

La localizzazione di opere pubbliche nocive tra responsabilità da atto lecito e principio di compensazione.

di **Elisa Scotti**

pubblicato il 14/11/2013

1. Premessa. - 2. Realizzazione di opere pubbliche e diritto alla salute. Tra illecità e indegradabilità dei diritti fondamentali. - 3. Verso il superamento della teoria del diritto indegradabile. La giurisdizione esclusiva del giudice amministrativo. - 4. L'opera pubblica nociva e il bilanciamento dei diritti fondamentali. L'apertura della prospettiva della responsabilità da atto lecito. - 5. Responsabilità da atto lecito e lesione del nucleo essenziale dei diritti fondamentali. Il *quantum* della riparazione. - 6. L'opera pubblica nociva oltre il contenuto essenziale del diritto: dalla responsabilità al principio compensativo.

1. Premessa.

Evidenti, e talora inevitabili, appaiono le sperequazioni che l'azione amministrativa reca con sé; frequenti sono i casi in cui il perseguimento dell'interesse generale genera vantaggi diffusi e nel contempo impone oneri in capo a singoli o gruppi o collettività determinate¹.

Le localizzazioni di opere pubbliche pericolose, nocive o comunque degradanti ne offrono un esempio particolarmente significativo. Vengono qui in rilievo degni ambientali, danni alla salute, esposizione a rischi, perdita di valore di beni e di attività economiche.

Sono, queste, disuguaglianze da correggere?

Esiste un principio che consenta, sul piano giuridico, di configurare un simile dovere?

L'interrogativo interseca i percorsi di trasformazione della legalità e del rapporto tra amministrazione e cittadino².

Una risposta positiva, che conduca a rappresentare un dovere di riparare i danni conseguenti all'esercizio legittimo della funzione pubblica colmando le relative

¹ Per l'evidenziazione del problema, con specifico riguardo all'urbanistica, si v. P. STELLA RICHTER, *Natura ed efficacia dei piani regolatori*, in *Giust. Civ.*, 1964, I, 1971; in relazione ai poteri emergenziali, R. CAVALLO PERIN, *Il diritto amministrativo dell'emergenza per fattori esterni all'amministrazione pubblica*, in *Dir. amm.*, 2005, 777 ss.; per un inquadramento più in generale, ALB. ROMANO, *Giurisdizione amministrativa e limiti della giurisdizione ordinaria*, Milano, 1975, 282 ss.; S. CASSESE, *Teoria e pratica dell'eguaglianza*, in *Giorn. dir. amm.*, 2000, 1156 ss.

² B. SORDI, *Il principio di legalità nel diritto amministrativo che cambia. La prospettiva storica*, in *Dir.amm.*, 2008, 1.

disuguaglianze, sembrerebbe coerente con l'attuale connotazione della legalità dell'amministrazione: e, cioè, con l'abbandono della logica, di matrice ottocentesca, fondata sulla relazione autorità-libertà e con l'assunzione da parte dello Stato del compito di garantire i diritti inviolabili dell'uomo e l'adempimento dei doveri inderogabili di solidarietà politica, economica e sociale in funzione dell'uguaglianza sostanziale degli individui³.

Ciononostante sembrano tutt'ora prevalenti le opposte tesi che, sin dagli inizi del novecento, hanno accordato la prevalenza dell'interesse pubblico sugli interessi individuali contrapposti, senza considerare la necessità di bilanciare le esternalità negative dell'azione pubblica. La produzione di disuguaglianze è sembrata così inerire, quale suo eventuale ma inevitabile portato, all'azione amministrativa e l'impianto tradizionale del diritto amministrativo ha offerto, a tale esito, un fondamento teorico e sistematico⁴.

Alla base di tale orientamento v'è innanzitutto l'idea della degradazione dei diritti di fronte al potere legittimamente esercitato, che non lascia spazi per ipotizzare forme di ristoro. A tale idea si è poi accompagnata una non compiuta lettura del principio di uguaglianza. Principalmente colto e studiato con riguardo all'amministrazione di prestazione, ai servizi pubblici, allo Stato sociale e all'interesse pretensivo, il principio di uguaglianza, per ciò che riguarda l'azione amministrativa non di prestazione, si è tradotto essenzialmente nell'imparzialità, nella ragionevolezza e nella proporzionalità⁵. Sicché, pur secondo la più lata accezione di tali canoni, il principio non ha sino ad oggi consentito di evidenziare, salvo casi macroscopici, un vizio dell'azione amministrativa "diseguale". La teoria della legittimità del provvedimento, nel suo impianto tradizionale ad oggi immutato, è restata per tale via per lo più indifferente ai pregiudizi e alle iniquità derivanti dalla realizzazione di fini pubblici, arrestando le garanzie degli interessi recessivi alla partecipazione procedimentale e alla correttezza della loro ponderazione con le opposte e prevalenti istanze⁶.

Sembra tuttavia evidente che tale costruzione, specie quando tocca diritti della persona, finisce per legittimare, in importanti aree dell'azione amministrativa, il persistere di una concezione autoritativa dell'interesse pubblico e del potere: le vicende dell'attuazione forzosa di scelte implicanti disuguaglianze inaccettabili lo dimostrano, così come la frequente semplificazione, a monte, dei procedimenti decisionali, chiusi all'ascolto e alla mediazione con i portatori degli interessi in conflitto, ad evitare il blocco di decisioni

³ Per tale parabola, per tutti, ALB. ROMANO, *Il cittadino e la pubblica amministrazione*, in *Il diritto amministrativo degli anni '80, Atti del XXX Convegno di studi di scienza dell'amministrazione*, Milano, 1987, 155.

⁴ Al riguardo, si v., ancora, P. STELLA RICHTER, *Natura ed efficacia dei piani regolatori*, cit.

⁵ R. CAVALLO PERIN, *I principi come disciplina giuridica del pubblico servizio tra ordinamento interno e ordinamento europeo*, in *Dir. amm.*, 2000, 41; A. MASSERA, *Uguaglianza e giustizia nel Welfare State*, in *Dir. amm.*, 2009, 1; H. CAROLI CASAVOLA, *Giustizia ed eguaglianza nella distribuzione dei benefici pubblici*, Milano, 2004.

⁶ G. CORSO, *Il principio di legalità*, in *Codice dell'azione amministrativa*, (a cura di M. A. SANDULLI), Milano, 2011, 4.

cariche di iniquità a carico di un singolo o di una minoranza sventurata⁷.

Emerge tuttavia oggi, alle volte attraverso accesi conflitti sociali e istituzionali, il disagio per una concezione che dall'interesse pubblico ha tradizionalmente derivato non solo la soccombenza degli interessi individuali ma anche la mancata riparazione dei pregiudizi imposti al singolo e, in generale, agli interessi contrapposti, talora diffusi. E che ha giustificato tale soccombenza richiamandosi all'attuazione dei doveri solidaristici imposti dall'art. 2 Cost⁸. Di qui l'esigenza di ripensare l'intera azione amministrativa, anche quella non di prestazione, in una prospettiva di più radicale uguaglianza nel senso di più piena ed effettiva tutela ed attuazione dei diritti della persona. Nel contempo, proprio rispetto ai diritti, si accresce la percezione dell'inadeguatezza del corrente approccio alla legalità.

Plurime sono le convergenze che spingono verso una legalità inclusiva di un generale principio di riparazione dei danni causati ai diritti di singoli e minoranze per il bene comune: innanzitutto l'accresciuta sensibilità, non solo giuridica, verso l'uguaglianza⁹; il rafforzamento, nell'attuale sistema multilivello (*in primis* europeo), della tutela delle posizioni del cittadino (siano esse configurate come diritti o interessi legittimi¹⁰) nei confronti del potere pubblico, anche legislativo, e l'emergere di "livelli essenziali delle prestazioni relative ai diritti civili e sociali" (art. 117, co.2, lett. m)¹¹; l'affermarsi di

⁷ Rappresentati soprattutto attraverso l'analisi economica che evoca *trappole e tragedie di anticomuni*; sul punto v. le osservazioni di A. MACCHIATI, G. NAPOLITANO, *Introduzione in E' possibile realizzare le infrastrutture in Italia?*, a cura di A. Macchiati, G. Napolitano, Bologna, 2009, 7 ss. che si riportano allo studio di M. HELLER, *The Tragedy of the Anticommons: Property in Transition from Marx to Markets*, in *Harvard Law Review*, 1998, 621 ss.; sul punto v. inoltre F. SCHARPF, *The Joint Decision Trap: Lessons from German Federalism and European Integration in Public Administration*, 1998, 239 ss. e, in una prospettiva filosofico-giuridica, con specifico riguardo al dissenso rispetto a scelte incidenti su diritti, J. WALDRON, *Law and disagreement*. Oxford: Clarendon Press, 1998.

⁸ Si evocano qui v. le note pronunce della corte costituzionale. che, richiamandosi ai doveri di solidarietà, hanno finito per legittimare sottocompensioni di danni gravi alla salute dovuti a vaccinazioni obbligatorie, su cui si v. da ultimo C. Cost.. 107/2012. Per un esame degli orientamenti della Corte sia consentito rinviare a E. SCOTTI, *Liceità, legittimità e responsabilità dell'amministrazione*, Napoli, 2012.

⁹ Per averne un saggio si pensi alla larga diffusione del contributo di JOHN RAWLS (e in particolare del suo volume *A Theory of Justice*, Cambridge, Belknap, 1971, trad. it. a cura di S. MAFETTONE, *Una teoria della giustizia*, Milano, 2009) e di AMARTYA K. SEN, premio Nobel per l'economia nel 1998 (A.K. SEN, *Choise, Welfare and Measurement*, Oxford, 1982 (*Scelta, benessere, equità*, a cura di S. ZAMAGNI, Bologna, 1986).

¹⁰ Al riguardo si v. il monito di A. ROMANO TASSONE, *Situazioni giuridiche soggettive*, in *Enc. dir.*, 1998, *ad vocem* che avverte doversi respingere la «*stessa tendenziale riconduzione in unam delle situazioni giuridiche soggettive del cittadino*» e della connessa «*compressione della dimensione giuridica del soggetto, le cui molteplici e multiformi esigenze di protezione*» non possono esser compendiate in una formula «*che ne appiattisce la diversità*».

¹¹ Si assiste in proposito al convergere di processi di maturazione culturale (per i quali si v., nel diritto amministrativo, secondo diverse prospettive A. ROMANO TASSONE, *Situazioni giuridiche soggettive*, cit.; L. FERRARA, *Situazioni soggettive nei confronti della pubblica amministrazione*, in *Diz. dir. pubbl.* diretto da S. CASSESE, Milano, 2006, *ad vocem*), catalizzati, nei loro risvolti applicativi, da impulsi sovranazionali, come dimostrato dalla matrice comunitaria della regola di risarcibilità delle posizioni pretensive e come mostrato dall'attuale ruolo svolto dalle Corti di Lussemburgo e di Strasburgo nella difesa dei diritti di fronte alle ingerenze pubbliche lecite (o che tali appaiano secondo il diritto nazionale). Sul punto, in una prospettiva di realismo del rapporto tra le Corti, S. CASSESE, *La giustizia costituzionale in Italia: lo Stato presente*, in *Riv. trim. dir. pubbl.*, 2012, 603.

nuovi interessi coesenziali alla persona, quali quelli ambientali e paesaggistici, ordinati, come tali, intorno ai principi dello sviluppo sostenibile, sintesi di uguaglianza e di solidarietà¹².

Più in generale, l'evoluzione ora descritta sembra costituire il portato dell'affermarsi di una nuova visione non autoritativa dell'amministrazione, tenuta all'osservanza di principi fondamentali di *civiltà giuridica*, quali la correttezza, la buona fede, il non abuso, la proporzione degli equilibri, il rispetto degli affidamenti¹³. I quali esprimono un'amministrazione paritetica pur se unilaterale, che può incidere sulla sfera giuridica altrui prescindendo dal consenso, ma senza sconvolgere tale sfera e, cioè, ripristinando gli equilibri turbati.

E' dunque una più matura concezione dello Stato di diritto¹⁴ che sostiene tale evoluzione, la quale trova conforto anche nei percorsi dell'analisi economica. Se i percorsi più moderni della scienza economica pongono più direttamente l'accento sul problema dell'equità e dei diritti umani¹⁵, già secondo l'impostazione classica emerge il problema della responsabilità da atto lecito. Posto che una data azione dovrebbe essere in grado di giustificare tutto il rischio generato, e cioè il suo costo, è evidente che ove non si tengano in considerazione tutti i danni ma si escludano quelli che formalmente possano dirsi leciti, si finisce per sottostimare il costo dell'azione amministrativa, soprattutto nella sua dimensione sociale. E per perdere uno strumento di analisi e di efficienza delle scelte pubbliche.

Sono dunque molteplici le ragioni che oggi inducono a rivisitare la questione della responsabilità da atto lecito e ad ipotizzare, secondo un percorso che si tenterà qui di verificare con specifico riguardo alle opere pubbliche, che il risarcimento dei diritti pur legittimamente sacrificati nell'interesse generale e, più ampiamente, la compensazione dei danni e delle disuguaglianze derivanti dall'azione amministrativa diventino oggi oggetto di un preciso dovere giuridico e di un nuovo parametro della legalità dell'amministrazione.

¹² Si pensi alla concezione europea del paesaggio espressa nella Convenzione del 20 settembre del 2000, che riconosce che «il paesaggio è in ogni luogo un elemento importante della qualità della vita delle popolazioni: nelle aree urbane e nelle campagne, nei territori degradati, come in quelli di grande qualità, nelle zone considerate eccezionali, come in quelle della vita quotidiana». Sulla solidarietà come principio ordinante in materia ambientale v. F. FRACCHIA, *Lo sviluppo sostenibile. La voce flebile dell'altro tra protezione dell'ambiente e tutela della specie umana*, Napoli, 2010.

¹³ ALB. ROMANO, *Conclusioni. Autoritarità, consenso e ordinamento generale*, in *L'atto autoritativo. Convergenze e divergenze tra ordinamenti. Atti del convegno annuale dell'AIPDA, Bari, 30 settembre-1 ottobre 2011*, Milano, 2012; con specifico riguardo alla buona fede e all'affidamento, F. MERUSI, *Buona fede e affidamento nel diritto pubblico, dagli anni trenta all'alternanza*, Milano, Giuffrè, 2001; ma già v. ID., *L'affidamento del cittadino*, Milano, Giuffrè, 1970.

¹⁴ Chiaramente la questione dei danni cagionati dall'amministrazione in modo non antiggiuridico costituisce un'ulteriore frontiera della rilevanza e della tutela degli interessi, altrimenti di mero fatto, rispetto all'esercizio del potere pubblico. In questo senso costituisce una frontiera ulteriore dello Stato di diritto, su cui, P. COSTA, D. ZOLO (a cura di), *Lo Stato di diritto. Storia, teoria, critica*, Milano, 2006 (III ed.; I ed. 2002).

¹⁵ Per tutti v. A.K. SEN, *op. cit.*

2. Realizzazione di opere pubbliche e diritto alla salute. Tra illiceità e indegradabilità dei diritti fondamentali.

Come si è detto la localizzazione di opere pubbliche nocive rientra tra i casi in cui si manifesta con più evidenza il disagio per la compressione di diritti ed interessi individuali nell'ambito del perseguimento di fini pubblici e in cui affiora il problema della responsabilità da atto lecito.

Emerge qui il conflitto tra diritto individuale alla salute, diritto della collettività locale alla salubrità dell'ambiente e al non degrado, alla conservazione del valore degli immobili e delle attività economiche, e contrapposti interessi pubblici inerenti talora alla salute, talora all'ambiente, talora allo sviluppo delle comunicazioni, dei trasporti e delle reti in generale o, più ampiamente, allo sviluppo industriale ed economico del Paese.

Si pensi alle discariche di rifiuti, alle centrali energetiche, alle reti di trasporto, agli impianti industriali rischiosi. Si manifesta qui la contrapposizione, nell'ambito di interessi tutti costituzionalmente rilevanti, tra individuo (o comunità locale) e più ampia collettività destinataria delle utilità dell'opera. E si determinano, sempre più di frequente, accessi conflitti sociali e istituzionali¹⁶.

L'iniziale risposta a tali questioni ha portato in prima linea il problema dei danni alla salute derivanti da tali opere. Sono note le vicende che hanno visto a lungo i giudici ordinari assicurare il primato del diritto alla salute ritenuto, quale interesse fondamentale protetto dalla Costituzione, non bilanciabile con i contrapposti interessi pubblici¹⁷.

¹⁶ Su cui, A. ALGOSTINO, *Democrazia, rappresentanza, partecipazione. Il caso del movimento no TAV*, Napoli, 2011; G. PIZZANELLI, *La partecipazione dei privati alle decisioni pubbliche. Politiche ambientali e realizzazione delle grandi opere infrastrutturali*, Milano, 2010; V. BETTINI, *TAV: i perché del NO*, Torino, 2007.

¹⁷ Risalgono al 1979 le due note sentenze della Cassazione che hanno accolto la teoria dell'indegradabilità di alcuni diritti di rango costituzionale. La prima decisione (Cass., sez. un., 9 marzo 1979, n. 1463) riguardava il procedimento di localizzazione delle centrali nucleari e fu resa su un ricorso per regolamento preventivo di giurisdizione proposto dall'Enel a fronte della domanda di accertamento tecnico preventivo avanzata dagli abitanti di una zona interessata dall'insediamento di una centrale nucleare. A questo proposito la Cassazione individuò, con riguardo all'*ambiente*, accanto ad interessi *diffusi*, «*veri e propri diritti soggettivi*» riguardanti il bene salute, «*non disponibile e non degradabile per l'intervento dell'amministrazione*». La seconda sentenza (Cass., sez. un., 6 ottobre 1979, n. 5172), è pronunciata su un ricorso per regolamento preventivo di giurisdizione proposto dalla Cassa del Mezzogiorno nel giudizio di danno temuto avanzato dagli abitanti di una zona interessata dalla realizzazione di opere destinate alla depurazione di acque luride già convogliate nel Golfo di Napoli. Anche qui si riconobbe che il diritto alla salute, nella sua accezione di diritto all'ambiente salubre, è «*assicurato all'uomo ... incondizionatamente ... anche nei confronti dell'autorità pubblica, cui è negato in tal modo il potere di disporre di esso*» e «*le cui attività lesive devono considerarsi poste in essere senza alcun potere che valga ad escludere o a limitare la tutela della situazione stessa*». L'orientamento si è poi consolidato per effetto di successive pronunce che per oltre un ventennio non hanno messo in discussione l'impianto delle pronunce del 1979. Accanto alle ulteriori pronunce della Cassazione (tra cui Cass., 17 novembre 1992, n. 12307, e Cass., 3 luglio 1991, n. 7318; Cass., sez. un., 12 giugno 1990, n. 5714, che affermano la giurisdizione ordinaria

Al giudice ordinario, proprio con riguardo alla localizzazione delle opere pubbliche, il diritto alla salute è apparso *indegradabile* allo stesso modo di altri diritti fondamentali, costituzionalmente garantiti, quali la dignità, la libertà personale, la libertà religiosa, la non discriminazione, la libertà di movimento e di istruzione¹⁸. Si tratterebbe, secondo ricorrenti affermazioni, di quei «*diritti assoluti di libertà garantiti dalla Costituzione*» rispetto ai quali non può configurarsi nessun potere discrezionale della p.a. «*non essendo gli stessi in alcun modo comprimibili o degradabili ad interessi legittimi ad opera dei pubblici poteri, neppure per ragioni di interesse pubblico (disponibilità finanziarie, gestione delle risorse, bilanciamento con altri interessi di rilevanza pubblicistica); in ordine alla lesione di siffatti diritti assoluti non è configurabile un potere restrittivo o compressivo della p.a.*».

Così, ancora: «*il diritto ... denominato ‘alla salute’ ma meglio definibile “di salute” è sovrastante all’amministrazione. Verso di esso l’amministrazione non ha facoltà di scelta; deve assoluto, incondizionato rispetto. Quando trasgredisca siffatto dovere, allora essa ... “agisce nel fatto”, ... “non provvede”, esplica comunque e soltanto attività materiale illecita*». Ne deriva che «*il giudice ordinario può condannare la pubblica amministrazione ad un fare per eliminare il pregiudizio da essa arrecato al diritto di salute dell’individuo*»¹⁹.

sulla lesione del diritto alla salute conseguente alla vicinanza di una discarica) l’orientamento è stato ripreso dai giudici di merito (ad es. Pret. Catania, 16 luglio 1980, in *Giust. Civ.*, 1980, I, 2826 sempre relativamente ad una discarica di rifiuti, per la quale si dettavano in sede cautelare prescrizioni al fine di evitare pregiudizi alla salute e Tribunale Salerno, Sez. I, 28 aprile 2007, su un ricorso ex art. 700 c.p.c. promosso da un Comune interessato dalla realizzazione di una mega-discarica di rifiuti disposta dal Commissario delegato per l’emergenza rifiuti nella Regione Campania e volto ad inibire la realizzazione dell’opera). L’orientamento è stato poi esteso ad ipotesi ulteriori rispetto alla localizzazione di opere pubbliche e ad interessi non oppositivi ma pretensivi, quali la pretesa all’erogazione di prestazioni sanitarie e a rimborsi per l’acquisto di farmaci non mutuabili ma riconosciuti come indispensabili per la cura di patologie gravi, per spese mediche sostenute in centri non convenzionati o all’estero. L’orientamento è stato poi riferito anche a diritti diversi dalla salute quale l’istruzione e l’integrazione sociale, la riservatezza, la libertà di movimento e la libertà religiosa. Sul punto, D. MESSINEO, *La garanzia del “contenuto essenziale” dei diritti fondamentali*, Torino, 2012.

¹⁸ Si tratta di principi affermati anche con valenza positiva, di imposizione di obblighi positivi in capo allo Stato, con riferimento ancora una volta, al diritto alla salute, per il quale emerge, anche sotto tale profilo, una posizione paritetica di obbligo rispetto alla garanzia del trattamento sanitario indispensabile a preservarne «il nucleo irriducibile» del diritto; Cass., sez. un., 24 giugno 2005, n. 13548; Cass., sez. un., 18 novembre 1997, n. 11432, relativa al diritto di libertà religiosa; Cass., sez. un., 10 maggio 2001, n. 192, relativa al diritto di libertà sindacale, secondo cui la giurisdizione del g.o. sussiste anche nel caso in cui il *petitum* consista nell’annullamento del provvedimento impugnato; C. cost. n. 215/1987, con riferimento all’indisponibilità del diritto all’istruzione dei soggetti portatori di handicap da parte del legislatore.

¹⁹ Così Cass., sez. un., 20 febbraio 1992, n. 2092, su cui v. le osservazioni di S. BENINI in *Foro it.*, 1992, I, 2123, (la questione riguarda un’azione tesa ad ordinare alla Cassa del Mezzogiorno la rimozione di un impianto di depurazione); analogamente Cass. Civ., sez. un., 29 gennaio 2001, n. 29 per l’inibitoria all’immissione da parte dell’ente locale di acque luride nello specchio d’acqua e per la condanna della p.a. – tra l’altro - a rimuovere lo sbocco fognario e bonificare le acque dell’approdo turistico, che ha affermato che la «*lesione del diritto alla salute concerne una situazione giuridica, avente natura di diritto soggettivo primario e fondamentale (nonché insuscettibile di affievolimento), garantito in via diretta dall’art. 32 della Costituzione ... ed azionabile nel quadro dell’art. 2043 cod. civ. ai fini della tutela risarcitoria in forma specifica o per equivalente*».

Al riguardo non rileva se l'azione amministrativa sia o meno legittima, se siano rispettati i limiti (legali) massimi di esposizione ai campi elettrici e magnetici generati dagli elettrodotti: la legittimità amministrativa non avrebbe infatti il valore di «rendere lecita la condotta che vi si uniformi»; né l'autorizzazione con decreto ministeriale potrebbe precludere l'inibizione della messa in esercizio di un elettrodotto: «La tutela giudiziaria del diritto alla salute in confronto alla pubblica amministrazione può essere preventiva e dare luogo a pronunce inibitorie se, prima ancora che l'opera pubblica sia messa in esercizio nei modi previsti, sia possibile accertare, considerando la situazione che si avrà una volta iniziato l'esercizio, che nella medesima situazione è insito un pericolo di compromissione per la salute di chi agisce in giudizio»²⁰.

Molteplici sono i corollari di tale impostazione: impossibilità sia per il legislatore sia per

²⁰ Così Cass., 27 luglio 2000, n. 9893, che, in un giudizio di accertamento sul pericolo per la salute provocato dall'esposizione ad un campo elettromagnetico generato da un elettrodotto, ha altresì osservato che con la domanda l'attore fa «valere una responsabilità da illecito (art. 2043 c.c.), perché è in contrasto con la proprietà costituzionale del diritto alla salute un comportamento preordinato a determinarne la messa in pericolo», aggiungendo che neppure l'osservanza del D.P.C.M. 23 aprile 1992, contenente disciplina dei limiti massimi di esposizione ai campi elettrici e magnetici generati dagli elettrodotti, ha il valore di «rendere lecita la condotta che vi si uniformi», trattandosi di normazione secondaria. Da tali osservazioni è stato tratto il principio di diritto secondo cui «La tutela giudiziaria del diritto alla salute in confronto alla pubblica amministrazione può essere preventiva e dare luogo a pronunce inibitorie se, prima ancora che l'opera pubblica sia messa in esercizio nei modi previsti, sia possibile accertare, considerando la situazione che si avrà una volta iniziato l'esercizio, che nella medesima situazione è insito un pericolo di compromissione per la salute di chi agisce in giudizio»; analogamente Cass., sez. un., 17 gennaio 1991, n. 400, in *Giust. Civ.*, 1991, I, 1190, in sede di regolamento di giurisdizione richiesto dall'Enel in una controversia avente ad oggetto la sospensione dei lavori di costruzione di una centrale termoelettrica regolarmente autorizzata, anche in seguito ad apposita valutazione di impatto ambientale ha ritenuto sussistente la giurisdizione del g.o., trattandosi di violazione di diritto alla salute inteso come diritto ad un ambiente salubre (il soggetto chiamato a rispondere dell'illecito, per esimersi da responsabilità, potrà invocare la circostanza di aver agito in modo conforme ad un puntuale provvedimento amministrativo, ma non potrà sottrarsi allora all'indagine .. circa la legittimità dell'atto a cui si è conformato, secondo i parametri sia costituzionali, che della legge ordinaria, che dei provvedimenti amministrativi sovraordinati). Analogamente Cass. Civ., sez. un., 8 novembre 2006, n. 23735, in una controversia volta all'inibizione della messa in esercizio di elettrodotto autorizzato con decreto ministeriale la Corte, muovendo dal presupposto che l'induzione del campo elettromagnetico fosse superiore alla soglia di attenzione individuata dalla «letteratura scientifica», osserva che «il diritto alla salute, che l'art. 32 Cost. espressamente proclama come fondamentale diritto dell'individuo, da tempo ha perduto la valenza assicurativa - corporativa propugnata nei primi anni dell'entrata in vigore della Carta costituzionale e fa parte della categoria dei diritti sociali a valenza erga omnes o della categoria dei diritti assoluti della personalità, acquistando, secondo la nuova prospettiva, il titolo per influire sulle relazioni private e limitare l'esercizio dei pubblici poteri. Il carattere di assolutezza del diritto alla salute e la sua elaborazione sul versante dei rapporti intersoggettivi ha trovato riscontro sia nell'affermazione che esso è sovrastante all'amministrazione di guisa che questa non ha alcun potere, neppure per motivi di interesse pubblico specialmente rilevante, non solo di affievolirlo, ma neanche di pregiudicarlo nel fatto indirettamente, perché, incidendo in un diritto fondamentale, la pubblica amministrazione agisce nel fatto, dal momento che, non essendo giuridicamente configurabile un suo potere in materia, esso per il diritto non provvede, ma esplica comunque e soltanto attività materiale illecita». Nel medesimo senso Cass., sez. un., 20 febbraio 1992, n. 2092, e 1 agosto 2006, n. 17461. Così, ancora di recente e pur dopo che con l'art. 1, comma 552, l. n. 311/2005 (finanziaria 2005), la giurisdizione è stata trasferita al giudice amministrativo in sede di giurisdizione esclusiva; ha confermato tale opzione, v. Tribunale S. Maria Cupua Vetere, sez. I, 27 febbraio 2009, che ha riaffermato la indegradabilità del diritto alla salute e, con essa, l'irrelevanza del rispetto dei limiti legali e la giurisdizione ordinaria.

l'amministrazione di bilanciamento con contrapposti interessi generali; illiceità di eventuali compressioni; tutela innanzitutto inibitoria e ripristinatoria nell'ipotesi di violazione; in ogni caso tutela risarcitoria *piena*; infine, giurisdizione ordinaria.

Sicché, nelle ipotesi di compressione dei diritti *fondamentali* nell'ambito del perseguimento di un fine pubblico, pur astrattamente legittimo, dovrebbe in ogni caso rinvenirsi un illecito e giungersi, per questa via, alla inibizione dell'azione amministrativa e al ripristino e, in via eventuale e secondaria, al risarcimento pieno del danno²¹.

3. Verso il superamento della teoria del diritto indegradabile. La giurisdizione esclusiva del giudice amministrativo.

L'approccio al diritto fondamentale coinvolto nel processo di realizzazione di opere pubbliche appare oggi mutare: rispetto alla totale recessione degli interessi collettivi nel conflitto con diritti fondamentali si prospettano, secondo un'impostazione di maggiore realismo e di pluralismo istituzionale, possibili bilanciamenti, sia pur nelle maglie di limiti assai rigorosi dati dall'operare dei principi di proporzionalità, ragionevolezza, precauzione ecc. e dalle regole procedurali tra cui, in primo luogo, l'effettivo coinvolgimento dei destinatari nei processi decisionali pubblici.

Un primo segnale proviene dall'evoluzione del contesto normativo, espressione del pragmatismo di un legislatore forse «*allarmato da talune posizioni eccessivamente intransigenti assunte dal giudice ordinario*»²². Tale evoluzione ha riguardato innanzitutto lo spostamento della giurisdizione concernente la tutela dei diritti implicati dalle procedure di realizzazione delle principali opere pubbliche dal giudice ordinario al giudice amministrativo.

Il primo mutamento lo si è avuto in materia di energia: innanzitutto con la previsione, nel 2005, della giurisdizione esclusiva del giudice amministrativo delle controversie aventi ad oggetto le procedure ed i provvedimenti in materia di impianti di generazione di energia elettrica²³: opzione poi rafforzata con l'attribuzione alla competenza del TAR Lazio di tutte le controversie comunque attinenti alle procedure e ai provvedimenti dell'amministrazione pubblica o dei soggetti alla stessa equiparati concernenti la produzione di energia elettrica, anche in relazione alla fase cautelare e alle eventuali questioni risarcitorie²⁴. Chiesta di pronunciarsi su tale norma, la Corte costituzionale ne ha affermato la legittimità costituzionale sottolineando che non sussiste «*alcun principio o norma nel nostro ordinamento che riservi esclusivamente al giudice ordinario*

²¹ Quale garanzia del diritto successiva alla sua violazione il rimedio risarcitorio costituisce senz'altro una garanzia insoddisfacente per i diritti fondamentali, le cui lesioni non sempre possono considerarsi monetizzabili. E dunque la tutela preventiva appare indispensabile sicuramente nella prospettiva della necessaria recessione dell'azione pubblica, pur fondata sulla legge e pur condotta attraverso legittimi procedimenti amministrativi ove lesiva di alcuni beni.

²² Così L. CORAGGIO, *La teoria dei diritti indegradabili: origine ed attuali tendenze*, in *Dir. proc. amm.*, 2010, 483.

²³ Si v. l'art. 1, comma 552, l. n. 311/2005 (finanziaria 2005).

²⁴ Si v. l'art. 41, l. n. 99/2009.

escludendone il giudice amministrativo la tutela dei diritti costituzionalmente protetti»²⁵.

Proseguendo nella sua opera di spostamento dalla giurisdizione ordinaria a quella amministrativa di segmenti particolarmente *conflittuali* riguardanti le opere pubbliche il legislatore ha poi investito tutte le situazioni di emergenza: anche per esse è stata affermata, in via esclusiva, la competenza in primo grado del TAR del Lazio estesa espressamente non solo al sindacato sulla legittimità delle ordinanze adottate e dei consequenziali provvedimenti commissariali, ma anche all'emanazione di misure cautelari²⁶.

Con il l d.l. n. 90/2008 (*misure straordinarie per fronteggiare l'emergenza nel settore dello smaltimento dei rifiuti nella regione Campania e ulteriori disposizioni di protezione civile*)²⁷, sono state poi devolute alla giurisdizione esclusiva del giudice amministrativo *«tutte le controversie, anche in ordine alla fase cautelare, comunque attinenti alla complessiva azione di gestione dei rifiuti, seppure posta in essere con comportamenti dell'amministrazione pubblica o dei soggetti alla stessa equiparati»*, aggiungendosi che *«la giurisdizione di cui sopra si intende estesa anche alle controversie relative ai diritti costituzionalmente garantiti»*. Anche tale norma supererà il vaglio di costituzionalità²⁸.

Il mutare della giurisdizione non appare peraltro limitato al *chi*, senza influire sul *come*, dell'esercizio della funzione giurisdizionale²⁹.

Già possono cogliersi, del resto, segnali giurisprudenziali di un cambio di passo. Innanzitutto si consideri che, proprio in materia di rifiuti, la Cassazione aveva *ante litteram* incluso nella giurisdizione esclusiva del giudice amministrativo anche la cognizione di *«diritti fondamentali tutelati dalla Costituzione, quali il diritto alla salute (art. 32 cost.) - allorché la loro lesione sia dedotta come effetto di un comportamento materiale espressione di poteri autoritativi e conseguente ad atti della pubblica amministrazione di cui sia denunciata l'illegittimità»*. E, nel riconoscere la giurisdizione del giudice amministrativo, aveva anche ammesso la possibilità di un bilanciamento dei diritti fondamentali con l'interesse generale: *«compete a detti giudici la cognizione esclusiva delle relative controversie in ordine alla sussistenza in concreto dei diritti*

²⁵ C. cost. n. 140/2007.

²⁶ Si v. l'art. 3, comma 2-bis, d.l. n. 245/2005, conv. con mod. con l. n. 21/2006 (ma ora si v. l'art. 133, lett. p, del codice del processo amministrativo).

²⁷ Conv. con l. n. 123/2008 (ma ora si v. l'art. 133, lett. p, del codice del processo amministrativo).

²⁸ Si v. C. cost. n. 35/2010 che ha ritenuto manifestamente infondata la questione di legittimità costituzionale anche con riguardo all'inclusione nella giurisdizione esclusiva dei comportamenti meramente materiali posti in essere dalla p.a, specificandosi che *«comportamenti»* ha riferimento a quelli *«costituenti espressione di un potere amministrativo e non anche quelli meramente materiali posti in essere dall'amministrazione al di fuori dell'esercizio di una attività autoritativa»* (la decisione è poi stata confermato con le ordinanze n. 371/2010 e n. 54/2011).

²⁹ Per questa tesi v. F. LUCIANI, *Funzione amministrativa, situazioni soggettive e tecniche giurisdizionale di tutela*, in *Dir. proc. amm.*, 2009, 978. Tradiva chiaramente la «speranza» di cambio di orientamento giurisdizionale, l'art. 4 comma 2 del d.l. n. 90/2008 in cui si era previsto che *«Le misure cautelari, adottate da una autorità giudiziaria diversa da quella di cui al comma 1, cessano di avere effetto ove non riconfermate entro trenta giorni dalla data di entrata in vigore del presente decreto dall'autorità giudiziaria competente ai sensi del presente articolo»*.

vantati, al contemperamento o alla limitazione di tali diritti in rapporto all'interesse generale pubblico all'ambiente salubre, nonché all'emissione dei relativi provvedimenti cautelari che siano necessari per assicurare provvisoriamente gli effetti della futura decisione finale sulle richieste inibitorie, demolitorie e eventualmente risarcitorie dei soggetti che deducono di essere danneggiati da detti comportamenti o provvedimenti»³⁰.

Un esempio del diverso approccio si coglie poi con chiarezza nei consolidati indirizzi, assai nutriti in materia di telefonia mobile, sul valore dei limiti legali di esposizione ai campi elettromagnetici: il giudice amministrativo tende infatti, a differenza del giudice ordinario, ad esaurire la valutazione di impatto sulla salute degli impianti nella verifica del rispetto dei limiti legali³¹.

Appaiono così oggi, se non superate, quantomeno relativizzate le intransigenti posizioni dei giudici ordinari secondo cui a fronte della tutela del diritto alla salute *«la Pubblica Amministrazione è priva di qualunque potere di affievolimento della relativa posizione soggettiva, ancorché agisca per motivi di interesse pubblico, né essa può pregiudicare indirettamente tale diritto, il quale appartiene a quella categoria di situazioni soggettive che non tollerano interferenze esterne che ne mettano in discussione l'integrità»*; le quali avevano ad es. condotto, *tout court*, ad inibire la realizzazione di una mega-discarica di rifiuti disposta dal Commissario delegato per l'emergenza in Campania dando rilievo anche *«ai profili della degradazione urbanistica, dell'aumento del traffico, della diffusione di odori e/o rumori molesti, con le inevitabili ricadute economiche in termini di svalutazione di immobili e aziende»*. E ai *«possibili inquinamenti dell'aria, del suolo, delle acque sotterranee e superficiali, con conseguente compromissione della prospettata salubrità dell'ambiente di vita, ovvero i danni - anche soltanto all'immagine - a*

³⁰ Così Cass., sez. un., 28 dicembre 2007 n. 27187; si noti che la pronuncia conferma Trib. Salerno, ord. 1 giugno 2007. Analogamente Cass., sez. un., 29 aprile 2009, n. 9956, in un caso relativo alle richieste risarcitorie conseguenti all'inefficiente svolgimento delle attività di prelievo e smaltimento dei rifiuti nel Comune di Castellammare di Stabia, anteporrà il potere al diritto onde qualificare la controversia (*«appartiene alla giurisdizione del g.a. la controversia che investe il potere dell'Amministrazione relativo all'organizzazione ed alle modalità di attuazione dello smaltimento dei rifiuti urbani»* pur a fronte di *«domande risarcitorie, eventualmente proposte in via autonoma, pur se con esse si invochi la tutela di diritti fondamentali, come quello alla salute»*). Nello stesso senso, da ultimo, Cass., sez. un., 5 marzo 2010, n. 5290.

³¹ Così, da ultimo Cons. Stato, sez. VI, n. 98/2011 (che pure però apre uno spiraglio, rilevando come sull'attendibilità dei parametri di esposizione ai campi elettromagnetici posti dal d.p.c.m. 8 luglio 2003 non siano state avanzate censure); analogamente TAR Toscana, sez. III, n. 358/2012. Per una critica a tale orientamento, fondata anche sul rilievo del mancato aggiornamento dei parametri, v. M. CERUTI, *La tutela della salute dai campi elettromagnetici generati va garantita al di là dei parametri imposti dal D.P.C.M. 8 luglio 2003, ad oggi non aggiornati*, in *Riv. giur. amb.*, 2010, 355. Per un recente superamento di tali limiti da parte del g.o. v. Corte App. Milano, sez. II, n. 2168/2009 secondo cui *«I parametri massimi di esposizione a campi elettromagnetici generati da linee elettriche previsti dalla normativa vigente di cui alla l. 22 febbraio 2001 n. 36 (legge generale sull'inquinamento elettromagnetico) e al d.P.C.M. attuativo 8 luglio 2003, non sono vincolanti per il g.o. nel momento in cui vengano in considerazione anche altri interessi costituzionalmente protetti, quali il diritto alla salute della popolazione esposta»*. Conferma tuttavia lo spostamento generale della giurisdizione al g.a., da ultimo, Cass., sez. un., 29 marzo 2011, n. 7103, come comprendente tutte le controversie *«relative agli atti del gestore del servizio pubblico di trasporto dell'energia elettrica, funzionali alla sua costituzione ed alla determinazione delle modalità di esercizio»* del servizio.

particolari attività economiche esercitate in prossimità dell'insediamento (si pensi, ad esempio, alle industrie alimentari o alle imprese agricole e di allevamento del bestiame, quali quelle legittimamente intervenute in questo procedimento)». E ciò nel presupposto che «la scienza dimostra come sia comunque impossibile evitare l'immissione di gas ed esalazioni nefitiche dai siti di stoccaggio dei rifiuti solidi urbani»³².

Si consideri del resto la prevalente posizione critica immediatamente assunta dalla dottrina amministrativistica verso la tesi dell'indegradabilità dei diritti³³ per il controllo diffuso di costituzionalità ad essa sotteso³⁴ e «*la realtà di diritto positivo, che non vieta il conferimento di poteri pubblici nel settore dell'ambiente e della salute*»³⁵; e per l'assolutizzarsi degli interessi individuali rispetto a quelli generali³⁶, pur dinanzi al potere pubblico attribuito dalla legge³⁷.

Si fa così strada la più realistica idea che anche i diritti fondamentali siano in qualche modo bilanciabili. Idea che però non si disgiunge dalla considerazione che, anche quando cedevoli rispetto alle esigenze generali, essi siano espressione di valori fondanti di cui l'ordinamento, ad ogni livello, è portatore. Questo è il merito comunemente riconosciuto alla teoria del diritto indegradabile, pur da chi ne ha colto, viceversa, i limiti³⁸.

³² V. ad es. Trib. di Salerno, 4 luglio 2007

³³ Radicali sono le critiche di G. BERTI, *In una causa contro l'E.n.e.l., la Cassazione mette in penombra lo Stato di diritto*, in *Foro it.*, 1979, 2909, secondo cui «*La chiave di lettura della sentenza probabilmente sta nella sfiducia del giudice verso la garanzia che i procedimenti dell'amministrazione dovrebbero pur offrire... Non per nulla, il giudizio deciso verteva sulle giurisdizioni, ed assegnando al giudice ordinario la controversia, la Cassazione ha compiuto un'operazione che attinge al campo delle istituzioni più che porsi come applicativa di un ordine prestabilito*».

³⁴ E. CASSETTA, *Manuale di diritto amministrativo*, Milano, 2004, 295.

³⁵ E. CASSETTA, *Manuale di diritto amministrativo*, cit., 295.

³⁶ G. BERTI, *In una causa contro l'E.n.e.l., la Cassazione mette in penombra lo Stato di diritto*, cit

³⁷ F.G. COCA, *Giurisprudenza amministrativa e tutela dell'ambiente nella prospettiva di un orientamento omogeneo delle giurisdizioni*, in *Unità della giurisdizione e tutela dell'ambiente*, Milano, 1986, 273; in termini, più di recente, P. CARPENTIERI, *Diritto alla salute, localizzazione degli impianti e giudice ordinario*, in *Urb. app.*, 2006, 797, che pragmaticamente osserva: «*Nel caso in cui la realizzazione di un impianto di interesse pubblico... sia stata studiata in sede di .. VAS...; sia stata quindi sottoposta a VIA nella fase della progettazione preliminare e definitiva; sia stata altresì esaminata ... in sede di conferenza di servizi; sia stata inoltre sottoposta a inchiesta pubblica...; sia stata infine fatta oggetto di azione giurisdizionale amministrativa di annullamento nei due gradi... è possibile che i cittadini... facendo valere il loro diritto incompressibile all'ambiente salubre ... possano chiedere al g.o. una sentenza che ponga nel nulla .. l'intero procedimento legalmente dato...?*».

³⁸ L. CORAGGIO, *La teoria dei diritti indegradabili: origini ed attuali tendenze*, cit., 483, osserva che «*In ogni caso, malgrado le sue debolezze e contraddizioni, occorre riconoscere agli arresti passati in rassegna il merito di aver favorito l'instaurarsi di un nuovo clima: ciò che per la Cassazione acquista importanza centrale è porre all'evidenza la maturità di istanze di natura sociale, che in un'ottica di adeguamento al diritto vivente impongono in taluni campi divenuti strategici una mutata concezione dei rapporti fra privati e pubblici poteri, con conseguente riaffermazione e rafforzamento in senso garantistico dei connessi principi*». In termini già M. NIGRO, *Giudice ordinario (civile e penale) e pubblica amministrazione*, in *Foro amm.*, 1983, 2035, il quale, pur muovendo da una più ampia prospettiva, riconosce che «*ci sono dei beni (la libertà, l'integrità personale etc.) che, per la nostra coscienza di uomini moderni, debbono trovare immediata possibilità di reazione se lesi dai pubblici poteri*», con la conseguenza che compito dell'interprete non è quello di limitarsi a condannare «*le disfunzioni, ma ... di cogliere l'entità del fondamento, le cause, ed il numero e la delicatezza dei problemi che esso coinvolge*»; nonché A. PROTO

4. L'opera pubblica nociva e il bilanciamento dei diritti fondamentali. L'apertura della prospettiva della responsabilità da atto lecito.

Superata l'idea di un'assoluta indegradabilità dei diritti fondamentali (che, nella relazione con il potere, si atteggiavano ad interessi legittimi, senza tuttavia perdere la loro identità di diritti) non per questo si prospetta per essi la riconduzione alla tradizionale logica autorità-libertà data dalla pura e semplice soccombenza dell'interesse individuale su quello generale.

Emerge qui innanzitutto la discussa questione dell'esistenza di contenuti minimi dei diritti costituzionalmente garantiti e di corrispondenti limiti assoluti, di ultima istanza, che delimitano l'area di intangibilità del diritto individuale pur a fronte di interessi pubblici.

Con riguardo al diritto di proprietà, e ai diritti patrimoniali in generale, la questione si risolve nella definizione della nozione di esproprio e, di quella corrispondente, di conformazione del diritto. Per tali diritti non è infatti configurabile un'area di intangibilità assoluta, poiché di essi si ammette comunque l'ablazione in vista di interessi pubblici prevalenti pur con l'applicazione delle garanzie per l'esproprio: tra cui, per quanto di nostro interesse, l'obbligo di corrispondere un indennizzo e, cioè, a seguito degli interventi della C.edu³⁹, il pieno ristoro del diritto espropriato. Sicché, seguendo le latitudini della nozione di espropriazione sostanziale, definite tanto dalla nostra Corte costituzionale quanto dalla C.edu a coprire ogni interferenza ablativa della sfera patrimoniale del singolo, si può in tale area giungere ad affermare un principio di piena responsabilità dello Stato per ogni fatto espropriativo o comunque ablativo. Il quale mette oggi in luce la problematicità dell'estensione della nozione di conformazione del diritto e di limiti inerenti al suo contenuto laddove questo dia luogo ad un sacrificio dell'interesse individuale in vista di interessi generali⁴⁰. Tale problematicità si percepisce ad es. per i vincoli ambientali, paesaggistici e storico-artistici, soprattutto laddove sopravvenuti e lesivi di legittimi affidamenti circa il carattere non vincolato del bene⁴¹. Non a caso in tali

PISANI, *Ib.*, secondo cui sul tema occorrerebbe procedere ad una «rinnovata riflessione che muove consapevolmente dal «valore» dei diritti fondamentali ex art. 13 ss. cost. dopo che questi valori hanno avuto modo consolidarsi a livello diffuso nella nostra società civile e quindi anche nella coscienza dei giudici di ogni rango e di ogni giurisdizione».

³⁹ Sul punto, F. MANGANARO, *La Convenzione europea dei diritti dell'uomo e il diritto di proprietà*, cit., 379 ss.

⁴⁰ E' stato posto in evidenza anche nelle riflessioni sui beni comuni che, nella qualifica di bene culturale, ambientale e paesistico, vi siano elementi di natura collettiva che non formano oggetto di proprietà privata e che afferiscono ad un patrimonio comune collettivo, oggetto di conservazione e di fruizione collettiva. Sul punto P. STELLA RICHTER, E. SCOTTI, *Lo statuto dei beni culturali tra conservazione e valorizzazione*, in A. CATELANI, S. CATTANEO (a cura di), *I beni e le attività culturali*, in *Trattato di diritto amministrativo*, diretto da G. Santaniello, vol. XXXIII, Padova, 2002, 387.

⁴¹ Si pensi ai beni non così intrinsecamente e palesemente appartenente alla categoria sottoposta ad una tutela differenziata e in relazione ai quali l'apposizione del vincolo dipende da un giudizio ampiamente discrezionale dell'amministrazione. P. STELLA RICHTER, *A proposito di vincoli a contenuto sostanzialmente espropriativo*, cit., 2597. Pone l'accento sulla tutela dell'affidamento, la stessa giurisprudenza la quale

ipotesi oggi la legge prevede la possibilità di forme compensative, a tradire la percezione che anche in queste vicende vincolistiche si celino fatti espropriativi⁴². E cioè pesi imposti ai diritti di singoli, limitativi della loro sfera patrimoniale e preordinati alla realizzazione di esigenze collettive.

Con riguardo ai diritti della persona e in particolare alla salute, nella sua dimensione di libertà negativa, l'idea di un contenuto minimo pone innanzitutto un limite agli eccessi di quegli orientamenti che avevano sancito la prevalenza del diritto alla salute latamente inteso rispetto agli interessi generali e che lo avevano ritenuto in via assoluta non bilanciabile⁴³. Così la Cassazione ha di recente ritenuto «*individuabile un "nucleo essenziale"*» corrispondente ad «*un diritto soggettivo assoluto e primario*», concernente la

declina la tutela rispetto alle scelte di piano in ragione della sussistenza o meno di un legittimo affidamento; così, da ultimo, Cons. Stato, sez. IV, n. 119/2012. Per un'ipotesi in cui, rispetto ad un bene culturale (il noto dipinto *Il giardiniere*, di Van Gogh), la Corte europea dei diritti dell'uomo, contro l'orientamento delle Corti nazionali, ha ritenuto prevalente la tutela dell'affidamento, v. C.edu, Grande Chambre, *Beyeler c. Italie*, 5 gennaio 2000, n. 33202.

⁴² In materia di vincoli paesistici sopravvenuti e, dunque, con un importante spostamento dell'asse compensativo verso vincoli conformativi non «indennizzabili», si v. l'art. 1, commi 21-24, l. n. 308/2004 ai sensi del quale «*Qualora, per effetto di vincoli sopravvenuti, diversi da quelli di natura urbanistica, non sia più esercitabile il diritto di edificare che sia stato già assentito a norma delle vigenti disposizioni, è in facoltà del titolare del diritto chiedere di esercitare lo stesso su altra area del territorio comunale, di cui abbia acquisito la disponibilità a fini edificatori. 22. In caso di accoglimento dell'istanza presentata ai sensi del comma 21, la traslazione del diritto di edificare su area diversa comporta la contestuale cessione al comune, a titolo gratuito, dell'area interessata dal vincolo sopravvenuto. 23. Il comune può approvare le varianti al vigente strumento urbanistico che si rendano necessarie ai fini della traslazione del diritto di edificare di cui al comma 21. 24. L'accoglimento dell'istanza di cui ai commi 21 e 22 non costituisce titolo per richieste di indennizzo, quando, secondo le norme vigenti, il vincolo sopravvenuto non sia indennizzabile. Nei casi in cui, ai sensi della normativa vigente, il titolare del diritto di edificare può richiedere l'indennizzo a causa del vincolo sopravvenuto, la traslazione del diritto di edificare su area diversa, ai sensi dei citati commi 21 e 22, è computata ai fini della determinazione dell'indennizzo eventualmente dovuto*»; sul punto si v. M. RENNA, *Vincoli alla proprietà e diritto dell'ambiente*, in *Ambiente, attività amministrativa e codificazione*, a cura di D. De Carolis, E. Ferrari, A. Police, Milano, 2005, 389. Meno innovativi sul piano dei concetti tradizionali, ma in ogni caso sintomatici di una certa convergenza di percorsi, sono i casi di riconoscimento di utilità al proprietario di terreno gravato da vincoli urbanistici, cui è assicurata - per effetto di alcune norme regionali - in vicende perequative che tuttavia talora sottendono vere e proprie vicende espropriative, una utilità costituita da altre aree edificabili o da crediti compensativi trasferibili; tendenza che affonda le sue radici nella sollecitazione formulata dalla Corte costituzionale nella fondamentale sentenza 179/1999; E. BOSCOLO, *Le Perequazioni e le compensazioni* cit., 38, il quale osserva come «*l'introduzione della compensazione quale metodo destinato a prendere il posto dell'espropriazione si configura quindi come un definitivo superamento dell'antica tradizione giuridica italiana e pare far recedere sullo sfondo i contenuti sociali che secondo la Costituzione temperano la pienezza della situazione proprietaria. nella frizione tra questi due valori nella legislazione regionale viene infatti la consistenza patrimoniale del diritto proprietario viene assunta in guisa di un valore intangibile, rispetto al quale non sono ammessi bilanciamenti*»; sul tema, con particolare riguardo alle esperienze regionali, P. MARZARO GAMBA, *Credito edilizio, compensazione e potere di pianificazione. Il caso della legge veneta*, in *Riv. Giurid. urb.*, 2005, 645.

⁴³ Tra gli esempi di tali eccessi si suole ricordare il caso, *sui generis*, in cui il Pretore di Torino, adito *ex art.* 700 c.p.c., ha imposto all'autorità di polizia di cessare l'esercizio della sorveglianza del consolato torinese degli Stati Uniti d'America con modalità tali da arrecare inquinamento acustico ed atmosferico e quindi danno alla salute dell'istante, dimorante nelle adiacenze (Pret. Torino, ord. 19 luglio 1988, in *Foro it.*, 1988, I, 3442). Sul punto, v. L. CORAGGIO, *La teoria dei diritti indegradabili: origini ed attuali tendenze*, cit., 483.

«integrità psicofisica», in relazione al quale è configurabile «soltanto un potere accertativo della pubblica amministrazione, in punto di apprezzamento della sola ricorrenza delle condizioni» previste dalla legge⁴⁴. E, come noto, la costruzione è ferma anche laddove il diritto fondamentale si atteggi a pretesa a prestazioni positive da parte dello Stato, cui fa oggi espressamente riferimento l'art. 117, comma 2, lett. m., Cost.⁴⁵.

Solo in relazione a tale nucleo essenziale varrebbe l'idea di una particolare resistenza del diritto rispetto a contrapposti interessi pubblici. Secondo gli orientamenti prevalenti si tratterebbe poi di una resistenza non assoluta ma relativa: dello stesso nucleo essenziale del diritto fondamentale possono cioè ammettersi bilanciamenti anche se solo ove ciò sia necessario, in presenza di eccezionali circostanze, per tutelare un interesse contrapposto di pari o superiore grado e il beneficio raggiunto sia in grado, alla stregua di un'analisi costi-benefici, di giustificare il sacrificio imposto all'interesse fondamentale recessivo⁴⁶.

Anche nella giurisprudenza delle Corti europee sembra rinvenirsi una simile distinzione. Con riferimento alla salute si distingue tra nucleo essenziale del diritto e diritto ad un ambiente salubre. In particolare, nell'ambito della Cedu, la materia ambientale costituisce uno dei settori in cui trova applicazione la cd. dottrina del cd. *margin di apprezzamento*⁴⁷, che apre la strada al bilanciamento dei valori in campo, rimettendo alle

⁴⁴ Sulla base di tale motivazione, la Cassazione ha cassato la decisione di merito che aveva condannato la pubblica amministrazione ad istituire appositi spazi di parcheggio per i fruitori del servizio di emodialisi, in prossimità del luogo dove veniva erogato il servizio (Cass., sez. un., 1 agosto 2006, n. 17461); in proposito, oltre al particolare valore sacrificato, si richiede anche la gravità della lesione e cioè «la dimostrazione di una sua effettiva compromissione, mentre non è sufficiente la prova di un mero disagio o di una semplice esposizione al rischio» (*Ibid.*).

⁴⁵ Sul punto v., da ultimo, D. MESSINEO, *La garanzia del "contenuto essenziale" dei diritti fondamentali*, cit..

⁴⁶ Talvolta tutti inerenti al medesimo soggetto, come nel caso ad esempio, dell'eutanasia, in cui la tutela della vita confligge con la libertà di autodeterminazione dell'individuo. Nel caso invece delle vaccinazioni obbligatorie si pongono in conflitto le diverse dimensioni, collettiva e individuale, del diritto alla salute e il bilanciamento porta ad accordare prevalenza alla prima dimensione, determinando l'accettazione da parte dell'ordinamento del rischio di reazioni avverse alla vaccinazione, e nel contempo però imponendo il ristoro dei conseguenti danni in termini di responsabilità da atto lecito.

⁴⁷ P. TANZARELLA, *Il margine di apprezzamento*, in M. CARTABIA (a cura di), *I diritti in azione. Universalità e pluralismo dei diritti fondamentali nelle Corti europee*, cit., Bologna, 2007, 145, ove si individuano posizioni indegradabili nell'ambito della Cedu. Con riguardo al settore dei rifiuti la discrezionalità dello Stato italiano è stata ritenuta dalle Corti, in più occasioni, violata. Così la Corte di Giustizia, 9 novembre 1999, C-365/97, Commissione c. Italia (caso rifiuti tossici del vallone San Rocco), a fronte di gravi danni ambientali, ha fatto dipendere la condanna dal mancato intervento del Ministero per il ripristino della situazione ambientale. In questa situazione la Corte, pur riconoscendo che la direttiva violata non è volta ad attribuire diritti ai singoli chiarisce che essa impone allo Stato di assicurare che i rifiuti siano recuperati o smaltiti «senza pericolo per la salute dell'uomo e senza recare pregiudizio all'ambiente» e nonostante sussista «un potere discrezionale nella valutazione della necessità di tali misure» un «degrado rilevante dell'ambiente per un periodo prolungato senza intervento delle autorità competenti», rivela che gli Stati membri hanno «oltrepassato il potere discrezionale che questa disposizione conferisce loro». La responsabilità si estende, peraltro, ai versamenti illeciti posti in essere da imprese sottoposte alla vigilanza dello Stato. Analogamente Corte di Giustizia, Sez. IV, 4 marzo 2010, C-297/08, Commissione c. Italia (Caso rifiuti in Campania) ha ritenuto che rispetto all'inadempimento dello Stato non rilevi «l'opposizione manifestata dalla popolazione locale» né «la presenza di organizzazioni criminali» né l'inadempimento delle imprese incaricate: «un'amministrazione diligente avrebbe dovuto adottare le misure necessarie a tutelarsi contro inadempimenti contrattuali come quelli avvenuti in

autorità nazionali la concreta determinazione del diritto ad un ambiente salubre e le contrapposte esigenze di interesse generale - tra cui la promozione del benessere economico del Paese⁴⁸ -.

Tuttavia, se la Corte riconosce un ampio margine di apprezzamento laddove si tratti di bilanciare interessi pubblici e privati concorrenti o diversi diritti protetti dalla Convenzione⁴⁹, tale margine è invece più stretto laddove entrino in gioco aspetti fondamentali dell'esistenza o dell'identità dell'individuo⁵⁰ o i diritti garantiti dalle prime norme della Convenzione. Sicché, quando il diritto all'ambiente salubre diviene nucleo essenziale del diritto alla salute, il margine di apprezzamento svanisce per ripresentarsi solo allorché venga in gioco il necessario bilanciamento con interessi di pari livello⁵¹.

Si delinea in questo quadro una scissione di regime.

Nel suo nucleo essenziale ogni compromissione del diritto fondamentale si presenta, di regola, come *illicita*⁵². Essa deve essere in primo luogo inibita e quale *extrema ratio* risarcita.

Nelle ipotesi in cui, per superiori esigenze di interesse generale, sia eccezionalmente ammessa la compressione del diritto fondamentale nel suo nucleo essenziale, la questione appare diversa e più complessa.

E' bene considerare che tali ipotesi, seppur eccezionalissime, non sono tuttavia remote. Alcune di esse sono previste dalla legge che prevede la riparazione dei conseguenti pregiudizi: è il caso delle vaccinazioni obbligatorie in cui si accetta legittimamente il rischio di danni gravi alla salute dei soggetti colpiti dalla reazione avversa, al fine di preservare la collettività da importanti patologie; ovvero, delle ipotesi di ingiusta detenzione o di errore giudiziario, in cui il rischio è insito nel sistema di prevenzione e di repressione dei reati.

Campania o a garantire che, nonostante tali mancanze, fosse assicurata la realizzazione effettiva e nei tempi previsti delle infrastrutture necessarie allo smaltimento dei rifiuti della regione». Sicché la responsabilità dello Stato sorge per aver omesso di «*adottare le misure necessarie per assicurare che i rifiuti siano smaltiti senza pericolo per la salute dell'uomo e senza recare pregiudizio all'ambiente*» Anche la C.edu, investita della questione, tra l'altro richiamandosi alla giurisprudenza comunitaria, ha dichiarato la violazione dell'art. 8 Cedu (tuttavia, in mancanza di dimostrazione di danni gravi alla persona, ha ritenuto soddisfattiva la mera pronuncia della condanna, senza ad essa accompagnare la liquidazione di un importo ulteriore alle spese processuali). La C.edu ha inoltre riconosciuto la violazione dell'art. 13, per la mancanza nell'ordinamento interno di una via di ricorso effettivo volta a permettere la riparazione del danno, e, conseguentemente, la rimozione dei rifiuti. (C.edu, 10 gennaio 2012, C-30765/08).

⁴⁸ C. edu, *Grande Chambre, Hatton and others v. U.K.*, 8 luglio 2003, § 121.

⁴⁹ C.edu, *Grande Chambre, Odièvre* § 44-49

⁵⁰ C.edu, *Grande Chambre, Christine Goodwin*, § 90

⁵¹ P. TANZARELLA, *Il margine di apprezzamento*, cit. la quale individua posizioni indegradabili nell'ambito della Cedu.

⁵² Per il concetto e la rappresentazione della condizione di illiceità del potere pubblico rispetto alla violazione del diritto, per tutti, ALB. ROMANO, *Amministrazione, principio di legalità e ordinamenti giuridici*, cit., 1999.

Altre e importanti ipotesi, che sono quelle che si riscontrano nell'ambito della realizzazione delle opere pubbliche, non sono invece regolate: si pensi ai danni alla salute suscettibili di derivare dallo svolgimento (o dall'autorizzazione) da parte dell'amministrazione di attività pericolose, o di realizzazione di opere sulla base del principio di precauzione (il quale, com'è noto, non esclude lo svolgimento di qualsiasi azione rischiosa ma solo di quelle per le quali, sulla scorta di un'istruttoria tecnica e di un procedimento partecipato, emerga un rischio inaccettabile, in quanto non solo *possibile* ma anche *probabile*⁵³); ovvero ancora alle possibili compressioni dei diritti fondamentali nelle situazioni di emergenza.

In tutte queste ipotesi in cui il diritto fondamentale cede di fronte ad esigenze superiori, viene in rilievo il problema della responsabilità da atto lecito dell'amministrazione.

Se in talune ipotesi, come nel caso delle vaccinazioni obbligatorie o dell'ingiusta detenzione, la legge prevede forme di ristoro del danno patito, oltre le ipotesi tipiche sussiste un principio generale che importa la necessaria riparazione del danno inferito ai diritti fondamentali nel loro nucleo essenziale in vista dell'interesse generale?

Si tende oggi a superare le tradizionali posizioni ancorate all'idea della necessaria tipicità delle ipotesi di responsabilità da atto lecito.

Innanzitutto è l'attuale piena riparazione del diritto patrimoniale sacrificato in vista di interessi pubblici che stride con la mancata riparazione dei diritti non patrimoniali.

E, se per i diritti patrimoniali a tale conclusione si è giunti, come si è visto, per l'intervento delle Corti sovranazionali, per ciò che riguarda i diritti non patrimoniali le compressioni che sono state ad oggi portate all'attenzione delle Corti sopranazionali sono state sinora qualificate come illeciti, in ragione della condotta dello Stato gravemente violativa dei margini di discrezionalità concessi dalla normativa comunitaria⁵⁴.

Sulla necessaria riparazione dei diritti non patrimoniali il *leading case* è al momento costituito dalla sentenza della Corte costituzionale in materia di trattamenti sanitari obbligatori, che ha ritenuto costituzionalmente illegittima la mancata previsione di un "equo ristoro" delle lesioni del diritto alla salute⁵⁵; altrimenti ragionando, prosegue la Corte, «*finirebbe con l'essere sacrificato il contenuto minimale proprio del diritto alla salute a lui garantito*»: la previsione dell'indennizzo diviene così condizione di legittimità costituzionale del trattamento sanitario obbligatorio che esponga al rischio la salute dei sottoposti.

Sulla base di questo orientamento della Corte nessuno più dubita che anche riguardo agli

⁵³ Sul punto, e per ogni svolgimento del principio, v. F. DE LEONARDIS, *Il principio di precauzione nell'amministrazione del rischio*, Milano, 2005 ed *ivi* ogni ulteriore indicazione.

⁵⁴ Si v. in questo senso la giurisprudenza sopra esaminata della Corte di Giustizia e della C.edu in materia di rifiuti.

⁵⁵ "Salvo che per quelle sole conseguenze che, per la scarsa temporaneità e scarsa entità, appaiano normali in ogni intervento sanitario e pertanto tollerabili" (C.Cost. n. 307/90).

altri diritti fondamentali non patrimoniali valga un generale principio indennitario.

L'unico dubbio in proposito riguarda il *modus operandi* del principio. Le tesi prevalenti in giurisprudenza tengono ferma l'idea della tipicità delle ipotesi e, con essa, la necessità di far valere la sua violazione nell'ambito del giudizio di legittimità costituzionale⁵⁶.

Nelle applicazioni di maggiore apertura, prevalenti in dottrina, la garanzia indennitaria è invece estesa oltre le ipotesi tipiche in via interpretativa⁵⁷. Che debba sussistere un sistema di tutela atipica pur di fronte ad attività lecite sembra del resto l'unica soluzione coerente con la rilevanza multilivello dei diritti fondamentali: è evidente infatti che la responsabilità da atto lecito costituisce il necessario risvolto di effettività di tali diritti, che rimarrebbero altrimenti un mero *nomen* al cospetto del potere pubblico e dei prevalenti interessi della collettività.

5. Responsabilità da atto lecito e lesione del nucleo essenziale dei diritti fondamentali. Il *quantum* della riparazione.

L'affermazione di un necessario ristoro del diritto fondamentale leso dall'azione pubblica apre il non secondario problema, generalmente non percepito, relativo al *quantum* della riparazione. Sussiste in proposito una discrezionalità nella determinazione dell'entità della misura riparatoria?

Per i diritti patrimoniali, la C.edu, secondo percorsi noti, ha escluso tale discrezionalità, imponendo al nostro legislatore l'effettiva compensazione dell'utilità patrimoniale ablata.

Con riguardo ai diritti non patrimoniali prevale, invece, in dottrina e in giurisprudenza l'opposta tesi della discrezionalità del legislatore e della pubblica amministrazione nella definizione della misura indennitaria.

Significativa in proposito è la posizione della Corte costituzionale in materia di vaccinazioni che, nell'affermare la doverosità della riparazione, si riporta a un modello indennitario pubblicistico, evocando, per esso, un fondamento solidaristico alternativo alla responsabilità e alla tutela (piena) del diritto. Ad avviso della Corte, «*in un contesto di irrinunciabile solidarietà ... la misura indennitaria appare per se stessa destinata non tanto, come quella risarcitoria, a riparare un danno ingiusto, quanto piuttosto a compensare il sacrificio individuale ritenuto corrispondente a un vantaggio collettivo: sarebbe, infatti, irragionevole che la collettività possa, tramite gli organi competenti, imporre o anche solo sollecitare comportamenti diretti alla protezione della salute pubblica senza che essa poi non debba reciprocamente rispondere delle conseguenze*

⁵⁶ Sul punto v. P. TROIANO, *La c.d. responsabilità della P.A. per atti leciti*, cit., 177 ss.

⁵⁷ Si fa riferimento alle pronunce dei giudici di merito che hanno interpretato estensivamente le pronunce della Corte costituzionale in materia di vaccinazioni incentivate, riconoscendo il diritto all'indennizzo, ex art. 1, l. n. 210/ 1992, a fronte di danni derivanti da vaccinazioni incentivate ma diverse da quelle specificamente oggetto delle pronunce della Corte costituzionale, v. le sentenze, del Trib. Milano, 13 dicembre 2007, Corte App. Campobasso, 12 giugno 2006, Corte App. Sassari, 5 agosto 2004, tutte citate dal Tribunale di Ancona 21 dicembre 2010 n. 214 (ordinanza di rimessione della sent. n. 107/2012).

pregiudizievoli per la salute di coloro che si sono uniformati»⁵⁸.

Su queste basi si è aperta, riguardo alla salute, la medesima stagione di indennizzi minimi che, fino agli interventi della Cedu, si era conosciuta riguardo al diritto di proprietà.

E si è circoscritto, anche qui, il sindacato di legittimità della Corte alla verifica della ragionevolezza delle scelte del legislatore, suscettibile di motivarsi anche su esigenze di contenimento della spesa pubblica, con il solo limite dell'*irrisorietà*, configurabile solo «*in quanto esso risultasse tanto esiguo da vanificare, riducendolo a un nome privo di concreto contenuto, il diritto all'indennizzo stesso*»⁵⁹.

Siffatta costruzione che, pur affermando il carattere fondamentale del diritto alla salute, ha finito per delinearne, anche nel suo nucleo essenziale, una fisionomia di diritto finanziariamente condizionato, non sembra accettabile per una molteplicità di ragioni.

Emerge innanzitutto l'ovvio paragone con il percorso compiuto dalla stessa Corte costituzionale in materia di indennità di esproprio e cioè in relazione ad un diritto che nell'ordine valoriale della nostra Costituzione è senz'altro subordinato ai diritti fondamentali non patrimoniali, quali la vita e l'integrità psico-fisica.

La particolare rilevanza dei diritti fondamentali e la loro piena dignità nei confronti del potere pubblico pur legislativo conducono anch'esse ad un pieno ristoro. Il quale si radica nell'effettività di quei diritti, di cui pur si consente eccezionalmente il sacrificio in vista della necessaria realizzazione di superiori interessi generali: rispetto a tali diritti e alla effettività del loro riconoscimento, è infatti del tutto indifferente, a fronte della lesione del loro nucleo essenziale, ogni considerazione in termini di legittimità o illegittimità della scelta, di sussistenza o insussistenza della colpa dell'amministrazione o di ulteriori connotazioni di anti-giuridicità dell'attività lesiva. La legittimità della scelta non può in altri termini fondare in capo al soggetto leso l'imposizione di oneri o evocare doveri di solidarietà che, oltre alla sopportazione della perdita del diritto nella sua identità, includano anche la rinuncia al succedaneo dato dal ristoro del pregiudizio.

Il principio di uguaglianza conduce infine ad affermare la necessità di una piena riparazione del diritto fondamentale sacrificato, quale strumento per ristabilire

⁵⁸ C. Cost. n. 107/2012.

⁵⁹ La sentenza cui deve ricondursi l'*incipit* di questa lettura restrittiva dell'indennizzo è la n. 27/98. Se nella precedente sentenza 118/1996 la Corte aveva riconosciuto che, pur nel carattere equitativo della misura, questa avrebbe dovuto «*tenere conto di tutte le componenti del danno stesso*», ora il carattere equitativo diverrà poi «*discrezionale*», «*com'è possibile*» con il solo limite dell'*irrisorietà*. Nelle successive pronunce la Corte, confermerà l'impianto, che ad oggi non risulta messo in discussione. Ancora da ultimo, con sent. 104/2012 la Corte riafferma l'assunto di base: «*In un contesto di irrinunciabile solidarietà ... la misura indennitaria appare per se stessa destinata non tanto, come quella risarcitoria, a riparare un danno ingiusto, quanto piuttosto a compensare il sacrificio individuale ritenuto corrispondente a un vantaggio collettivo*». In senso di assoluta critica per la costruzione solidaristica del modello che di fatto oblitera il richiamo al diritto alla salute si v. S. MANGIAMELI, *Il contributo dell'esperienza costituzionale italiana alla dommatica europea della tutela dei diritti fondamentali*, in *Consulta on line*, 2006, nota 190; R. CARANTA, *Danni da vaccinazione e responsabilità dello Stato*, in *Resp. civ. e prev.*, 1998, 6, 1352; F. GIARDINA, *Vaccinazione obbligatoria, danno alla salute e «responsabilità» dello Stato*, in *Giur. cost.*, 1990, 1880 ss..

l'equilibrio tra consociati a fronte dell'azione pubblica, colmando disuguaglianze altrimenti intollerabili, per la loro afferenza a diritti fondamentali. In questo senso essa si connette alla posizione istituzionale dell'Amministrazione quale stanza di compensazione del rischio-costo delle attività pubbliche in vista della sua redistribuzione tra tutti i contribuenti sulla base dei criteri costituzionali della partecipazione alle spese pubbliche e che superino il criterio puramente casuale, di lasciare il costo dell'interesse generale sul singolo soggetto colpito dalla scelta pubblica⁶⁰.

Concorre infine, con riguardo alle attività pericolose, a fondare una piena responsabilità da atto lecito della p.a. il criterio del rischio-pericolo, che addossa all'amministrazione la responsabilità di quelle scelte precauzionali che si rivelino poi foriere di danni. Il quale trova peraltro la sua disciplina nell'art. 2050 c.c. che, in una interpretazione costituzionalmente orientata, dovrebbe senz'altro estendersi a coprire i rischi generati, nelle loro attività precauzionali, da organizzazioni pubbliche complesse⁶¹, e ad includere anche il cd. rischio da sviluppo scientifico⁶².

Si impone così, secondo queste direttive, la revisione delle letture che, nel nostro sistema, ad oggi fondano sulla *solidarietà* (soprattutto, di là da declamazioni, del danneggiato verso la collettività) la sopportazione della lesione arrecata ai diritti fondamentali nel processo di realizzazione di opere pubbliche.⁶³ Con riguardo ad interventi che arrecano un vantaggio collettivo, la *solidarietà*, che già fonda la sopportazione del sacrificio del diritto individuale per l'interesse pubblico (il quale nell'ipotesi di attività lecite non è riparabile in forma specifica) non può essere richiamata per escludere o limitare la riparazione dei diritti fondamentali lesi in un'ottica di irresponsabilità o di speciali privilegi né, tantomeno, di contenimento della spesa pubblica⁶⁴ - non certo predicabile a

⁶⁰ In questo senso v. le riflessioni di Alb. Romano, *Giurisdizione amministrativa e limiti della giurisdizione ordinaria*, cit., 289 il quale osserva che i danni causati dall'amministrazione «ricadono sempre sui cittadini; quel che è in gioco è quali siano i cittadini che ne risentano», se cioè essi debbano gravare «esclusivamente sui cittadini ... colpiti dall'atto amministrativo» o se invece non debba procedersi, attraverso l'ampliamento della risarcibilità, ad una «compensazione a carico della finanza pubblica» e cioè a riferirli a «ciascun contribuente» giungendo ad una «socializzazione ... del rischio da illegittimità amministrativa». La responsabilità dell'amministrazione tenderebbe, in tal modo, a gravare del rischio «il dominus dell'Amministrazione che ha provocato il danno: ... quella società che non può non vedere sempre più chiaramente in questa un proprio strumento ed una propria espressione». Fondamentale è al riguardo l'impostazione data al problema nel diritto francese, per la quale si v. la chiara esposizione di M. WALINE, *Droit administratif*, Paris, 2008, 474 ss. e di R. CHAPUS, *Droit administratif général*, Paris, 1997, 1197 ss.

⁶¹ Sull'assunzione di responsabilità connessa alla scelta discrezionale si v. E. CANNADA BARTOLI, *Introduzione alla responsabilità della pubblica amministrazione in Italia*, in *La responsabilità della pubblica amministrazione* a cura di E. Cannada Bartoli, Torino, 1976, 28, che tuttavia riconduce il rischio «al tema della colpa, della diligenza». Sul punto per il rilievo del rischio e la sua connessione con il principio di precauzione, CONSEIL D'ÉTAT, *Rapport public, 2005, Responsabilité et socialisation du risque*, Paris, 2005. Sulle modalità e l'ampiezza dell'assunzione del rischio nelle scelte pubbliche, F. DE LEONARDIS, *Il principio di precauzione*, cit.

⁶² Sul punto M. FRANZONI, *L'illecito*, cit.

⁶³ Rispetto alla pluralità di significati che il riferimento alla solidarietà può assumere si v. le attualissime osservazioni di E. CANNADA BARTOLI, *Introduzione alla responsabilità della pubblica amministrazione in Italia*, cit.

⁶⁴ Sul punto si v. G. ZAGREBELSKY, *Problemi in ordine ai costi delle sentenze costituzionali*, in AA.VV., *Le sentenze della Corte costituzionale e l'art. 81, u.c., della Costituzione*, Milano, 1993, 123 ss.

fronte di lesioni serie dei diritti della persona. Un simile ordine argomentativo, in quella che è stata efficacemente definita «*l'ora dei diritti*»⁶⁵, non può essere senz'altro accolto. Senz'altro esso non appare più ammissibile in contesti sovranazionali che si fondano sul primato della persona e che ormai da tempo hanno avviato un percorso teso ad imporre agli Stati l'effettivo rispetto dei suoi diritti fondamentali.

6. L'opera pubblica nociva oltre il contenuto essenziale del diritto: dalla responsabilità al principio compensativo.

Diverso è invece il discorso per quei casi in cui dalla realizzazione dell'opera pubblica non derivi una grave e seria lesione del diritto nella sua essenza.

Oltre il suo nucleo essenziale il diritto fondamentale vive in un regime ordinario di possibile bilanciamento rispetto ad opposti interessi e ciò sia nella sua dimensione di pretesa a prestazioni positive (che possono essere rifiutate in relazione ai limiti organizzativi e finanziari del settore pubblico) sia nella sua dimensione di pretesa all'astensione da comportamenti lesivi posti in essere, per la cura di interessi generali, dall'amministrazione o da soggetti privati da questa autorizzati⁶⁶.

Qui la possibilità di imporre sacrifici anche a diritti fondamentali, quali la salute, sembra connaturata al pluralismo che caratterizza il nostro ordinamento costituzionale e alla dimensione relazionale di tutti i diritti, valevole oltre che nei loro reciproci rapporti anche rispetto agli interessi generali della collettività⁶⁷. Emerge, quindi, la possibilità per il legislatore di attuare tale dimensione conformando limitativamente il diritto ed eventualmente attribuendo all'amministrazione poteri discrezionali in ordine al bilanciamento tra le opposte istanze.

In questi ambiti la tutela del diritto (sia di fronte al legislatore che all'amministrazione) si fonda dunque sull'applicazione dei principi procedurali e sostanziali che garantiscono la correttezza del bilanciamento. Ma su questo piano, che pur impone un rigoroso test di adeguatezza e di necessità dell'azione pubblica verificate nel confronto tra tutte le parti interessate⁶⁸, tale tutela sembra tuttavia anche esaurirsi generando, non di rado, un

⁶⁵ M. CARTABIA, *L'ora dei diritti fondamentali nell'Unione europea*, in *I diritti in azione* (a cura di M. Cartabia), cit.

⁶⁶ Si noti che, fuori dal *nucleo essenziale*, per le posizioni pretensive, la Cass. ha rinvenuto «una situazione soggettiva di interesse legittimo stante la discrezionalità riconosciuta all'autorità amministrativa di soddisfare tempestivamente le esigenze del richiedente scegliendo tra le possibili opzioni praticabili - anche attraverso un'opportuna integrazione tra le potenzialità delle strutture pubbliche con quelle private convenzionate - la soluzione reputata più adeguata alla finalità di piena efficienza del servizio sanitario» (Cass., sez. un., 1agosto 2006, n. 17461).

⁶⁷ D. MESSINEO, *La garanzia del "contenuto essenziale" dei diritti fondamentali*, cit.

⁶⁸ Si noti che in questi ambiti (ambiente e salute) la partecipazione assume connotazioni diverse rispetto agli omologhi istituti riferibili ad altri settori. Sia per i principi cui si riferiscono (di democrazia partecipativa) sia per il regime. La norma di base è la Convenzione di Aarhus, stipulata ad Aarhus (Danimarca) il 25 giugno 1998 e ratificata con l. n. 108/2001; è noto che tale convenzione impone elevati *standard* partecipativi per tutte le decisioni (anche legislative) riguardanti attività che possono avere effetti significativi sull'ambiente. Essa innanzitutto non pone limiti soggettivi: ammette alla partecipazione il *pubblico interessato* a prescindere da qualificazioni più o meno formali. Essa inoltre indirizza la

percettibile senso di ingiustizia e connessi conflitti istituzionali e sociali⁶⁹.

Invero, anche a questo proposito sembrano oggi prospettabili ulteriori sviluppi, da inquadrarsi nella rappresentazione di due possibili scenari: quello delle limitazioni generali e quindi generalmente conformative del diritto (si pensi, ad esempio, all'introduzione di un vincolo di carattere ambientale) e quello delle limitazioni singolari, che non conformano in via generale il diritto, ma pongono sacrifici individuali.

E' questa infatti l'area del cd. *margin di apprezzamento* evocato, in ordine ai diritti protetti dalla Cedu, dalla Corte di Strasburgo⁷⁰; è qui che la Costituzione ammette il legislatore a definire il contenuto e i limiti del (pur fondamentale) diritto (ulteriori rispetto alla sua *essenza*) ed il suo regime e consente che siano conferiti, in relazione a bilanciamenti che richiedano una concreta ponderazione delle situazioni, i relativi poteri discrezionali o tecnici all'amministrazione. E in tale area, se a fronte di conformazioni generali del diritto, che riguardano indistintamente tutti i suoi portatori, non sembra porsi un problema di cd. responsabilità da atto lecito, tale problema sembra invece emergere riguardo ai sacrifici individuali, che discriminano un singolo (o un gruppo) rispetto agli altri.

E' questo un problema che affiora di frequente nei contesti attuativi delle scelte pubbliche ineguali (si pensi alla localizzazione di un impianto a rischio di incidente rilevante⁷¹), e

partecipazione non al procedimento amministrativo ma ai *processi decisionali*: alla *decisione pubblica*, alla *elaborazione* di piani, programmi, politiche, alla *elaborazione* di norme; e a tal fine pretende che la partecipazione si espliciti quando tutte le opzioni sono ancora possibili. E non si esaurisce nel passivo consentire la partecipazione degli interessati ma implica un'attività volta al coinvolgimento del pubblico nelle decisioni. Si segnala peraltro che tali pretese partecipative sono oggi rafforzate sia dall'adesione dell'Unione Europea alla convenzione sia dalla loro trasformazione in *diritti dell'uomo*, suscettibili di essere fatti valere innanzi all'omonima Corte Europea. La chiave formale utilizzata per far entrare queste pretese nell'ambito di applicazione della Convenzione Europea dei Diritti dell'Uomo è l'articolo 8, secondo cui ogni persona ha il diritto al rispetto della propria vita privata, familiare, del proprio domicilio e della propria corrispondenza, e, aggiunge il secondo comma, in tali ambiti non può esservi ingerenza dell'autorità pubblica. Così nel 2009 la Corte europea ha chiamato in causa proprio la Convenzione di Aarhus in merito alle immissioni di cianuro confluite nel Danubio nel noto disastro del 2000 (C.edu, *Tatar contro Romania* 27 gennaio 2009). In questa circostanza la Corte ha ritenuto che la Romania avesse violato l'articolo 8 della Carta perché erano stati violati gli obblighi di informazione preventiva relativamente allo stabilimento dal quale si era generato l'incidente.

⁶⁹ Come recentemente segnalato, «a fine 2009, sono almeno 283 le opere pubbliche oggetto di contestazione, quasi un centinaio in più rispetto a quelle censite nel 2005. La stragrande maggioranza di esse afferisce al settore elettrico e, all'interno di questo, con ben 133 casi, agli impianti per la produzione di energia. Più della metà - ma solo per il maggior numero di progetti presentati - è rilevata nelle regioni del Nord, mentre le altre si distribuiscono equamente tra quelle del Centro e del Sud. L'opposizione è espressa per lo più da movimenti di cittadini (il 40,7%) e da enti territoriali (31,4%), in particolare comuni (23,8%). Alla base, vi sono principalmente ragioni legate all'impatto ambientale (26,1%) e alle carenze procedurali, soprattutto nel coinvolgimento degli interessati (17,9%)» (A. TONETTI, *Localizzazione e consenso nel programma di rilancio del nucleare in Italia*, in *Giorn. dir. amm.*, 2011, 5).

⁷⁰ P. TANZARELLA, *Il margine di apprezzamento*, cit.

⁷¹ Per una riflessione sugli analoghi problemi suscitati dalle scelte riguardanti (all'opposto) l'allocazione di risorse scarse «quando beni quali la vita e la morte o la verità e l'uguaglianza siano in gioco» si v. G. CALABRESI, P. BOBBIT, *Tragic Choices*, Norton & Co., New York, 1976 (*Scelte tragiche*, trad. it. a cura di C. M. Mazzoni e V. Varano, Milano 1986; II ed. a cura di V. Grambi, Milano, 2006).

che emerge dalla realtà dei conflitti sociali e istituzionali che ne derivano.

Vengono qui in rilievo come oggetti di una compensazione ormai avvertita come necessaria i degradi ambientali, l'esposizione a rischi, i sacrifici imposti ai diritti fondamentali dai poteri emergenziali⁷².

Qui il principio di piena responsabilità da atto lecito, riguardante le lesioni dell'essenza del diritto e riportabile al diritto comune, in relazione a compressioni di grado minore cede il campo ad un principio compensativo, di matrice pubblicistica.

In relazione a tali danni i correlativi doveri di riparazione hanno un fondamento diverso: affiorano, qui, a delimitare le condizioni di legalità dell'azione amministrativa fonte di sacrificio, quei principi generali, quali l'uguaglianza, la correttezza, la proporzionalità, il non abuso, il rispetto dell'altrui affidamento, che stemperano l'autoritatività e danno un nuovo volto di civiltà giuridica all'amministrazione⁷³. Ad essi, sembrerebbe doversi ricondurre un *principio di compensazione*, da intendersi quale sviluppo ulteriore di tale civiltà giuridica, rispondente ad una sua più matura concezione, intesa a rendere accettabile un sacrificio altrimenti inaccettabile, a rendere tollerabile una disuguaglianza altrimenti intollerabile, a rendere il diritto più mite anche nelle sue manifestazioni più severe⁷⁴.

E in tale risvolto, imprescindibile è il richiamo alla solidarietà che, in assenza di un vero e proprio danno ingiusto, impone di compensare il sacrificio individuale corrispondente a un vantaggio collettivo: sarebbe infatti contrario ai doveri costituzionali di solidarietà se la collettività si disinteressasse degli svantaggi sopportati da alcuni nell'interesse di tutti. Così come, per converso, sarebbe contrario ai medesimi doveri se la medesima collettività, correttamente compensata, si opponesse strenuamente alla realizzazione di un'opera che, pur degradando in certa misura l'ambiente e la sua salubrità, fosse necessaria al perseguimento di interessi generali correttamente ponderati nell'ambito di procedimenti aperti e ispirati alla ricerca del consenso e del compromesso tra le diverse istanze.

Non è un caso se proprio uno dei settori in cui si manifesta più prepotentemente tale esigenza compensativa – cioè l'ambiente – sia governato dal principio dello sviluppo sostenibile, che pone in primo piano proprio una regola di solidarietà e di uguaglianza non solo intergenerazionale ma anche – e soprattutto per ciò che qui rileva –

⁷² Sul punto si v. le osservazioni di R. CAVALLO PERIN, *Il diritto amministrativo dell'emergenza per fattori esterni all'amministrazione pubblica*, cit.

⁷³ Per la rappresentazione del quale ALB. ROMANO, *Amministrazione, principio di legalità e ordinamenti giuridici*, cit., 111 ss.

⁷⁴ Sul punto, oltre a rinviarsi alla suggestiva idea di Gustavo ZAGREBSKY (*Il diritto mite. Legge, diritti, giustizia*, Torino, 1997), v. S. COGNETTI, *Principio di proporzionalità: profili di teoria generale e di analisi sistematica*, Torino, 2011, 228 ss.

infragenerazionale⁷⁵.

La legislazione e la prassi dell'amministrazione sembrano avvertire infatti proprio in questo settore l'esigenza che l'eventuale sacrificio imposto al singolo o ad una specifica collettività locale sia compensato (il che non vuol dire *monetizzato*); e sembrano ricondurre tale esigenza proprio alla necessità di ripristinare la corretta proporzionalità dell'azione amministrativa.

Compaiono così nelle leggi, sempre più di frequente, previsioni di possibili compensazioni del danno ambientale, generato alla collettività locale cui è imposto il sacrificio.

In questa sua componente ambientale e collettiva compensazione vuol dire innanzitutto ripristino, per quanto possibile, dell'ambiente degradato. Così, a questo fine, il d.l. n. 90/2008, a proposito dei rifiuti campani, ha previsto lo stanziamento di un fondo per le misure compensative⁷⁶. Misure compensative sono poi previste in materia energetica⁷⁷, anche nel settore delle rinnovabili⁷⁸, del nucleare⁷⁹, del gas⁸⁰). Ancora, misure compensative sono contemplate in relazione alle infrastrutture strategiche nazionali⁸¹. Più

⁷⁵ Sulla duplice dimensione di tale principio v. P. DELL'ANNO, *Principi di diritto ambientale europeo e nazionale*, Milano, 2004; per un generale inquadramento del principio tra etica e diritto, F. FRACCHIA, *Lo sviluppo sostenibile. La voce flebile dell'altro tra protezione dell'ambiente e tutela della specie umana*, cit.

⁷⁶ Per tali interventi di compensazione ambientale e bonifica, concordati prima in sede di accordo di programma tra le parti e poi dotati di una provvista finanziaria e di una copertura di legge, v., gli artt. 9, co. 7 e 11 del d.l. 90/2008.

⁷⁷ Si v. l'art. 1, comma 4, lett. f), della legge n. 239/2004 (*Riordino del settore energetico, nonché delega al Governo per il riassetto delle disposizioni vigenti in materia di energia*), il quale dispone che: «Lo Stato e le regioni, al fine di assicurare su tutto il territorio nazionale i livelli essenziali delle prestazioni concernenti l'energia nelle sue varie forme e in condizioni di omogeneità sia con riguardo alle modalità di fruizione sia con riguardo ai criteri di formazione delle tariffe e al conseguente impatto sulla formazione dei prezzi garantiscono: [...] f) l'adeguato equilibrio territoriale nella localizzazione delle infrastrutture energetiche, nei limiti consentiti dalle caratteristiche fisiche e geografiche delle singole regioni, prevedendo eventuali misure di compensazione e di riequilibrio ambientale e territoriale qualora esigenze connesse agli indirizzi strategici nazionali richiedano concentrazioni territoriali di attività, impianti e infrastrutture ad elevato impatto territoriale».

⁷⁸ Le misure compensative, in prima battuta escluse dalla legge nel settore delle energie rinnovabili (e, in particolare, dall'art. 1, comma 4, lett. f, della legge n. 239/2004), sono state reinserite per mano della Corte costituzionale che ha dichiarato l'illegittimità dell'esclusione (C. cost., n. 383/2005).

⁷⁹ Sul punto si v. sia l'art. 4 del d.l. n. 314/2003, per il deposito nucleare; sia il d.lgs. n.31/2010 che, sino all'abrogazione referendaria, prevedeva sia un'articolata disciplina delle compensazioni sia delle tecniche consensuali e partecipative per la risoluzione del conflitto sociale e istituzionale, su cui si v. A. TONETTI, *Localizzazione e consenso nel programma di rilancio del nucleare in Italia*, cit.

⁸⁰ Si v. l'art. 2, c. 558 - 560, l. n. 244/2007, per i siti di stoccaggio del gas.

⁸¹ E cioè alle opere di cui alla legge obiettivo per le quali si prevede che il progetto evidenzia, anche «con apposito adeguato elaborato cartografico, le aree impegnate, le relative eventuali fasce di rispetto e le occorrenti misure di salvaguardia, dovrà inoltre indicare ed evidenziare anche le caratteristiche prestazionali, le specifiche funzionali ed i limiti di spesa dell'infrastruttura da realizzare, ivi compreso il limite di spesa per le eventuali opere e misure compensative dell'impatto territoriale e sociale comunque non superiori al 5 per cento dell'intero costo dell'opera e dovrà includere le infrastrutture ed opere connesse, necessarie alla realizzazione; dalla percentuale predetta sono esclusi gli oneri di mitigazione di impatto ambientale individuati nell'ambito della procedura di v.i.a.» (così l'art. 3, co. 3, d. lgs. n. 190/2002, come modificato dall'art. 2, d. lgs. n. 189/2005 ed ora confluito nell'art. 165, c. 3 d.lgs. n. 163/2006).

in generale si riferiscono alle misure compensative come elementi necessari dello studio d'impatto ambientale e del rapporto ambientale la disciplina rispettivamente della valutazione d'impatto ambientale, della valutazione d'impatto strategica⁸² e della valutazione di incidenza ai sensi della cd. direttiva habitat⁸³. Quest'ultima in particolare è particolarmente eloquente in ordine alla funzione del principio di compensazione laddove prevede che *«qualora, nonostante conclusioni negative della valutazione dell'incidenza sul sito e in mancanza di soluzioni alternative, un piano o progetto debba essere realizzato per motivi imperativi di rilevante interesse pubblico, inclusi motivi di natura sociale o economica, lo Stato membro adotta ogni misura compensativa necessaria per garantire che la coerenza globale di Natura 2000 sia tutelata. Lo Stato membro informa la Commissione delle misure compensative adottate»*⁸⁴.

Le misure compensative hanno cioè la funzione di ristabilire un equilibrio violato, consentendo così un'azione altrimenti illegittima: si prevede cioè che *«l'eventuale esito negativo della valutazione di incidenza, in assenza di soluzioni alternative, possa essere superato mediante la previsione di misure compensative»*⁸⁵.

Anche l'urbanistica, da sempre considerata terreno di un'insuperabile disuguaglianza⁸⁶, data dalla *penna* del pianificatore, si apre oggi ad una più radicale attuazione della proporzionalità delle sue scelte attraverso l'affinarsi della tecniche perequative e il loro volgersi ad una duplice ed equa distribuzione: che riguarda, da un lato, la parità di trattamento tra i proprietari, nella distribuzione di diritti edificatori nascenti dalla

⁸² Si v. sul punto la dir. 85/337/CEE, art. 5 e dir. 2001/42/CE, art. 5 in combinato con il relativo all.1.

⁸³ Si tratta della dir. 92/43/CEE relativa alla conservazione degli habitat naturali e seminaturali e della flora e della fauna selvatiche.

⁸⁴ Così l'art. 6, par. 4, dir. 92/43/CEE. Sull'interpretazione della norma v., da ultimo, Corte di Giustizia, *Marie-Noëlle Solvay e a. c. Région wallonne*, 12 febbraio 2012, C-182/10 in cui si afferma che *«L'articolo 6, paragrafo 4, della citata direttiva, in quanto disposizione derogatoria rispetto al criterio di autorizzazione previsto dal secondo periodo del paragrafo 3 del citato articolo, dev'essere interpretato restrittivamente (v. sentenza del 20 settembre 2007, Commissione/Italia, cit., punto 82). Esso può applicarsi soltanto dopo che gli effetti di un piano o di un progetto siano stati analizzati conformemente all'articolo 6, paragrafo 3, della direttiva «habitat». Infatti, la conoscenza di tali effetti, con riferimento agli obiettivi di conservazione relativi al sito in questione, costituisce un presupposto imprescindibile ai fini dell'applicazione di detto articolo 6, paragrafo 4, dato che, in assenza di tali elementi, non può essere valutato alcun requisito di applicazione di tale disposizione di deroga. L'esame di eventuali motivi imperativi di rilevante interesse pubblico e della questione se sussistano alternative meno dannose richiede, infatti, una ponderazione del pregiudizio che deriverebbe al sito dal piano o dal progetto previsti. Inoltre il pregiudizio del sito dev'essere identificato con precisione, al fine di poter stabilire il tipo delle eventuali misure compensative»*.

⁸⁵ TAR Molise, sez. I, n. 52/2011. Sul punto v. TAR Lombardia, sez. III, n. 765/2011, che riconduce all'affidamento la previsione di compensazioni disposte dall'Autorità per l'energia elettrica e il gas in favore dei venditori cui erano state imposte determinate misure (eliminazione della cd. *soglia di invarianza* con incidenza su contratti pendenti) per contenere i prezzi nei confronti degli utenti. La legittimità di tali misure è stata infatti fondata sia sui possibili limiti all'attività economica in funzione di esigenze di utilità sociali sia alla previsione *«di strumenti compensativi diretti proprio ad evitare che gli oneri derivanti da tale eliminazione possano restare a carico degli operatori della filiera, sicché le misure compensative rappresentano uno strumento idoneo a salvaguardare l'affidamento degli operatori ... il meccanismo compensativo previsto ... serve proprio ad impedire che il venditore grossista possa sopportare definitivamente gli oneri correlati alla eliminazione della soglia di invarianza»*.

⁸⁶ Per tutti, P. STELLA RICHTER, *Profili funzionali dell'urbanistica*, Milano, 1984.

pianificazione e degli oneri derivanti dalla realizzazione delle dotazioni territoriali; e che, dall'altro, secondo le più recenti esperienze, assume le forme di una perequazione diffusa tra tutti i membri della collettività attuata attraverso il prelievo di una parte della cd. rendita fondiaria, vale a dire della plus-valenza occasionata dalle scelte pianificatorie, e nella sua destinazione in favore del pubblico (attraverso la realizzazione di opere o servizi pubblici o l'acquisizione delle relative aree)⁸⁷.

Di là dalle discussioni e dagli ampi problemi generati da simili modelli perequativi, la giurisprudenza ne ha di recente riconosciuto la legittimità, valorizzando non solo la potestà pianificatoria comunale ma anche la possibilità di ricorrere a strumenti privatistici e consensuali per il perseguimento dell'interesse pubblico ad una più completa ed equilibrata gestione del territorio⁸⁸. Anche l'urbanistica (quasi più che l'ambiente in senso stretto) si appresta così a divenire strumento di sviluppo sostenibile (nei suoi tre pilastri economico, sociale e ambientale) e ad accogliere, quale risvolto della proporzionalità delle scelte pianificatorie, un principio compensativo, soprattutto degli svantaggi imposti ad alcune zone in vista del vantaggio generale⁸⁹.

Nuove forme compensative affiorano poi nella prassi. La quale riguarda svariati settori, tra cui il settore delle ordinanze contingibili e urgenti, che possono determinare la temporanea compressione di tutti i diritti costituzionalmente garantiti⁹⁰, il settore dell'esecuzione di lavori pubblici e il settore della realizzazione di grandi opere pubbliche. Qui, in particolare, la compensazione dei sacrifici imposti è derivata, pragmaticamente, dalla necessità di attuare decisioni di localizzazione bloccate, in via di fatto, dall'opposizione di collettività ed enti locali. Si noti che i conflitti che si sono avuti in questi ambiti sono stati accentuati dal mancato coinvolgimento delle collettività colpite dagli svantaggi delle opere nei procedimenti decisionali: si tratta di procedimenti generalmente avvocati al livello territoriale più elevato, semplificati e accelerati e privi di momenti partecipativi (o con fasi partecipative compresse): e ciò non solo nel caso di situazioni di emergenza⁹¹. La ragione dell'esclusione è ovvia, poiché il coinvolgimento

⁸⁷ P. STELLA RICHTER, *La perequazione urbanistica*, in *Riv. giur. ed.*, 2005, 169 ss.; ID., *Natura ed efficacia dei piani regolatori*, cit.; P. MANTINI, *Scenari evolutivi del diritto urbanistico*, in *Riv. giur. ed.*, 1995, 111 ss.; S. AMOROSINO, *A.M. Sandulli e il regime dei suoli: un riformista non sufficientemente riconosciuto*, in *Dir. soc.*, 2006, 1 ss.; A. POLICE, *Gli strumenti di perequazione urbanistica: magia evocativa dei nomi, legalità ed effettività*, in *Riv. giur. ed.*, 2004, 3 ss.; P. URBANI, *I problemi giuridici della perequazione urbanistica*, in *Riv. giur. urb.*, 2002, 587; ID., *Ancora sui principi perequativi e sulle modalità di attuazione nei piani urbanistici*, in *Riv. giur. urb.*, 2004, 509 ss.; E. BOSCOLO, *Dalla zonizzazione alla perequazione urbanistica (il caso del prg di Reggio Emilia)*, in *Riv. giur. urb.*, 2000, 22 ss.

⁸⁸ Il riferimento è al Cons. St., sez. IV., n. 4545/2010.

⁸⁹ Al riguardo, P. STELLA RICHTER, *La perequazione urbanistica*, cit.; ID., *Natura ed efficacia dei piani regolatori*, cit.; L. CASINI, *L'equilibrio degli interessi nel governo del territorio*, Milano, 2005.

⁹⁰ Sul punto si v. quanto osservato da R. CAVALLO PERIN, che segnala la questione, ricordando come «il potere di ordinanza di necessità ed urgenza in materia di riserve relative di legge è ricordato anzitutto come potere pubblico che sottrae a taluni, in via temporanea e d'eccezione, beni che l'ordinamento protegge con la definizione dei diritti soggettivi, ed è naturale in tali casi considerare che il sacrificio del singolo a favore della collettività sia compensato con il pagamento da parte dell'amministrazione di un congruo indennizzo» (*Il diritto amministrativo dell'emergenza per fattori esterni all'amministrazione pubblica*, cit., 777).

⁹¹ Si v. i procedimenti semplificati per l'approvazione di infrastrutture strategiche di preminente interesse nazionale, per le quali si v. ora gli artt. 161 ss. del d.lgs. 163/2006 (codice dei contratti pubblici); sul punto

dei naturali *oppositori* delle decisioni potrebbe determinarne il blocco, visto ora in termini di «*tragedia*» o di «*trappola*»⁹².

Tuttavia è evidente come in tal modo la «*tragedia*» non venga realmente evitata ma solo rimandata. Le collettività locali, escluse dalle fasi di decisione, tendono ad imporre il loro punto di vista in fase di esecuzione: ricorrono a blocchi e proteste e chiedono in tal modo di partecipare alle decisioni e di essere compensate dagli svantaggi imposti per il bene comune. Non è un caso se proprio in relazione alla realizzazione delle opere pubbliche, soprattutto di quelle nocive, si siano sviluppati interessanti filoni di ricerca relativi sia alla tipologia e alla natura delle forme compensative, sia all'equità, nelle sue dimensioni di equità sostanziale⁹³ e procedurale⁹⁴.

A fronte della complessità e della delicatezza delle scelte compensative emergono tutti principi⁹⁵ anche di ordine procedimentale che governano lo svolgimento dell'autonomia dell'amministrazione⁹⁶ e che la radicano oggi in contesti di democrazia partecipativa,

A. TONETTI, *La partecipazione nelle procedure di localizzazione di opere pubbliche: il caso italiano*, in *E' possibile realizzare le infrastrutture in Italia?*, cit, 168 ss. Si segnala al riguardo che alcune leggi regionali si collocano nella direzione dell'apertura alla partecipazione : istruttorie e inchieste pubbliche sono previste, almeno sulla carta, dalla l.r. Sardegna 22 agosto 1990, n. 40, art. 18; l.r. Abruzzo 3 marzo 1999, n. 11, art. 11; la l.r. Liguria 3 dicembre 2007 n. 39 afferma espressamente il principio della partecipazione degli enti e delle comunità locali nelle scelte relative alla realizzazione delle grandi opere infrastrutturali di interesse nazionale e regionale; da ultimo la plaudita l.r. Toscana 27 dicembre 2007, n. 69, con un'apertura ancor maggiore verso modelli di democrazia partecipativa, istituisce un'Autorità deputata ad assicurare la partecipazione pubblica e, tra le forme di tale partecipazione, tipizza il dibattito pubblico. Il problema, in parte superato dalla partecipazione nei procedimenti di valutazione di impatto ambientale, è in ogni caso attuale e riguarda tutti i procedimenti sottoposti alla disciplina ordinaria della conferenza di servizi di cui agli artt. 14 ss. l. n. 241/90, che non contempla la misure partecipative (diversamente ad es. dalle conferenze nel campo delle attività produttive per le quali il d.lgs. 160/2010 prevede la partecipazione degli interessati). Sui problemi della partecipazione dell'ambito dei procedimenti in conferenza di servizi sia consentito rinviare a E. SCOTTI, *La conferenza di servizi tra urbanistica e ambiente*, in *Riv. giur. urb.*, 2010, 295 ss.

⁹² M. HELLER, *The Tragedy of the Anticommons: Property in Transition from Marx to Markets*, cit.; F. SCHARPF, *The Joint Decision Trap: Lessons from German Federalism and European Integration* cit.; J. WALDRON, *Law and disagreement*. cit., 1998.

⁹³ Per uno stimolante inquadramento dei problemi della compensazione e dei diversi modelli in una prospettiva di analisi economica E. BAFFI, *Il problema delle noxious facility e le misure compensative*, in A. MACCHIATI, G. NAPOLITANO, *E' possibile realizzare le infrastrutture in Italia*, cit., 139 ss.

⁹⁴ Questa dimensione della partecipazione è oggi inquadrata in una prospettiva di *democrazia partecipativa* (su cui U. ALLEGRETTI, *Democrazia partecipativa*, e R. BIFULCO *Democrazia deliberativa*, entrambi in *Enc. dir. Annali*, 2011, *ad vocem*). In Italia tale sindrome è particolarmente accentuata poiché manca la regolamentazione sia di negoziazioni tra promotori dell'opera e popolazioni locali sia di procedure di partecipazione pubblica, come invece in Francia e in Inghilterra. Ma anche rispetto a queste procedure sussiste un forte criticismo circa la loro effettiva capacità inclusiva e circa la loro idoneità a risolvere ogni problema di democraticità e di accettazione di scelte di questo tipo (sulla questione, anche in un'ottica comparativa, v. S. CASSESE, *La partecipazione dei privati alle decisioni pubbliche. Saggio di diritto comparato*, in *Riv. trim. dir. pubbl.*, 2007, 13 ss.; L. CASINI, *L'inchiesta pubblica, analisi comparata*, in *Riv. trim. dir. pubbl.*, 2007, 43; ID., *La partecipazione nelle procedure di localizzazione delle opere pubbliche. Esperienze di diritto comparato*, in A. MACCHIATI, G. NAPOLITANO, *E' possibile realizzare le infrastrutture in Italia*, cit., 139 ss.

⁹⁵ Per un inquadramento generale della rilevanza dei principi v. R. CAVALLO PERIN, *I principi come disciplina giuridica del pubblico servizio tra ordinamento interno e ordinamento europeo*, cit.

⁹⁶ Su cui si v., da ultimo, ALB. ROMANO, *Conclusioni. Autoritarierà, consenso e ordinamento generale*, cit.

generando nuove *arene* ispirate alle logiche del consenso⁹⁷; i quali si impongono quale dimensione di legalità della misura compensativa⁹⁸.

La generale istanza compensativa può infatti assumere le più disparate connotazioni: di ripristino o mitigazione ambientale, di organizzazione di servizi pubblici, di benefici per le comunità locali (borse di studio, opportunità di lavoro, assicurazioni sanitarie, ecc.) e, laddove ammessi e accettabili, di contributi economici.

Si evidenzia così la complessità delle questioni compensative, la loro natura intrinsecamente pubblicistica e discrezionale, la loro collocazione sul terreno dei principi solidaristici, equitativi e il loro intrinseco legame con i principi partecipativi e consensuali.

Pur nella sua problematicità sembra dunque confermarsi così questa ulteriore dimensione della *responsabilità da atto lecito*, quale canone di più piena e moderna applicazione dei principi di proporzionalità e di legalità dell'azione amministrativa. E, nel silenzio del legislatore, emerge la necessità di una sua riconduzione a sistema, di una sua più organica giuridicizzazione, quale alternativa a soluzioni contingenti dettate dalla necessità di consentire, in alternativa alla *manu militari*, la realizzazione delle opere pubbliche⁹⁹ e di

⁹⁷ Su queste nuove dimensioni si v. S. CASSESE, *L'arena pubblica. Nuovi paradigmi per lo Stato*, in *Riv. trim. dir. pubbl.*, 2001, 602; sui limiti dell'effettivo concorso dei cittadini al di fuori dei gruppi organizzati o finanziariamente forti P. STELLA RICHTER *L'urbanistica dopo la pianificazione*, in *Ripensare la disciplina urbanistica*, Torino, 1997, 78.

⁹⁸ L'inesistenza di un paradigma unitario per la risoluzione dei problemi di equità delle scelte non è colta solo in una prospettiva giuridica; in una prospettiva etico-economica si v. A. K. SEN, *Scelta, benessere, equità*, cit.

⁹⁹ Si prenda ad esempio il caso, molto noto, della linea ferroviaria ad alta velocità Lione-Torino (tratto della più ampia linea Lione-Budapest). Il progetto è stato inserito tra le priorità europee con decisione 1692/96/CE. La decisione non è stata preceduta da consultazioni pubbliche di livello europeo. Per la parte di pertinenza italiana la proposta fu avanzata dal Governo italiano senza l'intervento delle autorità regionali o locali. E senza il coinvolgimento dei portatori degli interessi locali, in particolare dei gruppi organizzati contrari alla realizzazione del progetto alta velocità (S. AMOROSINO, *Gli indirizzi dell'Unione Europea per l'organizzazione del territorio comune e le funzioni statali e regionali-locali*, in *L'Europa delle reti* a cura di A. Predieri e M. Morisi, Torino, 2001). Questi soggetti hanno successivamente partecipato alla consultazione pubblica aperta nel 2003 e propedeutica ad un rapporto generale sullo stato di attuazione delle reti trans europee (*Rapporto Van Miert*, presentato alla Commissione europea il 30 giugno 2003), rappresentando i punti critici e le carenze del progetto. Ma le loro osservazioni, pur documentate, non hanno dato luogo ad alcuna rivisitazione del progetto né all'apertura di un confronto. Di fatto l'attuazione di tale progetto si è arrestata dal 2005 fino al 2008 sul tratto italiano Torino-Lione a causa del noto conflitto sociale nascente dell'opposizione delle popolazioni interessate e dagli enti locali e alimentato dalla loro esclusione dai procedimenti. Nel 2008 tale blocco è stato, in parte, superato, attraverso strumenti partecipativi e compensativi. Così il Governo italiano ha rinunciato a procedimenti decisori semplificati e accelerati che avevano ad es. consentito di evitare le procedure di valutazione di impatto ambientale sui progetti definitivi limitandole ai progetti preliminari. E' stato nominato un Coordinatore europeo responsabile dell'asse. E' stato poi istituito un tavolo di confronto con il Governo (Osservatorio Tecnico per il collegamento ferroviario Torino-Lione) che ha curato, pur a posteriori, la partecipazione delle collettività locali e dei loro rappresentanti pubblici e privati e che ha aperto con tali soggetti un dialogo effettivo: vi sono state 70 riunioni con circa 300 audizioni con l'intervento di 60 esperti internazionali e un confronto continuo con gli enti locali, cittadini e opinione pubblica. Ciò ha condotto, in via negoziale: a) ad una parziale modifica del progetto b) a (generose) misure compensative c) ad assicurare la trasparenza del procedimento e la corretta informazione delle collettività. Il conflitto si è tuttavia ricomposto solo

ripristinare un'equità di cui ormai si avverte l'immanenza nell'azione amministrativa. E, non secondariamente, per giustificare decisioni di spesa, altrimenti foriere di responsabilità per gli amministratori pubblici.

parzialmente: molti rappresentanti degli enti locali e dei movimenti di opposizione hanno chiuso al dialogo. Sicché l'apertura dei cantieri si è talora accompagnata all'uso della forza pubblica e ad oggi sono ancora incerte sia la definitiva versione del progetto sia se tale progetto effettivamente si realizzerà (A. ALGOSTINO, *Democrazia, rappresentanza, partecipazione. Il caso del movimento no TAV*, cit.; G. PIZZANELLI, *La partecipazione dei privati alle decisioni pubbliche. Politiche ambientali e realizzazione delle grandi opere infrastrutturali*, cit.; V. BETTINI, *TAV: i perché del NO*, cit..