincolo, riconoscendo che il giudice in materia sarebbe dotato di giurisdizione estesa al merito²⁵⁴.

La scelta tra le due impostazioni non è priva di conseguenze, in quanto nella fattispecie in esame si tratta certamente di attività ampiamente discrezionale, attribuita alla potestà pubblicistica del Ministero dell'ambiente, il quale è dotato di poteri e strumenti finalizzati alla individuazione degli interventi necessari per la prevenzione o il ripristino ambientale, anche se il giudice amministrativo non appare sfornito di strumenti tecnici, quali la consulenza tecnica, idonei a consentire un sindacato sull'esercizio del potere amministrativo in materia ambientale. Tuttavia, la giustizia amministrativa dovrà tener conto del fatto che le scelte ambientali comportano alti profili di discrezionalità tecnica, se non di mera opportunità, che possono essere incisi dal giudice amministrativo in modo penetrante solo accogliendo l'impostazione più ampia fatta propria dalle decisioni testè riportate.

In ordine alla seconda questione ci si chiede se i principi esposti dalla giurisprudenza in materia di pregiudizialità amministrativa (cioè in ordine al necessario previo annullamento dell'atto illegittimo al fine di ottenere il risarcimento del danno) trovino applicazione anche nella diversa ipotesi nella quale il privato intenda far valere il danno derivante dalla ritardata

²⁵² Cfr. T.A.R. Sicilia, Catania, n. 1723/05 cit.; M.A. SANDULLI, *Riforma della l. 241/1990 e processo amministrativo: introduzione al tema*, Foro Amm. TAR, supplemento al n. 6/05, 7; S. COGLIANI, *Un nuovo ruolo per il giudice amministrativo in materia ambientale: alcune riflessioni alla luce dell'attuazione della delega ambientale*, Gazzetta ambiente n. 2/2006, 45.

²⁵³ T.A.R. Veneto, III, 16 dicembre 2005, n. 4304, Foro Amm. TAR 2005, 3857: "Si giustifica l'intromissione del giudice anche in ambiti di discrezionalità, non limitando la norma ricordata alle sole ipotesi di atti vincolati la possibilità di pregnante sindacato sulla fondatezza dell'istanza, vale a dire sulla definizione del rapporto sottostante (...) è ammissibile anche l'indicazione del concreto atto da adottarsi e non di un provvedimento qualsiasi".

²⁵⁴ C.G.A., 4 novembre 2005, n. 726, Rassegna Amm. Sic. n. 4/2005, 1487; contra Cons. Stato, sez. IV, 10.10.2007 n. 5311.

emanazione del provvedimento amministrativo o nella fattispecie di completa inerzia della p.a.

Da una parte, di recente, un giudice amministrativo di 1° grado ha sancito che il principio della necessaria pregiudizialità si applica anche nell'ipotesi di danno da ritardo, richiedendo la previa impugnazione del silenzio rifiuto, culminata con una pronuncia di illegittimità dell'inerzia provvedimento della p.a.²⁵⁵.

Il Consiglio di Stato appare, tuttavia, orientato nel senso di ritenere tale annullamento superfluo, perlomeno nell'ipotesi in cui il provvedimento sia stato emanato, seppure in ritardo rispetto al termine di legge o di regolamento, con risultato favorevole per il privato e nell'ipotesi di danno verificatosi tra la data di annullamento del silenzio da parte del giudice amministrativo e l'emanazione del provvedimento di accoglimento dell'istanza.

Qualche dubbio permane in giurisprudenza in ordine alla necessaria pregiudizialità nell'ipotesi in cui il provvedimento non è stato emanato o ha avuto un contenuto di rigetto dell'istanza (cd. provvedimento negativo). In ordine a quest'ultima fattispecie, la IV[^] Sezione²⁵⁶ ha rimesso la questione all'Adunanza Plenaria, la quale, nonostante l'opinione favorevole della medesima Sezione, ha sancito che il danno da ritardo non spetta nell'ipotesi di provvedimento di rigetto, cioè nell'ipotesi in cui la p.a. ha negato il bene della vita richiesto. Ne segue che, in questo caso, il preventivo annullamento dell'atto di diniego è essenziale al fine di riconoscere il danno da ritardo. Occorre rilevare, altresì, come l'Adunanza Plenaria, mentre riconosce il diritto al risarcimento del danno anche nell'ipotesi di comportamento inerte, nulla dice in ordine al requisito della pregiudizialità, eludendo quello che veniva considerato il problema di fondo sollevato dalla IV[^] Sezione e cioè la risarcibilità degli interessi cd. procedurali.

L'orientamento contrario alla pregiudizialità nel caso in esame ha trovato anche il conforto della dottrina²⁵⁷, la quale ha rilevato come le argomentazioni poste a fondamento della tesi criticata possano essere superate nel caso del comportamento inerte. Infatti, si rileva, non vi è questione di violazione del divieto di disapplicazione dei provvedimenti da parte del Giudice Amministrativo, in quanto l'atto non c'è e non si pone più il problema dell'elusione del termine decadenziale, in virtù della nuova formulazione del comma 4-bis dell'art. 2 della legge n. 241/1990, che prevede la possibilità di impugnare il silenzio entro un anno dalla scadenza del termine finale e fa salva la possibilità di riproposizione dell'istanza.

²⁵⁵ Cfr. T.A.R. Sicilia, Catania, IV, 6 dicembre 2005, n. 2320, Foro Amm. TAR 2005, 4171 (s.m.); nel senso della pregiudizialità si era già pronunciato il T.A.R. Puglia, Bari, 13 gennaio 2005, n. 56.

²⁵⁶ Cons. Stato, sez. IV, 7 marzo 2005, n. 875, Foro Amm. CDS 2005.

²⁵⁷ Cfr. R. GIOVAGNOLI, *Il tempo dell'azione amministrativa* cit., 270.

Ancora più di recente, i giudici di palazzo Spada hanno escluso che la regola della pregiudizialità possa essere applicata all'ipotesi di comportamento inerte, interpretando l'orientamento della giurisprudenza amministrativa favorevole alla pregiudiziale (confermato di recente dall'A.P. con la decisione n. 12 del 2007, ma contrastato dalle S.U. della Corte di Cassazione²⁵⁸) come riferibile all'ipotesi di esistenza di un atto illegittimo²⁵⁹.

In ordine, infine, all'ultima delle questioni relative al danno da ritardo, cioè della sussistenza dello stesso indipendentemente dalla valutazione della spettanza del bene della vita, si è già accennato alla soluzione adottata dall'Adunanza Plenaria n. 7/2005 citata, la quale ne ha negato la configurabilità nell'ipotesi di ritardata adozione di provvedimento negativo e ne ha, invece, riconosciuto la fondatezza nel caso di "mancata emanazione" del provvedimento, facendo proprio solo in parte quel filone giurisprudenziale e dottrinale favorevole ad una tutela ampia del soggetto leso dall'inerzia della p.a., connesso alla contestata figura della responsabilità da contatto qualificato, che non ha, tuttavia, riscosso molta fortuna nella giurisprudenza del Consiglio di Stato²⁶⁰.

Alla luce della citata giurisprudenza, confermata anche dalla Cassazione²⁶¹, si può concludere che non spetti al privato il risarcimento del danno da ritardo svincolato dall'esito

²⁵⁸ Cass. SU n. 13659 e n. 13650 del 2006; SU n. 30254/2008; S. U. Ord. n. 5464/2009, per la quale: "Proposta al giudice amministrativo domanda risarcitoria autonoma, intesa alla condanna al risarcimento del danno prodotto dall'esercizio illegittimo della funzione amministrativa, è viziata da violazione di norme sulla giurisdizione ed è soggetta a cassazione per motivi attinenti alla giurisdizione la decisione del giudice amministrativo che nega la tutela risarcitoria degli interessi legittimi sul presupposto che l'illegittimità dell'atto debba essere stata precedentemente richiesta e dichiarata in sede di annullamento"; S.U. ord. n. 15689/2010.

²⁵⁹ Cons. Stato, sez. V, 18 gennaio 2006, n. 125, www.lexitalia.it; si era già espresso in questi termini Cons. Stato n. 3338/2002 cit.; cfr. anche M. CORRADINO, Sulla pregiudiziale amministrativa, www.giustizia-amministrativa.it, per il quale la questione della pregiudiziale si pone solo per il danno da attività provvedimentale illegittima e non per il danno da ritardo.

²⁶⁰ Cfr. Cons. Stato, sez. 15 aprile 2003, n. 1945, Guida al diritto n. 21/2003, 75, la quale ricostruisce le tesi sulla natura giuridica della responsabilità della p.a. e non accoglie l'impostazione favorevole ad attribuire "autonomo rilievo risarcitorio alla mera violazione dell'obbligo di comportamento imposto all'amministrazione, indipendentemente dalla soddisfazione dell'interesse finale", negando sostegno alla tesi della responsabilità da contatto procedimentale.

Accoglie invece, da ultimo, la tesi della cd. responsabilità da "contatto sociale" Cons. Stato, sez. V, 2 settembre 2005, n. 4461, Foro Italiano 2006, 457: "La responsabilità della pubblica amministrazione, nell'ambito dell'attività procedimentale, non si esaurisce nella responsabilità aquiliana, ma si estende alla cd. responsabilità da <<contatto sociale>>, con ciò intendendo una figura introdotta dalla giurisprudenza (Cass. 22 gennaio 1999, n. 589), caratterizzata dal fatto che la fattispecie può essere sottoposta alle regole proprie dell'obbligazione contrattuale, pur se il fatto generatore non è il contratto. E ciò nei casi in cui, pur non preesistendo un vincolo negoziale, taluni soggetti entrano in contatto non casuale ma qualificato dall'esistenza di obblighi di comportamento di varia natura, diretti a garantire che siano tutelati gli interessi che sono emersi o sono esposti a pericolo in occasione del contatto stesso".

In ordine all'evoluzione dottrinale e giurisprudenziale sopra citata cfr. R. GIOVAGNOLI, *Il tempo dell'azione amministrativa* cit., 244 e ss.

²⁶¹ Cfr. Cass., sez. III, 10 febbraio 2005, n. 2705, Urbanistica e appalti n. 8/2005, 919, per la quale occorre distinguere tra interesse pretesivi ed oppositivi. Nel primo caso, il giudice deve accertare "se il pretendente fosse titolare non già di una mera aspettativa, come tale non tutelabile, ma di una situazione soggettiva di oggettivo affidamento circa la sua favorevole conclusione e, cioè, di una situazione che, secondo la disciplina

finale della sua istanza, in particolare allorché la posizione dell'interessato si configuri quale interesse legittimo pretensivo, per la cui risarcibilità, in caso di lesione generata da diniego o da ingiustificato ritardo, occorre "un giudizio prognostico sulla fondatezza o meno dell'istanza", aprendo così le porte ad un giudizio sul rapporto e non più limitato all'atto²⁶².

D'altronde la giurisprudenza distingue le due ipotesi e parla di danno da ritardo solo per il caso di lesione dell'interesse legittimo pretensivo derivante dall'indugio nella emanazione del provvedimento ampliativo della sfera giuridica del privato, mentre parla di "danno da disturbo", nella diversa ipotesi di pregiudizio derivante dalla illegittima compressione delle facoltà di cui i privati erano già titolari²⁶³.

Non può ignorarsi che in materia di danno da ritardo il legislatore è recentemente intervenuto con l'introduzione, da parte dell'art. 7 della legge n. 69/2009, nella legge sul procedimento amministrativo dell'art. 2 – bis, il quale prevede che "Le pubbliche amministrazioni e i soggetti di cui all'articolo 1, comma 1-ter, sono tenuti al risarcimento del danno ingiusto cagionato in conseguenza dell'inosservanza dolosa o colposa del termine di conclusione del procedimento".

La dottrina si è pertanto interrogata sull'incidenza della riforma sui principi enunciati dalla giurisprudenza sopra richiamata, anche alla luce della genericità della norma, che introduce la previsione del danno da ritardo senza ulteriori²⁶⁴.

Si è sostenuto che questo silenzio del legislatore lascia aperta la questione della valutazione del "tempo come bene della vita meritevole di autonoma dignità"²⁶⁵, anche se il

applicabile, era destinata, secondo un criterio di normalità, ad un sito favorevole"; per quanto attiene, invece, agli interessi oppositivi, intesi quali interessi alla conservazione del bene della vita o della situazione di vantaggio, "l'ingiustizia del danno deriva dal solo fatto della lesione e dal concreto accertamento delle conseguenze dalla stessa prodotte nella sfera soggettiva del titolare dell'interesse, in rapporto a qualsiasi vizio dell'atto amministrativo, sia esso formale o sostanziale, ed indipendentemente, quindi, dalla possibilità di una legittima rinnovazione dell'atto". In altre parole, la decisione riconosce il diritto al risarcimento del danno per lesione di interessi oppositivi anche se l'atto amministrativo presenti vizi solo formali o procedurali, mentre nella diversa ipotesi di lesione di interessi pretesivi, la tutela è subordinata alla verifica della spettanza del bene della vita richiesto.

²⁶² Cfr. Cons. Stato, sez. IV, 26 maggio 2006, n. 3201, Foro Amm. CDS, 1430, il quale conferma l'orientamento dell'Adunanza Plenaria escludendo che il mero ritardo nell'adempimento degli obblighi procedimentali comporti "per ciò solo la possibilità del risarcimento danni per responsabilità dell'Amministrazione, ove non si riscontri la sussistenza di un interesse pretensivo del privato che abbia per oggetto la tutela di interessi sostanziali, come nel caso di mancata emanazione o di ritardo nella emanazione di un provvedimento amministrativo vantaggioso per l'interessato"; cfr., altresì, T.A.R. Lombardia, Brescia, 2 febbraio 2006, n. 108, Foro Amm. TAR 2006, 477, per il quale, in applicazione dell'orientamento dell'A.P. del Consiglio di Stato, al fine di riconoscere il danno da ritardo occorre verificare, nella fattispecie sottoposta al suo esame, se l'interesse pretensivo del ricorrente "sia o meno fondato, ossia se egli avesse o meno titolo per ottenere il provvedimento di nomina a direttore amministrativo", aprendo ad un giudizio sul rapporto.

²⁶³ Cfr. Cons. Stato, sez. VI, 12 marzo 2004, n. 1261.

²⁶⁴ R. GRECO, *La riforma della legge 241/90, con particolare riguardo alla legge 69/2009: in particolare, le novità sui termini di conclusione del procedimento e la nuova disciplina della conferenza dei servizi*, www.giustizia-amministrativa.it.

riferimento all'ingiustizia del danno spinge la dottrina a ritenere tale tipologia di danno non risarcibile *in re ipsa* in via automatica in virtù della scadenza del termine, in quanto occorrerà tener conto dei requisiti di cui all'art. 2043 e sarà comunque limitato al c.d. interesse negativo²⁶⁶.

Secondo parte della dottrina invece la novella avrebbe risolto in senso negativo il problema della pregiudizialità, in virtù del richiamo contenuto nel comma 2 al solo termine quinquennale di prescrizione²⁶⁷.

In materia, infine, è intervenuto il codice del processo amministrativo, il quale ha regolamentato all'art. 30 la questione della pregiudizialità, sancendo che: a) l'azione di condanna può essere proposta contestualmente ad altra azione o, nei soli casi di giurisdizione esclusiva e nei casi di cui al presente articolo, anche in via autonoma (comma 1); b) la domanda di risarcimento per lesione di interessi legittimi è proposta entro il termine di decadenza di centoventi giorni decorrente dal giorno in cui il fatto si è verificato ovvero dalla conoscenza del provvedimento se il danno deriva direttamente da questo (comma 3); c) per il risarcimento dell'eventuale danno che il ricorrente comprovi di aver subito in conseguenza dell'inosservanza dolosa o colposa del termine di conclusione del procedimento, il termine di cui al comma 3 non decorre fintanto che perdura l'inadempimento. Il termine di cui al comma 3 inizia comunque a decorrere dopo un anno dalla scadenza del termine per provvedere (comma 4).

Occorre, comunque, tener conto delle caratteristiche della giurisdizione esclusiva (riconosciuta al giudice amministrativo dal T.U. in esame e dal codice del processo amministrativo) che consente al giudice un penetrante intervento sul rapporto, indipendentemente dalla formazione del silenzio rifiuto, in particolare ogni qual volta si configurino posizioni giuridiche di diritto soggettivo in capo ai ricorrenti.

I soggetti legittimati dall'art. 310, nell'ipotesi di perdurante inerzia del Ministero nonostante la declaratoria di illegittimità del silenzio inadempimento da parte del giudice amministrativo, potranno naturalmente rivolgersi al medesimo giudice in sede di

²⁶⁵ Cfr. D. RUSSO, *La nuova disciplina dei termini e della responsabilità per danno da ritardo*, in R. GAROFOLI (a cura di), *La nuova disciplina del procedimento e del processo amministrativo*, 2009.

²⁶⁶ P. M. ZERMAN, *Il risarcimento del danno da ritardo: l'art. 2 bis della legge 241/1990 introdotto dalla legge 69/2009*, www.giustizia-amministrativa.it.

²⁶⁷ P. M. ZERMAN, *Il risarcimento del danno da ritardo ... cit.*, per la quale: "anche se è negativo il contenuto dell'atto, che peraltro il privato non è tenuto ad impugnare al fine di veder riconosciuto il danno da ritardo, essendo l'azione sottoposta al termine prescrizione di cinque anni e in assenza di un rapporto di pregiudizialità concettuale con l'impugnazione del provvedimento negativo, il cui contenuto non incide sul giudizio risarcitorio previsto dall'art. 2 bis".

ottemperanza (al fine di adeguare lo stato di fatto a quello di diritto²⁶⁸), il quale potrà imporre le misure necessarie, essendo dotato di giurisdizione di merito²⁶⁹, mentre rimane dubbio se possa esaminare, per la prima volta, la domanda di risarcimento danni²⁷⁰.

La giurisdizione esclusiva è riconosciuta dal legislatore anche nell'ipotesi di impugnazione dell'ordinanza ministeriale (art. 316 codice dell'ambiente e art. 133 c. 1 lett. s del codice del processo amministrativo) ed il termine per l'impugnazione decorre dalla comunicazione dell'atto al trasgressore. Pur non trattandosi, infatti, di un atto recettizio, in virtù della sua immediata efficacia ed esecutività disposta dal comma 1 dell'art. 313, i termini decadenziali decorrono dalla comunicazione dell'atto, la quale è sottoposta a regole meno rigide rispetto a quelle previste in materia di notificazioni dal codice di procedura civile (che è una forma qualificata di comunicazione²⁷¹) e potrà essere effettuata a mezzo di raccomandata o telegramma, anche senza avviso di ricevimento²⁷², per il tramite dell'amministrazione postale o di un'agenzia di recapito concessionaria del servizio²⁷³ ovvero attraverso il fax²⁷⁴.

²⁶⁸ Cfr., da ultimo, Cons. Stato n. 290/2006 cit., il quale evidenzia, richiamando la decisione dell'A.P. n. 15 del 1983, che l'adeguamento dello stato di fatto allo stato di diritto "rappresenta la finalità tipica di tale giudizio".

²⁶⁹ Cfr. T.A.R. Sicilia, Palermo, sez. I, 23 maggio 2006, n. 1259, Rassegna amministrativa siciliana n. 2/2006, 615: "Nel caso in cui il precedente giudicato di cui si chiede l'esecuzione si limita ad accertare la illegittimità del silenzio e ad affermare l'obbligo dell'amministrazione inadempiente di provvedere, la peculiarità del rito ex art. 21 bis, L. n. 1034/1971 connota anche i poteri del commissario ad acta, il quale provvede sull'istanza determinando autonomamente, in sostituzione dell'amministrazione inerte, la scelta migliore del caso concreto".

²⁷⁰ In ordine alla dibattuta questione relativa alla possibilità di richiedere per la prima volta in sede di ottemperanza il risarcimento del danno, è noto che nella giurisprudenza del Consiglio di Stato "si va affermando un principio di diritto secondo cui nel giudizio per l'ottemperanza non sono ammissibili domande nuove rispetto a quelle già proposte nell'antecedente giudizio di cognizione e segnatamente quelle di risarcimento del danno (cfr. da ultimo sez. VI, 18 giugno 2002, n. 3332; Sez. VI, 14 novembre 2003 n. 7292) (...) perché essa deve essere oggetto di un normale esame in sede di cognizione": Cons. Stato, sez. V, 27 aprile 2006, n. 2379, foro Amm. CDS 2006, 1201. Sussistono, tuttavia, incertezze in ordine alle eccezioni applicabili a questo principio, individuate, talvolta, nel caso dei danni dovuti al ritardo dell'amministrazione nell'adempire al giudicato (sez. VI 8 marzo 2004 n. 1080 e sez. V n. 2379/2006 cit.) e talaltra nell'ipotesi in cui l'istanza sia rivolta al giudice di primo grado in sede di ottemperanza "potendosi ammettere – in applicazione del principio di conversione degli atti processuali – la proposizione di un solo <<ricorso cumulativo contenente sia la richiesta di esecuzione del giudicato sia la domanda risarcitoria>>; ciò, però, sempre nell'assunto che <<quella risarcitoria>> è <<un'ordinaria azione cognitoria>>, concettualmente del tutto distinta, come tale, dalla domanda di ottemperanza che ha natura bensì mista (...), ma purtuttavia prevalentemente esecutiva": C.G.A., sez. giur., 19 ottobre 2006, n. 587, *lexitalia.it*, n. 11/2006. In sostanza, il giudice amministrativo siciliano nega tale domanda risarcitoria esclusivamente nel caso in cui il giudizio di ottemperanza "pervenga alla competenza funzionale in unico grado del giudice d'appello", in considerazione del fatto che il rispetto del principio del doppio grado del giudizio costituisce un limite invalicabile. Cfr., infine, Cons. Stato, n. 290/2006 cit., il quale ammette genericamente, senza precisazioni, l'ammissibilità della domanda risarcitoria in sede di ottemperanza.

²⁷¹ Cons. Stato, sez. IV, 25 agosto 2003, n. 4813.

²⁷² C.G.A., 8 maggio 2006, n. 185: "Ai sensi dell'art. 1335 cod. civ. – che pone un principio applicabile ad ogni atto recettizio – deve ritenersi che la lettera raccomandata o il telegramma, anche in mancanza dell'avviso di ricevimento, costituiscono prova certa della spedizione attestata dall'ufficio postale attraverso la ricevuta di spedizione, da cui consegue la presunzione, fondata sulle univoche e concludenti circostanze della spedizione e dell'ordinaria regolarità del servizio postale e telegrafico, di arrivo dell'atto al destinatario e di conoscenza ex art. 1335 c.c. dello stesso, per cui spetta al destinatario l'onere di dimostrare che il plico non contiene alcuna lettera al suo interno, ovvero che esso contiene una lettera di contenuto diverso da quello indicato dal mittente".

²⁷³ C.G.A., 26 maggio 2006, n. 272.

10. Il ricorso in opposizione.

Il comma 2 dell'art. 310 prevede la possibilità per i soggetti legittimati di presentare una opposizione avverso gli atti lesivi delle loro posizioni giuridiche o nell'ipotesi di inerzia del Ministero.

Si tratta di un procedimento di 2° grado, di natura facoltativa, inquadrabile nei ricorsi in opposizione alla medesima Autorità amministrativa che ha adottato l'atto contestato o che risulti comunque competente per la sua adozione, al fine di spingere il soggetto pubblico competente a riesaminare la vicenda e a correggere eventuali errori, tradizionalmente previsto dal legislatore proprio in materia ambientale in relazione ad atti e procedimenti caratterizzati da accertamenti o valutazione tecniche. Attraverso questo strumento, infatti, è possibile rilevare vizi di merito del provvedimento (che non sono sindacabili del g.a. in sede di giurisdizione esclusiva), ma soprattutto far emergere errori negli accertamenti e nelle valutazioni, agevolmente rimediabili dall'Amministrazione²⁷⁵.

Non si comprende bene il significato dell'ultimo inciso del comma due in esame, nella parte in cui prevede la possibilità per l'interessato di presentare opposizione nel caso di inerzia del Ministero, entro trenta giorni decorrenti “dalla scadenza del trentesimo giorno successivo all'effettuato deposito dell'opposizione presso il Ministero dell'ambiente”, il quale sembrerebbe configurare la possibilità di una doppia opposizione per l'ipotesi dell'inerzia. E' possibile che si tratti di una svista e che il legislatore intendesse legare il termine per la presentazione di questa opposizione alla data di presentazione delle denunce ed osservazioni.

Nel caso in cui l'interessato si avvalga di questa possibilità, potrà impugnare il rigetto dell'opposizione entro sessanta giorni decorrenti dalla ricezione della decisione negativa o dal trentunesimo giorno successivo alla presentazione dell'opposizione.

E' da ritenere, altresì, che la scadenza del termine dei trenta giorni non dia vita ad un “provvedimento fittizio” di rigetto dell'opposizione medesima, ma abbia la sola funzione processuale di rendere azionabile il ricorso giurisdizionale, analogamente a quanto sancito dalla giurisprudenza amministrativa in ordine alla conseguenze della formazione del silenzio – rigetto su ricorso gerarchico, i cui principi sono direttamente applicabili al ricorso in opposizione in virtù del comma 2 dell'art. 7 del d.p.r. n. 1199 del 1971, espressione di una

²⁷⁴ T.A.R. Sardegna, sez. I, 25 marzo 2005, n. 555, foro Amm. TAR 2005, 1311.

²⁷⁵ Cfr. M. IMMORDINO, in *Giustizia Amministrativa* a cura di F.G. SCOCA, 505, la quale richiama l'ipotesi prevista dall'art. 19 del d.p.r. n. 175 del 1988.

tendenza legislativa verso una sostanziale equiparazione dei due tipi di ricorso amministrativo²⁷⁶.

²⁷⁶ M. IMMORDINO, in, *Giustizia Amministrativa* a cura di F.G. COCA, 505.

INDICE

1. Tutela dell'ambiente e interessi diffusi nel sistema antecedente alla legge n. 349 del 1986.
2. Il risarcimento del danno all'ambiente nell'art. 18 della legge n. 349 del 1986.
3. Il risarcimento del danno ambientale nel d. lgs. n. 152/2006.
 - 3.1 La definizione di danno ambientale nell'art. 300 del T.U.
 - 3.2 Gli elementi della fattispecie di illecito ambientale. Il fatto illecito commissivo e omissivo. La violazione di leggi, regolamenti o provvedimenti.
 - 3.3 L'elemento soggettivo.
 - 3.4 Il nesso di causalità.
 - 3.5 Il danno all'ambiente.
 - 3.6 Il risarcimento in forma specifica e per equivalente patrimoniale.
 - 3.7 I criteri di liquidazione del risarcimento del danno per equivalente pecuniario.
4. Il principio di sussidiarietà nel nuovo ordinamento costituzionale e comunitario.
5. Il ridimensionato ruolo degli enti territoriali alla luce del principio di sussidiarietà.
 - 5.1 Legittimazione procedimentale e processuale a tutela degli interessi collettivi.
 - 5.2 Il potere di ordinanza del Sindaco, con particolare riferimento alla tutela dell'ambiente.
 - 5.3 Emergenze ambientali e accentramento degli interventi. Il ruolo della Protezione civile.
 - 5.4 Riparto di competenze, effettività del servizio pubblico, modelli di gestione e principio di democraticità.
6. La posizione delle associazioni ambientaliste e dei privati.
7. Concorso tra le giurisdizioni ed effettività della tutela giurisdizionale delle posizioni giuridiche soggettive.
 - 7.1 L'alternativa posta dall'art. 311: azione giudiziaria od ordinanza ministeriale.
 - 7.2 La posizione del "soggetto sottoposto alla giurisdizione della Corte dei conti" autore del danno ambientale.
8. Il procedimento amministrativo finalizzato all'emissione dell'ordinanza.
 - 8.1 L'istruttoria procedimentale e i poteri ispettivi del Ministero dell'ambiente.
 - 8.2 La partecipazione al procedimento.
 - 8.3 Fasi e termini del procedimento.
 - 8.4 Contenuto dell'ordinanza.

8.5 Le misure di prevenzione e l'inibitoria. Il principio di precauzione.

9 Il sistema dei rimedi giurisdizionali a tutela dei soggetti legittimati a richiedere l'intervento del Ministero dell'ambiente.

9.1 La giurisdizione esclusiva, il silenzio inadempimento e il danno da ritardo.

10 Il ricorso in opposizione.

BIBLIOGRAFIA

1. ALPA G., *Pubblico e privato nel danno ambientale*, Contratto e impresa, 1987.
2. BARONE A., *Il diritto del rischio*, 2006.
3. BENEDETTI F., *Il risarcimento del danno ambientale tra tutela giurisdizionale e poteri di autotutela amministrativa*, in *Commento al Testo Unico ambientale*, a cura di F. GIAMPIETRO, Ipsoa, 2006.
4. BENVENUTI F., *Funzione amministrativa, procedimento, processo*, Riv. trim. dir. pubbl. 1952, 118 ss.
5. BENVENUTI F., *Disegno dell'Amministrazione Italiana*, 1996.
6. BIGLIAZZI GERI L., *Quale futuro dell'art. 18 legge 8 luglio 1986, n. 349?*, Riv. Crit. Dir. Priv. 1987.
7. BOLOGNINI S., *La natura (anche) non patrimoniale del danno ambientale e il problema della legittimazione attiva*, Resp. civ. e prev. 2009, 9, 1841.
8. BOMBARDELLI M., *Le ispezioni amministrative*, Riv. trim. dir. pubbl. 1989, n. 4, 1122.
9. BUSNELLI - BIGLIAZZI GERI - NATOLI, *Diritto civile*.
10. CAIANIELLO V., *Manuale di diritto processuale amministrativo*.
11. CALABRO' M., *Il ruolo delle associazioni ambientaliste in tema di prevenzione e riparazione del danno ambientale*, in *La responsabilità per danno all'ambiente* a cura di F. GIAMPIETRO.
12. CASTRONUOVO C., *Il danno all'ambiente nel sistema di responsabilità civile*, Riv. Crit. Dir. Priv. 1987.
13. CAVANNA I. M., *Sulla risarcibilità del danno non patrimoniale in favore di una persona giuridica*, Giur. Ital. 1995, I, 1, 275.
14. CENDON P. – ZIVIZ P., *L'art. 18 della legge 349/86 nel sistema di responsabilità civile*, Riv. Crit. Dir. Priv., 1987.
15. COGLIANI S., *Un nuovo ruolo per il giudice amministrativo in materia ambientale: alcune riflessioni alla luce dell'attuazione della delega ambientale*, Gazzetta ambiente n. 2/2006, 45.
16. CORRADINO M., *Termini, efficacia e silenzio dell'Amministrazione nelle "riforme" della legge n. 241/1990*, www.giustizia-amministrativa.it.

17. CORSARO A., *Il danno ambientale. Il principio della precauzione e dell'azione preventiva e le misure di riparazione in materia di responsabilità ambientale*, www.giustizia-amministrativa.it.
18. CORSO G., *Manuale di diritto amministrativo*.
19. COSTANZO A.– VERARDI C., *La responsabilità per danno ambientale*, Riv. trim. dir. e proc. civ. 1988.
20. DELFINO B., *La responsabilità per danni alla persona nell'erogazione di servizi pubblici*, 2007.
21. DELFINO B., *La nuova nozione di <<sicurezza>> nel diritto pubblico: riflessioni, rapporti con i principi di prevenzione e di precauzione e sua forza espansiva*, Foro Amm. – CDS 2008, 3183.
22. DELFINO B., *Responsabilità e socializzazione del rischio*, Foro Amm. – CDS 2008, 655.
23. DE MARZO G. – GRAUSO P. – FABBRIZZI G., *L'attività amministrativa alla ricerca del consenso*, in *Le nuove regole dell'azione amministrativa dopo le leggi n. 15/2005 e n. 80/2005*, I, 109.
24. DI MAJO A., *La tutela civile dei diritti*, 1982.
25. DI MARIO A., *La nuova partecipazione al procedimento: potenziamento o dequotazione?*, in *Le nuove regole dell'azione amministrativa dopo le leggi n. 15/2005 e n. 80/2005*, I, 445.
26. FERRERO G. – RISSO F., *Il danno ambientale nel nuovo codice dell'ambiente*, Foro Amm. - CDS 2006.
27. FIANDACA G. – MUSCO E., *Diritto penale*.
28. FIORITTO A., *Le forme organizzative dell'emergenza*, relazione al convegno *Il diritto amministrativo dell'emergenza*, Associazione Italiana dei Professori di Diritto Amministrativo, Roma, 6-7 ottobre 2005, www.diritto-amministrativo.org.
29. FONDERICO F., *Le competenze degli enti locali in materia di danno ambientale: profili generali*, in *La responsabilità per danno all'ambiente a cura di F. GIAMPIETRO*, Giuffrè 2006.
30. FRANCARIO L., *Il risarcimento del danno all'ambiente dopo la legge 349 del 1986*, Riv. Critica dir. priv. 1987.
31. FRANZONI M., *Il danno all'ambiente*, Contratto e impresa, 1992.
32. GAGLIARDI M., *L'intervento adesivo dipendente del terzo nel processo contabile. Aspetti problematici in ordine alla sua operatività*, in www.amcorteconti.it

33. GIAMPIETRO F., *Danno all'ambiente e legittimazione al giudizio dello Stato, degli enti territoriali e delle associazioni protezionistiche (art. 18 della legge n. 349/1986)*, Rivista giuridica dell'ambiente, 1987.
34. GIAMPIETRO F., *La nozione di Ambiente e di Illecito Ambientale: la quantificazione del danno nel T.U.A.*, www.giuristiambientali.it.
35. GIAMPIETRO F., *La responsabilità per danno all'ambiente in Italia: sintesi di leggi e di giurisprudenza messe a confronto con la direttiva 2004/35/CE e con il T.U. ambientale*, Riv. Giur. Ambiente 2006.
36. GIAMPIETRO F., *Prevenzione, ripristino, risarcimento dei danni all'ambiente nel d. lgs. n. 152/2006. Esame delle disposizioni di rinvio alla bonifica*, in *La responsabilità per danno all'ambiente* a cura del medesimo autore, Giuffrè, 2006.
37. GIAMPIETRO F., *La responsabilità per danno all'ambiente: la concorrenza delle giurisdizioni*, Danno e responsabilità n. 7/2007, 726.
38. GIANNINI M. S., *Diritto Amministrativo*.
39. GRECO R., *La riforma della legge 241/90, con particolare riguardo alla legge 69/2009: in particolare, le novità sui termini di conclusione del procedimento e la nuova disciplina della conferenza dei servizi*, www.giustizia-amministrativa.it.
40. ITALIA V., *Per l'autonomia degli enti locali*, 2007.
41. LICCIARDELLO S., *Profili giuridici della nuova amministrazione pubblica. Organizzazione per "autonomie" e "diritti" dei cittadini*, 2000.
42. LIBERTINI M., *la nuova disciplina del danno ambientale e i problemi generali del diritto dell'ambiente*, Riv. Crit. Dir. Priv. 1987.
43. MADDALENA P., *Il danno all'ambiente tra giudice civile e giudice contabile*, Rivista critica di diritto privato 1987.
44. MANTOVANI F., *Diritto penale*, 1992.
45. MARINO I. M., *<<Neo-federalismo>> e politiche delle infrastrutture dei trasporti in Italia*, in *L'uso del territorio*, Giuffrè, 2004.
46. MARINO I.M., *Sulla funzione statutaria e regolamentare degli enti locali*, in *Aspetti della recente evoluzione del diritto degli enti locali*.
47. MARINO I. M., *Giudice amministrativo, motivazione degli atti e <<potere>> dell'amministrazione*, Foro Amm. 2003, 347.
48. MARINO I. M., *Giudici ordinari e poteri locali*, Annuario 1989 delle autonomie locali, vol. 1, 252.

49. MARINO I. M., *Effettività, servizi pubblici ed evoluzione dei sistemi <<a diritto amministrativo>>*, Diritto e processo amministrativo, 1/07, 67.
50. MARUOTTI L., *La tutela degli interessi diffusi e degli interessi collettivi in sede di giurisdizione di legittimità del giudice amministrativo: questioni di giurisdizione e selezione dei soggetti legittimati alla impugnazione*, Diritto processuale amministrativo n. 2/1992.
51. MAZZAROLLI L., PERICU G., ROMANO A., ROVERSI MONACO F.A., SCOCA F.G., *Diritto Amministrativo*.
52. MONATERI P.G., *Illecito e responsabilità civile*, Trattato di diritto privato diretto da M. BESSONE.
53. MONATERI P.G., *Manuale della responsabilità civile*, UTET.
54. MONATERI P.G., *Atto illecito e disciplina della responsabilità civile per danno ambientale*, Ambientediritto.it.
55. MORBIDELLI G., *Il danno ambientale nell'art. 18 l. 349/1986. considerazioni introduttive*, Riv. Crit. Dir. Priv. 1987.
56. OTTAVIANO V., *Crisi degli enti locali*, in Scritti giuridici, II, 31.
57. PATTI S., *Diritto all'ambiente e tutela della persona*, Giur. It. 1980, I, 1.
58. PERIN M., *Il risarcimento del danno ambientale: concorrenti profili di responsabilità amministrativa*, Lexitalia, n. 7-8/2007.
59. PONZANELLI G., *La prova del danno non patrimoniale e i confini tra danno esistenziale e danno non patrimoniale*, Foro It. 2006, 2337.
60. POZZO B., *La responsabilità ambientale. La nuova direttiva sulla responsabilità ambientale in materia di prevenzione e riparazione del danno ambientale*, Giuffré.
61. POZZO B., *Una nuova ipotesi di danno ambientale nell'art. 58*, Riv. giur. amb. 2000.
62. PRATI L., *Diritto alla salubrità dell'ambiente e danno esistenziale in rapporto alla direttiva 35/2004/CE*, in *La responsabilità per danno all'ambiente a cura di F. GIAMPIETRO*, Giuffré, 2006.
63. PRATI L., *L'accertamento delle responsabilità ambientali e le recenti decisioni della Corte di Giustizia*, Ambiente & sviluppo 6/2010, 540.
64. PROTO PISANI A., *La tutela giurisdizionale dei diritti della personalità: strumenti e tecniche di tutela*, Foro Italiano 1990, V, 1, 2.
65. RAELI V., *L'intervento nel giudizio contabile*, Altalex.it.

66. RUSSO D., *La nuova disciplina dei termini e della responsabilità per danno da ritardo*, in R. GAROFOLI (a cura di), *La nuova disciplina del procedimento e del processo amministrativo*, 2009.
67. SALAMONE V., *Le ordinanze di protezione civile ed il rispetto dei vincoli derivanti dall'ordinamento comunitario con riguardo alle procedure di affidamento dei contratti pubblici*, www.giustizia-amministrativa.it.
68. SALANITRO U., *I principi generali nel codice dell'ambiente*, *Giornale di diritto amministrativo* 1/2009, 103.
69. SALVI G., *La tutela civile dell'ambiente alla luce del testo unico ambientale*, *Resp. Civ. e prev.* 3/2007.
70. SALVIA F., *Danno ambientale e Corte dei conti*, in *Studi in onore di Vittorio Ottaviano*, 1475.
71. SANDULLI A.M., *Manuale di diritto amministrativo*, 1989.
72. SANDULLI M.A., *Riforma della l. 241/1990 e processo amministrativo: introduzione al tema*, *Foro Amm. TAR*, supplemento al n. 6/05.
73. SANTORO E., *Il nuovo danno ambientale, la titolarità dell'azione civile e l'ampliamento della giurisdizione contabile*, *Foro Amministrativo – CDS* 2008, 221 ss.
74. SANTORO P., *L'illecito contabile*.
75. SANTORO P., *La responsabilità civile, penale ed amministrativa nei contratti pubblici*, 2009.
76. SCHIESARO G., *<<Chi inquina paga>>: una nuova frontiera nella liquidazione del danno ambientale ex art., legge 349/1986*, *Riv. giur. amb.*, 2003.
77. SCHINAIA M.E., *Prevenzione e risarcimento del danno ambientale*, *Il Consiglio di Stato*, n. 4/2005.
78. COCA F. – D'ORSOGNA M., *Silenzio, clamori di novità*, *Diritto proc. amm.*, n. 3/1995, 397.
79. STIGLITZ J. E., *Economia del settore pubblico*, 1989.
80. TADDEI G., *Il risarcimento del danno ambientale dopo l'art. 5-bis del D.L. n. 135/2009*, *Ambiente & Sviluppo* 2/2010, 122.
81. TARUFFO M., *la legittimazione ad agire e le tecniche di tutela nella nuova disciplina del danno ambientale*, *Riv. crit. dir. priv.* 1987, 429.
82. TENELLA SILLANI C., *Responsabilità per danno ambientale*, *Digesto delle discipline privatistiche, sezione civile*, XVII.

83. TENORE V., *La nuova Corte dei conti: responsabilità, pensione, controlli.*
84. TORRENTE A.– SCHLESINGER P., *Manuale di diritto privato.*
85. TRIMARCHI P., *Istituzioni di diritto privato.*
86. VALENTINI S., *Le ispezioni amministrative. Funzione e caratteri*, Giuffrè.
87. ZERMAN P. M., *Il risarcimento del danno da ritardo: l'art. 2 bis della legge 241/1990 introdotto dalla legge 69/2009*, www.giustizia-amministrativa.it.
88. ZIVIZ P., *Le "magnifiche sorti e progressive" dell'impianto teorico disegnato dalle Sezioni Unite - Nota a Cassazione civile, sez. Unite, 16/02/2009, n. 3677 - Resp. civ. e prev. 2009, 4, 765.*