

Schema di relazione

Ugo Salanitro

Regolamentazione degli interessi pubblici e ruolo del private enforcement:

analisi della disciplina della responsabilità ambientale

e spunti in materia di antitrust

Roma, 17 maggio 2007

Premessa

Il problema del ruolo del *private enforcement* nella tutela degli interessi pubblici può essere trattato su due piani tra loro differenti.

La contrapposizione dialettica tra i fautori di una regolamentazione pubblicistica, in cui gli interessi dei privati danneggiati vengono eventualmente tutelati attraverso la concessione di indennità dalla pubblica amministrazione, e i fautori della tutela giurisdizionale, ai quali i privati danneggiati si rivolgono attraverso regole di *class action*, si pone infatti sul piano dell'individuazione della tecnica procedurale più appropriata per la tutela degli interessi privati lesi.

Ma, sul piano sostanziale, occorre a monte chiedersi se è congruo riconoscere ai privati, i cui interessi siano stati lesi in occasione della violazione di una disciplina a tutela di interessi pubblici, la titolarità di posizioni soggettive meritevoli di tutela.

Con riferimento al tema dell'*antitrust* -di grande attualità sia per il *revirement* della Cassazione, sia per la pubblicazione del *green paper* della Commissione europea- va rilevato che l'introduzione di una disciplina regolativa del mercato non comporta di per sé la rilevanza giuridica dei danni subiti dai consumatori a causa dei comportamenti anticoncorrenziali: occorre verificare, nel silenzio del legislatore, se il modello di tutela degli interessi pubblici è coerente con la tutela diretta (in via giurisdizionale o amministrativa) degli interessi privati correlati.

Da questa prospettiva, non è sufficiente constatare che nell'ordinamento statunitense, in cui si è sviluppato originariamente il sistema dell'*antitrust*, è consentito ai privati attivare le istanze risarcitorie: occorre comprendere quale funzione assolve lo strumento risarcitorio in quel sistema e in che modo quel sistema sia stato trasposto nell'ordinamento italiano.

Se si riconosce che il risarcimento del danno in materia antitrust svolge nell'ordinamento statunitense una funzione non compensativa, ma di *deterrence* (ed in tal senso è sufficiente constatare che, in quel sistema, il risarcimento può essere chiesto, ed in misura triplicata, anche da soggetti imprenditoriali che hanno già trasferito il danno sui consumatori), appare congruo ipotizzare, *de iure condito*, che siffatta funzione sanzionatoria, negli ordinamenti continentali, sia stata affidata alle autorità amministrative e che non siano state ammesse ulteriori tutele: in tal senso depone anche la previsione di un limite massimo della misura della sanzione amministrativa che può infliggere l'Autorità garante (artt. 15, comma 2, e 19 l. 287/90), limite che si presuppone posto a tutela del sistema imprenditoriale e che appare incompatibile con ulteriori pretese risarcitorie da parte della massa dei consumatori (in questo quadro interpretativo le azioni di risarcimento del danno ai sensi dell'art. 33, comma 2, l. 287/90 andrebbero riservate, coerentemente con gli orientamenti tradizionali, alle imprese concorrenti). Tale interpretazione del sistema sarebbe del resto coerente con lo sforzo della Commissione europea di riconoscere ai consumatori, innovando l'ordinamento comunitario, le azioni di risarcimento del danno da comportamenti in violazione delle leggi antitrust con funzione

deterrente, muovendo dalla constatazione dell'inefficacia dell'azione delle autorità regolative del mercato.

Altri hanno il compito di soffermarsi sulla valutazione della congruità, *de iure condendo*, tra il modello di tutela del mercato concorrenziale e la tecnica del *private enforcement*: in questa sede si intende piuttosto mostrare come tale giudizio di congruità possa essere argomentato se riferito ad un altro ambito, la tutela dell'ambiente, in cui si pone il problema del *private enforcement* di interessi pubblici, e trarre qualche spunto con riferimento al tema generale.

La tutela dell'ambiente: i problemi

Le disciplina a tutela dell'ambiente si sono diffuse soprattutto a partire dagli anni sessanta negli ordinamenti dei paesi industrializzati secondo tecniche tipiche del diritto amministrativo: verifiche di impatto e autorizzazioni, standard e sanzioni.

A partire dagli anni settanta – ottanta, soprattutto in alcuni ordinamenti (USA, Italia, Germania), si è fatto ricorso a tecniche di tutela tipiche del diritto privato, ed in particolare alla responsabilità ambientale.

Con riferimento a tale tecnica di tutela si pongono almeno tre problemi:

- 1) Quale funzione va attribuita alla responsabilità ambientale, almeno nel nostro ordinamento: si pone il dubbio infatti che non sia una tecnica risarcitoria, ma piuttosto una tecnica restitutoria (M. Barcellona); e per chi ritiene che sia una tecnica risarcitoria si pone il dubbio che non abbia, o che non abbia solo, una funzione riparatoria, ma anche sanzionatoria (tra i tanti: Busnelli, Castronovo, Libertini)
- 2) Adottata la tecnica della responsabilità ambientale, quale ruolo è congruo attribuire alla pubblica amministrazione, la quale già si avvale di sanzioni amministrative (sovente con copertura penale), e quale ruolo è congruo attribuire ai privati
- 3) Al di là del profilo risarcitorio, quale ruolo possono svolgere i privati per l'enforcement delle discipline di tutela dell'ambiente (a cavallo tra le due questioni poste da ultimo vi è l'esigenza di comprendere la funzione del riconoscimento del risarcimento del danno alle associazioni ambientaliste, affermato da consolidata giurisprudenza di legittimità italiana e francese)

Prima di affrontare i suddetti problemi occorre però chiarire cosa si intende quando ci si riferisce alla formula “danno ambientale”.

La nozione di danno ambientale

Il termine **danno ambientale**, infatti, è ambiguo ed è stato utilizzato in maniera ambivalente dalla nostra dottrina (cfr. Monateri).

Per danno ambientale può intendersi:

- il **danno derivante dall'ambiente**, che riguarda le ipotesi in cui un diritto alla salute o un diritto reale o altra posizione giuridica è lesa da un illecito, ogni qualvolta sul piano causale tale illecito ha comportato una modifica dell'ambiente dalla quale è derivato il danno al singolo privato.
 - Ad esempio, il danno alla salute derivante dall'inquinamento provocato da un'industria: rispetto a questo tipo di danno i problemi più importanti attengono alla dimostrazione del nesso causale e della colpa (ed è su questi profili che interviene la disciplina tedesca del *Umwelthaftungsgesetz* del 1991)
 - Il danno a posizioni soggettive diverse dal diritto alla salute, e di difficile catalogazione (e distinzione dal danno all'ambiente):
 - Il pregiudizio subito da un soggetto che, sottoposto ad agenti cancerogeni, è costretto a continui e stressanti accertamenti medici (Cass., s.u., 21.2.2002, n. 2125)
 - Il pregiudizio subito da un soggetto costretto a subire continue turbative dalla realizzazione, in violazione di legge, di un impianto inquinante in area molto vicina al proprio domicilio (qualificato come lesione del diritto al domicilio dalla Corte Europea per i Diritti dell'Uomo, 26 marzo 2007)
- il **danno causato all'ambiente**, che comprende:
 - il deterioramento di una risorsa naturale
 - acqua, aria, suolo, ecosistemi, paesaggio
 - il deterioramento di un'utilità assicurata da una risorsa naturale
 - balneazione, fruizione della natura, pesca, caccia, etc.

Quindi il danno all'ambiente comprende:

- il danno intrinseco: cioè il danno alle risorse naturali in senso stretto
- il danno estrinseco: cioè il danno alle utilità economiche o non economiche assicurate dalle risorse naturali

N.B. Il danno estrinseco all'ambiente non coincide con il danno dall'ambiente alle situazioni giuridiche tutelate: se l'inquinamento corrode un immobile facendone diminuire il valore è danno dall'ambiente alla proprietà; se l'inquinamento distrugge la spiaggia e ciò comporta una riduzione del valore dell'immobile prospiciente si ha danno estrinseco all'ambiente (ma diversamente vedi ora Cass., 6 marzo 2007; Tar Lombardia, 11 agosto 2007).

Il danno **dall'ambiente**, per definizione, è risarcibile ai privati titolari di situazioni soggettive.

Sino agli settanta il danno **all'ambiente**, in tutti gli ordinamenti:

- non era riconosciuto il danno intrinseco (l'ambiente è una *res nullius*)
- era dubbio e in genere negato il riconoscimento del danno estrinseco in capo ai privati (ad es. pescatori, albergatori, comunità locali), ai quali si riconosceva talvolta un'indennità (in caso di grave calamità per ragioni dunque di ordine sociale)

La funzione della responsabilità ambientale

La tesi della **natura restitutoria** della responsabilità ambientale è fondata su tre diversi argomenti:

- in primo luogo, la constatazione che i conflitti ambientali più importanti sono conflitti attributivi, cioè di uso della risorsa ambientale (anche l'inquinamento è un uso della risorsa)
- in secondo luogo, il dato testuale in sede di quantificazione del danno ambientale (art. 18 l. 349/86), che fa riferimento all'arricchimento dell'autore dell'illecito, cioè ad un criterio tipico delle tecniche restitutorie
- in terzo luogo, il riferimento testuale quale tecnica di responsabilità ambientale, al concetto di ripristino, che richiama la regola, considerata di tipo restitutorio, dell'art. 1079 c.c. (o dell'art. 879)

Certamente l'ordinamento si preoccupa di reagire allo sfruttamento o alla semplice invasione, in modo illecito, della sfera dell'ambiente che la collettività ha inteso tutelare: e tale reazione avviene attraverso sanzioni amministrative e penali.

Ma la responsabilità ambientale non svolge né la funzione di eliminare la turbativa alla collettività derivante dall'attività illecita, né la funzione di trasferire alla collettività la ricchezza, o parte della ricchezza, prodotta da chi si è appropriato illecitamente del bene ambientale.

La responsabilità ambientale infatti non ha la funzione di ripristinare la sfera giuridica violata dall'illecito ambientale.

Chi esercita un'attività in violazione di standard di emissione o di immissione non è soggetto alla disciplina della responsabilità ambientale sino a che non pregiudica l'ambiente: perciò l'inquinamento dell'aria, secondo la direttiva comunitaria sul danno ambientale, non è causa di responsabilità in quanto, in linea generale, cessa poco dopo la sospensione dell'attività inquinante.

I dati testuali non sono di grande rilievo:

il criterio dell'arricchimento (ora eliminato) viene preso in considerazione nell'ambito di un giudizio di equità sul danno non altrimenti quantificabile (perciò: se il danno è da uno a dieci e l'arricchimento è cento, devo risarcire dieci)

il ripristino ambientale non è volto ad ottenere l'eliminazione dello scarico inquinante, ma ad eliminare in forma specifica gli effetti dannosi dell'inquinamento

p.s.

Sul tema del ripristino vi sono profili di ambiguità per due ragioni:

in taluni casi per eliminare gli effetti dannosi sull'ambiente occorre necessariamente eliminare la fonte del danno, in quanto strettamente connessi (se distruggo un bosco, costruendo abusivamente, per ripristinare il bosco devo eliminare la costruzione abusiva)

si ritiene che vi sia una connessione tra violazione del diritto (e tutela restitutoria) e tutela inibitoria e va tenuto presente che, nella recente direttiva comunitaria, accanto alla disciplina di responsabilità ambientale sussiste anche una tutela inibitoria (che consentirebbe dunque di eliminare lo scarico dannoso): ma siffatta tutela inibitoria, a differenza di quella ad es. della disciplina delle immissioni, non è attivabile in seguito alla violazione del diritto, bensì è attivabile solo quando vi è un pericolo di danno.

Esclusa la rilevanza della responsabilità ambientale, si pone il problema se l'interprete può trarre dal sistema una tutela restitutoria.

Per il passato la risposta sembra negativa: il bene ambiente non ha un prezzo di mercato.

Per il presente, almeno in certi settori, potrebbe essere positiva: ad es., una volta che si individuano dei diritti ad inquinare e si crea un mercato di tali diritti sorgono le condizioni giuridiche per riconoscere una tutela restitutoria.

Ricondotta la disciplina della responsabilità ambientale ad una funzione risarcitoria, resta il problema **se abbia una natura riparatoria o anche sanzionatoria.**

La natura sanzionatoria o punitiva della responsabilità ambientale, affermata dalla Corte costituzionale, dalla Cassazione e dalla dottrina maggioritaria, è generalmente sostenuta sulla base dei seguenti argomenti:

- non vi è un danno all'ambiente, inteso come diminuzione del patrimonio, al limite tale danno sarebbe confinato a quello oggetto di ripristino, ma il danno ulteriore è un danno non patrimoniale (Castronovo)
- il danno lo subisce la collettività, mentre il risarcimento è riconosciuto allo Stato
- i criteri di quantificazione del danno sono di tipo punitivo (arricchimento, colpa)
- è esclusa la responsabilità oggettiva e la solidarietà

Affermata la natura punitiva del risarcimento del danno, se ne deduce il diritto dei privati o quantomeno delle associazioni ambientaliste al risarcimento del danno estrinseco (Libertini).

Si tratta di tesi affermate sotto l'art. 18 l. 349/86, ora abrogato.

A mio avviso, si basano su interpretazioni non condivisibili dell'art. 18, frutto del clima culturale dell'epoca.

In ogni caso sono stati ora abrogati i dati normativi che fondavano l'esclusione delle regole di solidarietà e di responsabilità oggettiva e i criteri di quantificazione del danno.

La natura riparatoria della responsabilità ambientale si può fondare su un ragionamento di questo tipo:

- la disciplina istitutiva del Ministero dell'ambiente impone allo Stato il dovere di conservare e ripristinare le risorse ambientali e le utilità connesse
- i costi che lo Stato è tenuto a sopportare per ripristinare le risorse e le utilità connesse è razionale che siano trasferiti sugli autori dell'illecito
- il ripristino è idoneo ad eliminare il danno intrinseco, per eliminare il danno estrinseco occorre un ulteriore risarcimento del danno per equivalente
- lo Stato è obbligato ad utilizzare le somme ottenute a titolo di risarcimento per iniziative di miglioramento ambientale, bonifiche etc.

Il danno all'ambiente, una volta che lo Stato ha il dovere di intervenire, diventa un danno patrimoniale; legittimato ad agire non può che essere lo Stato.

Quindi il danno ulteriore rispetto al ripristino non è un danno punitivo, ma è il danno ambientale estrinseco: si dimostra così la natura riparatoria.

Questa soluzione, dubbia sotto l'art. 18, appare sicura con riferimento alla disciplina dettata dalla direttiva comunitaria del 2004 e recepita dagli art. 300 ss. del d.lgs. 152/06.

Infatti nella definizione di danno ambientale si fa riferimento :

- sia alle risorse naturali (danno intrinseco)
- sia alle utilità ambientali (danno estrinseco) e inoltre alle perdite temporanee concernenti tali utilità

L'enforcement delle discipline ambientali tra pubblico e privato

Nella disciplina attuativa della direttiva comunitaria (art. 302 ss., d.lgs. n. 152/06) non vi è dunque spazio per il risarcimento del danno ambientale estrinseco a favore dei privati (a meno di non volere duplicare lo stesso danno, **o almeno una parte di esso**, con funzione punitiva)

Accanto alla disciplina del danno ambientale attuativa della direttiva comunitaria, riferita i danni derivanti da attività economiche pericolose per l'ambiente e per la salute, vi è **un'altra disciplina (art. 311 ss., d. lgs. 152/06), derivante dall'art. 18**, di portata generale, riferita a chiunque procuri un danno ambientale.

Sulla base del dato testuale anche in questa seconda disciplina è riconosciuto allo Stato il diritto di chiedere il ripristino dello stato dei luoghi, o in mancanza di ripristino, il risarcimento del danno per equivalente monetario.

Il dato testuale si riferisce dunque al solo danno intrinseco

Rispetto al risarcimento del danno estrinseco sono possibile tre opzioni:

- va risarcito allo Stato, coerentemente con la disciplina comunitaria (vi sarebbe dunque una svista di chi ha compilato questa parte del decreto legislativo, il quale non si è reso conto della sussistenza di un danno ambientale oltre il ripristino o forse pensava, sulla scorta delle tesi del tempo, che tale danno avesse funzione sanzionatoria e andasse eliminato)
- va risarcito ai privati (ma tale soluzione non sembra trovi supporto neanche alla luce della disposizione dell'art. 313, 7 comma, a norma del quale: “resta in ogni caso fermo il diritto dei soggetti danneggiati dal fatto produttivo di danno ambientale, nella loro salute o nei beni di loro proprietà, di agire in giudizio nei confronti del responsabile a tutela dei diritti o degli interessi lesi”)
- non va risarcito quando il responsabile tempestivamente ripristina l'ambiente, mentre va risarcito allo Stato, in caso di mancato ripristino nell'ambito del danno per equivalente (il quale infatti “deve comprendere il pregiudizio arrecato

alla situazione ambientale, con particolare riferimento al costo per il suo ripristino”)

La soluzione che riconosce il risarcimento del danno allo Stato non è l'unica possibile: non lo è certamente per il danno estrinseco, ma non lo è neanche per il danno intrinseco.

In Germania, ad es., si è riconosciuto per legge ai privati proprietari che hanno ripristinato l'ambiente naturale danneggiato nei loro fondi il diritto di chiedere il rimborso delle spese effettivamente sostenute: in tal modo si rende patrimoniale un valore non patrimoniale della proprietà solo se il proprietario ha un interesse soggettivo a sostenerne i costi. Qui si tutela il danno intrinseco all'ambiente, riconoscendolo ai privati (ma ovviamente anche allo Stato e alle p.a. nella misura in cui il danno investe il patrimonio pubblico)

Quale opzione è preferibile anche *de iure condendo*?

Con riferimento al danno intrinseco

- conviene che si riconosca il risarcimento al soggetto che ha il dovere di ripristinare l'ambiente (ad es. lo Stato) piuttosto che al privato (proprietario) che potrebbe non avere interesse al ripristino (o avere l'interesse opposto)
- ideale potrebbe essere un sistema misto, come quello previsto in materia di bonifica dei siti contaminati, in cui il privato (ad es. il proprietario) che ripristina il bene ha diritto al risarcimento del danno (così come in Germania), e se il privato non interviene agisce lo Stato, anche contro la volontà del proprietario

Con riferimento al danno estrinseco

- conviene che si riconosca al soggetto (ad es. lo Stato) che ha il dovere di destinare il risarcimento al miglioramento delle risorse ambientali e quindi a vantaggio di tutta la collettività
- se si riconoscesse ai privati danneggiati in un interesse meramente patrimoniale:
 - questi avrebbero assicurato un vantaggio che non era garantito dall'ordinamento (si pensi ai pescatori) e tali somme di denaro sottratte all'autore dell'illecito non verrebbero destinate per definizione a vantaggio di tutta la collettività
 - vi sarebbe il rischio che il titolare del risarcimento del danno intrinseco subisca il concorso di soggetti diversi sul patrimonio dell'autore dell'illecito che potrebbe essere incapiente e che quindi per risarcire il danno estrinseco non si risarcisca parte del danno intrinseco (che è quello che va risarcito sempre perché è primario rispetto alle utilità ambientali)

Una riflessione: l'assunto da cui si muove è che la regola dell'ingiustizia del danno è volta anche, ma direi soprattutto, a tutelare il danneggiato principale dal concorso di una moltitudine di altri danneggiati attraverso una tecnica di limitazione dell'accesso alla giustizia.

Generalmente si ritiene che la regola dell'ingiustizia del danno impone di valutare l'interesse del danneggiato a fronte di quello del danneggiante: impostazione che ha consentito di ampliare in forma esponenziale l'accesso alla giustizia. Se ci si muove in questa prospettiva, l'esigenza di tutelare il danneggiato principale potrebbe essere perseguita mediante tecniche di prelazione (ma si tratta di un punto di vista ignoto al sistema della responsabilità civile e che impone una riscrittura del dato normativo).

Sempre con riferimento al danno estrinseco, l'alternativa pubblico – privato potrebbe riflettersi sulla attendibilità della quantificazione del danno: ma va considerato che nessuna delle soluzioni adottabili appare, da questo punto di vista, del tutto soddisfacente.

Se si riserva l'azione allo Stato: potrebbe sorgere un problema di difficoltà di quantificazione (soprastima o sottostima del danno)

Se si riserva l'azione ai privati:

il danno potrebbe essere molto diffuso e non tutti i privati agirebbero
sarebbe più difficile dimostrare il nesso di causalità rispetto ai singoli danni

L'alternativa pubblico – privati potrebbe riflettersi anche sulle tecniche di accertamento della fatto illecito e della colpa, in quanto le eventuali previsioni normative che consentono il superamento degli ambiti di riservatezza imprenditoriale (*disclosure*) è più facile che possano essere previste a favore di pubblici ufficiali piuttosto che a favore di rappresentanti di attori privati.

Quale ruolo per il private enforcement?

Sinora ci si è mossi da una prospettiva di alternativa pubblico – privato, in cui il ricorso al *private enforcement*, al privato per la tutela di funzioni pubbliche, non stravolge la tecnica dell'istituto risarcitorio ma è solo strumentale: il privato ha un interesse egoistico ad adottare strumenti indirettamente utili al conseguimento di interessi pubblici.

Non è l'unica prospettiva possibile.

In primo luogo si potrebbe invece riconoscere il risarcimento del danno estrinseco sia allo Stato, sia ai privati **con funzione punitiva**

Tale soluzione però

-non elimina il rischio di concorso al risarcimento del danno intrinseco a meno che non si introduca una tecnica di prelazione

- non si giustifica al di fuori del caso in cui il danno è stato provocato da un illecito doloso (ma in quel caso sarebbe forse preferibile rafforzare il sistema sanzionatorio penale o amministrativo: ma cfr. il modello USA)

-comunque non appare desumibile in via sistematica

In secondo luogo è possibile adottare un'altra prospettiva: quella per cui i privati agiscono, anche attraverso *class action* o enti rappresentativi, per promuovere direttamente l'interesse pubblico:

- il giudice su richiesta dei privati ordina il ripristino
- e/o il risarcimento non va ai privati che agiscono ma ad un fondo destinato al ripristino e al miglioramento ambientale.

Riservare ai privati tale azione rischia però di produrre distorsioni forse superiori a quelle che si intendono evitare.

Più congruo, e in linea con la nostra tradizione, potrebbe essere configurare una serie di poteri giudiziali di supporto alla p.a. a determinati privati (associazioni ambientaliste e privati potenzialmente danneggiati):

- l'azione popolare sostitutiva, già prevista dal t.u degli enti locali, e ora inopinatamente abrogata dal d.lgs. 152/06, che potrebbe essere reintrodotta con portata generale anche nei confronti dello Stato e delle regioni, e che potrebbe avere rilevanza anche ai fini inibitori e preventivi
- il diritto di ricorrere di fronte al giudice amministrativo e di intervenire nel giudizio (previsti dall'art. 18 comma 5, non abrogato in extremis)

E' in questo quadro che va valutata la giurisprudenza italiana e francese che riconosce il risarcimento del danno ambientale alle associazioni ambientaliste.

E' dubbio che le associazioni vengano risarcite per il danno intrinseco o per il danno estrinseco all'ambiente.

Piuttosto si può avanzare l'ipotesi che, attraverso il risarcimento del danno, vengono di fatto rimborsati i costi presumibili sostenuti per la tutela dell'ambiente: si tratta, dunque, di una regola giurisprudenziale di sostegno all'attività delle associazioni ambientaliste, di incentivazione alla partecipazione di questi soggetti nei processi, soprattutto in quelli penali, in cui l'assenza di parti civili in senso tecnico fa venire meno una importante funzione di supporto e di stimolo per la pubblica accusa.