

III  
PROFILI GIURISDIZIONALI E GIUSTIZIALI  
NELLA TUTELA AMMINISTRATIVA DELL'AMBIENTE

GIUSEPPE MORBIDELLI \*

1. IL REGIME AMMINISTRATIVO SPECIALE DELL'AMBIENTE

In altra sede ho cercato di dimostrare la presenza di un regime amministrativo speciale dell'ambiente<sup>1</sup>. La specialità trova fondamento in una serie di disposizioni legislative, che affidano all'amministrazione preposta alla tutela dell'ambiente dei poteri "esorbitanti". Ho avuto appunto modo di osservare che la normativa sulla semplificazione (conferenza dei servizi, silenzio-assenso, ecc.) non opera od opera con notevoli controlimiti nei confronti delle amministrazioni preposte alla tutela di interessi *ambientali* o paesaggistici o sanitari, che richiedono sempre una disamina espressa, in quanto interessi mai amministrabili in via tacita<sup>2</sup>.

Tale regime speciale è confermato dalla legislazione più recente, di ulteriore semplificazione (o meglio, di risoluzione di "arresti procedurali"): l'art. 17, c. 3, l. 15 marzo 1997, n. 127 (che introduce un nuovo comma 5 all'art. 14, l. 7 agosto 1990, n. 241), stabilisce che le determinazioni dissenzienti alla conclusione del procedimento amministrativo espresse da amministrazioni preposte alla tutela am-

---

\* Professore di Diritto costituzionale italiano e comparato presso la facoltà di Scienze politiche dell'Università di Firenze.

<sup>1</sup> G. MORBIDELLI, *Il regime amministrativo speciale dell'ambiente*, in *Scritti in onore di Alberto Predieri*, Milano, 1996, vol. II, 1121 ss.

<sup>2</sup> V. da ultimo anche Corte Cost. 17 dicembre 1997, n. 404, in *Le Regioni*, 1998, 382, con nota di P. MARZARO GAMBA, *Silenzio-assenso, buon andamento e responsabilità del funzionario*, che ribadisce il «principio fondamentale, risultante da una serie di disposizioni da interpretare unitariamente nel sistema, secondo cui il silenzio dell'Amministrazione preposta al vincolo ambientale non può avere valore di assenso».

bientale e paesaggistico-territoriale (nonché del patrimonio storico-ambientale e della tutela della salute) sono superabili solo attraverso una determinazione favorevole alla conclusione del procedimento adottata dal Presidente del Consiglio dei Ministri, previa deliberazione del Consiglio dei Ministri (negli altri casi, ai sensi dell'art. 17, c. 3, l. n. 127, la determinazione conclusiva del procedimento è di competenza della stessa amministrazione procedente, salvo il potere di interdizione da esercitarsi entro 30 giorni da parte del Presidente del Consiglio dei Ministri, se è coinvolta una amministrazione statale, ovvero da parte del Presidente della Regione e del Sindaco, negli altri casi). In altre parole, le determinazioni delle amministrazioni preposte alla tutela ambientale non sono più infungibili come nella formulazione originaria della l. n. 241; peraltro sono fungibili solo attraverso una determinazione assunta al massimo livello dell'esecutivo, che impegna la responsabilità del Governo. Ove poi – v. ancora art. 17, c. 3, l. n. 127 – vi sia stata una precedente valutazione di impatto ambientale negativa, tale intervento surrogatorio non è in assoluto praticabile (di converso però la valutazione di impatto ambientale positiva consente di non applicare il regime speciale previsto per le amministrazioni preposte alla tutela ambientale, paesaggistico-territoriale dagli artt. 14, c. 4, 16, c. 3, 17, c. 2, l. n. 241: ma in realtà si tratta di una conferma della specialità, giacché in tanto il procedimento segue la procedura semplificata, in quanto vi è stata preventivamente la complessa procedura di VIA). Né si potrebbe obiettare che, di contro, il recente d.lgs. 5 febbraio 1997, n. 22 (di attuazione della direttiva CEE sui rifiuti e sugli imballaggi), che per la sua sistematicità assurge a ruolo di paradigma del diritto amministrativo ambientale, conosce intense forme di semplificazione, in particolare per quanto concerne l'approvazione dei progetti per la realizzazione degli impianti di smaltimento e recupero di rifiuti e le relative autorizzazioni (v. art. 27): infatti, nella specie, si tratta di una normativa a tutela dell'ambiente, e non di una normativa in cui l'ambiente interviene come interesse contrapposto o comunque da bilanciare. In sintesi la regola è questa: se la normativa è volta direttamente a tutelare l'ambiente e dunque quest'ultimo è l'interesse primario, allora operano le regole ordinarie, talvolta ancora più semplificate del solito, anche con misure sostitutive (v. ad es. art. 23, d.lgs. n. 22), perché *suprema salus* è l'ambiente; se invece l'ambiente è solamente uno dei valori che entra in comparazione con altri interessi che sono "primari" nel procedimento (che siano i trasporti, l'opera pubblica, la sicurezza della navigazione, ecc.), allora ha l'effetto di rallentare le procedure cui accede, oltre che di arrestare il procedimento, a dimostrazione che all'interesse primario (secondo la tradizionale nozione di tale concetto)<sup>3</sup> si sovrappone l'ambiente, che è costantemente interesse "superprimario".

---

<sup>3</sup> Che risale – come è noto – a M.S. GIANNINI, *Il potere discrezionale*, Milano, 1939, spec.

Ulteriore conferma della specialità ambientale è data dall'efficacia del c.d. "principio precauzionale" (di cui la V.I.A. è il prototipo e che ha ricevuto canonicizzazione nel Trattato di Maastricht: v. art. 130 R, § 2), nel senso che si tende a sottoporre a valutazione di compatibilità ambientale non solo progetti di opere puntuali, ma anche gli strumenti di pianificazione (essendo una proposta di direttiva comunitaria volta ad introdurre la V.A.S., acronimo che sta per Valutazione Ambientale Strategica: in inglese S.E.A.: *Strategic Environment Assessment*)<sup>4</sup>.

Tutto ciò si spiega con la prevalenza data, nel bilanciamento tra norme costituzionali, ai valori tutelati dagli artt. 9 e 32 Cost., rispetto a quelli tutelati dall'art. 97 Cost. (nella sua proiezione in termini di efficienza). La specialità dell'amministrazione dell'ambiente, rispetto ad un regime amministrativo sempre più caratterizzato da strumenti non autoritativi e comunque da un processo di depurazione dal "plusvalore" delle amministrazioni, che secondo le ricostruzioni più classiche caratterizza la nostra disciplina<sup>5</sup>, è altresì rivelata dalla larga presenza di poteri eccezionali e d'urgenza, dalla previsione di misure di salvaguardia (cioè a tutela anticipata di prescrizioni ancora in via di formazione), dalla intensa discrezionalità tecnica che caratterizza i poteri delle amministrazioni deputate alla tutela ambientale (discrezionalità che tra l'altro è per così dire immanente, nel senso che non si esaurisce con il rilascio dell'autorizzazione: infatti sovente le prescrizioni in sede di autorizzazione possono essere modificate a seguito dell'evoluzione della migliore tecnologia disponibile, nonché alla evoluzione della situazione ambientale: v., ad es., art. 11, d.P.R. 24 maggio 1988, n. 203).

È vero che, in sé considerati, quelli che abbiamo definito connotati rivelatori della normativa ambientale non sono un *unicum*. La discrezionalità tecnica caratterizza la materia dei trasporti o della sicurezza del lavoro o delle telecomunicazioni o dei prodotti alimentari e molte altre ancora; le misure contingibili ed urgenti sono addirittura previste da norme di carattere generale a tutela di salute, incolumità, sicurezza pubblica; misure di salvaguardia sono presenti nella legislazione urbanistica. Senonché la compresenza di tutti questi caratteri, la intensità delle previsioni, la costanza di regole procedurali autonome (seppure in sincronia con previsioni normative a tutela della salute, che peraltro è materia sotto tutti i profili, a partire da quello delle situazioni soggettive, "gemellata" con

---

76 ss.; dove invero usava la terminologia "interesse essenziale", che va a scontrarsi agli interessi secondari.

<sup>4</sup> Sul principio precauzionale v. A. RUSSO, voce *Ambiente*, in *Trattato di diritto amministrativo europeo*, Milano, 1998, vol. II, 168.

<sup>5</sup> V. per tutti la chiara sintesi di B. SORDI, *Diritto amministrativo (evoluzione dal XIX secolo)*, in *Dig. (disc. publ.)*, IV ed., Torino, 1990, vol. V, 182 ss.

la materia “ambiente”), e in ogni caso l’ancoraggio ad un concetto indeterminato come l’ambiente, finiscono per dare all’amministrazione un potere di intervento nei confronti degli altri interessi in conflitto (che pure possono inerire ad altri interessi pubblici) tale da indurre a parlare di un “regime amministrativo speciale”. È noto che il regime di diritto amministrativo concretizza una sorta di “plusvalore” dell’amministrazione rispetto ai cittadini. Ed è altrettanto noto come questo “plusvalore” si sia notevolmente attenuato, per effetto soprattutto delle norme costituzionali ed in particolare dei principi di eguaglianza e di imparzialità. Tuttavia nella materia della tutela ambientale i dati normativi che abbiamo in sintesi richiamato evocano, anche per la loro qualità e per la loro sistematicità, aspetti tradizionali di tale “plusvalore”. A ciò concorre non solo il saldissimo ancoraggio costituzionale della tutela dell’ambiente, con conseguente primazia del valore sotteso a tale tutela rispetto ad altri valori costituzionali (quali proprietà, libertà di iniziativa economica, giusto procedimento, principio di legalità, buon andamento nella sua proiezione in termini di efficienza-snellezza dell’azione amministrativa), ma anche il fatto che l’ambiente, di cui dobbiamo riconoscere la non definibilità in termini esaustivi ed unitari, finisce per atteggiarsi alla stregua di un concetto giuridico indeterminato, perché consente l’adattamento continuo dell’ordinamento al mutare dei fattori sociali. Ha infatti – come hanno i concetti giuridici indeterminati – una valenza dinamica, in quanto si muove e si modifica secondo il mutare di elementi esterni: nuove scoperte, nuove acquisizioni, impiego di nuove tecniche, evidenziazione di effetti dannosi prima non riscontrati. Come è noto, i concetti giuridici indeterminati sono definiti “valvola” o “elastici”. Sono gli “organi respiratori” dell’ordinamento nel senso che permettono l’inserimento in esso di precetti attraverso una valutazione *ad hoc* operata dall’interprete che tiene conto della evoluzione sociale, di nuove acquisizioni tecnico-scientifiche, di nuove esigenze, del mutare del costume.

A differenza però dei concetti giuridici indeterminati che vengono riempiti dall’interprete, l’ambiente viene riempito soprattutto dal legislatore. È questo, infatti, che individua le risorse da tutelare, e come tutelarle, e quindi disvela l’ambiente in tutte le sue dimensioni e il suo evolversi attraverso lo schermo delle procedure di protezione (si pensi alla recente normativa sull’ozono o a quella sull’impiego dell’amianto). Ciò però non vuol dire che non v’è spazio per un riempimento ad opera dell’interprete. La nozione di ambiente è infatti così onnicomprensiva e indeterminata che si presta ad essere fissata anche attraverso operazioni ermeneutiche, soprattutto in considerazione degli effetti sul piano della salute umana e della qualità della vita. Talché ogni tipo di attività, ove ritenuta per acquisizioni tecniche dannosa, può essere sottoposta a controllo giurisdizionale e/o ad interventi amministrativi (anche cautelari) facendo leva sulle norme del codice penale e delle varie leggi che tutelano la salute pubblica e/o le risorse naturali. Si pensi in particolare a

tutte quelle norme che difendono l'equilibrio ecologico, ovvero le risorse (acqua, aria, suolo ecc.) con clausole generali. Tutto questo è stato ben avvertito dalla Corte costituzionale, particolarmente nella sentenza 10 marzo 1988, n. 278<sup>6</sup> quando ha affermato l'impossibilità di predeterminare interamente in sede di normazione primaria una disciplina che risulti efficace per una effettiva tutela dell'ambiente, sottolineando la necessità di conferire a livello amministrativo idonei poteri di adeguamento tempestivo supportati dalla disponibilità – in continua evoluzione – di conoscenze e dati tecnici sulla realtà da tutelare. La essenziale dinamicità degli interventi di tutela ambientale viene così assicurata da poteri conferiti ad organi tecnici ed amministrativi volti ad adeguare tale tutela a mutamenti che la realtà (e la capacità di percezione della stessa) subisce nel tempo.

In sostanza, a fronte della difesa dell'ambiente non opera il tradizionale *favor libertatis*. Al contrario il *favor* è verso la protezione dell'ambiente, sicché di fronte ad esigenze di protezione ambientale “cedono” gli spazi liberi dell'ordinamento, e anche quelli già occupati sono di continuo soggetti a revisione (si pensi ancora alle clausole che impongono la “migliore tecnologia disponibile”).

Si potrebbe dire che l'ambiente opera così come, nel regime precostituzionale, operava l'ordine pubblico amministrativo, spettante allo Stato-persona nei suoi originari compiti di polizia e di sicurezza interna, e volti appunto a garantire «uno stato materiale di pace derivato dall'assenza di fatti naturali o umani pregiudizievoli, in particolare dalla assenza di violenza fisica e di assenza di turbativa di sicurezza».

Se nel regime della vigente Costituzione non può essere configurata una clausola generale di ordine pubblico, come limite generale alle libertà fondamentali, in quanto detta clausola opera solo nei limiti in cui è prevista, sia pure con espressioni diverse o riferite a subsettori (sanità, incolumità pubblica, sicurezza, buona amministrazione: v. artt. 14, 16, 17, 20, 21, 41 Cost.), per contro è ora emersa una nuova clausola generale, che – sul piano amministrativo – consente interventi di amplissima discrezionalità e scarsamente controllabili sul piano giurisdizionale, come era un tempo per le misure di ordine pubblico.

Come la clausola dell'ordine pubblico era funzionale all'esigenza di uno stato di fatto caratterizzato da sicurezza, incolumità, tranquillità, e dunque alla tutela dell'andamento della vita sociale assente da turbamenti, così la clausola della difesa ambientale corrisponde all'esigenza di uno stato di fatto caratterizzato da equilibrio ecologico e dalla tutela verso alterazioni dannose della qualità della vita<sup>7</sup>.

---

<sup>6</sup> In *Giur. Cost.*, 1998, I, 1166.

<sup>7</sup> Su tutti questi aspetti v. più diffusamente il nostro *Il regime amministrativo speciale dell'ambiente*, cit.

Si è visto che il fondamento costituzionale di tutto questo sta nel valore (anzi nel plusvalore) “ambiente” e nella priorità che esso assume nel giudizio di bilanciamento. Ma sta anche – a ben guardare – nel fatto che a proposito di ambiente non si può parlare solo di diritti, ma anche di doveri. Il valore della tutela dell’ambiente reca con sé sia posizioni soggettive di vantaggio, sia il dovere di tutti di concorrere a tale tutela, attraverso prestazioni (*di fare, di non fare, o di subire*) di vario genere. Del resto, laddove il diritto dei singoli corrisponde ad un interesse della collettività, è frequente lo schema diritto-dovere.

Tanto vero che non poche delle Costituzioni che hanno tra i propri principi fondamentali quello della tutela ambientale, sanciscono espressamente che tale tutela costituisce un dovere, non solo per la collettività ma anche per i cittadini (v. ad es. art. 45 Cost. Spagna; art. 66 Cost. Portogallo; art. 24 Cost. Grecia; art. 69 Cost. Ungheria). Il dovere poi è speculare al fatto che la tutela dell’ambiente si richiama al generale principio di solidarietà e non solo verso i contemporanei, ma anche verso le generazioni future, per evitare di lasciare loro un mondo deteriorato a causa dell’uso irrazionale delle risorse che determina la rottura degli equilibri della natura.

E il principio di solidarietà strutturalmente reca con sé la creazione di doveri, anzi trattasi proprio della sua funzione specifica. Tanto che l’art. 2 Cost. evoca la solidarietà proprio agganciandovi i doveri inderogabili, che di quel principio sono il contenuto naturale e l’immediata conseguenza giuridico-positiva. Ed è proprio dal dovere della solidarietà che consegue l’affermarsi di posizioni soggettive che trascendono i diritti individuali e si configurano come diritti di gruppo o comunque collettivi. Sicché le situazioni di intensa soggezione al potere amministrativo non sono una deroga ingiustificata al regime amministrativo ordinario, in quanto trovano ragionevole giustificazione nel dovere di tutelare l’ambiente che si impone a tutti i cittadini.

## 2. LA SPECIALITÀ DELLA TUTELA GIURISDIZIONALE IN MATERIA DI AMBIENTE. LA LEGITTIMAZIONE DELLE ASSOCIAZIONI AMBIENTALISTE

La nostra tesi è che vi sia una qualche specialità anche sotto il profilo della tutela giurisdizionale in materia di ambiente. Ciò è comprovato dalla stessa previsione della responsabilità per danno ambientale, di cui all’art. 18, l. 8 luglio 1986, n. 349, che si caratterizza e si diversifica sotto vari profili dalla responsabilità aquiliana: soprattutto perché al profilo risarcitorio si aggiunge quello sanzionatorio<sup>8</sup>,

---

<sup>8</sup> V. in proposito, Cass. 1 settembre 1995, n. 9211, in *Corriere Giuridico*, 1995, 1146.

il che è particolarmente evidente sotto l'aspetto della quantificazione del danno, dato che l'ottica di valutazione del danno ambientale non è accostabile a quella tradizionalmente accolta per i beni patrimoniali in senso stretto<sup>9</sup>, dovendosi tener conto di altri elementi, quali la natura di bene immateriale dell'ambiente e la particolare rilevanza del valore d'uso della collettività, che di tale bene gode ed usufruisce<sup>10</sup>.

Peraltro la nostra attenzione è dedicata alla giustizia amministrativa: intendendo con ciò riferirsi, secondo la classica accezione, al complesso degli istituti diretti ad assicurare il rispetto da parte dell'amministrazione dei limiti e degli obblighi imposti all'esercizio della sua attività (e nella responsabilità per danno ambientale l'amministrazione è attrice, non convenuta, a meno che non sia, a sua volta, produttrice di danno ambientale, ma in tal caso il suo *status* è analogo a quello di qualsiasi privato).

La specialità della tutela in sede di giustizia amministrativa è ricavabile dallo stesso art. 18, l. n. 349/1986, che assegna alle associazioni aventi i requisiti di cui all'art. 13 e individuate a tal fine dal Ministro dell'ambiente, la legittimazione a ricorrere in sede di giurisdizione amministrativa per l'annullamento di atti amministrativi illegittimi (da avvertire che le funzioni del Ministro dell'ambiente di cui all'art. 13 non risultano tra quelle conservate al Ministro come compiti di rilievo nazionale, ai sensi del d.lgs. 31 marzo 1998, n. 112: tuttavia si tratta di una funzione ontologicamente nazionale e che del resto si raccorda con la composizione del Cons. naz. Ambiente; anche perché l'art. 69, c. 1, lett. g, d.lgs. n. 112/1998 mantiene allo Stato l'esercizio dei poteri di cui all'art. 18, l. 8 luglio 1986, n. 349, disposizione che, a sua volta, richiama espressamente l'art. 13, anzi lo presuppone; tantopiù considerato che l'art. 18 non attribuisce *poteri*, ma diritti, e i poteri sono invece attribuiti proprio dall'art. 13).

Non è il caso di ripercorrere in questa sede il complesso e intenso dibattito che ha preceduto l'art. 18, l. n. 349/1986<sup>11</sup>. Si può dire che tale disposizione, in qualche maniera, ha consentito di superare le difficoltà nascenti dalla stessa nozione di interesse legittimo, che esprime una posizione differenziata legittimante:

---

<sup>9</sup> Sulla difficoltà di ricondurre l'ambiente nei criteri di qualificazione di cui all'art. 810 c.c., cfr. L. FRANCIOSI, *Danni ambientali e tutela civile*, Napoli, 1990, 125 ss.

<sup>10</sup> Su tutta questa tematica, estranea al nostro percorso di indagine, rinviamo, per ampi approfondimenti e indicazioni a B. POZZO, *Danno ambientale ed imputazione delle responsabilità. Esperienze giuridiche a confronto*, Milano, 1996.

<sup>11</sup> Per questo rinviamo alle ricostruzioni svolte da L. MARUOTTI, *La tutela degli interessi diffusi e collettivi in sede di giurisdizione di legittimità del giudice amministrativo: questioni di giurisdizione e selezione di soggetti legittimati all'impugnazione*, in *Scritti Piga*, Milano, 1992, II, 585 ss. e di P. LANDI, *La tutela processuale dell'ambiente*, Padova, 1991.

con ciò intendendo il particolare rapporto tra P.A. ed i soggetti che traggono un vantaggio personale e diretto dal rispetto da parte della P.A. delle procedure, delle forme, dall'aderenza agli scopi stabiliti nell'interesse generale della legge.

L'interesse legittimo è comunemente inteso come interesse (alla legittimità) differenziato da quello della generalità; ed è risultato pertanto esattamente il contrario dell'interesse indifferenziato o diffuso, il quale si è trovato per definizione a non poter assurgere al rango di situazione giuridica soggettiva, come tale non tutelabile nel processo amministrativo. Quando, come è per gli interessi metaindividuali, più soggetti si fanno portatori in modo simultaneo della stessa relazione con il medesimo bene, la necessaria interdipendenza tra soggetto e bene viene a perdere di intensità e a stemperarsi, e dunque viene meno il fattore di qualificazione che è fattore di legittimazione. Ed infatti il percorso seguito dalla giurisprudenza non è stato tanto quello di superare l'impostazione individualistica, quanto piuttosto quello di ricondurre gli interessi diffusi negli schemi dogmatici delle posizioni di vantaggio tutelate.

E a seguito di tale percorso (invero non poco frastagliato) – prima della l. n. 349 – la giurisprudenza è giunta a riconoscere alle associazioni, ai gruppi organizzati, alle formazioni sociali, la legittimazione a ricorrere in quanto momenti organizzatori e aggregativi di interessi che così si differenziano dagli interessi “adespoti”. Tale differenziazione è stata individuata attraverso una verifica giurisprudenziale caso per caso che si fonda su una serie di criteri di collegamento i quali vennero definiti nella nota pronuncia di Cons. Stato, ad. plen., 19 ottobre 1979, n. 24<sup>12</sup> “fattori legittimanti”, e che sono appunto identificati con la localizzazione territoriale, con i fini statutari, o, ancora, con l'effettiva rappresentatività ed esponenzialità dell'ente o associazione rispetto all'interesse dedotto in giudizio. Tale criterio, che si basa sull'analisi caso per caso, è stato superato dalla l. n. 349, che ha introdotto un preciso criterio di diritto positivo. Per il vero si è discusso (e si discute) se legittimazione *ex lege* delle associazioni di protezione ambientale riconosciute con decreto ministeriale coesiste accanto alla legittimazione delle formazioni sociali, che in virtù del criterio dell'insediamento abitativo risultino collegate in modo non occasionale con l'ambiente (c.d. tesi del doppio binario), oppure la fa venir meno. La tesi che si è andata affermando (anche se non mancano opinioni dottrinarie e sentenze di segno diverso<sup>13</sup>) è nel senso che l'art. 18, l. 8 luglio 1986, n. 349 ha riconosciuto la legittimazione a ricorrere in via giurisdizionale amministrativa soltanto alle associazioni che, in possesso di determinati requisiti, siano state individuate dal Ministro dell'ambiente con proprio de-

---

<sup>12</sup> In *Foro it.*, 1980, III, 1.

<sup>13</sup> V. ad es. le indicazioni di cui alle note 17 e 18.



creto a mente dell'art. 13 della stessa l. n. 349/1986: pertanto a seguito della l. n. 349/1986, sfugge all'interpretazione giurisprudenziale, in materia di protezione dell'ambiente, la valutazione delle caratteristiche delle formazioni associative, abilitanti al loro patrocinio giurisdizionale dell'interesse ambientale<sup>14</sup>. E ancora: «in tema di tutela di interessi ambientali, l'art. 18, l. 8 luglio 1986, n. 349 ha riconosciuto la legittimazione a ricorrere in via giurisdizionale amministrativa solo alle associazioni che, in possesso di determinati requisiti (estensione nazionale ovvero presenza in almeno cinque Regioni), siano individuate dal Ministero dell'ambiente con proprio decreto, ai sensi dell'art. 13 della citata legge, con la conseguenza che quelle formazioni sociali (come la Federazione protezionisti altoatesini) che non risulta abbiano ottenuto l'individuazione ministeriale di associazione di protezione ambientale, non sono legittimate a promuovere ricorsi a tutela dell'ambiente davanti al giudice amministrativo»<sup>15</sup>. Si è in definitiva affermato che ai sensi dell'art. 18, c. 5, l. 8 luglio 1986, n. 349, in caso di controversie relative a materie corrispondenti alle loro finalità istitutive, le associazioni ambientaliste sono legittimate ed interessate a ricorrere, se riconosciute da appositi decreti ministeriali<sup>16</sup>.

Tale tesi, per quanto non priva di voci discordi<sup>17</sup> anche nella stessa giurisprudenza<sup>18</sup> è invero da preferirsi: il legislatore ha, infatti, previsto un meccanismo di "omologazione" attraverso il quale attuare una sorta di istituzionalizzazione dell'affidamento della cura dell'interesse ambientale<sup>19</sup>. La conferma di questa tesi è

---

<sup>14</sup> V. Cons. Stato, Sez. VI, 16 luglio 1990, n. 728, in *Giur. it.*, 1992, II, 1, 518.

<sup>15</sup> V. Cons. Stato, Sez. VI, 14 ottobre 1992, n. 756, in *Foro amm.*, 1992, 2315.

<sup>16</sup> V. Cons. Stato, Sez. VI, 25 gennaio 1995, n. 77, in *Cons. Stato*, 1995, I, 111; v. altresì da ultimo Cons. Stato, Sez. V, 18 novembre 1997, n. 1325, in *Cons. Stato*, 1997, I, 1554, dove si è rilevato che il Comitato (cittadino) non avrebbe potuto pretendere di far valere «un presunto ed assolutamente generico interesse diffuso all'integrità ambientale», in quanto non rientrava tra le associazioni individuate dal Ministero dell'ambiente ai sensi dell'art. 13, l. n. 349/1986, alle quali soltanto è riconosciuta, in via esclusiva, la legittimazione ad instaurare giudizi a tutela dell'ambiente.

<sup>17</sup> V. ad es. L. MARUOTTI, *op. cit.*, 633, nonché, con ulteriori indicazioni, G. DE MINICO, *Brevi note sulle associazioni ambientaliste ex art. 18 della legge n. 349 del 1986*, in *Riv. giur. edil.*, 1994, II, 315.

<sup>18</sup> V. ad es. Cons. Stato, Sez. VI, 7 febbraio 1996, n. 182, in *Cons. Stato*, 1996, I, 259, in cui si è appunto affermato che l'esistenza del potere di individuazione del Ministro non escluderebbe il concorrente potere del giudice di accertare, caso per caso, la sussistenza della legittimazione dell'associazione che abbia proposto l'impugnativa.

<sup>19</sup> E solo di questo: a riprova (e a causa) della eccezionalità della legittimazione, si ritiene che essa debba essere delimitata in relazione alla quantificazione dell'interesse sostanziale fornita dalle norme di legge; tale interesse si radica in capo alle associazioni ambientaliste rico-

ora rinvenibile nella l. 30 luglio 1998, n. 281, sulla disciplina dei diritti dei consumatori e degli utenti, che conferisce legittimazione ad agire a tutela di interessi collettivi alle associazioni inserite nell'elenco istituito presso il Ministro dell'Industria, per iscriversi al quale occorrono una serie di puntuali e severi requisiti (v. art. 5).

Del resto, dato che la questione attiene alla consistenza e alla stessa natura delle posizioni soggettive, è opportuno che essa sia risolta dal legislatore piuttosto che dalla giurisprudenza, per evidenti ragioni di certezza e anche di affidamento di terzi, oltre che di economia processuale.

### 3. LE FUNZIONI DI CONTROLLO SVOLTE DALLE ASSOCIAZIONI AMBIENTALISTE

Va anche detto che il ruolo delle associazioni in discorso è stato rafforzato dalla legislazione successiva, che trascende la mera aggregazione ai fini processuali di interessi altrimenti non differenziabili e dunque non attivabili in sede giurisdizionale<sup>20</sup>. Infatti in virtù di una serie di disposizioni, inserite in contesti legislativi diversi, dette associazioni dispongono di: a) funzioni di gestione (v. art. 19, l. 6 dicembre 1991, n. 394, ai sensi del quale il Ministro dell'ambiente può stipulare un'apposita convenzione per affidare alle stesse la gestione di aree protette marine); b) funzioni amministrative di tutela riguardo all'area naturale protetta e oggetto di convenzione (v. art. 29, l. n. 394/1991). In entrambi i casi *sub a* e *sub b* si richiede tuttavia che si tratti di associazioni riconosciute: quindi non v'è una assoluta coincidenza con le associazioni *ex art. 13*, l. n. 349/1986; c) funzioni consultive: v. art. 11, l. 28 dicembre 1993, n. 549, ai sensi del quale il Ministro dell'ambiente deve "sentirle" prima di predisporre campagne d'informazione e di sensibilizzazione rivolte ai cittadini per la tutela dell'ozono stratosferico; d) funzioni di iniziativa: v. art. 4, c. 5, l.

---

nosciute, determinando la legittimazione ad agire, nella misura in cui l'interesse ambientale assume giuridica rilevanza in forza della previsione normativa, e poiché detto interesse viene identificato da un particolare tipo di norme aventi valenza organizzativa, quali quelle sull'istituzione del Ministero dell'ambiente, è solo nei limiti tracciati da tali norme ovvero da altre fonti intese a identificare beni ambientali in senso giuridico, che il detto interesse assume "qualificazione"; pertanto si è escluso che la legittimazione delle associazioni ambientaliste possa consentire l'impugnazione di atti che abbiano valenza meramente urbanistica, cioè diretti esclusivamente alla gestione del territorio, senza alcuna incidenza sui valori ambientali (v. C. Stato, Sez. V, 10 marzo 1998, n. 278, in *Foro it.*, III, 267; Id., Sez. IV, 28 febbraio 1992, n. 223, in *Foro it.*, 1993, III, 97, con nota di S. BENINI, *Beni culturali e interessi diffusi*, nonché *Riv. giur. ambiente*, 1992, 669, con nota di S. CIVITARESE MATTEUCCI).

<sup>20</sup> V. in argomento la puntuale ricostruzione di M. AINIS, *Questioni di "democrazia ambientale": il ruolo delle associazioni ambientaliste*, in *Riv. giur. ambiente*, 1995, 217.

n. 394/1991, secondo cui esse possono presentare proposte per l'istituzione di nuove aree naturali protette o l'ampliamento di quelle già esistenti (da avvertire che analoga facoltà viene concessa dallo stesso articolo a un numero di cinquemila elettori, sicché v'è qui un indice oggettivo del "peso" che il legislatore attribuisce alle associazioni "individuate"); e) funzioni di nomina di propri rappresentanti in seno ad organismi dotati a loro volta di compiti per lo più propositivi e consultivi: v. art. 3, c. 7, e art. 9, c. 4, l. n. 394/1991; e soprattutto art. 12, l. n. 349/1986; f) funzioni di denuncia di fatti lesivi di beni ambientali «al fine di sollecitare l'esercizio dell'azione da parte di soggetti legittimati» (art. 18, c. 4, l. n. 349/1986): non si tratta di una denuncia secondo il criterio tradizionale, cioè come espressione di un interesse di fatto; al contrario, collegandosi alla missione ambientalista delle associazioni ed essendo comunque espressamente prevista da una norma di legge, determina quanto meno l'obbligo dell'amministrazione di attivare un procedimento teso a verificare la consistenza e i fattori causali del danno, e, in caso positivo, l'obbligo per la stessa di promuovere l'azione di danno ambientale. Complementare a questa fase (ma non speculare) è la legittimazione ad intervenire nei giudizi per danno ambientale (v. art. 18, c. 5, l. n. 349/1986).

La stessa legittimazione processuale è ulteriormente ribadita: a norma dell'art. 13, c. 2, l. n. 394/1991 sulle aree protette, esse hanno il potere di ricorrere contro il rilascio del nulla osta da parte dell'Ente parco per gli interventi eseguiti all'interno del parco. Poiché la disposizione nulla aggiunge a quanto già si ricava dall'art. 18, l. n. 349/1986, essa non può che essere intesa come significativa del ruolo – confermato da molte disposizioni della l. n. 394/1991 – di enti "concorrenti" alla disciplina delle aree protette. L'art. 14 della legge sull'ozono (l. 28 dicembre 1993, n. 549) conferisce un'ulteriore forma di legittimazione processuale alle associazioni ambientaliste (senza peraltro chiarire se deve trattarsi di quelle *ex* art. 13, l. n. 349, come peraltro è da ritenere), ossia la capacità d'agire in giudizio per ottenere il sequestro e l'eventuale distruzione dei prodotti che contengano sostanze nocive all'integrità dell'ozono stratosferico, nonché per ottenere il risarcimento danni a favore dello Stato (da determinarsi in maniera equitativa).

Questo complesso di funzioni assegna alle associazioni ambientaliste un ruolo pubblico (si potrebbe riprendere la vecchia formula "enti di interesse pubblico", nell'intesa che si tratti di una formula meramente descrittiva): si può infatti ritenere che le associazioni, una volta ottenuto il riconoscimento ministeriale, si trasformino in "difensori civici processuali" con funzione di controllo giurisdizionale nell'interesse obiettivo dell'ordinamento. Tanto che vi è stato<sup>21</sup> chi ha os-

---

<sup>21</sup> G. ROMEO, *L'interesse diffuso, l'ambiente e il giudice amministrativo*, in *Foro amm.*, 1986, II, 2594.

servato che la scelta del legislatore della l. n. 349/1986 assoggetta lo Stato ad un ulteriore controllo che vede contrapposte, da una parte, le associazioni ambientaliste, portatrici del nuovo diritto sociale all'ambiente, e dall'altra, le amministrazioni titolari dei poteri pubblici: i nuovi agenti sociali assumerebbero, nella fase giurisdizionale, il ruolo di controllo che la legge assegna al Ministro dell'ambiente nella fase amministrativa (e, aggiungiamo noi, a tutte le altre amministrazioni titolari di compiti di controllo sull'ambiente). Tale tesi trova invero conferma nell'art. 17, c. 46, l. n. 127/1997, il quale stabilisce che «le associazioni di protezione ambientale a carattere nazionale individuate dal decreto del Ministro dell'ambiente 20 febbraio 1987, pubblicato nella *G.U.* 27 febbraio 1987, n. 48, come modificato dal decreto del Ministro dell'ambiente 17 febbraio 1995, pubblicato nella *G.U.* 28 aprile 1995, n. 98, possono, nei casi previsti dall'art. 18, l. 8 luglio 1986, n. 349, impugnare davanti al giudice amministrativo gli atti di competenza delle regioni, delle provincie e dei comuni». Perché l'art. 18 consente la impugnazione in sede di giurisdizione amministrativa, evidentemente contro ogni sorta di provvedimento amministrativo (sempre che le censure attengano alla violazione di norme in materia di ambiente), è evidente che la disposizione della l. n. 127 in tanto ha un significato in quanto collocata subito dopo la disciplina dei controlli sugli atti di regioni, provincie e di comuni (che la l. n. 127 drasticamente riduce): costituisce cioè l'esplicitazione che tali iniziative costituiscono una forma di ulteriore controllo, in qualche maniera supplente di quelli tradizionali.

In proposito è significativa l'esperienza statunitense in tema di *environment litigation*<sup>22</sup>, in cui, dopo che la giurisprudenza ha aperto le porte alla legittimazione ad agire di gruppi ambientalisti (a partire dal *leading case* "*Sierra Club v. Morton*")<sup>23</sup> attraverso l'ampliamento dalla nozione di *standing* (e allentando il requisito dell'*iniury in fact*), la legislazione ha introdotto una sorta di azione popolare (*citizen suit*) che consente ad *any person* di intentare un'azione per il rispetto della legge stessa e con ciò autorizzando iniziative da parte di *private attorney general*<sup>24</sup>. In proposito è stato osservato che le *citizen suits* (le quali sono promosse quasi sempre, vista la complessità di questo tipo di controversie, non da singoli cittadini, ma da associazioni protezionistiche) hanno assunto il ruolo

---

<sup>22</sup> V. in proposito la esauriente ricostruzione di A. GAMBARO, *Danno ambientale e tutela degli interessi diffusi (una rivisitazione critica del tema delle class actions ed uno studio comparativo delle esperienze occidentali degli anni '90)*, in P. TRIMARCHI (a cura di), *Per una riforma della responsabilità civile per danno all'ambiente*, Milano, 1994, 61 ss.

<sup>23</sup> Cfr. in 405 u.s. 727 (1972).

<sup>24</sup> V. in tal senso, W.A. FLETCHER, *The Structure of Standing*, in 98 *Yale L.J.*, 1988, 251; E. CAMINKER, *The Constitutionality of Qui Tam Actions*, in 99 *Yale L.J.*, 1989, 341 ss.

di strumenti di controllo sulle amministrazioni. Attraverso la previsione delle *citizen suits* si è compiuta una scelta di politica del diritto con cui si è chiarito, per certi versi, la “collaborazione” dei giudici per la realizzazione di una coerente politica ambientale, e di converso, gli organi pubblici preposti alla tutela dell’ambiente sono stati privati di quella flessibilità operativa che normalmente consente ai governi di bilanciare le necessità ambientali con le particolari esigenze della congiuntura<sup>25</sup>. La introduzione delle *citizen suits* (definite “cane da guardia” della legalità ambientale) ha determinato un generale spostamento di potere decisionale dall’amministrazione attiva alle corti, il che – a guardar bene – si è verificato sovente anche da noi (si pensi alle controversie sulle centrali di Montalto di Castro, di Trino Vercellese, di Brindisi o a quelle sulla autostrada della Valle d’Aosta, e a tante altre iniziative giurisdizionali che hanno messo in crisi sia politiche infrastrutturali sia del Governo sia, sovente, di Regioni e di enti locali: anche qui, per restare in Toscana, si pensi ai ricorsi contro la discarica di Montalcino o alle iniziative promosse contro la realizzazione di elettrodotti nelle colline di Firenze e di Lucca): tutte ipotesi in cui le associazioni ambientaliste, in sede giudiziaria e stragiudiziale, hanno decisamente svolto un ruolo di governo “ombra” dell’ambiente (non a caso tale etichetta è assai diffusa in USA per definire le associazioni “verdi”<sup>26</sup>).

È indubbio che le associazioni ambientaliste hanno una passione specifica nel variegato sistema della legislazione ambientale. Da un lato, di *partecipazione qualificata* ai procedimenti (qualificate perché oltre alla partecipazione *ex art. 9, l. n. 241*, che condividono con associazioni e comitati portatori di interessi diffusi, anche prive di requisiti organizzativi *ex art. 13, l. n. 349*, hanno una presenza in organismi pubblici di tutela ambientale), dall’altro, e soprattutto, di *controllo* attraverso iniziative giurisdizionali volte a verificare la conformità a legge delle attività amministrative incidenti sull’ambiente. Si tratta cioè di un ruolo che può essere definito di “pubblico ministero ambientale”, ad iniziativa discrezionale: che tra l’altro è agevolata dal regime “speciale” di accesso alle informazioni in materia di ambiente, quale si ricava dal d.lgs. 24 febbraio 1997, n. 39 (ai sensi del quale, tra l’altro «le autorità pubbliche sono tenute a rendere disponibili le informazioni relative all’ambiente a chiunque ne faccia richiesta, senza che questi debba dimostrare il proprio interesse»: v. art. 3), anche se certamente siamo molto lontani dal

---

<sup>25</sup> V. in proposito quanto osservava V. BARSOTTI, *La sentenza Lujan della Corte suprema degli Stati Uniti sulla legittimazione d’agire delle associazioni ambientaliste*, in *Riv. trim. dir. proc. civ.*, 1996, 1194.

<sup>26</sup> Si parla di *shadow E.P.A.* (*Environmental Protection Agency*): v. B. POZZO, *Diritto privato e ambiente*, in Atti di questo Convegno.

ruolo che le associazioni ambientaliste hanno assunto in USA<sup>27</sup> dove si avvalgono tra l'altro di norme incentivanti, come quelle per cui i giudici possono tenere indenni le associazioni dalle spese legali e peritali incontrate nelle controversie.

#### 4. REGIME DEI RICORSI EX ART. 18, L. N. 349/1986 ED ESIGENZE DI UN CONTROLLO SULL'ITER PROCESSUALE DI TALI INIZIATIVE GIURISDIZIONALI

In considerazione di tale ruolo, si deve allora valutare se i ricorsi giurisdizionali promossi dalle associazioni di cui all'art. 13, l. n. 349 sono rinunciabili. Il giudizio davanti al giudice amministrativo è un giudizio di parti, essendo riservati esclusivamente alle parti del processo l'indicazione e la delimitazione dell'oggetto del giudizio e l'impulso processuale. Conseguenza di tale principio è la possibilità di rinuncia (che, a differenza di quanto stabilito per il processo civile, non richiede neppure l'accettazione delle altre parti). È vero che nei procedimenti di Camera di Consiglio di cui all'art. 27, l. 6 dicembre 1971, n. 1034 e in qualche altro raro caso di giudizio d'impugnazione (es. in materia elettorale: v. art. 29, l. n. 1034/1971 e in materia di nulla-osta per film e lavori teatrali: v. art. 8, l. 21 settembre 1962, n. 161<sup>28</sup>) la regola dell'impulso di parte risulta notevolmente attenuata dal fatto che il processo, per giungere alla sua conclusione, non abbisogna di una apposita istanza (come invece è norma per la generalità dei giudizi da ricorso<sup>29</sup>). Ciò dipende dalla circostanza che trattasi di giudizi per cui – secondo la valutazione discrezionale del legislatore – v'è un interesse più rilevante alla conclusione (e difatti i giudizi stessi devono essere, di regola, trattati con precedenza sugli altri): sicché può dirsi che in essi l'impulso di parte viene impresso (una volta per sempre) nel momento stesso della presentazione dell'atto introduttivo: ma

<sup>27</sup> Di cui parla approfonditamente B. POZZO, *Diritto privato e ambiente*, cit.

<sup>28</sup> Per compiute indicazioni v. V. CAIANIELLO, *Lineamenti del processo amministrativo*, Torino, 1979, 403 ss.

<sup>29</sup> Per la verità è dubbio se l'onere di provvedere sulla domanda di fissazione dell'udienza sussiste anche per i giudizi in materia di pubblico impiego, per i quali l'art. 28, comma 2, l. 29 marzo 1983, n. 93, prevede l'obbligo per il giudice di fissare l'udienza entro 6 mesi dalla scadenza del termine di costituzione in giudizio delle parti: la questione è stata sottoposta all'Adunanza Plenaria del Cons. Stato: v. Sez. VI, 25 settembre 1997, n. 1386 (ord.), in *Cons. Stato*, 1997, I, 1254; Id., 5 maggio 1998, n. 628 (ord.), in *Sett. giur.*, 1998, I, 337 (resta inteso che per il futuro il problema si porrà solo per quelle controversie che rimangono nella giurisdizione del giudice amministrativo, ai sensi dell'art. 68, d.lgs. 3 febbraio 1993, n. 29, come sostituito dall'art. 29, d.lgs. 31 marzo 1998, n. 80).

anche tali giudizi mantengono le loro caratteristiche di giudizi di parte, e possono formare così oggetto di rinuncia da parte di chi li abbia promossi.

La rinuncia, disciplinata dall'art. 46 ss. reg. proc. Cons. Stato, si ricollega al principio dell'iniziativa di parte e quindi ai profili soggettivi dell'interesse legittimo. Costituisce cioè conferma del fatto che la giurisdizione amministrativa persegue la finalità di tutelare gli interessi personali fatti valere dai ricorrenti, che rimangono quindi nella disponibilità dei medesimi. Tanto che la giurisprudenza ammette la rinuncia dell'appellato, il che, comportando *ex se* rinuncia alla sentenza di I grado per lui favorevole, travolge l'intero processo<sup>30</sup>.

Tale disponibilità sembrerebbe non conciliarsi con la missione di interesse pubblico assegnata alle associazioni ambientaliste: le quali usano sì la tecnica dell'interesse legittimo, ma non sono portatori di interessi legittimi, cioè di interessi personali se pur qualificati. Sono cioè titolari di funzioni di controllo nell'interesse pubblico, come ora dimostra la citata previsione dell'art. 17, l. n. 127. Tuttavia è innegabile che un *vulnus* così intenso al principio dispositivo avrebbe richiesto una espressa previsione: da ricordare che accanto alla rinuncia, v'è l'estinzione per inattività delle parti (art. 25, l. n. 1034: il ricorso si considera abbandonato se nel corso di due anni non sia compiuto alcun atto di procedura) e l'estinzione per mancata riassunzione. E d'altra parte la "missione" delle associazioni ambientaliste è inserita nel vigente sistema processuale: come si è detto, se ne usano le tecniche, in tutti i risvolti, anche in quelli non del tutto compatibili con la funzione di interesse pubblico affidata a tali soggetti, il che poi non ha alcunché di singolare, ove si pensi che lo Stato e gli enti pubblici, quando danno corso ad iniziative giurisdizionali, sempre – per definizione – a tutela degli interessi pubblici cui sono preposti, possono rinunciarvi, essendo sottoposti appunto al regime processuale comune. Si deve cioè ritenere che il legislatore, inserendo le iniziative giurisdizionali delle associazioni ambientaliste nel sistema vigente della giurisdizione amministrativa, con ciò non abbia inteso introdurre un sistema di giustizia oggettiva, ma ha solamente attribuito una volta per tutte a tali associazioni, in deroga agli ordinari criteri di individuazione delle posizioni qualificate che danno accesso al ricorso giurisdizionale, la *facultas* di avvalersi degli strumenti di impugnazione dei provvedimenti tipici dell'ordinamento e come tali caratterizzati dal principio dispositivo.

Peraltro, giacché l'esercizio di azioni giurisdizionali e soprattutto il modo di esercizio di tale azioni costituiscono un aspetto qualificante della missione di tali

---

<sup>30</sup> V. Cons. Stato, Sez. IV, 23 novembre 1996, n. 1240, in *Foro amm.*, 1996, I, 3214; Cons. Stato, Sez. IV, 2 maggio 1995, n. 294, in *Foro amm.*, 1995, 854; Cons. Stato, Sez. V, 23 marzo 1993, n. 412, in *Cons. Stato*, 1993, I, 360.

enti, è da ritenere (e da suggerire) che il Ministro, proprio al fine di mantenere lo *status* di soggetto *ex art. 13*, debba chiedere a cadenze prestabilite un riepilogo delle azioni giurisdizionali intentate, dei loro esiti, e, in particolare, chiedere le ragioni di quelle estinte per rinuncia o perenzione. In tal maniera sarà possibile valutare la “meritevolezza” della individuazione e della conseguente attribuzione di *status*. È infatti da escludere che la legittimazione di cui all’art. 13, l. n. 349/1986 sia conferita una volta per tutte, cioè in via definitiva, non suscettibile di revoca salvo lo *jus superveniens*. Il regime privilegiato delle associazioni *ex art. 13* trova fondamento, tra l’altro, nel fatto che le associazioni di protezione ambientale debbono avere “finalità programmatiche” attinenti alla tutela ambientale. Se un ente si fa promotore di iniziative giurisdizionali in cui la vera finalità non è la tutela dell’ambiente, dà luogo ad una evidente difformità di azione rispetto alla fonte statutaria: il che, ferme restando le iniziative endoassociative *ex art. 23 c.c.* (che trovano applicazione anche nei confronti di associazioni non riconosciute<sup>31</sup>), potrà dar luogo alla revoca della “individuazione”.

È noto infatti che una delle principali controindicazioni dell’art. 18, l. n. 349 e in genere dell’introduzione di azioni a tutela di interessi diffusi è quella che esse si prestano ad iniziative non strettamente finalizzate all’interesse pubblico, o meglio finalizzate ad interessi non ostensibili: controindicazioni che potrebbero essere rimosse ove si desse corso a misure di trasparenza finalizzate all’esercizio del potere ministeriale di autotutela (né è obiettabile che tale potere di revisione si presti a sua volta ad usi distorti – es. a seguito di ricorsi contro provvedimenti dello stesso Ministro – dato che in ogni caso sarà sottoponibile al sindacato giurisdizionale).

##### 5. TUTELA DELL’AMBIENTE E SINDACATO SULLE SCELTE TECNICHE. LEGITTIMAZIONE DELLE ASSOCIAZIONI AMBIENTALISTE COME CONTROLIMITE AL CARATTERE OLIGARCHICO DELLE *POLICIES* AMBIENTALISTE

La legittimazione delle associazioni *ex art. 13*, l. n. 349/1986, se introduce un *quid* di specialità rispetto al regime ordinario di tutela giurisdizionale, non

<sup>31</sup> V. Trib. Bologna, 6 maggio 1988, in *Foro it.*, 1988, I, 3091; Cass. 4 febbraio 1993, n. 1408, in *Giur. it.*, 1993, I, 1, 1124; e in dottrina per tutti F. GALGANO, *Le associazioni, le fondazioni, i comitati*, Padova, 1987, 185 ss. Sui limiti di estensione analogica di tale normativa alle associazioni non riconosciute con particolare riguardo ai poteri del P.M. e dell’autorità governativa v. anche, per numerose indicazioni, E. DE FRANCESCO, *Associazioni non riconosciute: diritto a ricevere l’avviso della convocazione assembleare e ruolo del P.M. nel giudizio di annullamento ex art. 23 c.c.*, in *Giur. it.*, 1992, I, 2541.



è tuttavia tale da contrassegnarla in maniera decisiva (tanto per fare un esempio, sono ben più indicativi di un regime speciale le disposizioni del d.l. 25 marzo 1997, n. 47, conv. in l. 23 maggio 1997, n. 135, c.d. legge “salvacantieri” con le quali, in relazione alle controversie in materia di opere pubbliche e di pubblica utilità, sono stati ridotti alla metà di tutti i termini processuali, è stato stabilito in 7 giorni il termine per la pubblicazione del dispositivo delle sentenze, ecc.).

Il regime di tutela è dunque quello ordinario: e ciò sia per quanto riguarda i titolari di posizioni soggettive a tutela dell’ambiente (siano a loro volta portatori di interessi oppositivi, ad es. i proprietari che ricorrono contro elettrodotti Enel che violano prescrizioni ambientali e paesaggistiche, o portatori di interessi pre-tensivi, ad es. le associazioni ambientaliste e anche privati che ricorrono contro la mancata adozione di diverse misure per la tutela dell’ambiente), sia per quanto riguarda i titolari di posizioni soggettive che ritengono di essere stati lesi da provvedimenti di ordine ambientale adottati al di là dei limiti di legge.

Qui però c’è un problema di fondo, che è comune ad altri delicati settori (es. la telefonia mobile, l’energia, i prodotti farmaceutici, la omologazione di prodotti di alta tecnologia), ed è quello che la decisione amministrativa è il frutto di valutazioni estremamente tecnicizzate. Si pensi ad es. alla determinazione dei limiti massimi di sostanze ammissibili per le emissioni atmosferiche, e alla stessa individuazione di tali sostanze, o alla determinazione di criteri di analisi e valutazioni dei rapporti di sicurezza relativi ai depositi di gas di petrolio liquefatto (v. art. 2, d.m. 14 aprile 1994, in cui ad es. si attribuiscono dei punti – che concorrono a determinare il fattore del rischio – per i rischi connessi al *lay-out* o si introducono dei criteri di compensazione dei rischi) oppure all’analisi delle possibili cause ritenute di perturbazione nei confronti delle compatibilità ambientali definite (v. d.p.c.m. 27 dicembre 1986 recante le norme tecniche per la redazione degli studi di impatto ambientale), oppure ancora – ma l’elenco potrebbe essere sterminato – alla determinazione dei limiti di accettabilità della contaminazione dei suoli, delle acque superficiali e delle acque sotterranee in relazione alla specifica destinazione d’uso dei siti, o alla determinazione dei criteri generali per la messa in sicurezza, la bonifica ed il ripristino ambientale dei siti inquinati, nonché per la redazione dei progetti di bonifica (v. art. 17, d.lgs. 5 febbraio 1997, n. 22).

Il discorso porterebbe lontano, soprattutto in relazione alle procedure e alle competenze di formazione nelle norme tecniche, che determinano un vero e proprio spossessamento delle funzioni di *decision-making* sulla cosa pubblica ad opera degli esperti. È risaputo che via via che si procede verso nuove acquisizioni scientifiche, giocoforza aumenta il loro tasso di complessità, e la scienza diventa in conclusione sempre più oligarchica e lontana dall’ideale democratico,

posto che soltanto pochi specialisti saranno poi in rado di comprenderne il linguaggio. E per l'appunto la gestione dell'ambiente postula il possesso di cognizioni scientifiche spesso estremamente sofisticate, sicché le grandi decisioni ambientali finiscono nel concentrarsi e nel rifluire nell'anonima (per la stragrande maggioranza di cittadini) figura dell'esperto.

L'alto grado di competenze specialistiche che la materia presuppone, insieme al fatto che le scelte fondamentali sono il più delle volte rivestite di un carattere d'urgenza, fanno comunque sì che l'indirizzo e il controllo popolare su di esse sono sfumati, se non assenti. Lasciamo ai politologi valutare se la tecnocrazia costituisce un vero e proprio regime sociale caratterizzato dalla compiuta emancipazione del potere dai suoi tradizionali connotati e attribuzioni politiche (responsabilità, investitura, controlli) e dall'assunzione di una diversa fisionomia, specializzata e di competenza. Peraltro, proprio ai nostri fini, limitati all'ottica della tutela giurisdizionale, ciò dimostra ancor di più l'esigenza di espansione di tale tutela in quanto controlimita alla decisione oligarchica. Non è quindi avventato affermare che il cuore del dibattito circa la tutela in materia di ambiente si incentra attorno al sindacato sulle scelte tecniche.

## 6. TUTELA ATTRAVERSO LA PARTECIPAZIONE ENDOPROCEDIMENTALE

Naturalmente la prima forma di tutela è quella endoprocedimentale. È noto che la l. n. 241/1990 introduce una serie organica di principi generali in materia di procedimento amministrativo, al fine di incrementare la trasparenza dell'attività amministrativa, e quindi la partecipazione al "farsi dell'azione amministrativa", e con essa una istruttoria più completa ed una maggiore adeguatezza dei provvedimenti amministrativi ai fatti e agli interessi coinvolti. Nel momento stesso in cui la funzione si svolge secondo le forme della sequenza procedimentale, ciò produce (anche a prescindere dalla maggiore informazione che il cittadino può assumere in ordine a procedimenti che in qualche modo lo riguardano) una maggior conoscibilità dei presupposti di fatto che hanno portato all'emanazione di un provvedimento, risolvendosi in un *quid pluris* di tutela in favore dei soggetti che ne denunciano l'illegittimità o la inopportunità.

Tale forma di tutela però non è praticabile nei confronti degli atti normativi e degli atti amministrativi generali (per questi ultimi, talvolta, una forma di partecipazione è prevista dalla legislazione speciale: si pensi ai piani paesistici e a quelli urbanistici con valenza ambientale), in ragione della espressa esclusione previ-

sta dall'art. 12, l. n. 241 (il che peraltro dà luogo a seri dubbi di costituzionalità, per contrasto con l'art. 97 e con l'art. 3 su cui altrove mi sono soffermato)<sup>32</sup>.

Negli altri casi la partecipazione assicurata dalla l. n. 241 ha una sua particolare potenzialità di espressione proprio nel settore in esame. L'art. 9 consente l'intervento anche a portatori di interessi diffusi costituiti in associazioni o comitati. Si deve precisare che gli interessi diffusi sono interessi comuni ad una pluralità indeterminata di soggetti, sono cioè quelli di cui una larga parte della collettività è titolare, senza peraltro poter essere imputati a soggetti determinati attesa la inidoneità degli stessi ad essere riferiti a destinatari: si pensi all'interesse alla salubrità dell'aria o a quella della riduzione dell'inquinamento.

È evidente che l'art. 9, l. n. 241 ha la funzione di agevolare forme di partecipazione e di controllo sociale già nel momento della formazione dell'atto, estendendo la partecipazione al procedimento a soggetti portatori di istanze di carattere non economicistico, che la Costituzione salvaguarda e tutela in maniera preminente, come il paesaggio, l'ambiente, la salute. Memorie e documenti "ove pertinenti all'oggetto, del procedimento" devono essere tenuti presenti dall'amministrazione nella valutazione dei risultati dell'istruttoria e nella selezione degli interessi (v. art. 10, lett. b).

Tale partecipazione, di per sé, accentua il controllo giurisdizionale, in quanto aumenta lo spazio del sindacato di ragionevolezza, che dove confrontarsi su "materiali" offerti dagli interessati, e non solo sull'autoreferenzialità dell'amministrazione. Poiché le memorie e i documenti devono essere espressamente valutati, di tale valutazione deve emergere una rappresentazione del provvedimento (o negli atti che questo richiama). L'amministrazione deve cioè non solo motivare il provvedimento, per dar conto delle ragioni delle proprie scelte che stanno dietro al dispositivo (motivazione generica), ma in caso di intervento deve anche specificatamente motivare in ordine a quanto esposto dagli interessati e dunque deve confrontarsi su tutti i piani (compresi quelli tecnici) con le "ragioni degli altri" per confutarle o per accoglierle in tutto o in parte (c.d. motivazione specifica).

## 7. LA TUTELA C.D. GIUSTIZIALE (PROPOSTE)

La tutela endoprocedimentale costituisce quindi uno strumento per una più intensa tutela giurisdizionale: ma non è una tutela vera e propria, difettando nel

---

<sup>32</sup> V. G. MORBIDELLI, *Il procedimento amministrativo*, in L. MAZZAROLLI-G. PERICU-F. ROVERSI MONACO-F.G. SCOCA-A. ROMANO, *Diritto amministrativo*, Bologna, 1998, vol. II, 1279 ss.

responsabile del procedimento e comunque nell'organo che adotta il provvedimento finale il carattere della terzietà. Questa semplice osservazione ci consente di rilevare che nella materia dell'ambiente, più che in altre, si avverte una profonda carenza del nostro sistema di giustizia amministrativa. Come è noto al sistema tradizionale, formato di strumenti di amministrazione c.d. giustiziale (ricorsi amministrativi) e strumenti giurisdizionali (ricorsi alle Giunte provinciali amministrative e al Consiglio di Stato) si è sostituito un sistema ben più completo sotto il profilo degli strumenti giurisdizionali (con l'istituzione dei TAR), in cui peraltro gli strumenti giustiziali hanno assunto un ruolo del tutto marginale per non dire superfluo.

Ciò è avvenuto per ragioni di ordine fattuale, cui hanno fatto seguito misure legislative. Si deve ricordare che da gran tempo era acquisita la consapevolezza della carenza del sistema dei ricorsi amministrativi, che nasceva a sua volta da radicate tradizioni o abitudini della burocrazia italiana, propensa a non accogliere e spesso neanche a prendere in considerazione le istanze del cittadino, visto come soggetto terzo e contrapposto rispetto agli interessi dell'amministrazione, e non come soggetto il cui interesse coincide con l'interesse dell'amministrazione: V.E. Orlando non esitava (riecheggiando tra l'altro le parole pronunciate da Crispi in un dibattito parlamentare) a definire il ricorso gerarchico una "canzonatura" e una "derisione", in quanto destinato a giacere "nei polverosi archivi"<sup>33</sup>.

Tant'è che, in presenza della regola, vigente fino al 1971, del carattere pregiudiziale dei ricorsi amministrativi rispetto al ricorso giurisdizionale, ammissibile soltanto verso atti "definitivi" – ciò che rendeva necessario l'ottenimento della decisione in sede di ricorso amministrativo per poter adire il giudice (una specie di biglietto ferroviario per poter prendere il treno della tutela giurisdizionale, secondo la nota battuta di Giannini) – il Consiglio di Stato si dovette inventare l'istituto del silenzio rigetto per poter consentire l'esperimento del ricorso giurisdizionale anche in assenza di alcuna decisione dell'amministrazione sul ricorso gerarchico.

Fatto sta che il sistema dei ricorsi amministrativi, cui pure il legislatore del 1865 guardava con la massima fiducia, come l'istituto nel quale la tutela degli interessi potesse esaudirsi (art. 3, l. 20 marzo 1865, n. 2248, all. e), ben presto si rivelò del tutto inutile, se non dannoso.

Questo dato di fatto ha caratterizzato l'impatto delle leggi del 1971 (d.P.R. 24 novembre 1971, n. 1199, sui ricorsi amministrativi e l. 6 dicembre 1971, n. 1034, istitutiva dei TAR) con le quali il sistema dei ricorsi amministrativi come strumenti di giustizia amministrativa è stato pressoché completamente eliminato.

---

<sup>33</sup> V. V.E. ORLANDO, voce *Contenzioso amministrativo*, in *Dig. it.*, Torino, 1925, VIII<sup>2</sup>, 907.

Più recentemente invece è maturata una convinzione favorevole all'istituzione di strumenti giustiziali credibili ed efficienti, capaci di soddisfare le richieste dei cittadini (e allo stesso tempo di raffreddare il contenzioso amministrativo in sede giurisdizionale).

Infatti l'esperienza di altri paesi dimostra come i ricorsi amministrativi di norma costituiscano un momento necessario e preventivo del contenzioso amministrativo, in quanto hanno una funzione di tutela del privato sia per la loro rapidità, sia per il minor costo, *sia per il fatto che entrano nel merito*, e come, a tal fine, sia sempre più diffuso il ricorso ad autorità non gerarchicamente sovraordinate, bensì in posizione di tendenziale neutralità. Come ha osservato Giannini<sup>34</sup> «la legislazione più recente, nei settori più pronunciatamente tecnici, come la protezione sociale e le prestazioni sanitarie, specie fuori d'Italia, ha di nuovo dato larga applicazione ai procedimenti di riesame giustiziale, sia con l'intento di dare un più accurato decidente a materie che per essere molto tecniche sono dominate dal giudice solo a costi processuali elevati (esempio tipico: le commissioni relative alla protezione sociale e all'assistenza sanitaria dei paesi anglosassoni)».

La scelta a favore di un sistema di tutela che affidi la protezione del cittadino anche a strumenti di natura non giudiziaria, ha non solo il valore di una scelta a favore di un comune modello europeo (di cui talune ricadute sono avvertibili nella direttiva ricorsi 89/665 in materia di appalti pubblici di lavori), ma costituisce anche un tentativo di rispondere alla crisi profonda che caratterizza i rapporti tra amministrazione e giurisdizione, al fine proprio di assicurare garanzie al cittadino.

Si tratta dunque di immaginare e predisporre una serie di strumenti di amministrazione giustiziale (posti con la tutela giurisdizionale in una relazione tale che consenta il decongestionamento di questa e una pronta soddisfazione dell'interesse leso) affidati ad istanze fornite della necessaria competenza ed indipendenza. È appena il caso di rilevare che questa prospettata forma di tutela nulla ha a che vedere con il tradizionale ricorso gerarchico. Infatti si tratta di una forma di tutela (che solo per ossequio alla nostra terminologia tradizionale potremmo chiamare ricorso gerarchico "improprio") che si caratterizza per la qualificazione tecnica degli organi decidendi (o degli ausiliari di tali organi), e per la posizione di terzietà rispetto all'Amministrazione, talché offre tutta una serie di garanzie di efficienza e di imparzialità, che la avvicinano ai ricorsi giurisdizionali. Anzi, a differenza di questi, possono entrare *ab intus* in questioni tecniche, e non sindacare gli atti solo sulla base della congruità e della completezza della motivazione (cioè sulla carta più che sul loro contenuto). E d'altra parte, il dilatarsi dell'impiego della tecnica da parte delle amministrazioni (si pensi ai provvedimenti, generali o spe-

---

<sup>34</sup> In *Dir. amm.vo*, Milano, 1993, II, 388.

cifici, in tema di discariche, di misure antinquinamento, di stabilimenti industriali a rischio ecc.), rende indispensabile, nell'interesse degli amministrati, ma anche della P.A., "filtri" di commissioni tecniche. Diversamente il giudice tende a trincerarsi dietro la insindacabilità del merito delle scelte tecniche<sup>35</sup>. Che invece esse non possano essere devolute *in toto* all'Amministrazione e di converso sia indispensabile un sindacato intrinseco sulle stesse, è stato avvertito da gran tempo, se si pensa che l'art. 29, T.U. Cons. Stato e l'art. 7, l. TAR (che in questa parte richiama le norme del r.d. 26 giugno 1924, n. 1058, T.U. delle leggi sulla G.P.A. in sede giurisdizionale) attribuiscono alla giurisdizione *anche di merito*, i ricorsi contro gli atti del Prefetto che regolano e vietano l'esercizio di industrie insalubri o pericolose e i provvedimenti del Sindaco in materia di igiene pubblica e in materia di igiene dell'abitato (cioè le misure ambientali dell'epoca).

Da un esame analitico della legislazione statale e regionale in materia di ambiente si ricava tuttavia che sono del tutto marginali le previsioni di ricorsi (e per lo più in opposizione): il che dimostra che il valore del riesame giustiziale non è sentito neppure a livello locale, dove pure di solito germinano esperienze poi recepite dal legislatore regionale o statale, tali da tradursi in nuovi istituti (si pensi a quello che è avvenuto in materia di oneri di urbanizzazione o di piani di recupero o anche di sportello unico). Sintomatica di questa non coscienza del valore dei ricorsi giustiziali è la latitanza assoluta di qualunque forma di riesame giustiziale all'interno del pur organico d.lgs. n. 22/1997.

In proposito ha lavorato una Commissione istituita dall'allora Ministro Sabino Cassese, e presieduta dal prof. Vincenzo Cerulli Irelli, la quale è giunta alla conclusione che non si deve costruire *ex novo* un "sistema" di rimedi giustiziali in tutti i settori e per tutte le controversie possibili. Le esperienze straniere più felici dimostrano infatti che l'amministrazione giustiziale può nascere in specifici settori – ove maggiormente se ne senta il bisogno – ed espandersi progressivamente, senza un disegno necessariamente generale, ma adattandosi alle diverse esigenze. È tuttavia sicuro, ha osservato la commissione, sulla base anche dell'indagine comparatistica che il contenzioso giustiziale dovrebbe essere specificamente introdotto in tutti i settori nei quali siano presenti elementi di "sapere tecnico" o di "servizio pubblico". In tale sede sarà così possibile estendere la cognizione al merito e agli aspetti di discrezionalità tecnica. La Commissione ha comunque concluso i suoi lavori invocando, con particolare riguardo alla materia

---

<sup>35</sup> V. da ultimo Cons. Stato, Sez. IV, 11 dicembre 1997, n. 700, in *Foro amm.*, 1997, 3011, ove si precisa che «le scelte relative al tracciato di un elettrodotto, se dettate da motivi esclusivamente tecnici, sono insindacabili da parte del giudice amministrativo, se non per macroscopici vizi logici».

dell'ambiente, la valorizzazione della amministrazione giustiziale svolgentesi di fronte ad autorità indipendenti, professionalmente qualificate dal punto di vista dei problemi tecnico-scientifici coinvolti dalla attuazione in concreto delle previsioni legislative.

Di fronte a tali autorità, dovrebbe aver spazio il più ampio contraddittorio pubblico tra tutti gli interessati, con l'avvertenza però che in questi casi non si tratterebbe di mettere in rapporto un interesse proprio dell'Amministrazione e eventuali interessi di controinteressati, dato che l'interesse pubblico non dovrebbe essere altro che l'attuazione legislativa più adeguata alle situazioni concrete.

È in proposito significativo – e la Commissione Cerulli Irelli vi ha largamente attinto – ricordare l'esperienza della Francia (a noi più vicina per cultura e tradizione). La legislazione francese ha a sua volta tenuto ampiamente conto della normativa statunitense che affida non solo la “regolazione” di importanti settori amministrativi ad organismi amministrativi indipendenti dall'amministrazione governativa, ma attribuisce ad essi anche la “risoluzione”, in chiave paragiurisdizionale, di eventuali conflitti che, nell'ambito dei settori sottoposti al “controllo” di queste autorità, possono nascere tra autorità e privato (e anche fra gli stessi privati<sup>36</sup>). Sulla scorta di questo modello, chiaramente adattato al sistema amministrativo francese, oltralpe sono state istituite Autorità (che possono, e, a volte, debbono, essere adite prima del giudice amministrativo le quali provvedono sulle istanze delle parti con firme) accordano una giustizia con piena garanzia di contraddittorio, ma in forma più agile e meno solenne di quella del giudice amministrativo e, soprattutto, presentano il vantaggio che, in settori particolarmente tecnicizzati, la giustizia venga amministrata da “esperti”.

In qualche maniera il modello cui si rifaceva la citata Commissione si accostava a quello di cui alla recente l. 31 luglio 1997, n. 249, di istituzione dell'Autorità per le garanzie nelle comunicazioni, ai sensi del quale (v. art. 1, c. 11) l'Autorità «disciplina con propri provvedimenti le modalità per la soluzione non giurisdizionale delle controversie che possono insorgere fra utenti o categorie di utenti ed un soggetto autorizzato o destinatario di licenze oppure tra soggetto autorizzato o destinatario di licenze tra loro. Per le predette controversie, individuate con provvedimenti dell'Autorità, non può proporsi ricorso in sede giurisdizionale fino a che non sia stato esperito un tentativo obbligatorio di conciliazione da ultimare entro trenta giorni dalla proposizione dell'istanza all'Autorità. A tal fi-

---

<sup>36</sup> V. in argomento l'accurato studio di L. BARRA CARACCILO, *Funzione amministrativa e amministrazione neutrale nell'ordinamento USA*, Torino, 1997, spec. 117 ss., e ivi il rilievo che il trasferimento da funzionari “quasi giurisdizionali” alle agenzie indipendenti è giustificato – anche – con il loro sapere tecnico.

ne, i termini per agire in sede giurisdizionale sono sospesi fino alla scadenza del termine per la conclusione del procedimento di conciliazione». Ma non si tratta di un *unicum*: sono infatti ormai numerose anche in Italia le ipotesi di amministrazione giustiziale svolta dalle autorità indipendenti<sup>37</sup>. Come pure sono sempre più diffuse le indicazioni normative verso procedure di conciliazione: oltre alla già citata l. n. 249, v. anche art. 1, l. n. 481/1995, nonché la direttiva ricorsi relativa ai settori esclusi (92/13), la quale prevede che «chiunque abbia o abbia avuto interesse ad ottenere l'aggiudicazione di un determinato appalto disciplinato dalla direttiva 90/531 e, in relazione alla procedura di detto appalto, ritenga di essere o di rischiare di essere lesa a causa di una pretesa violazione del diritto comunitario in materia di appalto o delle norme nazionali che recepiscono tale diritto, può chiedere l'applicazione della procedura di conciliazione»<sup>38</sup>.

<sup>37</sup> V. per tutti, A. PAJNO, *L'esercizio di attività in forme contenziose*, in S. CASSESE-C. FRANCHINI (a cura di), *I garanti delle regole*, Bologna, 1996, 107 ss.

<sup>38</sup> La funzione di conciliazione è assai prossima a quella di decisione paragiustiziale; ed infatti secondo la dottrina tradizionale la conciliazione costituisce una zona estrema o di confine della giurisdizione contenziosa (v. L. MORTARA, *Commentario al codice e alle leggi di procedura civile*, Milano, 1923, vol. III, 9, 11 e 12) ovvero sta nel mezzo tra mediazione e decisione, avendo la forma della prima e la funzione della seconda (v. F. CARNELUTTI, *Sistema del diritto processuale civile*, Padova, 1936, vol. I, 173-178).

Secondo la direttiva: a) la conciliazione deve essere espressamente richiesta; b) viene sancito il carattere di imparzialità del conciliatore nominato dalla Commissione, cui si affiancano i conciliatori supplementari nominati dalle parti, secondo un meccanismo tipico dell'arbitrato, ancorché "rovesciato"; c) viene prevista la possibilità per le parti (e per la Commissione) di recusare gli esperti invitati dai conciliatori. Tuttavia, il fatto che l'avvio della procedura sia subordinato al consenso a parteciparvi dell'ente aggiudicatore e la possibilità di una sorta di recesso unilaterale *ad nutum* dalla procedura, esercitabile tanto ad opera della persona che ha richiesto l'avvio della procedura, quanto ad opera dell'Ente aggiudicatore, fanno sì che la controversia sia avvicinata a modelli negoziali sostanziali, quali la transazione o l'arbitrato irrituale.

In questa sede non interessa entrare nel dibattito, anche perché la direttiva indica solo uno dei vari modelli di "conciliazione" praticabili; interessa invece richiamare questa disposizione come indice della tendenza verso un sistema di componimento degli interessi tantopiù in un settore, quello dell'aggiudicazione, tradizionalmente terreno di scontro frontale. Del resto la tematica per soluzioni extragiudiziarie è in piena espansione in molti altri settori parallelamente all'estensione dei moduli consensuali. È noto infatti il collegamento, operato dallo stesso legislatore, tra moduli consensuali e rimedi alternativi alla giurisdizione per la risoluzione delle relative controversie (cfr. art. 7, l. n. 64/1986 sull'accordo di programma per l'intervento straordinario nel Mezzogiorno; art. 4, l. n. 305/1989 sull'accordo per l'attuazione del piano biennale per l'ambiente; art. 27, l. n. 142/1990, ecc.).

La conciliazione come istituto di risoluzione dei ricorsi amministrativi trova del resto ingresso nella recente legge spagnola sul procedimento amministrativo 2 luglio 1992: «*Las Leyes podàn substituir el recurso ordinario, en supuestos o àmbitos sectoriales determinados, y cuando la especificidad de la materia así lo justique, por otros procedimientos de impugnación o reclamación, incluidos los de conciliación, mediación y arbitraje, ante òrganos colegiados o comisiones*



Tra l'altro non si tratterebbe di dar vita all'ennesima autorità indipendente: infatti la legislazione conosce già la Agenzia nazionale e le Agenzie regionali per la protezione dell'ambiente, dotate di qualificate capacità tecniche, e che dovrebbero essere – ai nostri fini – “indipendentizzate”. Esse ben potrebbero svolgere, accanto alla funzione di supporto delle attività regolatorie nonché delle attività di proposta, di consulenza, di vigilanza e di controllo ambientale, una attività paragiurisdizionale; s'intende dopo che siano stati introdotti criteri di nomina dei componenti degli organi di direzione che ne assicurino l'indipendenza e la imparzialità.

Si consideri che l'amministrazione giustiziale è funzionale non solo al garantismo *tout court*, ma anche alla tutela dello stesso interesse ambientale, che talvolta cede a fronte di una lettura formale di provvedimenti. Valga ricordare che il dissesto Farmoplant si verificò dopo che il TAR Toscana<sup>39</sup> aveva annullato un provvedimento di tutela ambientale, per ragioni inerenti all'*iter* logico della motivazione: «versandosi in materia rientrante nella giurisdizione ordinaria di legittimità, la verifica che (il TAR: n.d.r.) è chiamato a compiere è condizionata dalla motivazione enunciata nel provvedimento impugnato e si esaurisce nell'accertamento della logicità delle conclusioni a cui l'Autorità è pervenuta rispetto alle risultanze obiettive. Con ciò si vuol dire che il Collegio non si può sostituire all'Amministrazione nella diretta valutazione del materiale probatorio esistente al momento dell'adozione del provvedimento impugnato e di quello acquisito successivamente per verificare se sussistevano o sussistono ragioni che militano per l'adozione di un provvedimento di segno opposto. Tali apprezzamenti spettano all'Amministrazione e non al giudice, che ha il diverso compito di procedere alla verifica di razionalità dell'*iter* che ha condotto l'Amministrazione dalla valutazione (anche essa oggetto di controllo sotto tale aspetto) di determinate circostanze obiettive all'adozione del provvedimento impugnato». Venne così accolto il ricorso per eccesso di potere sotto i profili dell'illogicità e della perplessità nella parte in cui il provvedimento attribuiva «contestuale rilevanza ad una serie di vicende che costituivano manifestazione di rischi connessi alla produzioni Rogor, in relazione a situazione di carenze e difettoso funzionamento e gli impianti che progressivamente – come era stato anche accertato dal gruppo di lavoro regionale, istituito su sollecitazione dell'amministrazione comunale – erano stati superati» (ma se il provvedimento non era assistito da logicità, l'impianto a sua volta non era a posto sotto il profilo ambientale!).

---

*especificas non sometidas a instrucciones jeràrquicas, con respeto a los principios, garantías y plazos que la presente ley reconoce a los ciudadanos y a los interesados en todo procedimiento administrativo»* (v. art. 106, comma 2).

<sup>39</sup> V. la sentenza 11 luglio 1988, n. 1016, in *I TAR*, 1988, I, 2743.

## 8. TUTELA GIURISDIZIONALE: IL MURO DELLA DISCREZIONALITÀ TECNICA

Ma torniamo al diritto positivo e dunque alla tutela giurisdizionale. Si è già ricordato che nella nostra materia la tutela giurisdizionale incontra il muro della discrezionalità tecnica. Per il vero ciò avviene in molte altre materie: qui però il muro è ancora più alto stante la “naturalità” dell’esercizio della discrezionalità tecnica, oltre che i poteri esorbitanti e speciali.

Sono più che note le controversie che la nozione di discrezionalità tecnica ha suscitato e suscita in dottrina e nella stessa giurisprudenza<sup>40</sup>. Tuttavia, tenendo conto dell’opinione prevalente, si può affermare che tale nozione identifica quell’attività dell’amministrazione che non si esprime attraverso valutazioni di interessi pubblici, e che dunque non si risolve attraverso l’applicazione di regole di opportunità e di connesse valutazioni della maniera migliore per perseguire l’interesse pubblico. Di contro è espressione di criteri tendenzialmente obiettivi (anche se non univoci e spesso opinabili), tratti dalla scienza e dalla tecnica o comunque da acquisizioni specialistiche. La definizione richiederebbe ulteriori approfondimenti, anche perché le stesse nozioni di scienza e tecnica non sono univoche. Ma ai nostri fini non è necessario: interessa infatti solo rilevare che laddove l’attività amministrativa è fondata su accertamenti o valutazioni di carattere tecnico di uno o più presupposti, da compiersi alla luce di regole tratte dalla scienza e dalla tecnica, la conseguenza è la sostanziale insindacabilità in sede giurisdizionale dell’attività stessa.

Le ragioni di tale insindacabilità vengono spiegate in vari modi. Chi le radica nei caratteri specifici del giudizio tecnico e dunque nella natura di “potere riservato” all’amministrazione in materia di valutazione tecnica<sup>41</sup>; chi nel fatto stesso della opinabilità del giudizio tecnico, il che impedisce al giudice di sostituirsi all’amministrazione, con un giudizio altrettanto opinabile<sup>42</sup>; chi infine – ed è questa la posizione della giurisprudenza – ritiene che la discrezionalità tecnica vada sottoposta a controllo secondo i soli parametri della ragionevolezza e della logicità, nel senso che il giudice non va a verificare dall’interno la correttezza delle decisioni dell’amministrazione ricorrendo appunto alle regole specialistiche del ca-

---

<sup>40</sup> Per una analisi delle varie posizioni della dottrina e per ampie indicazioni di giurisprudenza, v. ora D. DE PRETIS, *Valutazione amministrativa e discrezionalità tecnica*, Padova, 1995.

<sup>41</sup> V. in tal senso, tra gli altri C. MARZUOLI, *Potere amministrativo e valutazioni tecniche*, Milano, 1985, 217.

<sup>42</sup> V. G. SALA, *Potere amministrativo e principi dell’ordinamento*, Milano, 1993, 214; A. ROMANO TASSONE, *Motivazione di provvedimenti amministrativi e sindacato di legittimità*, Milano, 1987, 236.

so, ma si limita a controllare dall'esterno la congruità del percorso logico seguito dall'amministrazione, così come avviene di fronte alla discrezionalità pura<sup>43</sup>.

Anche se una consistente parte della dottrina<sup>44</sup> ritiene ingiustificato tale limite al sindacato giurisdizionale, se non altro per la garanzia costituzionale di difesa giurisdizionale contro gli atti amministrativi, il diritto vivente è nel senso appena ricordato, anche perché – non va dimenticato – lo stesso processo amministrativo incontra notevoli limiti ai fini della ricostruzione del fatto<sup>45</sup>. Sicché la posizione della giurisprudenza nasce da un combinato di argomenti: in *primis*, quello per cui gli apprezzamenti tecnici riguardano il merito; poi la carenza degli strumenti di prova offerti dal processo amministrativo; infine lo schema cassatorio del giudizio amministrativo che induce a verificare i presupposti del procedimento attraverso criteri di logica formale.

Il *self-restraint* della giurisprudenza lo si evince del resto con chiarezza dalla recezione pressoché acritica delle valutazioni tecniche operate dagli organi amministrativi. È significativo che nella giurisprudenza amministrativa in materia di inquinamento non si rinvengono casi di sindacato sui limiti di ammissibilità delle sostanze inquinanti o sulla congruità dei criteri metodologici di analisi, come accade invece negli Stati Uniti; il sindacato semmai investe i singoli atti di autorizzazione o i provvedimenti repressivi di alterazioni ambientali per ragioni formali-motivazionali (v. ancora il caso Farmoplant), senza mai giungere a scrutinare le norme tecniche generali su cui tali atti si basano<sup>46</sup>.

---

<sup>43</sup> V. fra le tante, Cons. Stato, ad. plen., 27 novembre 1989, n. 16, in *Cons. Stato*, I, 1305; Cons. Stato, Sez. VI, 20 dicembre 1989, n. 1667, *ibidem*, I, 1587; Cons. Stato, Sez. V, 17 ottobre 1987, n. 637, *ivi*, 1987, I, 1433; TAR Sicilia, Catania, Sez. II, 16 agosto 1993, n. 590, in *I TAR*, 1993, 3848; TAR Lazio, 12 giugno 1993, n. 710, *ibidem*, I, 2320.

<sup>44</sup> Ad es. M. NIGRO, *Giustizia amministrativa*, Bologna, 1994, 232; V. OTTAVIANO, *Giudice ordinario e giudice amministrativo di fronte agli accertamenti tecnici della pubblica amministrazione*, in *Studi in memoria di Bachelet*, Milano, 1987, vol. II, 419; F. LEDDA, *Potere, tecnica e sindacato giudiziario sulla pubblica amministrazione*, in *Dir. proc. amm.*, 1983, 423; G. VACCIRCA, *Riflessioni su concetti di legittimità e di merito nel processo amministrativo*, in *Studi per il centocinquantesimo del Consiglio di Stato*, Roma, 1981, vol. II, 1573.

<sup>45</sup> Sui limiti ai fini della ricostruzione dei fatti propri del processo amministrativo con particolare riguardo alla sindacabilità dei giudizi tecnici v. V. CERULLI IRELLI, *Note in tema di discrezionalità amministrativa e sindacato di legittimità*, in *Dir. proc. amm.*, 1994, 478; L. VIOLINI, *Le questioni scientifiche controverse nel procedimento amministrativo*, Milano, 1984, 131 ss.

<sup>46</sup> V. in proposito quanto osserva L. VIOLINI, *Le questioni scientifiche controverse*, cit., 166 ss.

9. PROSPETTIVE PER UN SINDACATO SUL MERITO DELLA DISCREZIONALITÀ TECNICA IN VIRTÙ DEL D.LGS. N. 80/1998

Senonché tale limitazione di sindacato è, da un lato, accentuata e, dall'altro, rimessa in discussione della più recente legislazione, la quale (v. art. 34, d.lgs. 31 marzo 1998, n. 80, recante nuove disposizioni in materia di organizzazione e di rapporti di lavoro nelle amministrazioni pubbliche, di giurisdizione nelle controversie di lavoro e di giurisdizione amministrativa, emanate in attuazione dell'art. 11, c. 4, della l. 15 marzo 1997, n. 59) stabilisce che «saranno devolute alla giurisdizione esclusiva del giudice amministrativo le controversie aventi per oggetto gli atti, i provvedimenti e i comportamenti delle amministrazioni pubbliche in materia urbanistica ed edilizia». Si precisa altresì che «agli effetti del presente decreto, la materia urbanistica concerne tutti gli aspetti dell'uso del territorio».

Sono quindi escluse da tale disciplina tutte le funzioni di carattere ambientale, inerenti le tematiche degli inquinamenti (da rumore, per immissioni in atmosfera o in corpi idrici, da rifiuti ecc.) e della tutela delle risorse naturali; al più vi potranno essere ricomprese la disciplina delle bellezze naturali e delle aree protette, nella parte in cui concernono l'uso del territorio (ma per la seconda è dubbio, alla luce del d.lgs. n. 112/1998 di cui appresso). Del resto la distinzione tra «territorio e urbanistica», da un lato, e «protezione della natura e dell'ambiente, tutela dell'ambiente dagli inquinamenti e gestione dei rifiuti» dall'altro, emerge dal coevo d.lgs. 31 marzo 1998, n. 112, che disciplina il conferimento alle regioni e agli enti locali di compiti amministrativi, e che distingue (v. art. 51 e ss.) tra territorio, ambiente e infrastrutture (aggiungiamo che la legge delega prevedeva, come criterio direttivo – v. art. 11, c. 4, lett. g, 1. n. 59 – la contestuale estensione della giurisdizione del giudice amministrativo alle controversie aventi ad oggetto diritti patrimoniali consequenziali, ivi comprese quelle relative al risarcimento del danno, in *materia edilizia urbanistica e di servizi pubblici*: sicché l'ambiente era escluso, o era ricomprendibile nella parte in cui riguardava direttamente l'uso del territorio (come appunto ha inteso il legislatore delegato).

Nelle materie anzidette (e dunque *non* nella materia «*protezione dell'ambiente*»), il giudice amministrativo dispone, anche attraverso la reintegrazione in forma specifica, il risarcimento del danno ingiusto. Il che, come ha osservato l'Adunanza generale del Consiglio di Stato nel suo parere n. 30/1998, tende ad attuare «un cambiamento di rilievo storico nell'ordinamento»<sup>47</sup>. Infatti viene abbandonato il tradizionale criterio fondato sulla distinzione tra diritti soggettivi e inte-

<sup>47</sup> V. parere 12 marzo 1998, n. 30, in *Foro it.*, 1998, III, 350.

ressi legittimi, e nel contempo tale innovazione non è da circoscrivere al reparto della giurisdizione tra giudice ordinario e giudice amministrativo, in quanto suscettibile di proiettarsi in ordine ai criteri di determinazione del danno risarcibile. A tal fine è significativo il riferimento specifico al danno ingiusto, che a sua volta va letto in combinato con l'art. 2043 c.c.: così si supera il criterio di distinzione che era stato alla base del consolidato indirizzo giurisprudenziale negativo verso la risarcibilità degli interessi legittimi e, di conseguenza, viene meno anche la non risarcibilità di tali posizioni (comunque le si vadano a qualificare). In altre parole, l'espressione ha un chiaro significato additivo, o meglio di estensione della tutela aquiliana a tutte le posizioni soggettive suscettibili di tutela innanzi al giudice amministrativo: *in primis* all'interesse legittimo<sup>48</sup>. Come pure è altrettanto significativa la previsione del risarcimento in forma specifica, sintomatico del potere del giudice di entrare nel rapporto: del resto è naturale che l'attrazione nell'area della giurisdizione esclusiva delle azioni del privato volte ad ottenere il risarcimento del danno nei confronti della Amministrazione, legittimi l'esercizio, da parte del giudice amministrativo, non più dei soli poteri di annullamento dell'atto, bensì anche di quelli di accertamento e di condanna funzionali a tale tipo di tutela.

Non interessa in questa sede valutare se l'art. 35, c. 1, del d.lgs. n. 80/1998 costituisce una indiretta conferma dell'atteggiamento negativo della Cassazione sulla risarcibilità degli interessi legittimi, oppure se, di contro, dà conforto alla tesi proposta tante volte e senza successo dalla maggioranza della dottrina<sup>49</sup> circa la

---

<sup>48</sup> V. in proposito l'ampio saggio (basato sulla legge delega) di C. VARRONE, *Le nuove "frontiere" del processo amministrativo: minirivoluzione o razionalizzazione dell'esistente in tema di risarcibilità delle posizioni soggettive nei confronti della pubblica amministrazione*, in *Foro amm.*, 1997, II, spec. 3362 ss., ed inoltre v. anche, in tal senso S. CASSARINO, *Novità legislative in tema di giurisdizione esclusiva del giudice amministrativo*, in *I TAR*, 1998, II, 176, e ivi la giusta osservazione per cui, nel sistema della legge il richiamo al danno ingiusto non può significare pura e semplice recezione della tradizionale *liaison* tra danno ingiusto e diritto soggettivo: il primo riguarda l'attività *contra ius*, mentre le posizioni coinvolte sono tutte quelle che si contrappongono all'esercizio del potere nelle materie indicate dagli artt. 33 e 34, d.lgs. n. 80.

<sup>49</sup> V. da ultimo, anche per le ulteriori indicazioni circa il dibattito ormai ultratrentennale, M. FRANZONI, *Risarcimento per lesione di interessi legittimi*, in *Contratto e impresa*, 1993, 274 ss.; G. PALMIERI, *Lesione degli interessi legittimi: la Cassazione alle soglie di una svolta epocale*, in *Danno e responsabilità*, 1997, 827; M.R. MORELLI, *Riusciranno gli interessi legittimi, a superare la mitica frontiera del danno ingiusto?*, in *Giust. civ.*, 1997, II, 461; P.G. MONATERI, *Risarcibilità delle lesioni di interessi legittimi e incostituzionalità dell'art. 2043, la fine di una regola?*, in *Danno e responsabilità*, 1997, 548 ss. nonché soprattutto gli atti del XLIII Convegno di studi di scienza dell'amministrazione, promosso dalle amministrazioni provinciali di Como e di Lecco, Varenna 18-20 settembre 1997, su *Risarcibilità dei danni da lesione di interessi legittimi*, Milano, 1998.

risarcibilità di tutte le conseguenze sfavorevoli che comunque si realizzano nel patrimonio del soggetto leso da provvedimenti amministrativi, soprattutto per la considerazione che l'art. 2043 c.c. contiene una clausola generale risarcitoria che riguarda il danno ingiusto senza fare specifico riferimento ai diritti soggettivi il che consente di sostenere che la clausola contenga in sé l'idea della intangibilità dei patrimoni. In altri termini, il problema non deve essere affrontato sotto il versante della natura e consistenza delle situazioni soggettive (diritto-interesse), quanto sotto quello, di carattere oggettivo, che fa perno sul concetto di danno ingiusto, quale risulta codificato nell'art. 2043 c.c. Una corretta interpretazione del quale conduce a ravvisare nell'ordinamento un principio d'ordine generalissimo, avente ad oggetto "l'intangibilità del patrimonio" di ciascuno, come aspetto fondamentale della sua stessa personalità. La fonte dell'obbligo di risarcire il danno ingiusto, cui fa riferimento l'art. 2043, vale a dire la diminuzione patrimoniale o la lesione personale subita, è da ricondurre a tutti quegli atti e comportamenti che, senza una valida causa giustificativa e comunque *contra ius*, siano comunque suscettibili di incidere negativamente sulla sfera patrimoniale dei singoli soggetti; cosa che si verifica nelle ipotesi in cui la P.A., pur nel perseguimento di interessi pubblici primari affidati alle sue cure, ponga in essere tuttavia atti in violazione delle regole dell'ordinamento e leda in tal modo interessi individuali che siano comunque patrimonialmente rilevanti. Qui comunque non esaminiamo se si tratta di un *quid pluris* graziosamente concesso dall'ordinamento (o nelle materie espressamente enunciate) o di una canonizzazione di un principio già presente (grazie anche al contributo dell'ordinamento comunitario). Come pure non è necessario esaminare in questa sede se, in virtù di tale previsione legislativa, le posizioni soggettive, in precedenza qualificate come interessi legittimi, verranno a qualificarsi come diritti soggettivi, o se invece restano interessi legittimi, se pur risarcibili.

Quello che intendiamo far rilevare è che questa risarcibilità – nei limiti in cui si atteggia<sup>50</sup> e nella ricostruzione dogmatica cui può essere ricondotta – non ri-

---

<sup>50</sup> Va infatti precisato che non tutte le lesioni di interessi legittimi (o comunque di posizioni qualificabili sino ad oggi come interessi legittimi) sono risarcibili: ciò avviene solo per quelle violazioni che hanno dato luogo a ripercussioni patrimoniali sfavorevoli. La griglia del danno ingiusto costituisce infatti una rete di contenimento delle pretese risarcitorie, nel senso che non è sufficiente la sola violazione della posizione soggettiva, occorrendo che il giudice amministrativo accerti anche la dannosità del fatto lesivo, che ad es. non v'è se il ricorso è accolto per difetto di motivazione e poi l'amministrazione adotta un provvedimento con motivazione adeguata e corretta (v. quanto osservavamo in G. MORBIDELLI, *Note introduttive alla direttiva ricorsi*, in *Riv. it. dir. pubbl. comm.*, 1991, 865). In questo senso – a nostro giudizio – va intesa quella parte del parere dell'Adunanza generale del Consiglio di Stato, n. 30/1998, cit., laddove contrasta il testo suggerito dalla commissione consultiva parlamentare secondo cui «sono ri-

guarda i soggetti danneggiati da prescrizioni emesse in materia ambientale, le quali quindi, a ulteriore riprova della specialità della materia, esprimono anche sotto tale profilo la supremazia dell'amministrazione.

Ma ai nostri fini, la estraneità della materia ambiente dalla disciplina del d.lgs. n. 80, è rilevante soprattutto anche sotto un altro profilo.

L'art. 35, d.lgs. n. 80 stabilisce, infatti, che il giudice amministrativo, nelle controversie di cui sopra, può disporre l'ammissione di mezzi di prova previsti dal c.p.c., nonché della consulenza tecnica d'ufficio, esclusi l'interrogatorio formale e il giuramento. È vero – come aggiunge la 2<sup>a</sup> parte del c. 3 dell'art. 35 – che "l'assunzione dei mezzi di prova e l'espletamento della consulenza tecnica d'ufficio sono disciplinati, ove occorra, nel regolamento di cui al r.d. 17 agosto 1907, n. 642, tenendo conto della specificità del processo amministrativo in relazione alle esigenze di celerità e concentrazione del giudizio". Rimane però il fatto che viene ammessa *tout court* la C.T.U. ai sensi delle norme del c.p.c. Come è noto l'art. 44 T.U. Cons. Stato consente le verificazioni, le quali costituiscono un mezzo di prova dal contenuto indeterminato, tanto che in esse potrebbe rientrare una pluralità di adempimenti istruttori, ivi compresi accertamenti tecnici, assunzione di testimoni, ricerca e acquisizione di documenti<sup>51</sup>. Ma a parte il fatto che nella applicazione pratica le verificazioni hanno, di solito, una funzione minimale, limitandosi ai semplici accertamenti tecnici, c'è poi il dato assorbente che la verifica è effettuata dall'amministrazione: è dunque la stessa parte che opera quale collaboratore del giudice, sia facendo effettuare accertamenti tecnici, che sentendo testimoni, che raccogliendo documenti, il che esclude del tutto, nella fase istruttoria, quella imparzialità di assunzione che è indispensabile in ogni ordinamento processuale<sup>52</sup>. Non solo. L'art. 44 T.U. Cons. Stato consente la verifica se il giudice riconosce che l'istruzione dell'affare è incompleta o se vi sono

---

sarcibili tutte le posizioni soggettive direttamente danneggiate da atti o comportamenti assunti dalle pubbliche amministrazioni o dai gestori, in violazione di norme di legge o di regolamento ovvero dalle comuni regole di diligenza, prudenza e perizia», osservando che tale formulazione «(...) potrebbe far ritenere acquisita una posizione sul risarcimento del danno da lesione degli interessi legittimi pretensivi (...)», e considerando più opportuna, viceversa, «(...) una norma più elastica, che attraverso la clausola generale del danno ingiusto demandi all'interpretazione della giurisprudenza esclusiva del giudice amministrativo, consapevole delle esigenze di giustizia, esperta del controllo sull'esercizio del potere pubblico, attenta all'emergenza economica, che è elemento che permea l'ordinamento, la messa a punto della materia».

<sup>51</sup> V. per tutti A. ROMANO (a cura di), *Commentario breve alle leggi sulla giustizia amministrativa*, Padova, 1992, 763.

<sup>52</sup> V. in proposito le esaurienti considerazioni di A. ANDREANI, *L'istruzione nel processo davanti ai Tribunali amministrativi regionali: esperienze e prospettive*, in *Dir. proc. amm.*, 1985, 490 ss.

contraddizioni tra provvedimenti e documenti: ha quindi una funzione integratrice o meglio di chiarificazione dei risultati quali emergono dal procedimento amministrativo sottoposto a scrutinio, e non di messa in discussione *tout court* dei risultati. Come è solita affermare la giurisprudenza, le verificazioni sono ammesse nel giudizio di legittimità perché “consistono in meri accertamenti disposti al fine di *completare* la conoscenza dei fatti”, e quindi tendono esclusivamente al riscontro di un presupposto di fatto consentendo l’esercizio del sindacato di legittimità sotto il profilo dell’eccesso di potere per carenza o errore sui presupposti, diversamente dalla perizia o dalla consulenza tecnica che “introducono, invece, un apprezzamento tecnico che, in quanto tale, è anche esercizio di discrezionalità, tanto che – si afferma – sono esperibili solamente nel giudizio di merito proprio perché in esso i poteri del giudice sono estesi al sindacato sull’opportunità e sulla convenienza dell’atto impugnato”<sup>53</sup>.

Vero è che da gran parte della dottrina si contesta questa lettura riduttiva dell’art. 44 T.U., Cons. Stato, nel senso che la formula verificazioni, conterrebbe, anche nella giurisdizione di legittimità, oltre a testimonianze, ispezioni e perizie, tutte le altre indagini che possono condurre ad accertare la verità, e anzi – si osserva – tale strumento istruttorio è volto ad introdurre la leale collaborazione tra giudice amministrativo e P.A. onde far rivivere l’attività amministrativa innanzi al giudice amministrativo, particolarmente preparato per rilevarne il corretto svolgimento, l’incidenza ed i fini<sup>54</sup>. Ma tutto questo cade di fronte al diritto vivente di una istruttoria lacunosa e comunque cedevole di fronte alle valutazioni tecniche quali emergono dal procedimento amministrativo<sup>55</sup>.

Di contro la C.T.U. ora introdotta nella giurisdizione esclusiva nelle materie sovra ricordate e con riguardo anche ai provvedimenti sottoposti al sindacato del giudice amministrativo costituisce, secondo le più accreditate indicazioni dei processualciviliisti un “sapere specialistico” che manca al giudice e attraverso il quale viene svolta: a) una attività di percezione al fatto, ove appunto per la percezione sia necessario un sapere tecnico o specialistico; oppure b) una attività di

<sup>53</sup> V. ad es. Cons. Stato, Sez. VI, 13 luglio 1985, n. 422, in *Foro amm.*, 1985, 1379: «le perizie e consulenze introducono un apprezzamento tecnico che costituisce manifestazione di discrezionalità ammissibile esclusivamente nel giudizio di merito esteso al sindacato sull’opportunità e sulla convenienza dell’atto impugnato».

<sup>54</sup> Così, da ultimo, G. ABBAMONTE-R. LASCHENA, *Giustizia amministrativa*, in *Trattato di diritto amministrativo*, diretto da G. SANTANIELLO, Padova, 1997, 253 ss.

<sup>55</sup> V. per tutti le indicazioni (e le considerazioni) di F. LEDDA, *Potere, tecnica e sindacato giudiziario sull’amministrazione pubblica*, cit., I, 426, di V. CERULLI IRELLI, *Note in tema di discrezionalità amministrativa e sindacato di legittimità*, cit., II, 526 e ivi ulteriori citazioni e di M. NIGRO, *Giustizia amministrativa*, cit., 232.



deduzione da fatti secondari percepiti normalmente dallo stesso consulente tecnico (si pensi per tutte alla consulenza medica) di fatti principali ignoti, sulla base di regole di sapere tecnico-specialistico<sup>56</sup>.

È agevole allora osservare che la previsione della C.T.U. *istituzionalizza* la revisione da parte del giudice degli accertamenti tecnici della P.A., che sinora era stata ammessa in casi sporadici<sup>57</sup>. In tale maniera si pone una decisiva premessa per un superamento della tesi dello spazio riservato a favore della P.A., in quanto espressione di un sapere tecnico.

In sostanza sul sapere tecnico delle P.A. ora incombe quello del C.T.U. È chiaro che, nei fatti, tale revisione sarà inversamente proporzionale alla autorevolezza e al sapere della P.A., e quindi il rischio di un eccessivo “governo dei giudici” potrà, a sua volta essere bilanciato da una accurata istruttoria procedimentale nella quale, ai sensi della l. n. 241/1990, è consentito il contraddittorio (ma non per i procedimenti volti a produrre regolamenti e atti amministrativi generali, e quindi le norme tecniche sono incostituzionalmente affrancate dalla partecipazione procedimentale (v. *retro* par. 6), nonché dalla presenza del filtro delle amministrazioni giustiziali. Governo che peraltro è quantomai incombente nella fase cautelare, ove i giudici comparano – spesso dichiarandolo espressamente – gli interessi contrapposti e dunque svolgono un apprezzamento di opportunità circa l’interesse pubblico prevalente.

La norma del d.lgs. n. 80 esprime il principio della piena controllabilità delle valutazioni amministrative anche tecniche, attraverso un giudizio che porta il giudice a sostituirsi all’amministrazione nell’apprezzamento della fattispecie concreta, riproducendo così in sede giurisdizionale il procedimento amministrativo.

Tutto questo non deve sorprendere più di tanto, ove si consideri la previsione contenuta nell’art. 17 della l. n. 241 secondo la quale, laddove debbano essere acquisite, per l’adozione di un provvedimento, delle “valutazioni tecniche” e gli organi a ciò preposti non provvedano, il responsabile del procedimento sarà tenuto ad affidarle ad altri organi o ad enti “dotati di qualificazione e capacità equipollenti” o ad istituti universitari. Tali disposizioni dimostrano da un lato che l’indagine tecnica costituisce una fase procedimentale conoscitiva irrinunciabile, e dall’altro che le valutazioni tecniche possano essere effettuate da soggetti differenti da quelli stabiliti in via naturale, a condizione che abbiano competenze equivalenti a quelli designati dalla legge. Il che dimostra l’oggettività di tali co-

---

<sup>56</sup> Sono i compiti della C.T.U. quali definiti da A. PROTO PISANI, *Lezioni di diritto processuale civile*, Padova, 1994, 476 ss.

<sup>57</sup> V. TAR Lombardia, Milano, Sez. III, 12 maggio 1997, n. 586, in *Foro amm.*, 1997, I, 1725, con nota di L.R. PERFETTI, *Il sindacato giudiziale sulla discrezionalità tecnica*.

noscenze e, quindi, in definitiva, la loro neutralità rispetto alle scelte discrezionali (sì che, a ben guardare, la invasione del giudice amministrativo nell'amministrare che si verifica nella specie è ben più ridotta di quella che si verifica comunemente in sede cautelare).

10. DUBBI DI COSTITUZIONALITÀ (E DI COMPATIBILITÀ COMUNITARIA) DELLA ESCLUSIONE DELLA MATERIA DELLA TUTELA DELL'AMBIENTE DAL D.LGS. N. 80/1998.

Se queste sono le conseguenze dell'art. 35, d.lgs. n. 80, è evidente che la esclusione della materia ambiente suscita notevoli riserve di costituzionalità. In primo luogo, perché, già in linea generale, la non sindacabilità dei presupposti dei provvedimenti amministrativi attraverso accertamenti esperiti da soggetti terzi e le connesse limitazioni al diritto di prova recano di per se problemi di contrasto con l'art. 24 Cost., come da tempo la dottrina ha sottolineato<sup>58</sup>. In secondo luogo perché, sempre in via generale, le preclusioni del riesame tecnico non collimano con il modello comunitario, incentrato su di un ampliamento dei poteri cognitivi e decisorio del giudice amministrativo, e le cui iterazioni e ricadute sui sistemi nazionali sono ben note (anche al di là delle materie di competenza della U.E.). Occorre ricordare che il dubbio di compatibilità della disciplina italiana sul processo amministrativo è stato sollevato dal TAR Lombardia, il quale aveva interrogato la Corte di giustizia sulla conformità con i principi comunitari della norma che esclude l'ammissibilità della consulenza tecnica nel giudizio di legittimità<sup>59</sup>. Il problema, in quanto prospettato in via subordinata, non ha avuto risposta, poiché la Corte di giustizia, avendo escluso che la disciplina comunitaria venuta in considerazione dinanzi al giudice nazionale conferisse ai singoli un diritto, non si è pronunciata (ritenendola assorbita) sulla compatibilità comunitaria della disci-

---

<sup>58</sup> V. ad es. G. VACIRCA, *Riflessioni sui concetti di legittimità e di merito nel processo amministrativo*, cit.

<sup>59</sup> TAR Lombardia, Sez. I, 1 aprile 1992, n. 29 (ord.), in *Giur. it.*, 1993, III, 657, con nota di M. CARANTA, *Nuove questioni su diritto comunitario e forme di tutela giurisdizionale*. Tra l'altro, la questione riguardava una controversia ambientale (ricorso contro la localizzazione di una discarica di rifiuti solidi urbani), e metteva in luce come la tutela (e quindi la effettività) di posizioni soggettive garantite dal diritto comunitario sia diversa a seconda se nel nostro ordinamento assumono la qualifica di diritto soggettivo, in ordine al quale il c.p.c. impone – ove sia necessaria una consulenza tecnica – di nominare quale consulente un soggetto terzo e, quindi non interessato, oppure di interessi legittimi, in ordine ai quali la consulenza proviene dalla stessa P.A.

plina probatoria<sup>60</sup>. Peraltro le argomentazioni svolte dall'Avvocato generale, secondo il quale l'effettiva tutela dei diritti che la norma comunitaria riconosce ai singoli implica necessariamente l'indipendenza dei periti designati dal giudice affinché l'istruttoria si svolga con la massima imparzialità ed obiettività, in quanto è impossibile "conciliare detti principi di effettività della tutela con la mancanza della garanzia di obiettività del perito che ha l'incarico [...] di assistere il giudice"<sup>61</sup>, lasciano chiaramente intravedere qual'è l'indirizzo comunitario (e a cui tra l'altro si riconduce l'art. 35, d.lgs. n. 80)<sup>62</sup>. In terzo luogo è ormai largamente acquisito che qualsiasi limite ordinamentale alla cognizione completa del fatto da parte del giudice amministrativo, si pone in contrasto con gli artt. 6 e 13 della Convenzione europea dei diritti dell'uomo e delle libertà fondamentali.

Su tutti questi dubbi di compatibilità costituzionale, comunitaria e con la Convenzione europea dei diritti dell'uomo, si sovrappone ora il dubbio – ancor più forte – di contrasto con il principio di ragionevolezza. L'art. 35, d.lgs. n. 80 costituisce un *tertium comparationis* esemplare: mentre in materia di edilizia, di paesaggio, di urbanistica, le determinazioni delle amministrazioni (e anche i comportamenti) sono sottoposti ad uno scrutinio del giudice amministrativo che può riesaminare *ab intus* – attraverso l'aiuto di un terzo imparziale – il fatto (anche tecnico), e che può addivenire ad una condanna per risarcimento da danno ingiusto, non così è per le determinazioni in materia ambientale. Il diniego di concessione edilizia o di autorizzazione paesaggistica o l'ordine di demolizione di un edificio costruito oltre i limiti, hanno una tutela del tutto diversa (e più intensa) di quella contro i dinieghi di autorizzazione alla immissione in acque dolci o di autorizzazione idrogeologica o le ordinanze che impongono l'abbattimento di emissioni sonore. Senza considerare due ulteriori differenze che concorrono a

---

<sup>60</sup> Corte Giust. 23 febbraio 1994, in causa n. C-236/92, in *Foro it.*, 1995, IV, 229, con nota di M. BARUFFI, *Sulla tutela dei "diritti soggettivi comunitari"*, e in *Riv. it. dir. pubbl. com.*, 1994, 981, con nota di R. CARANTA, *Intorno al problema dell'individuazione delle posizioni giuridiche soggettive del cittadino comunitario*.

<sup>61</sup> L'Avvocato generale ha altresì osservato che, qualora il perito provenga dall'amministrazione, parte in causa, «la tutela effettiva ne risulta compromessa, dal momento che, principalmente nelle questioni tecniche e nei confronti dell'amministrazione, il semplice privato non dispone assolutamente della competenza necessaria per opporsi agli argomenti dell'amministrazione. Il perito deve quindi rispecchiare l'indipendenza del giudice» (v. punti 47 ss. delle conclusioni).

<sup>62</sup> In materia tributaria, la Corte ha già rilevato il contrasto con il diritto comunitario di regole, relative all'onere della prova, che rendono eccessivamente oneroso l'esercizio dei diritti dei singoli: Corte Giust. 9 settembre 1983, in causa n. 199/82, in *Giust. civ.*, 1984, I, 3, con nota di R. SCARPA, *Illegittimità della norma nazionale che osti all'esercizio dei diritti attribuiti dall'ordinamento comunitario*.

degradare la tutela giurisdizionale in materia ambientale rispetto a quella in materia urbanistica: primo, il giudice amministrativo è competente anche per i comportamenti e non solo per i provvedimenti (come del resto è consustanziale alla giurisdizione esclusiva); secondo, il giudice ha la scelta tra il risarcimento in forma specifica, con conseguente condanna della P.A. all'emanazione dell'atto o provvedimento nei termini richiesti dal privato o in quelli comunque accertati in *minus* dal giudice ovvero il risarcimento per equivalente, quando il primo tipo di tutela risulti eccessivamente gravosa per l'amministrazione, il che consentirà al giudice amministrativo di commisurare la propria pronuncia alla situazione concreta, evitando di adottare provvedimenti giurisdizionali in effetti demolitori di gran lunga superiori alla rilevanza dell'interesse leso.

Tutto questo non ha alcuna ragionevolezza, e non è giustificato da una diversità di posizioni soggettive: in tutti i casi siamo di fronte a posizioni soggettive che si scontrano (in via oppositiva e in via pretensiva) con l'esercizio di poteri amministrativi (e d'altra parte il d.lgs. n. 80 anticipava, in *parte qua*, le proposte della commissione bicamerale, e precisamente quelle di cui all'art. 106, c. 2, art. 119, c. 1: costituiva cioè una prima anticipazione di una giurisdizione amministrativa per materie, piena, con poteri di condanna per responsabilità per fatto ingiusto).

Né è sostenibile che tale differenza di regime, che si traduce in un privilegio per le P.A., nasca dal regime speciale ambientale, di cui abbiamo rilevato le molteplici manifestazioni e comunque la matrice costituzionale.

Questa al contrario è la ragione per cui la tutela giurisdizionale, nella materia *de qua*, è volta in via privilegiata a difendere l'ambiente (v'è cioè un *favor* verso la tutela giurisdizionale *pro* ambiente), come si ricava dalla norma di legittimazione speciale di cui all'art. 13, l. n. 349. Non si deve cioè pensare ad una tutela imperniata a difesa delle imprese (anche se è giusto e anzi doveroso che queste abbiano gli stessi mezzi di tutela di cui dispongono in materie "affini"), ma di una tutela imperniata soprattutto a difesa dell'ambiente contro le imprese o comunque le attività inquinanti, laddove s'intende siano il prodotto di una attività amministrativa (o anche *non attività*) che calpesta i principi dell'equilibrio ambientale. Sicché le limitazioni al sindacato giurisdizionale si traducono in un ostacolo alle azioni dei "pubblici ministeri ambientali" che, in definitiva, concorrono a correggere carenze o omissioni o errori di provvedimenti che pregiudicano la difesa ambientale (questo vale anche se vengono proposti ricorsi contro misure "ambientaliste": caso Farmoplant *docet* ancora una volta). Se i ricorsi delle associazioni ambientaliste svolgono un ruolo ausiliario, quindi non sostitutivo delle amministrazioni preposte al settore, se hanno lo scopo di contribuire ad imporre alle amministrazioni una corretta politica ambientale agendo, o direttamente contro le misure ambientali di carattere generale non conformi a leggi, o contro i

provvedimenti applicativi di queste ove *ultra vires*, o contro inerzie delle amministrazioni, le stesse associazioni devono, di converso, disporre degli strumenti giurisdizionali adeguati, quali lo stesso ordinamento attribuisce in materie affini, per di più a tutela di posizioni soggettive individuali. Per cui proprio il regime speciale di *favor* verso la tutela dell'ambiente induce a ritenere irragionevole tale ordine di limitazioni.

Né si potrebbe sostenere che l'assenza della *facultas* di ammissione dei mezzi di prova ai sensi del c.p.c. trova in qualche maniera sostegno nell'art. 17, c. 2, l. 241, ai sensi del quale le valutazioni tecniche di amministrazioni preposte alla tutela ambientale e paesaggistico-territoriale e della salute dei cittadini non sono surrogabili da altri organi pubblici dotati di qualificazione e capacità tecnica equipollenti o da istituti universitari. Infatti tale divieto di surrogabilità riguarda anche la materia paesaggistica-territoriale, che per l'appunto è ricompresa nell'art. 35, d.lgs. n. 80, sicché non si tratta di materia ontologicamente incompatibile con il regime processuale dell'art. 35. Comunque un conto è la fungibilità di una valutazione tecnica, un altro è la sua revisione sotto il controllo del giudice e per ragioni di difesa giurisdizionale. Senza considerare che ciò non farebbe venir meno la disparità sotto gli altri profili caratterizzanti del d.lgs. n. 80 (giurisdizione esclusiva, risarcimento in forma specifica ecc.).

In altri termini, tanto palese è la irragionevolezza delle non inclusioni delle controversie ambientali sotto la egida del d.lgs. n. 80 (pur con tutte le lacune e i dubbi interpretativi rinvenibili in tale recentissima legislazione), che non è da escludere una interpretazione estensiva in senso adeguatrice che a sua volta faccia leva sulle più generali riserve di costituzionalità e di compatibilità comunitaria che abbiamo evocato. Del resto, la non risarcibilità degli interessi legittimi è una tesi contestatissima da gran tempo e in crisi sul piano del diritto positivo già prima del d.lgs. n. 80<sup>63</sup>; quanto poi all'attuale assetto dei poteri istruttori del giudice amministrativo di legittimità, che esso sia il frutto di una lettura ad opera del Consiglio di Stato eccessivamente restrittiva delle disposizioni in materia di mezzi di prova esperibili nel giudizio amministrativo è opinione prevalente nella letteratura (recente e meno recente). Sicché i confini del campo di applicazione del d.lgs. n. 80, in sé irragionevoli, a loro volta contribuiscono ad esaltare punti particolarmente critici del nostro sistema di giustizia amministrativa: che in qualche maniera potevano giustificarsi se erano un sistema, non più quando importanti e

---

<sup>63</sup> V. in proposito l'analitica elencazione di norme che in qualche maniera prevedono risarcimenti o indennità per lesioni di interessi legittimi (o perlomeno ritenuti tali secondo la ricostruzione tradizionale) di Corte Cost. 8 aprile 1998, n. 165 (ord.), in *Giust. civ.*, 1998, I, 1763, con nota di M.R. MORELLI, *Alla frontiera del "danno ingiusto" fermati ancora una volta gli interessi legittimi. Ma ...*

determinate materie vengono attratte sotto un sindacato giurisdizionale aderente all'art. 24 Cost.

Peraltro, in via interpretativa, non è certo proponibile la giurisdizione esclusiva e la reintegrazione in forma specifica: non potrà quindi che essere la Corte costituzionale a dirci se l'ambiente richiede o no una tutela giurisdizionale quanto meno analoga a quella dell'urbanistica, dell'edilizia, dei contratti e dei servizi pubblici.