

Il Codice per l'Ambiente Normativa e Giurisprudenza

Il panorama della legislazione successiva all'istituzione del Ministero dell'Ambiente (1986) è stato caratterizzato da una accentuata frammentazione. L'attività legislativa è stata condizionata dalla mancanza di un razionale disegno complessivo, idoneo a conferire un certo grado di stabilità agli assetti normativi. La produzione normativa in materia ambientale ha senza dubbio concentrato su di sé tutte le disfunzioni che hanno caratterizzato il sistema delle fonti all'interno del nostro ordinamento. Un esempio di ciò è il frequente ricorso alla decretazione d'urgenza, con l'annessa prassi della reiterazione, in linea principale per dare attuazione alla corposa normativa comunitaria ed ovviare quindi alle numerose procedure d'infrazione intraprese dalla Commissione Europea. Anche del potere delegato del Governo si è fatto largo uso spesso senza che ne venisse adeguatamente orientato l'esercizio attraverso principi, contenuti nella legge delega, sufficientemente precisi. Ne è derivata la concentrazione nelle mani dell'esecutivo di una potestà normativa che si è concretizzata più volte nell'adozione di decreti correttivi intesi a rovesciare la disciplina inizialmente posta. La produzione normativa è stata molto ampia. Ciò è dipeso in buona parte dall'alluvione delle direttive comunitarie da recepire ma è stato anche il frutto di un atteggiamento generalizzato del legislatore italiano spesso incline ad abusare dello strumento legislativo come se si trattasse dell'unico rimedio efficace ai malfunzionamenti della prassi. La tendenza generale alla "provvedimentalizzazione della legge" per cui la fonte primaria tende a snaturarsi perdendo i requisiti della generalità ed astrattezza, e assumendo, invece, i connotati della specificità e della concretezza tipici del provvedimento amministrativo, è stata particolarmente marcata in materia ambientale. Questo fenomeno si spiega con l'elevato tasso di tecnicismo che caratterizza la prescrizione di diritto ambientale e che contribuisce, anche a causa dei continui avanzamenti tecnico-scientifici, a rendere fisiologica la rapida obsolescenza delle norme. Questa situazione ha generato una forte domanda di

razionalizzazione del sistema, alla quale ha fatto seguito un lungo dibattito sul modo più efficace per darvi risposta. Tra le varie proposte formulate vi sono quella favorevole all'emanazione di una legge quadro sui principi del diritto ambientale, quelle caldeggianti l'adozione di testi unici di vario tipo (dell'intera materia o di singoli settori, innovativi meramente compilativi, misti o circoscritti alle sole fonti primarie), quella di riformare il diritto ambientale attraverso deleghe legislative, conferite annualmente con le varie leggi comunitarie, al Governo. Quest'ultima è stata la strada percorsa fino al 2006, senza che si siano registrati, per la verità, significativi miglioramenti rispetto al passato. Nel 2004 il Parlamento ha approvato la legge 15 dicembre 2004, n. 308, con la quale ha delegato il Governo all'adozione di uno o più decreti legislativi di riordino, coordinamento e integrazione delle disposizioni legislative di vari settori (non tutti) della materia ambientale, anche mediante la redazione di testi unici.

Il Governo ha ottemperato per gran parte alla delega ricevuta mediante l'emanazione del D. Lgs. 3 aprile 2006, n. 152, comunemente chiamato "Codice dell'Ambiente". Tale corpo normativo si articola in sei parti e si compone, nella sua versione originaria, di ben 318 articoli (più quarantacinque allegati tecnici). Nonostante le imponenti dimensioni, va osservato però che la denominazione di "codice" risulta impropria nel caso specifico in quanto il testo manca degli elementi che del codice si ritengono qualificanti tra cui l'omogeneità, la presenza di una "parte generale", l'aspirazione alla completezza (sono assenti dal testo, per esempio, la normativa sulle aree naturali protette e quella sull'inquinamento acustico). Con queste caratteristiche si mette in funzione un meccanismo di integrazione fra la prima parte e le parti successive, per cui non è possibile comprendere appieno il significato delle singole disposizioni di queste ultime senza il contributo di quella che può considerarsi la "parte generale". Nel c.d. codice dell'ambiente, per contro, le singole

parti paiono del tutto autosufficienti e, quindi, indipendenti le une dalle altre. La disciplina contenuta nel D. Lgs. n. 152/2006 ha già subito, peraltro, significative modificazioni ad opera di due decreti correttivi: il primo d. lgs. 8 novembre 2006, n. 284 si è limitato a modifiche di modesta entità; il secondo d. lgs. 16 gennaio 2008, n. 4, viceversa, ha innovato profondamente la seconda parte ed ha aggiunto nella parte prima disposizioni riprodotte di principi generali del diritto dell'ambiente. Tali sono i principi già vigenti per fonte comunitaria e internazionale, di precauzione, dell'azione preventiva, della correzione in via prioritaria alla fonte dei danni causati all'ambiente, nonché il principio "chi inquina paga". In ordine ad essi, l'art. 3, d. lgs. n. 152/2006 stabilisce che debbono informare l'azione di tutti "gli enti pubblici privati" e delle "persone fisiche e giuridiche pubbliche o private". Le modalità con cui ciò dovrebbe avvenire, però, rimangono oscure giacché si tratta di principi tanto indeterminati da richiedere necessariamente una successiva opera di specificazione normativa finalizzata a conferire loro la capacità che da soli non hanno di governare la fattispecie concrete. Di ciò sembra essere consapevole, d'altra parte, lo stesso legislatore il quale più realisticamente stabilisce nell'articolo appena precedente: "*I principi previsti dalla presente Parte Prima costituiscono regole generali della materia ambientale nell'adozione degli atti normativi di indirizzo e di coordinamento e nell'emanazione dei provvedimenti di natura con tingibile ed urgente*". I principi citati, dunque, cui si aggiungono il principio dello sviluppo sostenibile (art. 3 quater) e i principi di sussidiarietà e di leale collaborazione (art. 3 quinquies), si rivolgono in primo luogo ai detentori del potere normativo, fungendo da criteri direttivi dell'attività di questi. E d'altronde, se i principi venissero interpretati come "vere e proprie norme di relazione che fissano specifici diritti ed obblighi nei rapporti intersoggettivi", la loro applicazione diretta si risolverebbe inevitabilmente "in un'attribuzione di amplissima discrezionalità agli organi dello Stato". Anche alla luce di

queste considerazioni è palese l'arretratezza del diritto ambientale italiano. Causa di ciò viene indicato il generale e grave ritardo culturale della dottrina, ben visibile se si considera che mentre all'estero la disciplina gode di piena dignità scientifica e non sminuisce affatto il prestigio accademico di chi se ne occupa, in Italia è stata finora considerata per lo più come una materia di secondaria importanza. Ne costituisce testimonianza l'assenza nel nostro Paese, a differenza che in Gran Bretagna, Germania, Francia, Spagna e Belgio, di nutrite scuole di diritto dell'ambiente. È per questo che il d. lgs. 152/06 è stato definito "*né un Testo Unico Ambientale né Codice dell'Ambiente ma un unico contenitore per discipline differenziate*". Il d. lgs. 3 aprile 2006, n. 152, riorganizza la disciplina in cinque settori speciali:

- Procedure per la valutazione ambientale strategica (VAS), per la valutazione di impatto ambientale (VIA), e per l'autorizzazione ambientale integrata (IPPO);
- Difesa del suolo, lotta alla desertificazione, tutela delle acque dall'inquinamento e gestione delle risorse idriche;
- Gestione dei rifiuti e bonifiche;
- Tutela dell'area e riduzioni delle emissioni in atmosfera;
- Danno ambientale.

I primi tre articoli del Testo Unico sull'Ambiente costituiscono le disposizioni comuni all'intero corpo normativo: ad esse è rimesso il compito di delimitare il campo di applicazione del codice stesso, nonché le finalità perseguite e i criteri generali di applicazione.

L'art. 1, per l'appunto, dispone che "*il presente decreto legislativo disciplina in attuazione della legge 15 dicembre 2004, n. 308, le materie di cui sopra*".

L'art. 2 prosegue prevedendo che *“il presente decreto legislativo ha come obiettivo primario la promozione dei livelli di qualità della vita umana da realizzare attraverso la salvaguardia ed il miglioramento delle condizioni dell'ambiente e l'utilizzazione accorta e razionale delle risorse naturali”*.

Per le finalità di cui al comma 1, il presente decreto provvede al riordino, al coordinamento e all'integrazione delle disposizioni legislative nelle materie di cui all'art. 1, in conformità ai principi e criteri direttivi di cui ai commi 8 e 9 dell'art. 1 della legge 15 dicembre 2004, n. 308, e nel rispetto dell'ordinamento comunitario, delle attribuzioni delle regioni e degli enti locali.

Dall'attuazione del presente decreto non devono derivare nuovi o maggiori oneri a carico della finanza pubblica. Tale norma fissa, dunque, l'obiettivo primario che il legislatore persegue: la promozione dei livelli di qualità della vita umana. La tutela dell'ambiente e delle risorse naturali sono gli strumenti attraverso cui si intende raggiungere il miglioramento e la tutela della vita umana.

Il terzo ed ultimo articolo delle disposizioni comuni prevede che *“le norme di cui al presente decreto non possono essere derogate, modificate o abrogate se non per dichiarazione espressa, mediante modifica o abrogazione delle singole disposizioni in esso contenute.*

Entro due anni dalla data di pubblicazione del presente decreto legislativo, con uno o più regolamenti da emanarsi ai sensi dell'art. 17, comma 2, della legge 23 agosto 1988, n. 400, il Governo adotta i necessari provvedimenti per la modifica e l'integrazione dei regolamenti di attuazione ed esecuzione in materia ambientale, nel rispetto delle finalità, dei principi e delle disposizioni di cui al presente decreto,

entro il medesimo termine di cui al comma 2, il Ministro dell'ambiente e della tutela del territorio provvede alla modifica ed all'integrazione delle norme tecniche in materia ambientale con uno o più regolamenti da emanarsi ai sensi dell'art. 17, comma 2, della legge 23 agosto 1988, n. 400, nel rispetto delle finalità, dei principi e delle disposizioni di cui al presente decreto. Resta ferma l'applicazione dell'art. 13 della legge 4 febbraio 2005, n. 11, relativamente al recepimento di direttive comunitarie modificative delle modalità esecutive e di caratteristiche di ordine tecnico di direttive già recepite nell'ordinamento nazionale”.

Restano ancora al di fuori del d. lgs. 152/06 i corpi normativi relativi, tra gli altri, alla biodiversità, tutela del mare, tutela delle aree protette, inquinamento acustico.

Il Testo Unico ha attuato il recepimento delle direttive comunitarie non ancora recepite nella legislazione italiana nei settori oggetto della delega (otto direttive) ed ha provveduto alla abrogazione espressa delle disposizioni non più in vigore.

Come già anticipato, il d. lgs. 152/2006 ha subito una tempestiva correzione da parte del d. lgs. 16 gennaio 2008, n. 4 recante ulteriori disposizioni correttive ed integrative, che ha introdotto le nuove norme in materia di valutazione di impatto ambientale (VIA), valutazione ambientale strategica (VAS), autorizzazione ambientale integrata (IPPC) e rifiuti.

Il d. lgs. 16 gennaio 2008, n. 4 introduce modifiche anche alla parte prima, terza e quarta del decreto legislativo 3 aprile 2006, n. 152.

I principi fondamentali di tutela dell'ambiente

La parte prima del d. lgs. 3 aprile 2006, n. 152 è stata modificata con l'introduzione dell'art. 3 bis che richiama l'applicazione dei principi di produzione del diritto ambientale. I principi

di nuova introduzione contenuti negli artt. 3 bis ss. costituiscono i principi generali in tema di tutela dell'ambiente vigenti nel nostro ordinamento in attuazione degli artt. 2, 3, 9, 32, 41,42 e 44, 117, commi 1 e 3 della Costituzione e degli artt. 174, 175, 176 del Trattato dell'Unione Europea. Oggi il Testo Unico richiama in modo esplicito i principi fondamentali di sviluppo sostenibile, di prevenzione e di precauzione, di "chi inquina paga", di sussidiarietà e di libero accesso alle informazioni ambientali. I principi previsti dalla parte prima costituiscono regole generali della materia ambientale nell'adozione degli atti normativi, di indirizzo e di coordinamento e nell'emanazione dei provvedimenti di natura contingibile ed urgente.

Questi principi fondamentali possono essere modificati o eliminati solo mediante espressa previsione di successiva legge della Repubblica Italiana, perché sia comunque sempre garantito il corretto recepimento del diritto europeo.

L'art. 3-ter enuncia il principio dell'azione ambientale, prescrivendo che la tutela dell'ambiente e degli ecosistemi naturali e del patrimonio culturale deve essere garantita da tutti gli enti pubblici e privati e dalle persone fisiche e giuridiche pubbliche o private, mediante adeguata azione che sia informata ai principi della precauzione, dell'azione preventiva, della correzione, in via prioritaria alla fonte, dei danni causati all'ambiente, nonché al principio "chi inquina paga" che, ai sensi dell'art. 174, comma 2, del trattato dell'Unione Europea, regolano la politica della Comunità in materia ambientale.

L'art. 3 quater enuncia il principio dello sviluppo sostenibile, stabilendo che ogni attività umana giuridicamente rilevante ai sensi del presente Codice, deve conformarsi al principio dello sviluppo sostenibile, al fine di garantire che il soddisfacimento dei bisogni delle generazioni attuali non possa compromettere la qualità della vita e le possibilità delle generazioni future.

L'art. 3 quinquies richiama il principio di sussidiarietà e di leale collaborazione vigente nello Stato prescrivendo che i principi desumibili dalle norme del decreto legislativo costituiscono le condizioni minime ed essenziali per assicurare la tutela dell'ambiente su tutto il territorio nazionale; conseguentemente le regioni e le province autonome di Trento e Bolzano possono adottare forme di tutela giuridica dell'ambiente più restrittive, qualora lo richiedano situazioni particolari del loro territorio, perché ciò non comporti una arbitraria discriminazione, anche attraverso ingiustificati aggravii procedurali.

Lo Stato interviene 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. Per esplicita previsione del comma 4 dell'art. 3 quinquies, il principio di sussidiarietà opera anche nei rapporti tra regioni ed enti locali minori.

Infine l'art. 3 sexies richiama il diritto di accesso alle informazioni ambientali e di partecipazione a scopo collaborativo, ribadendo che *“in attuazione della legge 7 agosto 1990, n. 241, e successive modificazioni, e delle previsioni della convenzione di Aarhus, ratificata dall'Italia con la legge 16 marzo 2001, n. 108, e ai sensi del decreto legislativo 19 agosto 2005, n. 195, chiunque senza essere tenuto a dimostrare la sussistenza di un interesse giuridicamente rilevante, può accedere alle informazioni relative allo stato dell'ambiente e del paesaggio nel territorio nazionale”*.

Il principio generale di precauzione

L'art. 3 ter del d.lgs. 152/2006, declinando i principi sulla produzione ambientale, annovera tra essi il principio di precauzione che entra esplicitamente nel nostro ordinamento con una

portata generale su tutte le materie nelle quali possa avere attinenza. Nel 1992 il principio di precauzione venne inserito nella dichiarazione finale della Conferenza Mondiale delle Nazioni Unite su ambiente e sviluppo svoltasi a Rio de Janeiro.

L'art. 15 della Dichiarazione di Rio stabilisce: *“per proteggere l'ambiente si devono largamente applicare misure di precauzione da parte degli Stati secondo le loro capacità. Ove vi siano minacce di danno serio o irreversibile, l'assenza di certezze scientifiche non deve essere usata come ragione per impedire che si adottino misure di prevenzione della degradazione ambientale”*. Esso sembra quindi esprimere il consiglio per cui non si devono applicare i risultati della ricerca scientifica finché non si sia sicuri della loro assoluta non pericolosità per l'ambiente. A seguito della ratifica del principio di precauzione da parte dell'Unione Europea, lo stesso principio finì per assumere la forma seguente: *“Quando un'attività crea possibilità di fare male alla salute umana o all'ambiente, misure precauzionali dovrebbero essere prese anche se alcune relazioni di causa-effetto non sono stabilite dalla scienza”*. In questa logica, al fine di garantire la protezione di beni fondamentali, come la salute e l'ambiente, è legittima l'adozione o l'imposizione di determinate misure di cautela anche in situazioni di incertezza scientifica nelle quali è ipotizzabile solo una situazione di rischio e non è dimostrata l'evoluzione del rischio in pericolo. Il ricorso al principio si iscrive, pertanto, nel quadro generale dell'analisi del rischio è più particolarmente nel quadro della gestione del rischio che corrisponde all'assunzione di decisione. Il ricorso al principio di precauzione è giustificato solo quando riunisce tre condizioni: l'identificazione degli oggetti potenzialmente negativi, la valutazione dei dati scientifici disponibili e l'ampiezza dell'incertezza scientifica. Le misure risultanti dal ricorso al principio di precauzione possono prendere la forma di una decisione ad agire o

non agire. La risposta dipende da una scelta politica che è funzione del livello di rischio considerato come “accettabile” dalla società che deve sostenere detto rischio.

L'applicazione del principio di precauzione trova riscontro nella Giurisprudenza della Corte di Giustizia delle Comunità Europee e nella Giurisprudenza degli stati membri, che riconoscono la giustiziabilità del principio di precauzione e lo applicano anche oltre l'ambito espressamente previsto dall'art. 174 del Trattato.

Una importante applicazione del principio precauzionale si è registrata in materia di tutela della salute da parte della Corte di Giustizia relativamente alle misure di emergenza contro l'encefalopatia spongiforme bovina. La Giurisprudenza comunitaria ha applicato il principio di precauzione anche sull'ammissione di OGM. Il principio precauzionale è uno dei pilastri della Direttiva 2001/18 e con esso dell'intera legislazione comunitaria sugli organismi geneticamente modificati. Il preambolo della Direttiva è esplicito: *“Il principio di precauzione è stato tenuto in considerazione nella redazione di questa Direttiva e deve essere preso in considerazione nel momento della sua applicazione”*. Nello stesso senso vanno richiamate le sentenze della Corte di Giustizia delle Comunità Europee sul divieto di commercializzazione di prodotti alimentari a cui sono stati aggiunti vitamine e minerali. L'applicazione del principio di precauzione ha sollevato numerose questioni interpretative anche nella giurisprudenza nazionale. Nello specifico, in materia sanitaria, il principio di precauzione implica che *“nel caso sussistano incertezze riguardo l'esistenza o la portata dei rischi per la salute delle persone, le istituzioni possono prendere provvedimenti di tutela senza dover attendere che la realtà e la gravità di tali rischi siano pienamente dimostrate e la scelta di ricorrere o non ricorrere al principio di precauzione dipende generalmente dal livello di protezione scelto dall'autorità competente nell'esercizio del suo potere discrezionale”*. Inoltre la giurisprudenza amministrativa si è espressa più volte sul rapporto

che intercorre tra il principio di precauzione ed il concetto di “migliori risorse disponibili” per la valutazione e per l'accertamento del rischio intollerabile di fronte al quale assumere i provvedimenti interdettivi. Sulla possibilità di affidare all'accertamento giurisdizionale la verifica della pericolosità del prodotto o del processo nei casi di installazione di impianti di telecomunicazione, la giurisprudenza ha ribadito che la funzione giurisdizionale deve fondarsi esclusivamente sulla vigente normativa che mira a contemperare i diritti alla salute, alla tutela dell'Ambiente, all'ordinato uso del territorio con le moderne esigenze relative alle telecomunicazioni.

Il principio di proporzionalità

Il principio di proporzionalità ha la propria fonte nell'articolo 5 comma 3 del Trattato UE che stabilisce: *“l'attuazione della Comunità non va al di là di quanto necessario per il raggiungimento degli obiettivi del trattato”*. Il principio di proporzionalità impone alle pubbliche amministrazioni degli Stati membri dell'Unione l'obbligo di giustificare il ricorso ai mezzi utilizzati al fine di perseguire un determinato risultato. La dottrina ha osservato che il principio di proporzionalità implica che non si emanino normative superflue o che si pongano i essere atti che, a parità di efficacia, lascino la più ampia libertà possibile ai propri destinatari e la cui intensità leda il meno possibile altri valori protetti dal diritto comunitario. Ciò è vero in particolare nell'ambito della concorrenza, dove l'apposizione di limiti d'essere estremamente ridotta e circostanziata.

Secondo la Commissione Europea, il principio di proporzionalità può essere applicato nel rispetto dei seguenti principi:

- Proporzionalità tra le misure prese e il livello di protezione ricercato e dunque configurare le misure adeguate al rischio potenziale secondo il livello di protezione

prescelto. Non sempre un divieto totale può essere una risposta proporzionale al rischio potenziale. Tuttavia, in alcuni casi, è la sola risposta possibile;

- Non discriminazione nell'adozione delle misure; situazioni comparabili non devono essere trattate in modo diverso e situazioni diverse non devono essere trattate nello stesso modo;
- Coerenza delle misure con quelle già prese in situazioni analoghe o che fanno uso di approcci scientifici analoghi;
- Esame dei vantaggi e degli oneri risultanti dall'azione o dall'assenza di azione. La portata di questo principio è più ampia delle sole considerazioni economiche ma tiene conto anche dell'efficacia delle possibili azioni e la loro accettabilità da parte del pubblico;
- Riesame delle misure alla luce dell'evoluzione scientifica.

L'applicazione del principio di proporzionalità deve tenere conto della giurisprudenza della Corte di Giustizia, secondo la quale la protezione della salute ha la precedenza sulle considerazioni economiche (es. la mucca pazza). La giurisprudenza dei T.A.R. ha più volte ribadito che le decisioni adottate dalle competenti autorità in materia ambientale ed in materia di bonifica, devono essere assistite da un apporto motivazionale particolarmente rigoroso che tenga conto di una attività istruttoria adeguata.

Il principio “chi inquina paga”

L'art. 3 ter del D. Lgs 152/2006, come recentemente modificato dal terzo correttivo al testo unico dell'ambiente, enunciando il principio dell'azione ambientale, si richiama anche al principio “chi inquina paga”.

L'esordio enunciativo del principio in esame può essere fatto risalire alla raccomandazione dell'Organizzazione per la Cooperazione e lo Sviluppo Economico (OCSE)(72) 128 del 26 maggio 1972, secondo la quale all'inquinatore devono imputarsi i costi della prevenzione e delle azioni contro l'inquinamento come definite dalle autorità pubbliche al fine di mantenere l'ambiente in uno "stato accettabile". Il 17 aprile 1973 fu approvato il Programma d'Azione per la Protezione dell'Ambiente, redatto dalla Commissione Europea, il quale prevedeva testualmente che *"qualsiasi spesa connessa alla prevenzione ed all'eliminazione delle alterazioni ambientali è a carico del responsabile"*. In seguito questo fondamentale principio fu recepito in Italia con la Legge n. 909/1986 che dava attuazione all'art. 130 R (oggi art. 174) dell'Atto Unico Europeo. Diverse le chiavi di lettura date a tale principio, anche se in dottrina si registra un diffuso consenso sull'attribuzione al principio in esame di un significato più ampio di quello del mero nesso di causalità giuridica tra fattispecie (inquinamento) ed effetto (risarcimento) che la lettera della formula normativa lascerebbe intendere a prima vista ritenendosi, per contro, che, secondo la concezione comunitaria, esso rappresenti il criterio generale di imputazione dei costi della protezione dell'ambiente. Il tema del risarcimento e della responsabilità del danno ambientale è oggetto della direttiva 2004/35/CE sulla responsabilità per danno ambientale, che è stata recepita dal D. Lgs. 152/2006 nella parte sesta dedicata alla tutela risarcitoria contro i danni all'ambiente (è bene ricordare che la Commissione Europea ha "accusato" l'Italia di aver recepito tale direttiva in maniera distorta con il D. Lgs 152/2006). La direttiva promuove il principio "chi inquina paga" con modalità alquanto diverse e, comunque, di portata molto più ampia di quella del solo risarcimento del danno. Infatti la responsabilità rileva non solo quando si sia verificato un effettivo danno all'ambiente ma anche quando si sia prodotta una semplice minaccia di danno ed inoltre la direttiva lega indissolubilmente il principio "chi inquina

paga” con i principi della precauzione, dell’azione preventiva e delle correzioni in via prioritaria alla fonte. Punto cruciale dell’applicazione di questo principio è che l’operatore è soggetto ad una responsabilità di carattere oggettivo in quanto subordinata al solo nesso di causalità tra l’attività esercitata ed il pregiudizio sofferto dall’ambiente e totalmente indipendente dall’esistenza o meno di un comportamento doloso o colposo. Per effetto di questa previsione la figura del danno ambientale è diversa dal modello per la responsabilità del fatto illecito o extracontrattuale disciplinato dall’art. 2043 del codice civile. In effetti la direttiva sul danno ambientale non richiede all’operatore di rispondere del danno (soltanto) con una riparazione di carattere puramente monetario ma gli impone interventi diretti la cui natura è rimessa ad una “appropriata discrezionalità amministrativa” dell’autorità competente di ciascuno Stato membro. Solo a seguito della mancata ottemperanza agli obblighi di intervento diretto previsti dalla direttiva gli operatori possono essere chiamati a rimborsare i costi sostenuti dall’autorità nazionale per le azioni di prevenzione o di riparazione adottate direttamente. La Giurisprudenza nazionale ha rilevato che il principio comunitario “chi inquina paga” non contrasta con i principi fondamentali della Carta Costituzionale a che tali azioni normative rientrano nel potere discrezionale del legislatore. La conferma della diversa natura della responsabilità ambientale rispetto alla responsabilità civile è espressamente affermata nel tredicesimo “*considerando*” della direttiva 2004/35/UE, nel quale viene sancito che la responsabilità civile non è “*uno strumento adatto per trattare l’inquinamento a carattere diffuso e generale nei casi in cui sia impossibile collegare gli effetti ambientali negativi a atti o emissioni di taluni singoli soggetti*”. Vengono distinte due situazioni complementari cui si applica un regime di responsabilità diverso: da una parte le attività professionali elencate nella direttiva; dall’altra tutte le attività professionali. Il primo regime che prevede la responsabilità oggettiva, si applica alle attività professionali

pericolose o potenzialmente pericolose elencate nell'allegato III della Direttiva. Secondo questo regime, l'operatore può essere considerato responsabile anche se non ha commesso errori. Il secondo regime di responsabilità si applica a tutte le attività professionali diverse da quelle elencate all'allegato III della Direttiva, ma solo in presenza di un danno o minaccia alla specie ed agli habitat naturali protetti dalla legislazione comunitaria. In tal caso, la responsabilità dell'operatore sarà messa in causa solo se questo ha commesso un errore o una negligenza. La Direttiva prevede una serie di casi di esclusione della responsabilità ambientale.

IL principio di sussidiarietà

L'art. 3 quinquies del D. Lgs. 152/2006 introduce esplicitamente nella disciplina del diritto ambientale i principi di sussidiarietà e di legale collaborazione, stabilendo che

1. *“i principi desumibili dalle norme del decreto legislativo costituiscono le condizioni minime ed essenziali per assicurare la tutela dell'ambiente su tutto il territorio nazionale;*
2. *le regioni e le province autonome di Trento e Bolzano possono adottare forme di tutela giuridica dell'ambiente più restrittive, qualora lo richiedano situazioni particolari del loro territorio, purché non comporti un'arbitraria discriminazione, anche attraverso ingiustificati aggravati procedurali;*
3. *lo Stato interviene 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*".

È con il Trattato di Maastricht che la sussidiarietà diventa uno dei principi fondamentale dell'Unione Europea: un esplicito principio di costituzione materiale che dovrebbe regolamentare gli sviluppi futuri del processo di integrazione. Nel penultimo punto del preambolo del trattato, gli Stati membri si dichiarano *"decisi a portare avanti il processo di creazione di un'unione sempre più stretta fra i popoli dell'Europa, in cui le decisioni siano prese il più vicino possibile ai cittadini conformemente al principio di sussidiarietà"*. Questa previsione implica che le diverse azioni siano poste in essere al livello territoriale ritenuto, di volta in volta, più idoneo. Con l'art. 5, secondo comma, del Trattato si afferma che *"la Comunità interviene secondo il principio di sussidiarietà, soltanto se e nella misura in cui gli obiettivi dell'azione prevista non possono essere sufficientemente realizzati dagli Stati membri e possono, dunque, a motivo delle dimensioni o degli effetti in questione, essere realizzati al meglio al livello comunitario"*, l'applicazione del principio viene generalizzata per tutti i settori di "competenza non esclusiva". In materia ambientale, si è osservato che il principio di sussidiarietà implica che un atto possa essere adottato a livello comunitario solo quando si ritenga che una tutela "sufficiente" non possa essere assicurata singolarmente dagli Stati membri. Si tratta di una circostanza ricorrente per la natura transnazionale delle problematiche di ordine ambientale. Resta ferma la facoltà degli Stati membri di adottare una disciplina più severa rispetto alle previsioni europee.

Il principio del libero accesso alle informazioni ambientali

L'art. 3 sexies del D. Lgs. 152/2006 introduce esplicitamente quale principio generale il diritto alla informazione ambientale, prevedendo che *«l'attuazione della legge 7 agosto*

1990, n. 241, e successive modificazioni, e delle previsioni, e delle previsioni della Convenzione di Aarhus, ratificata dall'Italia con la legge 16 marzo 2001, n. 108, ai sensi del decreto legislativo 19 agosto 2005, n. 195, chiunque, senza essere tenuto a dimostrare la sussistenza di un interesse giuridicamente rilevante, può accedere alle informazioni relative allo stato dell'ambiente e del paesaggio nel territorio nazionale". L'esigenza di promuovere e tutelare l'informazione ambientale risale al 1972, con l'adozione della dichiarazione di Stoccolma. Successivamente, nel 1990, veniva firmata la Carta europea di Parigi e nel 1995 la Commissione economica delle Nazioni Unite per l'Europa al fine di fornire agli Stati un aiuto concreto nella formulazione delle normative nazionali in materia ambientale e la partecipazione pubblica ai processi decisionali in materia ambientale.

Ed ancora, con il programma di azione ambientale comunitario viene nuovamente sottolineato il ruolo dell'informazione ambientale, al punto che, in occasione della sua revisione, questo aspetto viene ribadito come prioritario. In ambito comunitario, il decennio 1980-90 si caratterizza per l'emanazione di una serie di direttive che hanno ripercussioni in questo settore: ne è un fondamentale esempio la direttiva del Consiglio 90/313/CEE concernente la libertà di accesso all'informazione in materia ambientale ed il regolamento del Consiglio 1210/90 relativo all'istituzione dell'Agenzia Europea dell'Ambiente e della rete europea di informazioni e di osservazione in materia ambientale. L'Italia ha recepito la direttiva sul diritto d'accesso all'informazione ambientale solo nel 1997. Rispetto al diritto di accesso all'informazione riconosciuto dall'art. 22 della legge 241/90, la direttiva si distingue per significativi aspetti: in primo luogo la nozione di informazione disponibile in forma scritta, visiva, sonora, appare più ampia di quella di documento amministrativo fornita dalla 241/90. Secondariamente, la Corte di Giustizia ha avuto modo di chiarire il concetto di misura amministrativa comprendendo non solo l'atto amministrativo formale, ma anche la

presa di posizione della pubblica amministrazione quale attività non ancora formalizzata in un provvedimento amministrativo. Con la Direttiva 2003/4/CE del Parlamento Europeo e quella del Consiglio del 28 gennaio 2003, viene abrogata e sostituita la precedente direttiva 90/313/CEE del Consiglio. Il decreto legislativo 19 agosto 2005, n. 195, dà attuazione alla direttiva 2003/4/CE sull'accesso del pubblico all'informazione ambientale, e stabilisce i principi generali in materia di informazione ambientale cui si devono conformare le autorità pubbliche che detengono informazioni sull'ambiente. Con il decreto n. 195/2005 vengono definite le condizioni fondamentali e le modalità per l'esercizio del diritto di accesso. L'art. 2 del decreto definisce il concetto di informazione ambientale, sulla quale definizione è intervenuta anche la Giurisprudenza, concludendo che l'informazione ambientale concerne anche le misure - politiche, disposizioni legislative, piani, programmi, accordi ambientali – e ogni altro atto, anche di natura amministrativa, nonché le attività che incidono o possono incidere sugli elementi e sui fattori dell'ambiente e le misure o le attività finalizzate a proteggere i suddetti elementi; nonché le relazioni sull'attuazione della legislazione ambientale, le analisi costi-benefici ed altre analisi ed ipotesi economiche, usate nell'ambito delle misure e delle attività finalizzate a proteggere l'ambiente. Il comma 3 dell'art. 3 del decreto n. 195/2005 introduce, come osservato dalla giurisprudenza un principio innovativo rispetto alla disciplina generale del diritto di accesso, prevedendo, nel caso in cui la richiesta d'accesso sia formulata in maniera eccessivamente generica che l'Autorità pubblica chieda al richiedente, al più presto, comunque, entro trenta giorni dalla data del ricevimento della richiesta stessa, di specificare i dati da mettere a disposizione, prestandogli, a tale scopo, la propria collaborazione, anche attraverso la fornitura di informazioni sull'uso dei cataloghi pubblici. L'art. 8 obbliga l'autorità pubblica e il soggetto privato a rendere disponibile l'informazione ambientale ritenuta rilevante ai fini delle proprie attività istituzionali

avvalendosi, dove disponibili, delle tecnologie di tale comunicazione informatica e delle tecnologie elettroniche disponibili. Infine, un'altra novità rispetto alla disciplina precedente è contenuta nell'art. 6 del D. Lgs. 195/2005 che prevede che, in casi specifici, l'autorità pubblica possa applicare una tariffa per rendere disponibile l'informazione ambientale.

Al fianco del D. Lgs. 195/2005, l'art. 3-sexies del Testo Unico dell'Ambiente indica l'altra fonte sulla quale si fonda il diritto all'accesso all'informazione ambientale, rappresentata dalla Convenzione Aarhus. Nel 2001 è entrata in vigore la Convenzione di Aarhus ratificata con la L. 16 marzo 2001, n. 108 che, tra gli obiettivi si prefigge di contribuire alla protezione del diritto di ogni membro della generazione presente e futura ad abitare in un ambiente adeguato alla salute ed al benessere garantendo il diritto di accesso all'informazione di carattere ambientale, il diritto di partecipazione pubblica al processo legislativo e di accesso alla giustizia. Il richiedente non deve indicare se ha interesse all'informazione o la ragione o lo scopo su cui si basa la richiesta di accesso e l'accesso ha come oggetto non solo i record o documenti, ma anche le informazioni riassunte e la loro elaborazione. La Convenzione prevede che l'informazione sia resa il prima possibile, ed in genere entro un mese dalla richiesta, termine che può essere prolungato fino ad un massimo di due qualora il volume e la complessità dell'informazione lo giustifichi, tuttavia il richiedente deve essere informato delle motivazioni della proroga del termine. La Convenzione individua un diritto alla partecipazione del pubblico assai ampio: il pubblico deve essere informato sui progetti più rilevanti e deve avere la possibilità reale di partecipare al processo legislativo dell'autorità pubblica; il pubblico va informato durante la fase iniziale del processo decisionale in maniera tempestiva ed efficace e deve essere concesso un tempo necessario affinché possa prepararsi a partecipare effettivamente. La comunicazione al pubblico deve contenere la proposta attività e la domanda in base alla quale verrà presa la decisione; la natura della

possibile decisione; l'autorità responsabile della decisione, la procedura prevista indicando in essa le possibilità date al pubblico di partecipare, la data ed il luogo di ogni possibile audizione pubblica, i dettagli sull'accessibilità dei documenti, un'indicazione sulle informazioni di carattere ambientali disponibili. Va infine osservato che l'impostazione assunta dall'art. 3-sexies permette di assumere, come aveva già rilevata la giurisprudenza, la priorità del diritto all'accesso rispetto al diritto alla riservatezza richiamato dal comma 5 dell'art. 8 del d. P.R. 27 giugno 1992, n. 352. Poiché il comma 5 dell'art. 8 prevede già che deve comunque essere garantita ai richiedenti la visione degli atti dei procedimenti amministrativi la cui conoscenza sia necessaria per curare o per difendere i loro stessi interessi giuridici, la previsione contenuta nell'art. 3-sexies del D. Lgs. 152/2006, che non richiede neppure la dimostrazione dell'interesse giuridicamente rilevante, limita fino quasi all'inoperatività il richiamo all'art. 8 citato per la materia dell'ambiente.

Il principio di prevenzione

L'art. 304 del codice è dedicato all'azione di prevenzione. Si tratta di una disposizione distinta rispetto a quella dedicata all'attuazione del principio di precauzione, fornendo agli interpreti il fondamento normativo per distinguere i due concetti l'uno dall'altro che, troppe volte, sono stati confusi. L'azione di prevenzione attiene al momento in cui il danno ambientale non si è ancora verificato, ma esiste una minaccia imminente che si verifichi. In tal caso l'operatore interessato è tenuto ad adottare, entro 24 ore ed a proprie spese, le necessarie misure di prevenzione e di messa in sicurezza. È con il confronto con l'art 301 che definisce invece il principio di precauzione già precedentemente preso in considerazione, che si coglie che il principio di precauzione è diretto a proteggere la salute e l'ambiente, mentre il principio di prevenzione è diretto a scongiurare il verificarsi o

l'aggravarsi di un danno all'ambiente. Infatti il concetto di prevenzione nasce nell'ambito della Direttiva 2004/35/CE del 21 aprile 2004 sulla responsabilità ambientale. La riparazione del danno dovrebbe avvenire secondo le indicazioni di cui all'allegato II e, comunque, in modo da riportare, ove possibile, la risorsa naturale danneggiata alle condizioni esistenti prima dell'evento dannoso. Nel caso in cui tale obiettivo non sia conseguibile, la direttiva richiede che venga in ogni caso intrapresa un'azione tendente ad assicurare una riparazione complementare o compensativa. A fronte di queste finalità, il secondo comma dell'art. 304 prescrive appunto che l'operatore deve far precedere gli interventi di prevenzione del danno all'ambiente da una apposita comunicazione al Comune, alla Provincia, alla Regione o alla Provincia Autonoma nel cui territorio si prospetta l'evento lesivo, nonché al Prefetto della Provincia che nelle 24'ore successive informa il ministro dell'ambiente della tutela del territorio. La comunicazione, non appena pervenuta al Comune, abilita immediatamente l'operatore alla realizzazione degli interventi di prevenzione. Se l'operatore non provvede ad adottare gli interventi preventivi del danno ambientale oppure omette di farne la comunicazione agli enti preposti, l'autorità competente o comunque il Ministero irroga una sanzione amministrativa non inferiore a 1000 né superiore a 3000 euro per ogni giorno di ritardo. Lascia qualche dubbio il tenore della disposizione che prevede la facoltà, nei casi di inerzia dell'operatore, per le Autorità competenti di adottare le necessarie misure preventive o di riparazione. Anche la Direttiva non ha indicato che vi sia un obbligo a carico delle Autorità. Un tale obbligo, e limitatamente alla contaminazione dei suoli, sembra emergere dal combinato disposto dagli artt. 244, comma 4 e 250 del D. Lgs. 152/06.

La natura di diritto precursore o di diritto sonda che connota il diritto ambientale induce a considerare le suggestioni che fornisce sui temi generalissimi dell'equilibrio tra potere legislativo, esecutivo e giurisdizionale e su come si stia evolvendo il principio di legalità come anticipazioni di quello che avverrà in futuro a livello di ordinamento generale.

Il fatto che praticamente tutte le trattazioni di diritto ambientale abbiano inizio non tanto richiamando una o più norme scritte ma il famoso caso giurisprudenziale della Fonderia di Trail deve far riflettere.

Nella sentenza della commissione arbitrale mista USA-Canada Trail Smelter Arbitration (United States V. Canada), Award of 11 March 1941, veniva riconosciuta la responsabilità del Canada per i danni cagionati dalle immissioni inquinanti prodotte da una fonderia canadese ad alcuni agricoltori americani. I proprietari della fonderia che con le loro emissioni inquinavano i vicini territori degli Stati Uniti non potevano certo immaginare che la loro fonderia sarebbe passata alla storia seguendo il passaggio da un sistema in cui ad ogni Stato si riconosce il diritto di usare del proprio territorio in modo pieno ed esclusivo ad un sistema in cui vengono posti limiti alla sovranità degli Stati a fini di tutela ambientale.

Si è visto che il diritto ambientale si atteggia fundamentalmente, e non solo per le sue origini, come diritto di formazione giurisprudenziale: in esso il diritto scritto tende generalmente a venire dopo, quasi come cristallizzazione di ciò che di volta in volta la giurisprudenza è andata elaborando.

Se si esamina il processo di emersione della tutela dell'interesse ambientale nell'Organizzazione Mondiale del Commercio il ruolo fondamentale della giurisprudenza appare chiarissimo. Sebbene nell'ordinamento della WTO la tutela dell'ambiente fosse prevista dal diritto scritto praticamente sin dalle origini, si è dovuto attendere sino ad una sentenza del 2001 perché nel diritto vivente si facessero effettivamente prevalere le esigenze

di tutela dell'ambiente su quelle della libera circolazione delle merci. Ed infatti, almeno in una prima fase, la tutela dell'ambiente, benché espressamente riconosciuta dal diritto positivo, veniva poi nella concreta applicazione del diritto disattesa. Si possono citare quattro casi emblematici: “Tonno/Delfini I” e “Tonno/Delfini II; quello “gamberetti/tartarughe”, e quello della “carne agli ormoni”. È solo nel 2001 con il caso “amianto” che la tutela ambientale inizia ad essere veramente presa in considerazione nella WTO. In tale vicenda una misura limitativa del commercio internazionale, che era stata adottata al fine della preservazione dell'ambiente e della salute dei cittadini, è stata ritenuta legittima in applicazione di quella che è stata definita come la “regola aurea” per la presa in considerazione di un rischio ambientale, ossia il requisito del carattere scientifico della prova e, conseguentemente, il divieto di produzione e importazione di amianto stabilito dalla Francia è stato ritenuto legittimo in quanto fondato su un'ampia e completa istruttoria. In un certo senso si può dire che con il caso “amianto” si sia chiuso il cerchio: l'esigenza di tutela dell'ambiente ha trovato riconoscimento anche nell'ultimo feudo che le resisteva, quello particolarmente qualificato del commercio internazionale. Considerazioni simili possono essere svolte con riferimento all'ordinamento comunitario in cui il ruolo della giurisprudenza (della Corte di Giustizia) è stato –ed è tuttora- di rilevanza fondamentale.

Se oggi sono otto le norme del Trattato CE che si riferiscono direttamente all'ambiente (artt. 2, 3, 6, 30, 95, 161, 174, 175, 176), due i riferimenti all'ambiente nel Trattato UE (preambolo e art. 2) se i piani di azione comunitaria sinora approvati, e se anche la Carta dei Diritti Fondamentali proclamata a Nizza nel 2000 se ne occupa, mentre originariamente il Trattato CEE non conteneva alcuna norma di tutela dell'ambiente, ciò è dovuto soprattutto all'opera costante ed inesorabile della giurisprudenza. Per tali motivi in materia ambientale la Corte di Giustizia è stata considerata come vero e proprio “attivista politico” o, comunque,

come “fonte di idee fondamentali del processo di integrazione”. Identico discorso vale per il processo di emersione della rilevanza dell'ambiente nella nostra Carta Costituzionale: si è partiti da una situazione in cui non esisteva alcuna disposizione che si riferiva all'ambiente a quella attuale in cui l'ambiente è stato inserito nella Costituzione con esclusivo riferimento al riparto di competenze tra Stato e Regioni (si sta studiando oggi come inserire la tutela ambientale nell'art. 9 della Costituzione nella parte relativa ai principi fondamentali). Ma se dopo aver accennato a quanto avvenuto della WTO, in quello comunitario e in quello nazionale con riferimento all'interesse ambientale in generale e si passa a qualsiasi ambito settoriale del diritto ambientale, la conclusione non cambia. Si pensi al settore dell'inquinamento elettromagnetico: quasi nessuno dei problemi che in esso si pongono è stato risolto dal legislatore nazionale o da quello regionale (che spesso anzi hanno contribuito a causarli) e la giurisprudenza, spesso seguendo percorsi non lineari, si è trovata a dover fornire soluzioni in autonomia. Si pensi ad esempio alle seguenti questioni: una Regione può fissare limiti di esposizione differenti da quelli previsti dallo Stato? I Comuni possono vietare l'installazione di antenne e ripetitori nelle vicinanze di scuole, ospedali o altri siti sensibili? Possono abbassare ulteriormente i limiti fissati dallo Stato in prossimità di tali aree sensibili? Possono introdurre delle aree di rispetto o delle distanze rispetto a siti sensibili o altri ripetitori, ecc.

Sarebbe vano cercare una risposta a interrogativi nel diritto (nazionale o regionale), mentre se si scorre la Giurisprudenza della Corte Costituzionale o dei giudici amministrativi si verifica come di volta in volta proprio in quella sede si siano elaborate vere soluzioni. Ed infatti dal 2003 sono quasi una decina le sentenze della Corte Costituzionale in materia.

Dunque, come già evidenziato precedentemente, il quadro di incertezza tecnico-scientifica, la rapidità delle evoluzioni e la necessità di svolgere analisi scientifiche in periodi di tempo

lungi hanno messo in crisi il legislatore, almeno per come tradizionalmente inteso, aprendo spazi di assoluta novità per il potere giurisdizionale. L'analisi del diritto ambientale sembra, quindi, confermare le analisi di quanti sostengono che la produzione di diritto giurisprudenziale appaia destinata ad espandersi sempre più in futuro occupando spazi prima saldamente riservati al potere legislativo. Esso indica che l'evoluzione del sistema va nella direzione di un ritorno alle origini, al diritto romano di formazione pretoria, così avvicinandosi sempre più ai sistemi di *common law*.

I nuovi spazi dell'amministrazione

L'amministrazione è sempre stata considerata subordinata o quanto meno ancillare rispetto al potere legislativo: nello schema classico quest'ultimo dispone, l'amministrazione si limita ad eseguire. Ebbene ammesso che tale affermazione potesse essere condivisa in un sistema connotato da certezza, essa sembra non reggere se si guarda ad ambiti controversi dal punto di vista tecnico scientifico. Le amministrazioni si trovano sempre più spesso come il soggetto che resta da solo ad affrontare questioni tecnico-scientifiche controverse: si pensi alla decisione di vietare o meno la diffusione di organismi geneticamente modificati, di definire i livelli entro i quali si ritengono ammissibili le emissioni elettromagnetiche, di definire gli standards di sicurezza industriali, di autorizzare o vietare la commercializzazione di un prodotto alimentare, di un medicinale, di una bevanda, di un additivo alimentare, etc... In tutti questi casi le amministrazioni si trovano a dover riempire gli spazi ad esse attribuite dalla legge in assoluta mancanza dell'ombrello protettivo che normalmente è costituito dalla scienza. Devono decidere in assenza di presupposti tecnico-scientifici certi. Sono chiamate ad operare, a fornire risposte in un quadro di incertezza nel quale, almeno apparentemente, si potrebbe adottare qualsiasi tipo di decisione. E, ciò non di meno, le loro decisioni devono essere legittime. È per questo che oggi sembra trovare nuovo spazio l'analisi del fatto.

L'analisi della giurisprudenza comunitaria in materia ambientale conferma tale linea di tendenza evidenziando che tra le varie fasi procedimentali, quella che attiene alla ricostruzione del fatto, l'istruttoria, può essere definita come il "cuore" dell'attività amministrativa. Ciò fa sì che l'utilizzazione dell'istituto del silenzio-assenso in materia ambientale, venga limitata: non potendo essere in nessuna caso pretermessa la valutazione del rischio, l'utilizzazione di esso viene consentita solo a patto che sia preceduto da un procedimento che consenta tutte le indagini e i controlli necessari e, ovviamente, in cui siano previste forme di partecipazione.

Le forme adottate si caratterizzano per la loro provvisorietà ed i provvedimenti autorizzativi rilasciati in materia ambientale devono essere periodicamente soggetti a riesame. Dunque, non si può non convenire che il diritto ambientale dimostri come il legislatore tenda ad essere sempre più spesso scavalcato, ridimensionato e limitato. È infatti, costretto nelle pastoie di procedure lunghe e complesse, sballottato nel teatro nazionale della politica, questi resta costantemente indietro rispetto al regolato formale, affermandosi in una sorta di corsa contro il tempo che inevitabilmente produce sovrapposizioni, contrasti e incertezze. Quando l'emergenza diviene la regola generale, il legislatore –abituato a muoversi in un sistema caratterizzato dalla prevedibilità- si trova nella pratica impossibilità di racchiudere in fattispecie normative compiute l'infinita varietà di situazioni possibili e, dato che in materie caratterizzate da incertezze non si può predeterminare in dettagli la disciplina a livello legislativo, si genera necessariamente una crisi del principio di legalità inteso in senso formale. Il diritto ambientale conferma chiaramente che la legge è in crisi: gli stessi programmi di azione ambientale affermano che *"le odierne sfide ambientali impongono di guardare oltre l'approccio strettamente normativo e di assumere una strategia su più fronti capace di indurre i necessari cambiamenti dei nostri modelli di produzione e di consumo"*.

A questo si aggiunge che mentre la legge tradizionale si impone su un territorio nazionale il carattere de-localizzato dei fenomeni ambientali comporta che il legislatore tradizionale venga eroso sia dall'alto, dal diritto internazionale e dal diritto comunitario, che dal basso, ossia dal legislatore regionale e dal più ampio ricorso alle regolamentazioni comunali. Un dato ulteriore che si percepisce dall'analisi del diritto ambientale è una sorta di amministrativizzazione del potere legislativo: se si guarda alla legislazione comunitaria e in particolare alle direttive si vede che grande spazio in esse hanno assunto i “considerando”. Essi potrebbero essere considerati come la vera e propria parte motivazionale della direttiva in tutto e per tutto assimilabile ai “visto” e ai “considerato” che troviamo nei provvedimenti amministrativi. In tali “considerando” si ritrova proprio quella parte di analisi del fatto che non appare più come una caratteristica esclusiva del solo provvedere amministrativo. Anche le norme legislative devono essere fondate sui dati disponibili e sull'analisi scientifica: il considerando 24 del sesto programma comunitario ambientale afferma testualmente che: *“vista la complessità delle tematiche, l'attività legislativa in campo ambientale deve fondarsi su una solida valutazione scientifica ed economica che parte dalla conoscenza dello stato dell'ambiente e dalle conoscenze in atto”*. E dunque il legislatore deve verificare l'attendibilità delle fonti e monitorare continuamente lo stato della ricerca scientifica e procedere ad un costante aggiornamento dei dati normativi. Il continuo ancoraggio al piano del fatto assimila il potere legislativo a quello esecutivo anche dal punto di vista della provvisorietà: le norme scritte tendono ad avere una durata limitata nel tempo perché devono essere continuamente riviste. Il diritto ambientale dimostra pure che lo stesso ambito temporale che deve essere preso in considerazione dal legislatore non può più essere quello ristretto di una legislatura: la dimensione degli interventi di tutela ambientale supera quello degli individui singolarmente considerati e si proietta necessariamente su un arco di

riferimento di vari decenni. Mentre i politici tendono a ragionare in termini di scadenze elettorali, i problemi ambientali generalmente –si pensi alla riduzione dello strato dell'ozono- richiedono spesso tempi assai lunghi e gli eventuali effetti di un'azione si producono dopo parecchi tempo rispetto ai fattori di pressione e, soprattutto in capo ad altri soggetti (le generazioni future) che non sono in grado di far valere i propri interessi nel processo decisionale. Quel che il diritto ambientale comprova è che *“la vita di uno Stato e i rapporti tra gli individui non sono regolati sul funzionamento esatto, matematico, delle norme emanate dal legislatore”*. Accanto all'ordinamento, per così dire, ufficiale formato dalle disposizioni scritte, vivono e prosperano ordinamenti che soltanto per contrapposizione al primo possiamo chiamare di fatto.

Influenza specifica della Giurisprudenza in settori del diritto ambientale. I rifiuti.

La complessità e l'ampiezza della normativa di settore ha trovato corrispondenza in un'altrettanto ampia ed articolata giurisprudenza. I giudici sono frequentemente chiamati a pronunciarsi su questioni di notevole rilievo economico e sociale, quali, ad esempio, la nozione di rifiuto e l'ambiente di applicazione della relativa disciplina; la localizzazione, la valutazione di impatto ambientale e l'autorizzazione alla costruzione degli impianti di gestione dei rifiuti; le formule organizzative del servizio di gestione integrata e le numerose incertezze applicative connesse agli orientamenti comunitari che mirano al ridimensionamento dell'intervento pubblico nell'erogazione di tutti i servizi pubblici locale, le questioni relative al deposito temporaneo ed allo stoccaggio dei rifiuti; le problematiche definitorie ed applicative concernenti sostanze particolari; come i vari residui di produzione o le carogne degli animali; l'individuazione della giurisdizione competente in un settore in cui la contrapposizione tra poteri autoritativi e diritti soggettivi appare particolarmente forte.

Se quest'ultima questione, la Corte di Cassazione di recente è peraltro giunta ad importanti conclusioni lasciando intatta la giurisdizione esclusiva del giudice amministrativo con riguardo alla localizzazione degli impianti di smaltimento dei rifiuti, pur trattandosi di una materia in cui le prerogative pubblicistiche relative alla gestione del territorio spesso si scontrano con diritti costituzionalmente protetti, come il diritto alla salute (cfr. Cass., S.U., 28 dicembre 2007, n.27187).

Merita particolare attenzione il dibattito giurisprudenziale sulla nozione di rifiuto, di cui all'art. 183, comma 1, lettera a), si compone dell'elemento oggettivo, derivante dall'appartenenza all'elenco richiamato dalla norma, e dell'elemento soggettivo, consistente nella volontà del detentore di disfarsi di una certa sostanza, al di fuori dei casi in cui la legge stessa stabilisce uno specifico obbligo di dismissione. Proprio intorno a quest'ultimo connotato si sono sviluppati i più complessi dubbi interpretativi: infatti, non è sempre agevole distinguere le circostanze in un soggetto trasferisca la proprietà di una certa sostanza in nome di una finalità produttiva o commerciale, dai casi in cui dietro tale dismissione si celi il mero intento di disfarsi surrettiziamente dei rifiuti che si siano prodotti, aggirando le norme che presiedono alla tutela ambientale. Tale problematica interessa una serie di sostanze "di confine", tra cui, ad esempio, i sottoprodotti di origine industriale e le terre e rocce da scavo. La giurisprudenza si è evoluta per progressivi aggiustamenti e lo stesso legislatore nazionale fatica ad adeguarsi ai dettami –e non sempre univoci- provenienti dalle istituzioni comunitarie. La Corte di Giustizia Europea ha di recente riassunto e precisato il proprio orientamento con tre importanti pronunce che hanno, tra l'altro, sancito la contrarietà ai parametri comunitari di alcune disposizioni nazionali antecedenti al Codice del 2006. In esse, oltre a ribadire principi già affermati in sentenze precedenti, il Giudice comunitario tenta altresì di dare risposta a talune questioni rimaste sinora aperte. In particolare nel

riaffermare che la nozione di rifiuto merita comunque di essere interpretata in senso estensivo in ragione del superiore interesse ambientale, la Corte tuttavia, ammette che alcune sostanze ad oggetti, pur non coincidendo con i tipici risultati produttivi dell'attività di impresa, sono comunque suscettibili di una qualche forma di riutilizzazione economica nel medesimo o in diversi cicli riproduttivi, senza che il detentore intenda disfarsene in quanto tali, essi meritano di essere sottratti dall'ambito di applicazione delle Direttive sui rifiuti (un tipico esempio è costituito dai cosiddetti "sottoprodotti" di origine industriale). Al fine di agevolare l'identificazione di questi particolari materiali, la Corte detta una serie di condizioni. In questo senso dovrà risultare che il detentore non abbia intenzione di "disfarsi" dei residui produttivi, preferendo semmai sfrubarli o commercializzarli –altresi eventualmente per il fabbisogno di operatori economici diversi da quello che l'ha prodotto – in un processo successivo, sempre che la riutilizzazione certa non richieda una trasformazione preliminare e intervenga nel corso del processo di produzione o di utilizzazione. Pertanto, se il produttore può trarre un vantaggio economico reimpiegando la sostanza, la probabilità che ciò avvenga sarà alta e, dunque, si giustificherà la mancata applicazione della normativa ambientale. D'altro canto, la Corte chiarisce che la certezza del riutilizzo può attenuarsi qualora esso presupponga operazioni di deposito dalla durata incerta, che rappresentano non solo un avere ulteriore per il detentore ma anche una potenziale fonte di danni per l'ambiente. Dalle pronunce si ricava, inoltre, un chiaro disfavore per ogni norma nazionale contenente presunzioni generali che escludono a priori una certa sostanza dal novero dei rifiuti, non potendosi prescindere da valutazioni effettuate in concreto sui singoli casi di specie. È chiaro che si ammette la deroga alle precauzioni normative nei soli casi in cui risulti certo che una determinata sostanza rappresenti per il detentore un bene e non un materiale di scarto. Deve dunque emergere con certezza che il

detentore non abbia intenzione di disfarsi dei rifiuti in violazione delle norme che presidiano alla tutela ambientale. È importante sottolineare che nelle tre sentenze si specifica che una sostanza può essere qualificata come sottoprodotto anche laddove il detentore intenda sfruttarla o commercializzarla “*per il fabbisogno di operatori economici diversi*” dal produttore originario. E, in effetti, la legislazione italiana sino alle modifiche introdotte con il recente d. lgs. n. 4/2008 ricomprendeva tra i sottoprodotti anche le sostanze destinate ad essere immesse con certezza in cicli produttivi diversi dagli originari (si veda la pregressa versione dell’art. 183, comma 1, lettera n, d. lgs. n. 152/2006), pur circondando la previsione di diverse cautele. Alla luce delle recenti specificazioni fornite dal giudice comunitario e dalla nuova nozione di “sottoprodotto” introdotta dall’art. 183, lett. p, del d. lgs. n. 152/2006, si palesa una conferma del precedente orientamento.

La difesa del suolo

Il filone di approfondimento più significativo che emerge in materia di difesa del suolo attiene alla natura ed agli effetti del Piano di Bacino. La natura del vincolo posto con il Piano non è dissimile da quella del vincolo idrogeologico di cui al R.D. n. 3267/1923, tuttavia mentre quest’ultimo dispone di volta in volta con riferimento a specifici terreni, il Piano pone il vincolo fissando regime di utilizzazioni più generali, complessivamente considerati. In particolare la giurisprudenza è stata più volte chiamata a pronunciarsi sulla posizione della pianificazione idrogeologica nel sistema dei piani territoriali e sui rapporti tra il vincolo posto dal Piano e le attività edilizie e produttive che si innestano sul territorio. La Corte Costituzionale si è pronunciata in una fondamentale sentenza, la n. 85 del 1990, chiarendo che la difesa del suolo è un “*obiettivo da raggiungere attraverso una complessa pianificazione dei settori materiali coinvolti*” e che i piani di bacino “*non si svolgono*

attraverso misure od opere inerenti alle competenze urbanistiche, o a quelle della protezione civile ovvero a quelle attinenti ad altre competenze provinciali o regionali... anche se indubbiamente incidono od interferiscono nei confronti di ciascuna di queste attribuzioni” negando quindi la natura di strumento urbanistico del Piano. Il dato normativo stabilisce infatti la scala di relazioni tra il Piano di Bacino e gli altri strumenti di pianificazione, poiché l'art. 65, comma quattro, prevede espressamente che *“i piani e programmi di sviluppo socio economico e di assetto ed uso del territorio devono essere coordinati, o comunque non in contrasto, con il Piano di bacino approvato”* ponendolo quindi in una posizione di supremazia rispetto agli altri piani.

Tutela delle acque

Tra le molteplici questioni trattate in giurisprudenza ve ne sono due di particolare rilevanza: da un lato la necessità di un'autorizzazione espressa e specifica per tutti gli scarichi; dall'altra la stessa nozione di “scarico” nelle sue varie sfaccettature, la cui definizione è essenziale, tra l'altro, per individuare la linea di demarcazione tra la normativa di tutela delle acque e la normativa sulla gestione dei rifiuti. Per quanto concerne l'obbligo di autorizzazione, la giurisprudenza ne ha ritenuto la necessità per tutta una serie di attività che danno luogo ad acque di scarico assimilabili alle acque reflue industriali, con conseguente applicazione delle sanzioni penali in caso di inosservanza dell'obbligo: impianti di autolavaggio, moliture di olive, mattatoi comunali, nonché, a certe condizioni, allevamento di bestiame. Quanto alla nozione di scarico, l'accezione accolta dalla normativa comunitaria risulta particolarmente ampia. La direttiva 76/464/CE definisce lo scarico come *“l'immissione, nelle acque di cui al paragrafo 1, delle sostanze enumerate nell'elenco I o nell'elenco II dell'allegato”*. Resta irrilevante la distinzione tra scarichi diretti e indiretti che,

invece, ha dato luogo a frequenti conflitti interpretativi nella giurisprudenza interna. Il legislatore nazionale ha tentato di superare i contrasti dettando una nozione di scarico particolarmente restrittiva introdotta con l'art. 2, del d. lgs. n. 152/99, secondo cui è tale *“qualsiasi immissione diretta tramite condotta di acque reflue liquide, semiliquide e comunque convogliabili nelle acque superficiali, sul suolo, nel sottosuolo e in rete fognaria, indipendentemente dalla loro natura inquinante, anche sottoposte a preventivo trattamento di depurazione...”*. Tale definizione legislativa è mutata da quegli orientamenti giurisdizionali secondo i quali il criterio per distinguere ciò che costituisce scarico è ciò che è rifiuto liquido deve basarsi sul concetto di immissione diretta o meno nel corpo ricettore. Sono dunque le concrete modalità di riversamento del refluo nel corpo ricettore che assurgono a presupposto di applicazione della normativa sulle acque, altrimenti da escludersi laddove si dovesse riscontrare una soluzione di continuità nel recapito dei reflui nel corpo ricettore. Da ultimo, la Suprema Corte è intervenuta rafforzando il concetto secondo il quale *“integra scarico in senso giuridico qualsiasi sistema di deflusso, oggettivo e duraturo, che comunque canalizza i reflui dal luogo di produzione al corpo ricettore”*, a nulla rilevando che per l'esecuzione dello scarico sia prevista *“la presenza di tubazioni o apparecchiature speciali costituenti vera e propria “condotta”*.

L'inquinamento atmosferico e il clima

Le norme codicistiche che hanno consentito le prime forme di tutela giurisdizionale contro l'inquinamento atmosferico continuano tuttora a costituire un imprescindibile punto di riferimento, come testimoniato da una rilevante serie di pronunce anche molto recenti. Segnatamente, in materia di inquinamento atmosferico l'attenzione della giurisprudenza si è concentrata in modo prevalente sulle problematiche poste dall'applicazione dell'art. 674 c.p.

. Tale disposizione punisce con l'arresto o con l'ammenda *“chiunque getta o versa in un luogo di pubblico transito o in un luogo privato, ma di comune o altrui uso, cose atte ad offendere o imbrattare o molestare persone, ovvero, nei casi non consentiti dalla legge, provoca emissioni di gas, di vapore o di fumo atti a cagionare tali effetti”*. In particolare, i giudici, dopo aver giustificato la fattispecie contravvenzionale in esame come reato di pericolo, ne hanno ampliato l'ambito di applicazione offrendo un'interpretazione estensiva della nozione di *“molestia”*. Tutt'altro che pacifica è invece la gestione inerente al rapporto che sussiste tra la rilevanza penale dell'emissione e limiti imposti all'emissione stessa da norme generali o singole autorizzazioni. In altri termini si discute se il rispetto di tali limiti escluda in modo categorico la configurabilità del getto pericoloso di cose, così da considerare applicabile la sola norma civilistica di cui all'art. 844 c.c. qualora le emissioni, pur essendo contenute nei limiti, abbiano arrecato disturbo alle persone superando la normale tollerabilità. Al riguardo parte della giurisprudenza, maggiormente sensibile alle istanze di natura garantistica, ritiene che in presenza di precisi limiti di tollerabilità, debbano presumersi consentite quelle emissioni che abbiano le caratteristiche qualitative e quantitative ammesse dal legislatore speciale. In definitiva, secondo tale orientamento, all'inciso *“nei casi non consentiti dalla legge”* deve riconoscersi una valenza rigida, tale da costituire una sorte di spartiacque tra il versante dell'illecito penale, da un lato, e quello dell'illecito civile dall'altro. Altra parte della giurisprudenza, invece più attenta alle esigenze di tutela del bene generico rappresentato dalla qualità dell'aria, ammette la rilevanza penale delle emissioni anche all'interno dei limiti fissati. Ciò si verifica ove l'imprenditore non abbia adottato quegli accorgimenti tecnici ragionevolmente utilizzabili in virtù delle migliori tecnologie disponibili, per contenere al massimo possibile le emissioni inquinanti in modo da tutelare la salute e l'ambiente quali valori costituzionalmente garantiti.

Abbiamo posto attenzione ai principali settori oggetto del diritto ambientale, ma è da sottolineare che la giurisprudenza ha influito positivamente anche nei settori dell'inquinamento elettromagnetico, acustico, fonti energetiche rinnovabili, tutela del mare e aree marine protette, tutela delle biodiversità e protezione della natura.

Giurisprudenza ambientale: luci ed ombre

Elogio della giurisprudenza

La giurisprudenza è più importante delle leggi.

Il diritto infatti, non si forma principalmente sulle ordinate fondamenta di un'astratta classificazione, ma in modo alluvionale, per continue sovrapposizioni, sulla base dei fatti della vita e spingono i giuristi (non soltanto nei sistemi di common law!) a perfezionare le norme. Ed è più facile affrontare un ragionamento giuridico "partendo dai casi, ipotetici e reali, piuttosto che da principi generali".

Anche nel settore ambientale, la giurisprudenza ha svolto un ruolo di fondamentale importanza nell'evoluzione dei principi giuridici. Ciò è accaduto in primo luogo in sede internazionale ed europea, ad esempio grazie alle sofisticate ricostruzioni delle Corti sul principio di precauzione. Non meno importanti e "storiche" sono state alcune decisioni italiane dei giudici ordinari ed amministrativi: basti pensare a quelle relative al danno biologico, alla risarcibilità del danno da "da panico", alle migliori tecniche disponibili, alla applicabilità degli obblighi di bonifica anche alle contaminazioni verificatesi nel lontano passato e a numerosissime altre. Decisioni che sono state più o meno condivise in dottrina,

ma che quasi sempre si segnalano per l'approfondimento teorico, per la profondità di analisi degli aspetti giuridici come di quelli tecnici e soprattutto per il rigore argomentativo .

Alcune specifiche decisioni della giurisprudenza di legittimità fanno tuttavia eccezione. E sconcerata vedere come, in alcuni isolati casi, il desiderio di pervenire ad una conclusione ritenuta “giusta” abbia spinto i Giudici ad abbandonare proprio quel rigore metodologico ed argomentativi che per lo più invece caratterizza - doverosamente - le loro decisioni . Gli esempi non mancano, tanto negli anni passati come attualmente.

Quanto alle decisioni più risalenti nel tempo, si possono citare quelle che hanno in passato stravolto il chiaro dettato normativo della disciplina sugli scarichi, giungendo ad individuare sanzioni penali dove invece la legge prevedeva solo sanzioni amministrative o palesemente ampliando l'ambito del divieto di diluizione indicato dalle disposizioni di legge.

Ma è da porre l'attenzione, in particolare , a due recentissime decisioni, che sembrano inaspettatamente stravolgere non soltanto la corretta interpretazione delle norme sostanziali, quanto addirittura i principi fondamentali dell'interpretazione e dell' argomentazione giuridica. La prima di esse è la sentenza della Corte di Cassazione, sezione III penale, 11 aprile 2007, n.14557, in materia di nozione di rifiuto e di “sottoprodotto”. Questa decisione sostiene che, sulla base del diritto comunitario , per distinguere il “sottoprodotto” dal rifiuto è necessario che il riutilizzo avvenga “nel medesimo processo produttivo”. La Cassazione , nella sentenza in commento, si dilunga nella dimostrazione della pretesa incostituzionalità della disciplina italiana interna di sottoprodotto, contenuta nel d.lgs. n. 152/2006 all'articolo 183, lettera n). La sentenza, peraltro, inaspettatamente evita di portare la propria tesi alle sue logiche conseguenze, consistenti - come è ovvio – nella formulazione di un'eccezione di illegittimità costituzionale . Ciò viene giustificato con l'affermazione secondo la quale la disciplina del sottoprodotto contenuta nel D.lgs. n. 152/2006 “non è applicabile alla

fattispecie concreta , sia perché non è certa la riutilizzazione dei residui produttivi, sia perché manca un altro presupposto essenziale della norma, e cioè che sia lo stesso produttore del sottoprodotto o a reimpiegarlo nello stesso ciclo produttivo o a commercializzarlo direttamente per il consumo o per un reimpiego in altri processi produttivi”. Si tratta di una affermazione che sembra incompatibile con l’ampio spazio dedicato dalla sentenza a dimostrare l’incostituzionalità della definizione di rifiuto contenuta nel D. lgs. n. 152/2006. Se, infatti, una determinata normativa “non è applicabile “ alla fattispecie in discussione , la motivazione non deve e non può soffermarsi sugli eventuali profili di incostituzionalità di essa. Se invece la normativa è applicabile e rilevante, il dubbio di costituzionalità non deve e non può essere risolto dal Giudice, ma deve sempre portare alla sottoposizione del caso al giudizio della Corte Costituzionale. Venendo alla seconda delle menzionate decisioni, si tratta della sentenza della Cassazione, sezione III penale, 11 ottobre 2007, n. 40191, che fra l’altro si occupa della nota questione dello “scarico indiretto”. La sentenza da atto del “mancato riferimento nella definizione di scarico” contenuta nel D.lgs. n. 152/2006 alla “immissione tramite condotta”, e ciò non di meno sostiene espressamente che “per scarico si deve intendere l’immissione nel corpo ricettore tramite condotta”. Non stupisce però tanto la conclusione, quanto le due argomentazioni che seconda la Cassazione, supporterebbero un’interpretazione difforme dal dettato legislativo. La prima di esse consiste nella necessità di “evitare i contrasti e le incertezze sorte in passato sulla nozione di scarico”. Inoltre, riferisce la Corte, l’interpretazione difforme dal dettato legislativo “si impone perché è attualmente all’esame del governo uno schema di decreto correttivo” diretto a “ripristinare la precedente nozione di scarico con il riferimento all’immissione diretta tramite condotta”. Dunque la norma orientata in una determinata direzione, ma il governo si propone di modificarla con un decreto legislativo correttivo è perciò la Cassazione anticipa in via

interpretativa la novità legislativa (che per altro non può essere noto se e quando effettivamente interverrà, e che comunque – comportando una modifica in senso peggiorativo della disciplina – non potrà certo applicarsi retroattivamente). E' dunque alla luce di questi esempi che si impone una riflessione, e cioè, che il Giudice è il principale garante dello Stato di diritto, e la sua più importante funzione consiste nel garantire la perdurante presenza di un luogo (i Tribunali) e di una serie di atti (le sentenze) ancora caratterizzati da una aspirazione fondamentale all'equilibrio. Equilibrio che invece è sempre più spesso dimenticato in un mondo dominato dall'urgenza di apparire, e perciò di esprimere tesi spesso “estreme” e “accattivanti”. Proprio per questa ragione una ulteriore funzione del lavoro dei magistrati consiste nel costituire un freno ad una preoccupante tendenza della società moderna, quella che acriticamente esalta la “velocità”, di solito in funzione di un preciso ed efficiente obiettivo . I magistrati contribuiscono – devono contribuire – al faticoso lavoro di costruire, e qualche volta di restaurare, sempre con grande equilibrio, i palazzi della civiltà. Le sentenze, come quelle che abbiamo descritto hanno purtroppo scelto la “naturalzza” e la “velocità” ed hanno per un momento dimenticato l'equilibrio.