

CARLO CASTRONOVO*

LA NATURA DEL DANNO ALL'AMBIENTE E I CRITERI DI IMPUTAZIONE DELLA RESPONSABILITÀ

SOMMARIO: 1. Le nozioni di danno all'ambiente nella direttiva europea e nel d.lgs. n. 152/2006. - 2. Responsabilità senza colpa. - 3. Responsabilità per colpa e precauzione. - 4. Due modelli di responsabilità ambientale, uno pubblico, l'altro privatistico. - 5. L'impossibile innesco del risarcimento del danno nei poteri di iniziativa del Ministro per l'ambiente. - 6. Danno risarcibile.

1. *Le nozioni di danno all'ambiente nella direttiva europea e nel d.lgs. n. 152/2006*

Il danno all'ambiente così come disciplinato dal d.lgs. 3 aprile 2006, n. 152 (al quale sono state apportate *ulteriori disposizioni correttive e integrative*, ad opera del d.lgs. 16 gennaio 2008, n. 4), è afflitto da una doppiatezza di fondo, che costituisce il problema fondamentale per l'interprete che ad esso ponga mano. Con il decreto n. 152, infatti, il legislatore italiano ha sul piano formale dato adempimento alla delega legislativa contenuta nella legge n. 308/2004, per il riordino il coordinamento e l'integrazione della legislazione in materia di ambiente, ma ha altresì dato attuazione alla direttiva CE del 21 aprile 2004, n. 35¹ *sulla responsabi-*

* Ordinario di diritto civile nell'Università Cattolica di Milano.

¹ In GUCE 30 aprile 2004, L. 143/56. La cornice normativa di tale provvedimento è costituita dagli artt. 174 e 175 del Trattato CE.

lità ambientale in materia di prevenzione e riparazione del danno ambientale. Quest'ultima a sua volta, sempre nel segno della duplicità, distingue all'art. 3 due figure di danno: la prima riguarda il danno ambientale, definito all'art. 2 comma 1 "danno alle specie e agli habitat naturali protetti, vale a dire qualsiasi danno che produca significativi effetti negativi sul raggiungimento o il mantenimento di uno stato di conservazione favorevole di tali specie e habitat", del quale rispondono determinate attività professionali elencate nell'allegato III come particolarmente propense a incidere negativamente sull'ambiente; la seconda si riferisce al danno alle specie e agli habitat naturali quando esso sia causato da una attività non elencata nell'allegato III, la quale però risponde soltanto per dolo o colpa. Si può dire dunque che la direttiva prevede due fattispecie di danno all'ambiente, le quali hanno in comune l'aspetto oggettivo relativo al danno, ma si distinguono per i profili dell'imputazione. La prima fattispecie, infatti, prevede una responsabilità apparentemente priva di un criterio di imputazione e soltanto esclusa in una serie di ipotesi, previste all'art. 8; la seconda fattispecie, in quanto riferita ad attività non indiziate di propensione all'inquinamento, irraggiunge i presupposti della responsabilità, richiedendo appunto il dolo o la colpa.

Di queste due fattispecie ricostruibili all'interno della direttiva, il d.lgs. n. 152/2006 mantiene la prima, ma a questa ne associa una seconda, ricavata dall'art. 2, comma 2 della stessa direttiva, ambedue limitando all'aspetto oggettivo, costituito dal danno. Così il comma 1 dell'art. 300 dice che "è danno ambientale qualsiasi deterioramento significativo e misurabile, diretto o indiretto, di una risorsa naturale o dell'utilità assicurata da quest'ultima". E il comma 2, che riprende, come ho detto, la prima delle due fattispecie di danno ambientale secondo il modello della direttiva, specifica che il "deterioramento" in cui consiste il danno ambientale si riferisce: a) alle specie e agli habitat naturali; b) alle acque interne; c) alle acque costiere; d) al terreno. Queste definizioni di "danno" si caratterizzano nel segno della materialità: si tratta della pura infrazione fisica che evoca l'*injure, frangere, rompere* oggetto del capitolo terzo della legge Aquilia, il quale costituisce il modello originario della moderna responsabilità civile. Onde si potrebbe dire che siamo ritornati ai primordi. Questa attribuzione dell'ambiente a suggerire nozioni di danno di tipo naturalistico si era già manifestata nella legge n. 349/1986, la quale prevedeva all'art. 18, comma 1, una fattispecie multipla proprio dalla pro-

spettiva del danno, il quale in essa consisteva nell'*alterare, deteriorare o distruggere* l'ambiente. Come vedremo l'art. 18, comma 1 della legge n. 349 rivive ora nell'art. 311, comma 2 del decreto di attuazione della direttiva diventato codice dell'ambiente, ove sotto specie di disciplina della Azione risarcitoria in forma specifica e per equivalente patrimoniale, si prevede in realtà una fattispecie di danno ambientale che echeggia appunto la disciplina nazionale prevegente, rivelando le due ispirazioni, difficili da conciliare, della disciplina nuova.

Alle due fattispecie che risultano ricostruibili attraverso le due definizioni di danno sembra vadano riferite da un lato la disposizione del Par. 308, comma 1, secondo cui "l'operatore sostiene i costi ... di prevenzione e di ripristino", dall'altro le esenzioni dai medesimi costi, nonché da quelli delle azioni di precauzione, quando, come prevede il comma 4 del medesimo articolo, l'operatore "può provare che il danno ambientale ... a) è stato causato da un terzo e si è verificato nonostante l'esistenza di opportune misure di sicurezza astrattamente idonee; b) è conseguenza dell'osservanza di un ordine o istruzione impartiti da una autorità pubblica". Come si vede, il legislatore italiano ha aggiunto il riferimento alla precauzione, che invece, stranamente, non trova menzione nella direttiva europea, nonostante che l'art. 174 del Trattato CE, come modificato dal Trattato di Maastricht, proprio in materia ambientale abbia introdotto, oltre al principio "chi inquina paga"², al quale unicamente sembra ispirarsi la direttiva, anche il principio di precauzione e il principio dell'azione preventiva. Ma la legge italiana, avendo, con una variazione rispetto alla direttiva, addirittura contemplato in una norma *ad hoc* (art. 301) l'attuazione del principio di precauzione, facendolo consistere fondamentalmente in un obbligo di informazione degli enti territoriali da parte dell'operatore, obbligo che invece la direttiva aveva ricompreso tra le azioni di prevenzione disciplinate all'art. 5, ha dovuto aggiungere all'art. 308, in maniera in verità disarmonica rispetto alla rubrica e al comma 1 del medesimo articolo, di scagionare l'operatore, nelle ipotesi che abbiamo già considerate (di danno dovuto a intervento di un terzo o all'osservanza di un ordine dell'autorità), anche dai costi di precauzione i quali, lo abbiamo appena visto, riguardano l'informazione alla quale l'operatore sarebbe tenuto in base all'art. 301.

² Sul quale, v. già M. MELI, *Il principio comunitario "chi inquina paga"*, Giuffrè, Milano, 1996.

Ma a riguardo delle due fattispecie contemplate dall'art. 300 il problema fondamentale è costituito dal rapporto tra esse: se cioè la seconda, che è costruita in maniera analitica e particolare, di contro alla prima che è sintetica e generale, debba riputarsi inquadrata e incorruciata in quest'ultima, come se di essa fosse soltanto una specificazione esemplificativa. Abbiamo detto che le due fattispecie sono estranee l'una all'altra, come risulta dal comma 2 che, riproducendo quella di origine europea, testualmente la dice formulata "ai sensi della direttiva 2004/35/CE". Questo sembrerebbe deporre a favore di una lettura staccata delle due fattispecie. La legge però va letta per quello che è in grado di esprimere. Ora, benché i due commi menzionati non abbiano niente in comune, né sul piano dell'origine, né su quello della filosofia, la combinazione in cui essi si trovano posti li fa il primo genere e il secondo specie dell'altro; onde da un lato il secondo, nel momento in cui specifica il primo, aiuta a individuare il bandolo di significato, per così dire l'area di senso in cui esso va inteso; dall'altro però, il primo non può ritenersi tutto concretizzato nel secondo, la formula linguistica che lo costituisce essendo molto più ampia; e inoltre perché altrimenti tale comma 1 si rivelerebbe inutile e la legge nazionale avrebbe potuto limitarsi a riprodurre la regola di origine europea.

2. Responsabilità senza colpa

Il dolo e la colpa ritornano all'interno della legge italiana in una diversa fattispecie di responsabilità, disciplinata all'art. 311 del d.lgs. n. 152, dando vita a un modello legislativo che nel suo insieme è difficoltoso ridurre ad unità. La tecnica adoperata è talmente contorta da rendere di estrema difficoltà l'opera dell'interprete che pur ne voglia dare conto. L'articolo sta sotto la rubrica "azione risarcitoria in forma specifica e per equivalente patrimoniale"; e invero al comma 1 si prevede che "il Ministro dell'ambiente e della tutela del territorio agisce ... per il risarcimento del danno ambientale in forma specifica e, se necessario, per equivalente patrimoniale". Dal comma 1 si ricava una implicazione sistematica, che cioè quanto precede nel testo di legge, sul terreno delle fattispecie, sia da considerare, perché così dice di considerarlo il legislatore, presupposto di responsabilità civile. Che dunque il danno ambientale di

cui all'art. 300, oltre a dare adito a misure di diritto pubblico come devono considerarsi quelle disciplinate agli artt. 301, 304, 305, rispettivamente dedicati all'attuazione del principio di precauzione, all'azione di prevenzione e al ripristino ambientale, innesca, come prevede l'art. 311, l'azione di risarcimento del danno, in forma specifica o per equivalente. Questo significa altresì che le ipotesi di esenzione dal pagamento dei costi di precauzione prevenzione e ripristino, previste dall'art. 308, vanno lette con riguardo alle misure di diritto pubblico, siano da riferire altresì alla responsabilità civile quando in luogo delle prime il Ministro dell'ambiente decida di por mano alla seconda. Dalla prospettiva della responsabilità civile, le previsioni di esenzione di cui all'art. 308 non sono altro che ipotesi di esclusione della responsabilità.

Interpretando la direttiva avevo additato queste previsioni come indicative di un modello di responsabilità richiamante quello dell'art. 2050 c.c. Com'è noto tale norma prevede la responsabilità di chi esercita attività pericolose salvo che questi provi di avere adottato tutte le misure idonee ad evitare il danno. Tali misure mi sembra corrispondano, nella direttiva e nel decreto di recepimento, alle misure di precauzione e di prevenzione imposte all'operatore in funzione di evitamento (e passi per il neologismo) del danno; e questo mi sembrava giustificare il richiamo dell'art. 2050¹. Si è sostenuto però in dottrina⁴ che si tratterebbe di responsabilità oggettiva. Da questo esito mi aveva dissuaso il confronto con la proposta di direttiva. Questa da un lato non scandiva la responsabilità distinguendo, come invece ha fatto la direttiva, tra quella che riguarda le attività che possiamo chiamare ambientalmente pericolose e le altre, le quali invece rispondono solo per dolo o colpa; dall'altro non prevedeva, per le prime, ipotesi di esclusione della responsabilità come invece ha fatto la direttiva e, di conserva, il decreto attuativo. Non credo però che si debba esagerare la contrapposizione tra l'accostamento all'art. 2050 e l'affermazione di responsabilità oggettiva, in particolare per la ragione che oramai il diritto vivente ha reso quella contemplata all'art. 2050 una fattispecie di responsabilità oggettiva.

¹ C. CASTRONOVO, *La nuova responsabilità civile*, Giuffrè, Milano, 2006, p. 738.

⁴ U. SALANTRO, *La nuova disciplina della responsabilità per danno all'ambiente*, in *Sinodi per Giovanni Nicosia*, VII, Giuffrè, Milano, 2007, p. 179.

Quella composta agli artt. 300 e 308, comma 4 si può dunque definire una fattispecie di responsabilità oggettiva per il fatto che l'esclusione della responsabilità non dipende dall'assenza di colpa dell'operatore ma dal ricorrere di elementi indipendenti da una condotta di esso autonomamente assunta. E però parlare puramente e semplicemente di responsabilità oggettiva è troppo poco. Da un lato perché allora non si spiega come mai manchi la categoria di esclusione della responsabilità tipica di quest'ultima, e cioè il caso fortuito. Dall'altro perché in tal modo si oblitera l'idea che soggiace alla legge: che cioè in determinate ipotesi la responsabilità viene esclusa. E però, occorre riconoscere, queste ipotesi di esclusione, diversamente dall'art. 2050, per il quale l'autore dell'attività pericolosa si scagiona da responsabilità se prova di avere adottato tutte le misure idonee a evitare il danno, non sono costituite da condotte dell'autore dell'attività, anche se oramai non qualificate in termini di colpa, bensì, come ho detto prima, sono elementi del fatto che si connotano come originariamente estranei alla sfera di controllo dell'operatore.

Condotte dell'operatore sono però quelle di cui al comma 5, ove si prevede che l'operatore si esonera dai costi a carico dell'attività dannosa per l'ambiente se prova, anzitutto, l'assenza di dolo e di colpa e, ulteriormente un'autorizzazione in base alle norme vigenti, oppure che l'attività non poteva considerarsi dannosa in base alle conoscenze tecniche e scientifiche al momento in cui si è verificato il fatto che ha cagionato il danno. Ma questo secondo gruppo di ipotesi di esonero, che trova origine, come il primo, nella direttiva, sembra avere ragione di essere con riguardo alle fattispecie di responsabilità per dolo o colpa che la direttiva prevede al comma 1, b) dell'art. 3, laddove, come si è detto, il decreto di attuazione non ha accolto la bipartizione, prevedendo in questa parte, che possiamo dire di origine europea, soltanto la fattispecie che nella direttiva si riferisce alle attività inquinanti pericolose. Mettere insieme perciò i due gruppi di ipotesi di esonero da responsabilità quando di responsabilità se ne è disciplinata soltanto una, quella riferibile alle attività inquinanti per propensione, significa costruire sulla confusione.

È bensì vero che all'art. 311 il decreto prevede al comma 2, come abbiamo accennato, anche una fattispecie di responsabilità da fatto illecito. Ma prima e a prescindere dal significato proprio di tale previsione e dalla questione se essa intenda per così dire recuperare la seconda fattispecie di responsabilità prevista dalla direttiva a titolo di dolo o colpa,

non si può non rilevare che la disposizione di cui parliamo si trova prevista all'art. 311, cioè dopo la disciplina nella quale sono contemplate, all'art. 308 appunto, le ipotesi di esonero da responsabilità, le quali su un piano logico e sistematico non possono che riferirsi a fattispecie disciplinate prima, non a quella dell'art. 311, comma 2. Quest'ultima, essendo disciplinata di seguito, non consente che ad essa si riferiscano le ipotesi di esonero, che di contro presuppongono a loro volta fattispecie rispetto alle quali quelle di esonero si possono porre esclusivamente come logicamente dipendenti.

3. Responsabilità per colpa e precauzione

Siamo a un altro raddoppio contenuto nel decreto legislativo: dopo la doppia figura di danno ambientale, ecco ora una seconda doppia fattispecie. Esordisce il comma 2 dell'art. 311: "*Chimique 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 alterandolo o distruggendolo in tutto o in parte, è obbligato al ripristino ... e, in mancanza, al risarcimento per equivalente*".

Non si tratta in realtà di una sola fattispecie, bensì di due nuove: una costituita da quello che vorrebbe essere un fatto illecito nel senso del diritto privato generale, l'altra costituita da un fatto illecito proprio, di diritto secondo¹, un fatto illecito ambientale. Non è una novità per il nostro ordinamento. Anzi si deve ritenere che il nostro legislatore, dovendo, come si è detto in esordio, dare esecuzione alla delega legislativa e in pari tempo attuazione alla direttiva europea, ha ritenuto di potere mettere insieme i due modelli del danno ambientale propri rispettivamente dell'ordinamento nazionale e della direttiva, accostando a quest'ultimo il primo ma in modo che ciascuno di essi appare orientato autonomamente.

¹ La categoria "diritto secondo", che io ho introdotto nel lessico civilistico, è ormai diventata comune nella nostra letteratura: v. ampiamente A. PAVIA (a cura di), *Diritto civile e diritti speciali*, Giuffrè, Milano, 2008, volume che nonostante il titolo, il quale per vero fa pensare alla legislazione speciale propriamente non coincidente con quella dei diritti secondari, è appunto dedicato a questi ultimi.

mente onde rimane all'interpretare il compito di spiegare se e in quale misura i due modelli si connettano.

Un primo punto lo abbiamo toccato poc'anzi nel discorrere delle ipotesi di esonero dalla responsabilità. Abbiamo notato che quello che abbiamo chiamato secondo gruppo di esse si incentra sull'assenza di dolo e di colpa, e abbiamo detto come non si spieghi alla luce dell'unica fattispecie di danno ambientale ricavabile dalle norme che precedono l'art. 308, ove ai commi 4 e 5 tali esclusioni della responsabilità si trovano previste. Nonostante questa inadeguatezza tecnica, l'interprete non può non prendere atto che, in maniera sia pure ingustificabile sul piano soggettivo, di ciò che il legislatore avrebbe dovuto fare o comunque non ha fatto, dal punto di vista di ciò che è ricorre un modello di responsabilità incentrato sulla colpa. Questo fa sì che a tale fattispecie vada riferito quel secondo gruppo di ipotesi di esclusione della responsabilità: in breve, il contenuto del comma 5 dell'art. 308 va riferito alle due fattispecie disciplinate dall'art. 311, comma 2.

Non è diventato invece criterio di imputazione da aggiungere a quelli tradizionali della responsabilità civile il principio di precauzione. Abbiamo visto infatti che, mentre lo ignora la direttiva del 21 aprile 2004, il nostro soletto legislatore, nel dare attuazione alla direttiva, mediante il d.lgs. 3 aprile 2006, n. 152, lo ha contemplato all'art. 301 (*attuazione del principio di precauzione*), richiamando espressamente l'art. 174, comma 2 Tr., ma concretizzandolo in un obbligo di informazione gravante sull'operatore interessato nei confronti degli enti territoriali, quando "a seguito di una preliminare valutazione scientifica obiettiva" sia emerso un rischio "per la salute umana e per l'ambiente"; e in un potere del Ministro per l'ambiente di "adottare in qualsiasi momento misure di prevenzione". Sull'operatore interessato, inoltre, a tenore dell'art. 304, nel caso di minaccia imminente di un danno ambientale, grava altresì l'obbligo di adottare "le necessarie misure di prevenzione e di messa in sicurezza". Ma se l'operatore non vi provvede, lo stesso art. 304 prevede l'irrogazione di una sanzione amministrativa.

Nel quadro così ricomposto, gli obblighi in cui si concretizza la precauzione rilevano sul piano del diritto pubblico⁵, mentre dalla prospet-

tiva privatistica non sembrano aggiungere significati diversi a quello che trova sintetica espressione nella categoria della colpa. Infatti per la mancata adozione delle misure di prevenzione e messa in sicurezza non è previsto alcun effetto di diritto privato secondo e, quando il danno si sia verificato, tale condotta omissiva può certo essere richiamata a fondamento della responsabilità dell'operatore interessato, ma precisamente nei termini per cui, ai sensi dell'art. 2050 c.c., colui che esercita un'attività pericolosa risponde del danno per non "avere adottato tutte le misure idonee ad evitare il danno".

Non sembra perciò che nella responsabilità civile il principio di precauzione sia capace di risultare nuovi rispetto a quelli conseguibili mediante i criteri tradizionali di imputazione, e in particolare la colpa: se quest'ultima è, secondo la definizione datane dall'art. 43 c.p., l'ammancato di diligenza, prudenza, perizia, non è facile scorgere qualcosa di significativamente altro da questo quando si adopera la categoria precauzionale. Essa risulta piuttosto il conio linguistico di chi, in un campo originariamente diverso da quello giuridico, ha inteso designare con esso ciò che da sempre nel linguaggio della responsabilità civile in negativo si chiama colpa e che, se in positivo può avere il significato di enfatizzare la prevenzione, non sembra presentare residui in particolare quanto alla prudenza, la quale è precisamente la virtù dell'equilibrio tra la disinvoltura e l'immobilità rispetto a ciò che non è completamente noto.

4. Due modelli di responsabilità ambientale, uno pubblicistico, l'altro privatistico

Il secondo punto riguarda la reciproca delimitazione delle fattispecie di danno ambientale di origine europea e di impianto nazionale. Circa le prime va detto anzitutto che esse diventano fattispecie di responsabilità in alternativa alle misure di diritto pubblico che, come abbiamo visto, sono la precauzione, la prevenzione e il ripristino, rispettivamente contemplati agli artt. 301, 304, 305. Dispone l'art. 311, comma 1 che, in luogo di tali misure, il Ministro dell'ambiente può esercitare l'azione ri-

⁵ "Il sistema della direttiva è fondato ... su di una relazione tra l'operatore e l'autorità competente ... senza nessuna richiamo alla garanzia giudiziaria" (T. BALLARINO, *I beni*

ambientali, in C. CASTRONOVO-S. MAZZAMUTO (a cura di), *Manuale di diritto privato europeo*, II, Giuffrè, Milano, 2007, p. 130.

sarcotria in forma specifica o per equivalente. Anzi, l'ordine in cui dispone l'art. 311 mette le misure pubblicistiche di origine europea in alternativa al rimedio risarcitorio, che è menzionato in primo luogo. E se questo vuole significare un ordine gerarchico, può suscitare il dubbio che sia appropriato, dato che il diritto di origine europea dovrebbe avere la prevalenza sui modelli nazionali.

Quanto alle due fattispecie di illecito ambientale di origine nazionale, quella di diritto generale e quella di diritto secondo, disciplinate al comma 2 dell'art. 311. La prima è concepita nei termini: "*Chunque realizzando un fatto illecito arrechi danno all'ambiente alterandolo, deteriorandolo o distruggendolo*"; la seconda così: "*Chunque, 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 alterandolo, deteriorandolo o distruggendolo*". Echieggia il vecchio testo dell'art. 18, comma 1, legge n. 349/1986. Ma la fattispecie di tale ultima norma si è fratta in due e quello che era il fatto illecito ambientale, costruito sul modello dell'art. 2043 c.c., rivive nella seconda delle due fattispecie nuove, nella quale però non si fa parola di dolo o colpa, ma vi si sostituisce, con qualche disordine, la definizione di colpa (negligenza, imprudenza, imperizia) di cui all'art. 43 c.p.; e, come nella fattispecie dell'art. 18, ricorre un'antigiuridicità costruttiva, rappresentata dalla "*violazione di legge, di regolamento o di provvedimento amministrativo*". La ragione di questo raddoppio della fattispecie sembra essere l'intento di risolvere la questione presentatasi agli interpreti in seguito all'introduzione dell'art. 18 e di quella fattispecie di illecito ambientale, questione che si riassumeva in quella dei rapporti tra disciplina speciale e sistema della responsabilità civile, e si concretizzava nella questione se l'art. 18 escludesse o meno l'applicazione di altre norme di responsabilità civile nella materia del danno ambientale: dalle diversità che caratterizzavano l'art. 18 rispetto all'art. 2043 ricavandosi la conclusione che le due norme concorrevano nella disciplina del danno ambientale, la diversità di fattispecie assegnando a ciascuna di esse un ambito applicativo proprio⁷. L'implicazione che se ne traeva era nel senso che quella dell'art. 18 fosse disciplina residuale. Si affermava che poiché il danno è risarcibile solo una

⁷ C. CASTRONOVO, *op. cit.*, p. 746.

volta, ogni danno all'ambiente che si risolvesse in offesa di singole, specifiche situazioni soggettive avrebbe continuato a trovare disciplina nelle fattispecie del tit. IX, libro IV c.c. Danno all'ambiente nel senso e ai fini dell'applicazione della legge n. 349/1986 rimaneva invece ogni "*distruzione, alterazione, deterioramento*" che si collocasse oltre la lesione di situazioni soggettive riferite a singoli componenti dell'ambiente. Poiché "*ambiente*" è categoria di relazione, si aggiungeva, il danno all'ambiente trovava disciplina specifica nell'art. 18, legge n. 349/1986 proprio ed esclusivamente in quanto alterazione negativa di tale relazione⁸.

Ora l'integrazione della previsione originaria dell'art. 18 mediante una nuova previsione che costituisce in illecito ambientale anche ogni fatto illecito che abbia come conseguenza la distruzione, alterazione o deterioramento dell'ambiente intende significare che il fatto illecito che tale sia per la disciplina generale dei rapporti privati diventa fatto illecito ambientale quando, oltre a caratterizzarsi per la lesione di una situazione soggettiva privata, necessaria a costituire il fatto illecito *ex art.* 2043, possa dirsi aggressione all'ambiente, nel qual caso, poiché di esso è titolare lo Stato, sarà quest'ultimo a potere agire per il relativo danno. In questi termini la nuova disciplina ha reso certo quanto si affermava precedentemente in materia di rapporti tra illecito civile generale e illecito ambientale, ma non ne ha modificato, né avrebbe potuto, il criterio. In pari tempo con quella che abbiamo detto essere la seconda fattispecie disciplinata all'art. 311, comma 2 affiora però, sotto la formula nazionale della "*alterazione deterioramento distruzione dovuta a violazione di legge, di regolamento o di provvedimento amministrativo*", il danno ambientale come effetto di una "*attività professionale*" secondo il modello della direttiva n. 35/2004, la quale disciplina l'illecito ambientale in quanto causato da attività professionali, anche se queste ultime vengono distinte tra elencate e non elencate nell'allegato III della direttiva. Rimane che un danno non può essere risarcito due volte così come è sicuro che ogni situazione soggettiva reale riferita a beni ambientali ha un suo titolare che in quanto tale ha diritto di agire per il risarcimento di ogni danno che sia conseguenza della lesione del proprio diritto. Questo significa ancora una volta che ciò che il titolare del diritto sull'ambiente potrà domandare per risarcimento del danno è soltanto quanto si

⁸ C. CASTRONOVO, *op. cit.*, p. 747.

riferisce al suo proprio diritto, che è quel diritto sulla relazione tra i vari beni che compongono un certo ambiente e che residua rispetto alla tutela dei diritti aventi ad oggetto i singoli beni. Ma il decreto inverte l'ordine delle priorità. Poiché quando si sia verificato un danno all'ambiente, a norma dell'art. 305 il Ministro dell'ambiente può ordinare all'operatore le misure di ripristino o adottarle esso stesso, ove questo accada evidentemente i titolari dei diritti sui beni sui quali si sia prodotto il danno ambientale potranno agire per il risarcimento del proprio danno se nel frattempo, in ottemperanza a quanto ordinato dal Ministro dell'ambiente, il danno che li concerne non sia stato ristorato. Questo sembra chiaro al legislatore del decreto, quando prevede, all'art. 313, comma 7, che "resta in ogni caso fermo il diritto dei soggetti danneggiati dal fatto produttivo di danno ambientale, nella salute o nei beni di loro proprietà, di agire in giudizio nei confronti del responsabile", in ottemperanza all'art. 3, comma 3 dir., che in merito lascia "ferma... la pertinente legislazione nazionale".

5. L'impossibile innesto del risarcimento del danno nei poteri di iniziativa del Ministro per l'ambiente

Fin qui sembra che la coesistenza di due modelli, uno di origine europea a impianto essenzialmente pubblicistico, l'altro di origine patria, a impianto, almeno originariamente, privatistico, possa reggere. Ma la disciplina del risarcimento del danno, che si illude di operare una sintesi tra modelli pubblicistici e modelli privatistici, appare francamente inaccettabile. Abbiamo detto che la disciplina del danno all'ambiente contenuta nella legge n. 349/1986 era di diritto privato. E la fattispecie, lo abbiamo visto, era esemplata sul modello dell'art. 2043, pur con le variazioni in tema di antigiuridicità e forse pure di danno, del quale non era chiaro se il legislatore ne avesse accolto una nozione naturalistica o giuridica. L'azione di risarcimento che ne derivava era una ordinaria azione di risarcimento, promossa dallo Stato o dagli enti pubblici territoriali davanti al giudice ordinario (art. 18, comma 2 e 3). Il decreto le-

⁹ Cfr. C. CASTRONOVO, *op. cit.*, p. 740 s.

giudicativo che ha introdotto la disciplina nuova ha previsto invece che sia il Ministro dell'ambiente a svolgere una istruttoria funzionale all'emanazione di una ordinanza del Ministro medesimo, che ingiunge il ripristino "a titolo di risarcimento in forma specifica" e, nel caso in cui il responsabile non vi provveda, o "il ripristino risulti in tutto o in parte impossibile oppure eccessivamente oneroso ai sensi dell'art. 2058 del codice civile", con altra ordinanza a ingiungere al responsabile il pagamento "di una somma pari al valore economico del danno accertato o residuo, a titolo di risarcimento per equivalente". Permane bensì l'azione civile di risarcimento, esercitata dal Ministro anche in sede penale e la giurisdizione della Corte dei conti per il caso di danno provocato da soggetti sottoposti a quest'ultima (artt. 311, comma 1 e 313, comma 6).

Relativamente all'alternativa tra risarcimento in forma specifica e per equivalente, la lettera della legge depone nel senso suggerito già dall'art. 18, legge n. 349/1986: ovvero sia il modello risarcitorio prioritario è il risarcimento in forma specifica¹⁰. Direi anzi che la nuova disciplina risulta più esplicita in questo senso, nel momento in cui prevede testualmente, all'art. 311, comma 1, "il risarcimento del danno ambientale in forma specifica e, se necessario, per equivalente", aggiungendo al comma 2 che il responsabile "è obbligato al ripristino... e, in mancanza, al risarcimento per equivalente". Non v'è dunque spazio per chiedersi se, alla stregua dell'art. 2058 c.c., il risarcimento in forma specifica debba essere oggetto di specifica domanda: l'alternativa tra i due modi risarcitori risulta rovesciata rispetto a quella dell'art. 2058.

Quanto all'azione che venga esercitata solo in sede civile, si tratta solo di individuare la competenza, la quale, pur dopo il riparto di giurisdizione tra giudice ordinario e giudice amministrativo, sembra doversi attribuire al primo. Ma è la disciplina della ripartizione del danno nel suo insieme a non sembrare plausibile, e anzi a suggerire l'idea che si sia creato un diritto impossibile. Non è soltanto un *monstrum*, come lo ha definito Libertini o un nonsenso come ha detto Meli. Certamente è irragionevole ritenere e prevedere che un soggetto (il Ministro), il quale abbia il potere di risolvere con propri atti autoritativi la situazione venuta a creare in seguito a un danno all'ambiente imputabile a qualcuno, possa in alternativa ricorrere al giudice. Ma sul piano analitico-giuridico

¹⁰ Cfr. C. CASTRONOVO, *op. cit.*, p. 745.

la disciplina che esaminiamo è inaccettabile per una ragione ulteriore: essa è costituzionalmente illegittima nella parte in cui consente di risolvere una questione di risarcimento in un ordine dell'autorità.

Il risarcimento del danno aquiliano è un diritto di credito, che nasce dalla legge, ma necessita che il fatto che lo costituisce e l'oggetto dell'obbligazione, in assenza di accordo tra le parti, siano accettati dal giudice. Che di risarcimento si tratti, con l'implicazione giurisprudenziale ora trattate, è confermato dallo stesso decreto quando all'art. 313, come abbiamo prima ricordato, parla di "*risarcimento ambientale a titolo di risarcimento in forma specifica*" e di "*risarcimento per equivalente*" previsto in subordine al primo, comunque "*ai sensi dell'art. 2058*". Come un'azione in giudizio tendente al risarcimento, che il decreto pure prevede, possa essere messa in alternativa a una ordinanza ministeriale ingiuntiva portante l'obbligazione di pagare l'equivalente del danno arrecato è una spiegazione che non riusciamo a dare.

Ulteriore aspetto di un diritto post-moderno che mal si concilia con le linee dello Stato di diritto è il criterio di liquidazione del danno, per il quale l'art. 314 prevede che "*ove non sia motivatamente possibile l'esatta quantificazione ... il danno per equivalente patrimoniale si presume, fino a prova contraria, di ammontare non inferiore al triplo della somma corrispondente alla sanzione pecuniaria amministrativa oppure alla sanzione penale concretamente applicata*". Il confronto con la precedente disciplina dell'art. 18, comma 6, legge n. 349/1986 mette in evidenza lo scivolamento pubblicistico, incompatibile con la figura risarcitoria che il legislatore ha comunque inteso disciplinare. La norma ora abrogata così prevedeva: "*Il giudice, ove non sia possibile una precisa quantificazione del danno, ne determina l'ammontare in via equitativa, tenendo conto delle gravità della colpa individuale, del costo necessario per il ripristino e del profitto conseguito dal trasgressore*". A riguardo di tale disposizione avevo parlato di "*allure sanzionatoria*", rilevando come "*il riferimento alla gravità della colpa e al profitto conseguito dal trasgressore ci portasse*) *su traiettorie tipiche del diritto penale*"¹¹. Ma di risarcimento pur sempre si trattava, perché tale è quello al quale si riferisce un ordine del giudice di pagare una certa somma a un soggetto danneggiato in relazione e nella misura di un valore effettivamente venuto meno nel pa-

¹¹ C. CASTRONOVO, *op. cit.*, p. 743.

trimonio di quest'ultimo. Nel decreto n. 152/2006 le cose stanno diversamente, e non mi pare per il meglio. Siamo andati ben oltre un pur discutibile risarcimento sanzionatorio. Da un lato, infatti, come abbiamo detto, quest'ultimo viene rimesso all'autorità amministrativa in una indisciplinata alternativa all'autorità giudiziaria, laddove la sua natura di diritto di credito che non nasce dalla pura potestà impositiva dello Stato dovrebbe comportare esclusivamente l'intervento del giudice; dall'altro lo si sostituisce, ove necessario, con una prestazione pecuniaria che non si sa che altra natura possa avere se non di sanzione nel momento in cui viene commisurata alla sanzione amministrativa o alla sanzione penale.

A mettere in guardia il legislatore nei confronti di un modello di tal fatta doveva essere quantomeno la considerazione che in tal modo il Ministro dell'ambiente può agire davanti al giudice, diventando parte o, in maniera del tutto alternativa, sostituirsi al giudice, diventando autore del provvedimento riguardante il risarcimento.

Né basta, a giustificare una soluzione a dir poco pasticciata il suggerimento che il legislatore abbia creduto di rinvenire nella disciplina di origine comunitaria che pure in precedenza abbiamo sinteticamente scorsa. Così come, secondo quel modello, il Ministro per l'ambiente può ordinare il ripristino o adottare esso stesso le misure relative (art. 305); e conseguentemente, in quest'ultima ipotesi "*recuperare ... le spese sostenute dallo Stato in relazione alle azioni di precauzione, prevenzione e ripristino adottate*" (art. 308, comma 2); il nostro legislatore ha ritenuto che si potesse analogamente commettere a un provvedimento del Ministro medesimo il risarcimento del danno disciplinato alla maniera propria del diritto interno inaugurata dalla legge n. 349/1986. Ma il modello di derivazione europea è prettamente pubblicistico, mentre quello nazionale è per questo aspetto prettamente privatistico onde non si giustifica l'innesto in quest'ultimo dei profili pubblicistici propri del primo, in particolare per quanto concerne i poteri di ingiunzione di un fare o di un dare. Nel modello europeo, poi, lo stesso "*recupero*" da parte del Ministro delle somme spese per attuare misure di ripristino che spettano all'operatore che ha causato danno all'ambiente manifesta una surrogazione da pagamento di un debito altrui: dunque non una prestazione risarcitoria a carico dell'operatore e neppure un *quantum* da liquidare, dato che si tratta di spese sostenute. E comunque non potendosi escludere che in caso di inadempimento di tale obbligazione il Ministro

debba agire in giudizio per ottenere il pagamento non spontaneamente eseguito dall'operatore.

Non si avvede di questa incongruità la Cassazione penale che in una recente decisione, del 2 maggio 2007¹², affermando che "il Ministro ... ha ... due alternative per procedere al recupero del danno ambientale", si limita a parafrasare il d.lgs. n. 152/2006, senza avvertire la sregolatezza di un risarcimento in forma specifica, binato in via eventuale da uno per equivalente, che sia oggetto di una ordinanza ministeriale in alternativa a una decisione giurisdizionale. Non si può invocare in proposito l'autoretela amministrativa, che è l'unica categoria a venire alla mente in relazione a un potere ingiuntivo che in realtà è ben di più perché prima costituisce l'oggetto dell'obbligazione e poi ne ordina l'adempimento. Nell'autoretela infatti, la quale pur significa potere autoritativo di intrusione nella sfera giuridica altrui, è il soggetto pubblico titolare del potere che da sé opera a tal fine; laddove nella disciplina in esame non è il Ministro che si sostituisce al soggetto privato nel ripristino di quanto risulti alterato o distrutto o danneggiato, bensì il soggetto privato che, in esecuzione dell'ordine impartito dal ministro, provvede al ripristino della situazione ambientale o, in sostituzione, al ristoro per equivalente della perdita non recuperata in forma specifica.

A mezzo tra il modello pubblicistico puro, per il quale il Ministro "ordina" all'operatore le misure per il ripristino oppure vi provvede da sé (art. 305), e quello privatistico-pubblicistico che prevede il risarcimento del danno domandato in sede giurisdizionale (art. 311) o in forza di una ingiunzione da parte dello stesso Ministro (art. 313), il legislatore ha aggiunto una modalità nuova di risposta al danno ambientale, che possiamo chiamare di ripristino contrattato. Esso è previsto all'art. 2, d.l. 30 dicembre 2008, n. 208, convertito con legge 27 febbraio 2009, n. 13, recante *Misure straordinarie in materia di risorse idriche e di protezione dell'ambiente*. In base a tale nuova disciplina, in esito a una conferenza di servizi convocata dal Ministro e partecipata dagli enti pubblici territoriali che oltre allo Stato abbiano diritto al risarcimento del danno, su proposta del Ministro dell'ambiente si potrà stipulare "con una o più imprese interessate, pubbliche o private" una "transazione non novativa" avente ad oggetto gli interventi di "bonifica e messa in sicurezza", resi

¹² Cass. 2 maggio 2007, n. 16575, in *Danno resp.*, 2008, p. 409.

necessari da un danno ambientale che si sia verificato, e i relativi oneri. La qualifica non novativa della transazione fa sì che di essa possa essere domandata la risoluzione "nel caso di inadempimento, anche parziale, da parte dei soggetti privati delle obbligazioni dagli stessi assunte in sede di transazione". In tal caso ritornano al loro stato originario le obbligazioni le pretese e i poteri riguardanti il danno ambientale del quale i soggetti privati, contrapparte dello Stato nella transazione, siano autori o siano comunque da ritenere responsabili.

6. Danno risarcibile

Sempre in tema di risarcimento la sentenza sopra citata opportunamente reputa risarcibili ai soggetti privati anche le c.d. "perdite provvisorie", che meglio sarebbe dire intermedie, e consistono nelle perdite patrimoniali e non patrimoniali derivanti dalla devastazione ambientale prima del ripristino. Ma la ragione non è quella fornita dalla Corte, e cioè che ogni intervento di ripristino non può eliminare le perdite che si verificano nel tempo intermedio, perché questo non è nient'altro che danno, mentre la questione è se esso sia risarcibile. E la risarcibilità sta nell'idea stessa della responsabilità e dei suoi rimedi: la prima significa obbligo di ristorare il danno per intero, mentre la morfologia dei secondi fa sì che il risarcimento per equivalente colmi ogni ammanco che il risarcimento in forma specifica, per la sua natura che lo attaglia alla situazione materiale da restaurare, non riesca a recuperare¹³. Si tratta però sempre di danno ambientale; e del potere di domandare il risarcimento di questo, è bene ricordarlo, titolare è il Ministro. Gli altri soggetti indicati all'art. 309, possono agire per il risarcimento del danno a sensi dell'art. 310, ma il danno in questione è un danno riflesso: precisamente quello "subito a causa del ritardo nell'attivazione, da parte del ... Ministro, delle misure di prevenzione, prevenzione o di contenimento del danno ambientale". Perciò non è sotto questo profilo che i soggetti privati possono agire nei confronti dell'autore del danno ambientale: ne mancherebbero i presupposti soggetti-

¹³ Come si è espressa ultimamente Cass. civ., 17 aprile 2008, n. 10118, pronunciata si con riferimento all'art. 18, legge n. 349/1986, "il ripristino dello stato dei luoghi non elimina il pregiudizio protrattosi per nove anni".

vi (legittimato passivo è il Ministro) e oggettivi (si tratta della perdita non consistente nel danno ambientale, bensì nelle conseguenze derivanti dall'omissione dell'intervento che deve contrastarlo). Altra è la regola alla quale fare capo: l'art. 313, comma 7, il quale fa salvo "il diritto dei soggetti danneggiati dal fatto produttivo di danno ambientale, nella loro salute o nei beni di loro proprietà, di agire in giudizio nei confronti del responsabile a tutela dei diritti e degli interessi lesi".

Abbiamo detto in precedenza come, vigente l'art. 18, legge n. 349/1986, gli interpreti concordassero nel ritenere che con la disciplina di diritto secondo in esso contenuta concorresse quella generale della responsabilità civile, onde il soggetto privato potesse continuare ad agire per i danni che in base agli artt. 2043 e seguenti c.c. risultassero risarcibili¹⁴. La previsione dell'art. 313, comma 7 fornisce perciò conferma positiva a quanto invero non sembrava dubitabile. Ma la precisione testuale riferita alla salute e ai beni in proprietà, per vero inusitata quanto a quest'ultima espressione, esclude, consapevole o no che ne fosse il legislatore, la risarcibilità delle perdite puramente patrimoniali, quelle appunto che non possono dirsi conseguenza di quella lesione di una situazione giuridica soggettiva che in generale è pure eletta a presupposto necessario della responsabilità dall'art. 2043 c.c. La cornice normativa mutata dunque nel suo testo ma non nella sua portata prescrittiva induce a ritenere che le perdite puramente patrimoniali, come quella dell'albergo o dello stabilimento balneare che vede fuggire i suoi clienti per impraticabilità del campo siano risarcibili quando il fatto costituisce reato, dovendo trovare allora applicazione l'art. 185 c.p. Sul punto non mi pare corretto, al fine di negarne l'applicazione alla specie in oggetto, affermare che detta norma abbia la funzione di estendere l'area del danno risarcibile ai valori non patrimoniali, onde quanto al danno patrimoniale essa sarebbe mero riflesso della norma civile: testualmente infatti vi si fa parola di risarcimento del "danno patrimoniale o non patrimoniale". In secondo luogo, non pare conferente l'argomento secondo cui l'applicazione di essa presupporrebbe la dimostrazione che l'art. 185 stesso ponga una regola speciale sotto il profilo dell'ingiustizia del danno¹⁵, con-

¹⁴ In questo senso anche Cass. n. 101118/2008, cit.; e cfr. C. CASTRONOVO, *op. cit.*, p. 748 s.

¹⁵ U. SALANTINO, *Danni temporanei all'ambiente e tutela degli interessi privati: un problema di ingiustizia del danno*, in *Danno e resp.*, 2008, p. 417, nt. 9.

sentendo cioè il risarcimento di un danno non qualificabile come ingiusto. Nel caso dell'art. 185 di ingiustizia semplicemente non è questione, nel momento in cui la legge fa derivare il diritto al risarcimento direttamente dal reato. Piuttosto la questione si pone sul terreno del bene giuridico tutelato dalla norma penale: occorre che il reato ambientale si configuri come reato plurioffensivo e, ulteriormente, che il soggetto privato si possa ritenere titolare di uno dei beni giuridici o interessi che la norma penale ha inteso tutelare. Come si è espressa in materia la Cassazione a Sezioni unite, "con l'offesa al bene pubblico ... dell'ambiente ... concorre sempre l'offesa per quei soggetti singoli i quali, per la loro relazione con un determinato habitat ... patiscono un pericolo astratto di attentato alla loro sfera individuale"¹⁶.

Sciogliendo l'oggettività della categoria ambiente nella soggettività degli interessi che caratterizza l'umana avventura, la Suprema Corte ci ri-acclimata all'idea che *hominum causa omne ius constitutum est*.

¹⁶ Cass., Sez. Un., 21 febbraio 2002, n. 2515.