

IANUS

Diritto e Finanza



UNIVERSITÀ
DI SIENA
1240

Rivista di studi giuridici

<https://www.rivistaianus.it>



ISSN: 1974-9805

n. 2-3 - 2010

ADR IN MATERIA AMBIENTALE: LE TRANSAZIONI GLOBALI (ART. 2 D.L. N. 208/2008)

Serena Oggianu

**ADR IN MATERIA AMBIENTALE:
LE TRANSAZIONI GLOBALI (ART. 2 D.L. n. 208/2008)**

Serena Oggianu

*Ricercatore di Diritto Amministrativo
nell'Università di Roma "Tor Vergata"*

1. Premessa
2. Ambito di applicazione
3. Fase di formazione: il procedimento
4. Fase di esecuzione: l'adempimento
5. Gli effetti della transazione globale
6. Profili sostanziali: la natura giuridica della transazione globale
7. Profili processuali: il riparto di giurisdizione
8. Profili di diritto nazionale: la compatibilità con l'istituto della transazione nel diritto amministrativo
9. Profili di diritto comunitario: la compatibilità con la direttiva 2004/35/CE
10. Le transazioni globali nella prospettiva dell'analisi economica del diritto: cenni

L'indagine prende le mosse dalla ricerca di un inquadramento teorico delle transazioni globali, introdotte dall'art. 2 del d.l. n. 208/2008, in materia di responsabilità ambientale.

A tale fine, l'Autore procede ad una ricostruzione preliminare della nozione, anche con riferimento alla sua configurazione nell'ambito del diritto amministrativo. Descrive l'ambito in cui, in linea con le intenzioni di legislazione, questo istituto dovrebbe essere applicato, il relativo procedimento amministrativo e gli effetti.

L'innovazione dell'art. 2 consiste in un tentativo di trovare una nuova prospettiva, diversa dai tradizionali modi di tutela giurisdizionale vigenti nell'ordinamento giuridico nazionale: si tratta di una forma alternativa di risoluzione delle controversie in materia ambientale.

Sotto un profilo sostanziale, il lavoro analizza la natura giuridica dell'istituto; sotto un profilo processuale, la questione attiene al riparto di giurisdizione tra giudice amministrativo e giudice ordinario.

Infine, le disposizioni nazionali in materia sono analizzate e valutate alla luce del

diritto nazionale e europeo e in una prospettiva particolare, quella dell'analisi economica del diritto.

The survey starts by drawing the theoretical framework of global out of court settlements, introduced by art. 2 of law no. 208/2008, in the field of environmental responsibility.

After a preliminary reconstruction of the notion with particular reference to administrative law, the author describes the area where, according to the intention of the legislator, this institution should be applied, the administrative proceeding and its effects.

The innovation of art. 2 is an attempt to find a new way differing from the traditional means of judicial protection in the national legal order: it is an alternative dispute resolution (ADR) in environmental matter.

From a substantive point of view, the paper analyses the legal nature of the institution; from a procedural point of view, the question concerns the allocation of jurisdiction between administrative judge and civil judge.

Finally, the related national provisions are analysed and evaluated in the light of national and European law and of the economic analysis of law.

1. Premessa

Il contratto di transazione, ai sensi dell'art.1965 c.c. è quel negozio con il quale le parti, facendosi reciproche concessioni, pongono fine ad una lite già incominciata o prevengono una lite che può sorgere tra loro. Questo schema generale viene ripreso nell'art.2 del d.l. n. 208/2008, che ne prevede l'applicazione, con i necessari adattamenti, nell'ambito degli strumenti di attuazione di interventi di bonifica e di messa in sicurezza di uno o più siti di interesse nazionale, in ordine alla spettanza e alla quantificazione degli oneri di bonifica, degli oneri di ripristino, nonché del danno ambientale e degli altri eventuali danni di cui lo Stato o gli altri enti territoriali possano richiedere il risarcimento.

Si tratta, in via generale, di un istituto deflattivo del contenzioso, sia in senso preventivo (quando la lite è potenziale, quindi extragiudiziale), sia in senso successivo (quando la lite è attuale, quindi giudiziale) (1) ed in ogni caso si pone come uno strumento alternativo alla risoluzione della controversia (ADR, *alternative dispute resolution*) (2) attraverso la pronuncia di un organo giurisdizionale.

Poiché, più in generale, si tratta di istituti che nel diritto globale sono sempre più applicati e sviluppati, la dottrina di diritto internazionale, comunitaria e nazionale ha negli ultimi tempi dedicato di conseguenza molta attenzione a tale problematica, che si è imposta sia per l'impellente necessità di deflazionare il contenzioso, soprattutto civile, non più sostenibile

(1) GAZZONI, *Manuale di diritto privato*, Napoli, 2006, 1265-1266.

(2) In argomento, AA.VV., *Arbitrato, ADR, conciliazione*, RUBINO-SAMMARTANO (diretto da), Torino, 2009; AA.VV., *Transazione, arbitrato e risoluzione alternativa delle controversie*, Torino, 2006; BUONFRATE-GIOVANNUCCI ORLANDI (a cura di), *Codice degli arbitrati, delle conciliazioni e di altre adr*, Torino, 2006; in particolare quanto alle transazioni con la p.a., GRECO, *Transazioni e pubblica amministrazione (problemi teorici e pratici)*, in CHITI-MASTRAGOSTINO (a cura di), *Forme alternative di risoluzione delle controversie con la pubblica amministrazione ed effettività della tutela*, Bologna, 2009, 93 ss.; STICCHI DAMIANI, *Sistemi alternativi alla giurisdizione (Adr) nel diritto dell'Unione europea. L'incidenza del network europeo di ADR sull'organizzazione amministrativa degli Stati membri ed il recente sviluppo delle "Adr amministrative"*, Milano, 2004; CARINGELLA-DE NICTOLIS-POLI, *Le ADR (alternative dispute resolutions). Accordo bonario, arbitrato, conciliazione, transazione*, Roma, 2008.

da parte degli organi giurisdizionali competenti, specialmente in Italia; sia come applicazione di quella tendenza al “diritto mite” (3) e per l’importanza assunta dal concetto di mediazione sulla base di presupposti anche dogmatici, che tendono ad una collaborazione delle parti allo scopo di prevenire, contenere e comunque risolvere senza esasperazioni controversie di notevole rilievo economico e sociale e di impatto anche politico sulle collettività locali.

In questo contesto, dunque, assume particolare rilievo la fattispecie della transazione (4), quale strumento idoneo a dare, in una situazione di conflittualità (attuale o potenziale), un assetto ai contrapposti interessi delle parti, alternativo rispetto a quello che le stesse otterrebbero in sede giurisdizionale, ma soddisfacente in misura eguale (e talora in misura maggiore, in considerazione di fattori che prescindono dalla rigida logica della ragione e del torto, su cui *infra* par.10).

Nel nostro ordinamento la transazione tra un soggetto pubblico e un soggetto privato è disciplinata da una pluralità di disposizioni, talune di portata generale, altre in materia di danno ambientale.

Tra le prime occorre ricordare, oltre alle singole disposizioni relative ai soggetti competenti a transigere⁵ e a quelli cui è de-

(3) ZAGREBELSKY, *Il diritto mite: leggi, diritti, giustizia*, Torino, 1992.

(4) In generale sul contratto di transazione nel diritto civile, CARRESI, *La transazione*, Torino, 1956; SANTORO PASSARELLI, *La transazione*, II ed., Napoli, 1986; VALSECCHI, *Il giuoco e la scommessa, la transazione*, in CICU, MESSINEO (diretto da), *Trattato di diritto civile e commerciale*, vol. XXXVII, t. 2, Milano, 1986; FRANZONI, *La transazione*, Padova, 2001. Si rilevi che ciò che distingue la transazione dalle altre principali forme alternative di risoluzione delle controversie, in particolare l’arbitrato e la conciliazione, sta nelle modalità attraverso le quali si realizza la composizione dei contrapposti interessi delle parti e il vincolo alla stessa per le parti in lite. Infatti, nella transazione la composizione della lite avviene attraverso l’incontro diretto della volontà delle parti; nell’arbitrato si attua un’eterocomposizione degli interessi attraverso l’intervento degli arbitri, alla decisione dei quali le parti si vincolano prima della decisione; nella conciliazione c’è sempre l’intervento del terzo, ma la volontà delle parti si esprime successivamente, proprio guidata dal consiglio del conciliatore. Cfr., TRABUCCHI, *Istituzioni di diritto civile*, XL ed., TRABUCCHI (a cura di), Padova, 2007, 903.

(5) Si tratta degli artt. 7-9 d.p.r. 30 giugno 1972, n. 748, nonché dell’art. 16 del d.lgs. 30 marzo 2001, n. 165.

mandata la funzione consultiva (6), nonché quelle concernenti il contratto di transazione, anche con specifico riferimento alle amministrazioni locali (7), più recentemente la disposizione normativa di carattere generale costituita dall'art.239 Cod. contr. (d.lgs. n. 163/2006), in quanto la medesima generalizza l'istituto della transazione per tutte le fattispecie di contratti pubblici, anche al di là del campo di applicazione del Codice riguardando le posizioni sinallagmatiche di diritto soggettivo, compresi i diritti potestativi delle amministrazioni contraenti, nella fase di esecuzione del contratto. Regola inoltre, con qualche semplificazione, la stessa procedura di formazione della transazione.

Con specifico riferimento alla materia ambientale, nella legge n. 349 dell'8 luglio 1986, istitutiva del Ministero dell'ambiente e contenente norme sul danno ambientale non si prevede l'applicabilità dell'istituto della transazione: la tutela a fronte del verificarsi di un danno ambientale appare, difatti, circoscritta a quella realizzabile in sede giurisdizionale (cfr. art.18 l. cit.).

Sulla stessa linea si pone la decretazione di urgenza adottata nel corso della seconda metà degli anni ottanta in materia di rifiuti (8): la normativa non contiene alcun riferimento al concetto di responsabilità per danno ambientale, né conseguentemente a modelli transattivi o, più in generale, extragiurisdizionali, per la risoluzione delle relative controversie

(6) Rientra nella prima ipotesi l' art. 13 r.d. 30 ottobre 1933, n. 1611 (tu. Avv. St.), nel quale sono indicati i compiti spettanti all'Avvocatura dello Stato. Specularmente, quanto alla funzione consultiva del Consiglio di Stato, l'art. 14 r.d. 26 giugno 1924, n. 1054 (t.u. Cons. St.) non è più vigente a seguito delle modifiche apportate dall'art. 17 del d.lgs. n. 127 del 1997, che ha sensibilmente ridimensionato il ruolo consultivo del Consiglio di Stato, circoscrivendo l'obbligatorietà del suo parere a fattispecie tassativamente indicate.

(7) Il riferimento è agli artt. 53, 80, 81, 99, 100, 101, 149, 299 e 391 del r.d. 3 marzo 1934, n. 383, contenente l'approvazione del testo unico della legge comunale e provinciale e poi modificato dalla legge 9 giugno 1947, n. 530. Attualmente, la materia è disciplinata dall'art. 107 del d.lgs. 18 agosto 2000 n. 267 (t.u. enti locali).

(8) Il riferimento è al d.l. 27 giugno 1985, n. 312 (Disposizioni urgenti per la tutela delle zone di particolare interesse ambientale), conv. con l. 8 agosto 1985, n. 431; d.l. 31 agosto 1987, n. 361 (Disposizioni urgenti in materia di smaltimento dei rifiuti), conv. con l. 29 ottobre 1987, n. 441; d.l. 9 settembre 1988, n. 397 (Disposizioni urgenti in materia di smaltimento dei rifiuti industriali), conv. con la l. 9 novembre 1988, n. 475; d.l. 14 dicembre 1988, n. 527 (Disposizioni urgenti in materia di emergenze connesse allo smaltimento dei rifiuti industriali), conv. con l. 10 febbraio 1989, n. 45.

con le imprese interessate. Tuttavia i testi richiamati iniziano a manifestare una sensibilità per la tematica ambientale, che verrà sviluppata a partire dagli atti normativi comunitari negli interventi che seguiranno negli anni novanta (9).

In particolare è con il d.lgs. 5 febbraio 1997, n.22, adottato in attuazione delle direttive 91/156/CEE sui rifiuti, 91/689/CEE sui rifiuti pericolosi e 94/62/CE sugli imballaggi e sui rifiuti di imballaggio, che viene introdotta nel nostro ordinamento una disciplina omogenea in tema di gestione dei rifiuti (con specifica attenzione a quelli pericolosi), ritenendola espressamente attività di pubblico interesse al fine di assicurare un'elevata protezione dell'ambiente e controlli efficaci (art. 2). A tale normativa sono seguiti interventi normativi al fine di modificarne ed integrarne il contenuto (10), senza che peraltro si sia prevista l'applicazione dell'istituto della transazione. Si è disposto, infatti, che l'individuazione del soggetto al quale affidare le attività di bonifica debba avvenire con procedura ad evidenza pubblica (art.18, l. 31 luglio 2002, n.179) e che la realizzazione del programma di intervento avvenga secondo un accordo di programma stipulato dal Ministero dell'ambiente con gli altri Ministri indicati e i presidenti delle giunte regionali, delle province e con i sindaci dei comuni territorialmente competenti.

Qualunque riferimento all'istituto della transazione è assente anche nelle disposizioni che disciplinano la bonifica dei siti di interesse nazionale e di quelli di preminente interesse pubblico per la riconversione industriale (rispettivamente artt. 252 e 252 *bis*, d.lgs. 3 aprile 2006, n. 152, c.d. Codice dell'ambiente).

In tale quadro normativo, che peraltro ha dato risultati piuttosto ridotti se confrontati con le aspettative relative alla sua applicazione, si inserisce quale elemento di novità l'istituto della transazione previsto dall'art. 2 del d.l. n. 208/2008, che nella sua

(9) Un quadro della normativa in materia di siti inquinati si trova allegata alla Delibera 4/2003 della Corte dei conti in sezione centrale di controllo sulla gestione delle amministrazioni dello Stato, II collegio, nell'adunanza del 13 dicembre 2002, consultabile sul sito ufficiale della Corte dei conti, www.corteconti.it.

(10) Si tratta in particolare della l. 9 dicembre 1998, n. 426, contenente nuovi interventi in campo ambientale, nonché dall'adozione del D.M. 18 settembre 2001, n. 468, regolamento recante il Programma nazionale di bonifica e ripristino ambientale, poi integrato dal D.M. 28 novembre 2006, n. 308.

dimensione “globale” presenta delle peculiarità sia per quanto concerne i profili procedurali, nei termini che si diranno nel corso dell’analisi; sia con riferimento ai profili teleologici, dal momento che appare orientato alla risoluzione del contenzioso pendente o potenziale relativo al danno ambientale in misura maggiore rispetto a quanto previsto nel diritto civile.

Da quest’ultimo punto di vista, infatti, la qualificazione come “globale” dell’istituto in oggetto sembra rinviare ad un concetto più ampio di quello presente nel codice civile per le transazioni generali di cui all’art.1975; difatti, nonostante la terminologia codicistica sembrerebbe far riferimento ad un negozio per mezzo del quale le parti pongono fine a tutte le controversie, attuali, potenziali e addirittura ipotetiche, che siano insorte o che possano insorgere tra loro, in realtà e più limitatamente l’istituto della transazione generale si riferisce ad un accordo, con il quale si definisce una pluralità determinata di controversie (11). Diversamente la transazione globale sembra presentare l’attitudine a definire, relativamente al sito da bonificare, tutto il contenzioso esistente tra pubblica amministrazione e imprese coinvolte.

Di tale interpretazione dà conferma proprio la disciplina introdotta dal legislatore nell’art.2 d.l. n. 208/2008.

Da un lato, infatti, la stipula della transazione è prevista “in ordine alla spettanza e alla quantificazione degli oneri di bonifica, degli oneri di ripristino, nonché del danno ambientale (...) e degli altri eventuali danni di cui lo Stato o gli altri enti pubblici territoriali possano richiedere il risarcimento”. La formulazione appare difatti onnicomprensiva di tutti gli oneri connessi alla bonifica e alla messa in sicurezza di un sito contaminato di rilevanza nazionale, sia di quelli che attengono allo svolgimento di un’attività specifica, sia di quelli consistenti nel pagamento di somme di denaro a titolo di risarcimento del danno ambientale ovvero di altri danni non meglio specificati dalla disposizione citata.

Dall’altro, le imprese che possono essere controparti negoziali sono genericamente qualificate come “interessate” e possono essere sia pubbliche che private. Anche sotto questo profilo la terminologia utilizzata offre all’interprete ampi spazi di

(11) Molto chiaro sul punto, GAZZONI, *Manuale di diritto privato*, cit., 1268.

manovra e rende l'istituto suscettibile di un'ampia utilizzazione: la stipula può avvenire non solamente con le imprese che abbiano cagionato il danno, ma in via generale con tutte quelle che abbiano un contenzioso vertente sul sito contaminato, attuale o potenziale, con i soggetti pubblici e per le più varie ragioni – che sono sintetizzabili in interessi di natura economica discendenti dalla possibilità di utilizzazione del sito – intendano sostenere gli oneri necessari alla bonifica, al ripristino e al ristoro del danno ambientale e di quelli eventuali.

2. Ambito di applicazione

L'art.2 del d.l. n. 208/2008 definisce l'ambito di applicazione dell'istituto in esame e lo fa coincidere, dal punto di vista oggettivo, con gli strumenti di attuazione di interventi di bonifica e messa in sicurezza di uno o di più siti di interesse nazionale. La delimitazione di questo settore di intervento richiede allora necessariamente un rinvio alla normativa dettata dal Codice dell'ambiente (d.lgs. n. 152/2006) ed in particolare al titolo V (bonifica dei siti contaminati) della parte quarta (norme in materia di gestione dei rifiuti e dei siti inquinati).

In armonia con i principi e le norme comunitarie, con particolare riferimento al principio “chi inquina paga”, il titolo V disciplina gli interventi di bonifica e di ripristino ambientale dei siti contaminati e definisce le procedure, i criteri e le modalità per lo svolgimento delle operazioni necessarie per l'eliminazione delle sorgenti dell'inquinamento e comunque per la riduzione delle concentrazioni di sostanze inquinanti (art. 239, comma 1, d.lgs. n. 152/2006).

Si tratta di una normativa generale e suppletiva, poiché non si applica all'abbandono dei rifiuti disciplinato alla parte IV, salvo il caso in cui, dopo aver realizzato l'intervento, si accerti il superamento dei valori di attenzione; inoltre è cedevole rispetto alla normativa contenuta in leggi speciali, poiché opera solo in caso di espresso richiamo ovvero per quanto dalle stesse non disciplinato (art.239, comma 2, d.lgs. n. 152/2006).

La competenza in ordine agli interventi di bonifica spetta alle Regioni, che la esercitano attraverso l'adozione di appositi piani e sono vincolate in ogni caso al rispetto dei criteri generali di cui al titolo V (art.239, comma 3, d.lgs. n. 152/2006); rimangono

esclusi i siti di interesse nazionale, rispetto ai quali sussiste la competenza in capo al Ministro dell'Ambiente, sentito il Ministro per le attività produttive, ai sensi dell'art.252, comma 4, d.lgs. n. 152/2006.

L'istituto dell'art.2 del d.l. n. 208/2008 si applica, quindi, non ad ogni fattispecie di bonifica di siti inquinati, ma solamente a quelle riservate allo Stato, in quanto concernenti siti di interesse nazionale, individuati con decreto del Ministero dell'ambiente e della tutela del territorio, d'intesa con le Regioni interessate secondo i principi e i criteri direttivi stabiliti all'art.252, d.lgs. n. 152/2006 (12). Si tratta, in particolare, di aree di particolare pregio ambientale, storico o culturale (rilevanza genetica funzionale) ovvero comprensive del territorio di più regioni (rilevanza genetica strutturale) ovvero interessate da un rilevante rischio sanitario ed ambientale ovvero dal rilevante impatto socio economico causato dall'inquinamento (rilevanza sopravvenuta). Tuttavia, come rilevato in dottrina, affinché un sito sia qualificato di interesse nazionale, tali criteri non devono essere intesi come cumulativi, poiché altrimenti si finirebbe per restringere oltre le intenzioni dello stesso legislatore l'ambito di applicazione della disciplina (13). In via generale, sembrerebbe che sia da qualificare come di interesse nazionale, quel sito che presenti caratteristiche strutturali o funzionali tali

(12) In particolare l'art. 252 cit. dispone che «i siti di interesse nazionale, ai fini della bonifica, sono individuabili in relazione alle caratteristiche del sito, alle quantità e pericolosità degli inquinanti presenti, al rilievo dell'impatto sull'ambiente circostante in termini di rischio sanitario ed ecologico, nonché di pregiudizio per i beni culturali ed ambientali» (comma 1) ed indica quali principi e criteri direttivi, ai quali deve attenersi il Ministero dell'ambiente e della tutela del territorio: «a) gli interventi di bonifica devono riguardare aree e territori, compresi i corpi idrici, di particolare pregio ambientale; b) la bonifica deve riguardare aree e territori tutelati ai sensi del decreto legislativo 22 gennaio 2004, n. 42; c) il rischio sanitario ed ambientale che deriva dal rilevato superamento delle concentrazioni soglia di rischio deve risultare particolarmente elevato in ragione della densità della popolazione o dell'estensione dell'area interessata; d) l'impatto socio economico causato dall'inquinamento dell'area deve essere rilevante; e) la contaminazione deve costituire un rischio per i beni di interesse storico e culturale di rilevanza nazionale; f) gli interventi da attuare devono riguardare siti compresi nel territorio di più regioni» (comma 2).

(13) MONTANARO, art. 252 Siti di interesse nazionale, in GRECO (a cura di), *Codice dell'ambiente annotato con dottrina, giurisprudenza e formule*, Roma, 2009, 852.

da superare, quanto agli interessi coinvolti, i confini territoriali di una sola Regione.

3. Fase di formazione: il procedimento

Ai sensi dell'art.2 d.l. n. 208/2008 la procedura che conduce alla stipula delle transazioni globali risulta scandita in atti, che seguono la classica articolazione in fasi del procedimento (iniziativa, istruttoria, di decisione e di integrazione dell'efficacia) e presentano rispetto allo schema generale dell'evidenza pubblica delle peculiarità: il Ministero predispone uno schema di contratto, concordato con le imprese interessate e comunicato ovvero reso noto rispettivamente agli enti territoriali di riferimento e ad associazioni e privati interessati; si svolge una conferenza di servizi decisoria, cui partecipano i soli soggetti pubblici; lo schema di contratto di transazione, sottoscritto per accettazione dall'impresa, è soggetto ad autorizzazione da parte del Consiglio dei ministri su proposta del Ministro dell'ambiente.

Poiché l'amministrazione, nel perseguire l'interesse pubblico può avvalersi, come noto, del modello proprio del diritto privato, alternativo rispetto al modulo pubblicistico, e nondimeno la sua azione deve ritenersi anche in tale sede funzionalizzata al perseguimento dell'interesse pubblico affidato alla sua cura (14), il procedimento di natura negoziale si pone accanto e si svolge parallelamente al procedimento di natura pubblicistica (15).

Si tratta di procedimenti tra loro strettamente embricati, che svolgono funzioni diverse, pur convergendo verso l'atto conclusivo: il primo ha la funzione di controllo in ordine allo

(14) Sulla complessa tematica del rapporto tra diritto pubblico e diritto privato nell'azione della pubblica amministrazione risultano ancora attuali le riflessioni di AMORTH, *Osservazione sui limiti dell'attività amministrativa di diritto privato*, in *Arch. dir. pubbl.*, 1938, 1 ss., secondo il quale ai fini della fungibilità dello strumento privatistico rispetto a quello pubblicistico è necessario non solo, dal punto di vista formale, che la legge non ponga divieti o limiti all'esercizio della generale capacità di diritto privato dell'amministrazione, ma anche, dal punto di vista sostanziale, che attraverso il diritto privato l'amministrazione possa raggiungere lo stesso risultato che otterrebbe con il procedimento. Inoltre, ove le ricorrano le due condizioni, sarà sempre necessario il perseguimento del fine affidato dalla norma all'amministrazione, vale a dire la cura dell'interesse pubblico.

(15) GIANNINI, *Diritto amministrativo*, vol. II, Milano, 1988, 797 ss.

svolgimento di un'attività di cura dell'interesse pubblico attraverso moduli consensuali; il secondo ha la funzione di consentire la formazione della volontà della pubblica amministrazione in ordine alla stipula del contratto.

La riconducibilità di un atto all'uno o all'altro dei due procedimenti risulta particolarmente significativa per verificare il rapporto tra discrezionalità amministrativa e capacità di diritto privato proprio nella fase di formazione del contratto di transazione globale e di conseguenza per individuare la disciplina applicabile. In particolare, mentre le manifestazioni di volontà delle parti (persone fisiche, in rappresentanza delle imprese e quali organi dell'amministrazione) saranno sottoposte alla normativa del codice civile quanto ad esempio ai vizi (errore, violenza e dolo), gli atti espressione di discrezionalità amministrativa seguiranno il regime di diritto amministrativo, anche per quanto riguarda l'invalidità e la conseguente impugnazione.

Da questo punto di vista è allora possibile procedere ad un'analisi degli atti, che caratterizzano il procedimento descritto dall'art.2 del d.l. n 208/2008.

La fase di iniziativa spetta al Ministero dell'ambiente e della tutela del territorio e del mare: si tratta di una facoltà rimessa alla scelta discrezionale di quest'organo e non di uno strumento, il cui esercizio sia indicato come doveroso dalla legge.

Ai sensi dell'art.311 Cod. amb. al Ministro dell'ambiente e della tutela del territorio spetta la legittimazione ad agire, anche esercitando l'azione civile in sede penale, per il risarcimento del danno ambientale o in forma specifica e, se necessario, per equivalente patrimoniale; specularmente rispetto a questa previsione, l'art.2 del d.l. n. 208/2008 riconosce in capo al medesimo Ministro la competenza a stipulare transazioni globali per la definizione di controversie attuali o potenziali vertenti sugli interventi di bonifica e di messa in sicurezza di siti di interesse nazionale.

La predisposizione di uno schema di contratto da parte del Ministero costituisce, dunque, il primo atto attraverso il quale si forma la volontà in ordine alla risoluzione negoziale della controversia ed è dunque espressione di quella capacità di diritto privato, che spetta anche all'amministrazione, in quanto persona giuridica dell'ordinamento.

Tale atto deve, nondimeno, essere preceduto dall'intervento in sede consultiva dell'istituto superiore per la protezione e la ricerca ambientale (ISPRA) (16) e la Commissione di valutazione degli investimenti e di supporto alla programmazione e gestione degli interventi ambientali (COVIS) (17): gli stessi, infatti, ai sensi dell'art. 2, comma 1, del d.l. n. 208/2008, devono essere "sentiti", con la conseguenza che il parere da questi espresso, pur essendo obbligatorio non è vincolante per il Ministero, il quale può egualmente determinarsi a predisporre lo schema di contratto.

La funzione consultiva, come noto, deve essere intesa in senso lato come attività amministrativa, sia pure preparatoria e prodromica a quella propriamente decisionale, in quanto svolta in vista della cura di interessi pubblici (18).

(16) L'Istituto superiore per la protezione e la ricerca ambientale (ISPRA) è stato istituito dall'art.28 del d.l. 25 giugno 2008, n.112 ed ha assunto le funzioni prima spettanti all'Agenzia per la protezione dell'Ambiente e per i servizi tecnici di cui all'art. 38 del d.lgs. n. 300 del 30 luglio 1999 ss.mm.ii., dell'Istituto nazionale della fauna selvatica di cui alla legge 11 febbraio 1992, n. 157 ss.mm.ii. e dell'Istituto centrale per la ricerca scientifica e tecnologica applicata al mare di cui all'art. 1 bis del d.l. 4 dicembre 1993, n. 496, i quali sono stati conseguentemente soppressi. In via generale si tratta di compiti di natura tecnica consistenti nello studio, censimento, elaborazione di progetti di intervento ricostitutivo o di miglioramento del patrimonio ambientale.

(17) La Commissione tecnico scientifica istituita ai sensi dell'art. 14, comma 7, della l. 28 febbraio 1986, n. 41 e del decreto del Presidente della Repubblica 23 novembre 1991, n. 438 è stata ridenominata Commissione di valutazione degli investimenti e di supporto alla programmazione e gestione degli interventi ambientali (COVIS) dall'art. 2, comma 1, del d.p.r. 14 maggio 2007, n. 90. La COVIS si esprime in merito alla valutazione di fattibilità tecnico-economica con particolare riferimento all'analisi costi benefici in relazione alle iniziative, piani e progetti di prevenzione, protezione e risanamento ambientale del Ministero dell'ambiente; svolge funzioni di consulenza tecnico-giuridica al Ministero e alle strutture ministeriali sugli interventi, iniziative e programmi di competenza del Ministero; svolge funzioni di nucleo di valutazione e verifica degli investimenti pubblici; si esprime su ogni altro intervento che il Ministero o le strutture dirigenziali del Ministero intendano sottoporre alla valutazione tecnica, scientifica e giuridica della Commissione.

(18) Per un'analisi di alcuni significativi esempi di attività consultiva e sui mutamenti apportati dalle riforme che, a partire dagli anni '90 hanno interessato il sistema amministrativo, BARBATI, *L'attività consultiva nelle trasformazioni amministrative*, Bologna, 2002. In una prospettiva procedimentale, sull'attività di scienza, LEVI, *L'attività conoscitiva della pubblica amministrazione*, Torino, 1967; nonché in una prospettiva più ampia,

Il contenuto dello schema predisposto dal soggetto pubblico precedente, ai sensi dell'art. 2, comma 1, ult. per., d.l. n. 208 del 2008, deve essere “concordato con le imprese interessate” e ciò in linea con la natura negoziale dell'atto e con il contenuto tipico del contratto di transazione, che si identifica ai sensi dell'art.1965 c.c. con le reciproche concessioni delle parti.

Lo schema di contratto deve essere portato a conoscenza di regioni, province e comuni mediante comunicazione e reso noto alle associazioni e ai privati interessati mediante idonee forme di pubblicità, nell'ambito delle risorse di bilancio disponibili per lo scopo.

Tanto il momento in cui lo schema predisposto viene concordato con le imprese interessate quanto quello in cui viene dedotto nella sfera di conoscibilità giuridica dei soggetti (pubblici e privati) interessati sono attività che, in quanto dirette a realizzare l'incontro del consenso delle parti in ordine assetto contrattuale ivi contenuto, rientrano nel procedimento attraverso il quale si esprime la capacità negoziale della pubblica amministrazione.

Quanto ai soggetti pubblici ora citati, nonostante la disposizione dell'art.2, comma 1, d.l. n. 208/2008 non li individui ulteriormente, deve ritenersi che si tratti di quelli sul cui territorio insiste il sito contaminato ovvero che siano interessati dall'attività di bonifica e di messa in sicurezza in ragione della contiguità territoriale con esso. Più difficile, appare invece la identificazione dei privati interessati: di qui la formula elastica della norma, che in positivo richiama «*idonee forme di pubblicità*» e al contempo pone il limite finanziario delle «*risorse di bilancio disponibili per lo scopo*».

Devono, in via generale, ritenersi applicabili le disposizioni della l. n. 241/1990 sulla partecipazione al procedimento, vale a dire l'art. 7, ai sensi del quale l'avvio del procedimento è comunicato «*ai soggetti nei confronti di quali il provvedimento finale è destinato a produrre effetti diretti e a quelli che per legge*

comprensiva dell'attività procedimentale e di quella extra-procedimentale, della categoria dell'“attività preparatoria”, BORTOLOTTI, *Attività preparatoria e funzione amministrativa. Contributo allo studio del procedimento nel diritto pubblico*, Milano, 1984, 69 ss., il quale indica l'attività consultiva, l'attività tecnica e l'attività conoscitiva quali presupposti necessari per l'esercizio del potere.

debbono intervenire» e ai soggetti, individuati o facilmente individuabili, ai quali, sebbene diversi dai suoi diretti destinatari, il provvedimento possa arrecare pregiudizio.

La fase istruttoria si realizza attraverso la presentazione facoltativa, da parte degli enti e dei soggetti interessati, che hanno ricevuto le comunicazioni o a favore dei quali si sia provveduto alle pubblicazioni, di note di commento sullo schema del contratto nel termine di trenta giorni. Si tratta di una previsione che esplicita un principio previsto in via generale dalla l. n. 241/1990 sul procedimento amministrativo, della quale peraltro si devono ritenere applicabili a questa fattispecie i principi; il riferimento è all'art. 10 della l. n. 241/1990, che prevede tra i diritti di partecipazione quello di *«presentare memorie scritte e documenti, che l'amministrazione ha l'obbligo di valutare ove pertinenti all'oggetto del procedimento»*; inoltre, deve ritenersi esercitabile il diritto di accesso, endo ed extra-procedimentale, peraltro in termini più ampi di quelli previsti agli artt. 22 ss. l. n. 241/1990, poiché, con specifico riferimento alla materia ambientale, all'art.3 *sexies* del d.lgs. n. 152/2006 si dispone che *«chiunque senza essere tenuto a dimostrare la sussistenza di un interesse giuridicamente rilevante, può accedere alle informazioni relative allo stato dell'ambiente e del paesaggio nel territorio nazionale»*.

Inoltre, deve ritenersi applicabile anche la previsione dell'art.9 l. n. 241/1990, che riconosce la legittimazione procedimentale all'intervento a *«qualunque soggetto, portatore di interessi pubblici o privati»*, nonché ai *«portatori di interessi diffusi costituiti in associazioni o comitati»*, che possano subire un pregiudizio dal provvedimento.

Stante la lettera della norma, peraltro, sembrerebbe che tali iniziative dei soggetti interessati abbiano propriamente una funzione di partecipazione, senza che si instauri un vero e proprio contraddittorio: rimangono, infatti, estranei alla conferenza di servizio. Ciò non toglie che nelle note di commento presentate da soggetti privati (imprese, associazioni e singoli) si evidenzino interessi di parte e non anche profili attinenti alla cura dell'interesse pubblico sotteso alla procedura.

La fase decisoria si caratterizza per l'obbligatorio esperimento della conferenza di servizi fra i soggetti pubblici aventi titolo per acquisire e comporre gli interessi di cui ciascuno risulti portatore. La disciplina dell'art. 14 *ter* della l. n.

241/1990, che regola lo svolgimento dei lavori della conferenza di servizi, è espressamente richiamata all'art. 2, comma 4, d.l. n. 208/2008 e deve essere osservata in quanto applicabile.

Le determinazioni assunte all'esito della conferenza - con una previsione che ricalca quella di cui all'art.14 *ter*, comma 9, l. n. 241/1990 - sostituiscono a tutti gli effetti ogni atto decisorio comunque denominato di competenza delle amministrazioni partecipanti, o comunque invitate a partecipare, ma risultate assenti, alla predetta conferenza (art.2, comma 3, ult. per., d.l. n. 208/2008).

La conferenza di servizi decisoria deve essere preceduta dall'assunzione, sullo schema di transazione, del parere dell'Avvocatura generale dello Stato, parere che la legge indica come obbligatorio, ma che non qualifica come vincolante; il suddetto parere è volto a fornire una valutazione giuridica circa l'interesse a transigere in relazione al possibile esito della lite già insorta o che potrebbe insorgere, in termini di convenienza, opportunità e congruenza del negozio con le conseguenti indicazioni di merito. Si tratta di una previsione, che ripete quella generale contenuta nell'art.13 del r.d. 30 ottobre 1933, n.1611, ai sensi della quale spetta all'Avvocatura dello Stato la funzione di predisporre transazioni d'accordo con le amministrazioni statali interessate o di esprimere pareri su quelle redatte dalle stesse amministrazioni.

Lascia perplessi, tuttavia, la mancata previsione dell'obbligatorio parere del Consiglio di Stato sulla regolarità formale dell'atto in termini di conformità della fattispecie alle norme vigenti, poiché l'atto conclusivo del procedimento e il successivo contratto di transazione intervengono su situazioni giuridiche relative ad un bene, quale quello ambientale, che per sua natura ha l'attitudine a coinvolgere interessi della collettività. Difatti, rispetto alla valutazione giuridica operata dall'Avvocatura dello Stato (19), il parere del Consiglio di Stato è certamente più imparziale, poiché è espressione della funzione di garanzia oggettiva affidata a quest'organo dall'art.100 Cost. e

(19) La distinzione tra la funzione consultiva svolta dal Consiglio di Stato e quella spettante all'Avvocatura dello Stato è chiarita molto bene dallo stesso Consiglio di Stato, commissione speciale, nel parere del 18 maggio 2001, n. 426/01.

non della sola difesa in giudizio degli interessi dell'amministrazione (20).

Tanto la conferenza di servizi quanto il parere dell'Avvocatura dello Stato costituiscono esercizio della discrezionalità spettante alle amministrazioni coinvolte e dunque si inseriscono nell'ambito del procedimento pubblicistico, dal quale emerge l'interesse pubblico alla cui realizzazione e cura è funzionalizzata anche l'attività di diritto privato dell'amministrazione.

La fase integrativa dell'efficacia segue la sottoscrizione per accettazione dello schema di contratto di transazione da parte della impresa contraente e consiste nella trasmissione dell'atto alla Presidenza del Consiglio dei Ministri per l'autorizzazione da parte del Consiglio dei Ministri, sulla proposta del Ministro dell'ambiente e della tutela del territorio e del mare. Si tratta di due *conditiones juris*, cui è subordinata l'efficacia dell'atto transattivo, successivamente stipulato, e che afferiscono l'una al diritto privato, l'altra al diritto pubblico.

In particolare, la sottoscrizione da parte dell'impresa esprime il consenso, che è necessario nei rapporti di diritto privato, ai fini della modifica della sfera giuridica della parte; nonostante l'impresa abbia già concordato con il Ministero lo schema di contratto, questa seconda manifestazione di volontà si richiede in considerazione di eventuali modifiche, che possano essere state apportate in sede di conferenza di servizi decisoria. L'autorizzazione alla stipula della transazione da parte del Consiglio dei ministri è in funzione di controllo ed appare speculare all'approvazione prevista per i contratti di appalto all'art.12 del Codice dei contratti pubblici (d.lgs. n.163/2006).

La legge non prevede espressamente l'ipotesi di un diniego di autorizzazione; nondimeno, in applicazione dei principi generali, deve ritenersi che in una simile ipotesi lo schema di contratto non possa acquisire efficacia e che debba essere rimosso in via di autotutela dall'amministrazione procedente, vale a dire dal Ministro dell'ambiente.

(20) AA.VV., *La funzione consultiva del Consiglio di Stato. Studi in onore di G. Landi*, Milano, 1985; DI PACE, *Il Consiglio di Stato e l'attività consultiva*, in *Atti del convegno celebrativo del 150° anniversario dell'istituzione del Consiglio di Stato*, Milano, 1983, 345 ss.; SATTA, *La funzione consultiva del Consiglio di Stato e la legge sul procedimento*, in *Scritti in onore di Giuseppe Guarino*, Padova, 1998, 601 ss.

La fase integrativa dell'efficacia, inoltre, non può ritenersi esaurita a seguito dell'autorizzazione da parte del Consiglio dei ministri; infatti, le transazioni globali, in quanto contratti, sono soggette al controllo preventivo di legittimità della Corte dei conti nei limiti determinati dall'art.3, comma 1, lett. g), l. 20 del 1994, nonché al controllo successivo sulla gestione ai sensi del successivo comma 4 dell'articolo citato.

L'autorizzazione alla stipula della transazione da parte del Consiglio dei ministri conclude la fase procedimentale di formazione della volontà dell'amministrazione.

Da notare è che la disciplina ora richiamata non contiene l'indicazione di criteri, al rispetto dei quali vincolare la valutazione circa la praticabilità o meno della transazione, con la conseguenza che un ampio margine di discrezionalità caratterizza la scelta dell'amministrazione precedente, supportata solamente dal parere dell'Avvocatura dello Stato.

4. Fase di esecuzione:l'adempimento

Con la stipula del contratto di transazione, che si deve conformare allo schema autorizzato, si apre la fase di esecuzione che, anche nei casi in cui il negozio sia stipulato da una pubblica amministrazione, è retta in via generale dalle norme del diritto privato. Difatti, in seguito alla stipulazione dell'atto viene meno, ovviamente con riferimento alla sola fattispecie dedotta nell'assetto negoziale degli interessi, il potere del soggetto pubblico contraente di incidere in via autoritativa e quindi unilaterale sulla sfera giuridica del privato²¹.

A tale conclusione si deve giungere anche con riferimento alle transazioni in materia ambientale e nel caso di specie a quelle globali.

In considerazione della natura non novativa del negozio giuridico in esame (art.2, comma 5, d.l. n.208/2008) non opera il

(21) Per l'affermazione di tale principio, peraltro in una materia e ad una fattispecie diversa da quella della transazioni ambientali (si tratta, infatti, di un caso di spettanze retributive non corrisposte in materia di pubblico impiego), Sent. Tar Campania, sez. V, 4 febbraio 2004, n.1590: *«alla p.a. che, nell'esercizio della propria autonomia negoziale, abbia concluso con privati contratti di transazione, è precluso agire in autotutela, rimuovendo unilateralmente gli effetti del negozio privatistico posto in essere»*.

limite alla risoluzione per inadempimento previsto all'art. 1976 c.c. e si applica, sia pure con degli adattamenti di cui si darà subito conto, la disciplina dettata dal codice civile.

Di conseguenza, l'amministrazione statale che si sia determinata a concludere una transazione globale ai sensi dell'art.2 del d.l. n.208 del 2008 può avvalersi solamente degli strumenti privatistici del recesso e della risoluzione del contratto, così come disciplinati rispettivamente agli artt. 1373 c.c. e 1453 ss.

La disposizione citata, tuttavia, introduce alcuni profili di specialità al regime richiamato, peraltro con riferimento alla sola ipotesi di inadempimento da parte del soggetto privato. Infatti l'art.2 del d.l. n.208/2008 dispone che *«nel caso di inadempimento, anche parziale, da parte dei soggetti privati delle obbligazioni dagli stessi assunte in sede di transazione nei confronti del Ministero dell'ambiente e della tutela del territorio e del mare, quest'ultimo, previa diffida ad adempiere nel termine di trenta giorni, può dichiarare risolto il contratto di transazione»*.

Infatti, quanto ai presupposti della risoluzione il richiamo all'inadempimento *«anche parziale»* lascia spazio all'interprete nel senso di poter ritenere che possa trattarsi di un'eccezione alla regola fissata all'art.1455 c.c., che nel disciplinare l'importanza dell'inadempimento, prescrive: *«il contratto non si può risolvere se l'inadempimento di una delle parti ha scarsa importanza avuto riguardo all'interesse dell'altra»*.

Inoltre, in luogo della risoluzione *ex lege* allo scadere del termine indicato nella diffida, così come previsto all'art.1454 c.c., l'art.2, comma 6, del d.l. n.208/2008 ascrive al Ministro la facoltà di dichiarare la risoluzione del contratto di transazione, in tal modo lasciando al soggetto pubblico la scelta se far venir meno il vincolo negoziale ovvero conservarlo. Si tratta di un diritto potestativo, il cui esercizio è subordinato al rispetto di due condizioni: l'inadempimento e la previa diffida ad adempiere.

Risulta allora di tutta evidenza come questi profili di specialità rispetto al regime in via generale previsto dal codice civile abbiano la finalità di preservare in capo al contraente pubblico un potere discrezionale circa la soluzione da apprestare nel caso in cui, in fase di esecuzione, si verifichi l'evento diacronico dell'inadempimento della controparte, inadempimento che viene apprezzato e ha delle conseguenze giuridiche che in

parte superano i confini propri di un rapporto sinallagmatico tra soggetti posti in posizione di parità.

La specialità, infine, coinvolge anche il profilo degli effetti conseguenti alla dichiarazione di risoluzione del contratto di transazione. L'ultimo periodo dell'art.2, comma 6, del d.l. n.208 del 2008 prevede, infatti, che *«in tal caso, le somme eventualmente già corrisposte dai suddetti soggetti privati sono trattenute dal Ministero dell'ambiente e della tutela del territorio e del mare in acconto dei maggiori importi definitivamente dovuti per i titoli di cui al comma 1»*. Difatti, tale previsione costituisce un'eccezione al generale effetto recuperatorio *ex tunc*, nonché all'effetto liberatorio *ex nunc*, che l'art. 1458 c.c. ricollega allo scioglimento del vincolo negoziale; in particolare, la disposizione dell'art.2, comma 6, ult. per., del d.l. n.208 del 2008 lascia trasparire la doverosità dell'azione amministrativa per il recupero delle somme dovute quali oneri di bonifica e di ripristino, nonché a titolo di risarcimento del danno ambientale e degli altri eventuali danni in sede giurisdizionale. Proprio l'utilizzo dell'avverbio *«definitivamente»* sembra alludere ad un accertamento incontrovertibile della spettanza e della quantificazione di tali pretese, che può essere realizzato solo dinanzi ad un giudice.

Tuttavia, in tale situazione può trovare applicazione senza dubbio anche la procedura di cui al Titolo III (Risarcimento del danno ambientale) della parte sesta (Norme in materia di tutela risarcitoria) del d.lgs. n.152/2006 (c.d. Codice dell'ambiente) ai fini dell'accertamento delle responsabilità risarcitorie ed alla riscossione delle somme dovute per equivalente patrimoniale, dovendosi provvedere alla quantificazione del danno in applicazione dei criteri enunciati negli Allegati 3 e 4 del decreto stesso. La procedura fa capo al Ministro dell'ambiente, il quale adotta un'ordinanza a termine di un'istruttoria puntualmente disciplinata. La scelta di utilizzare tale strumento preclude la via giurisdizionale, poiché l'art.315 del d.lgs. n. 152/2006 espressamente prevede che il Ministro che ha adottato l'ordinanza di cui all'art.313 non può né proporre né procedere ulteriormente nel giudizio per il risarcimento del danno ambientale salva la possibilità di intervento in qualità di persona offesa dal reato nel giudizio penale. Dal tenore della disposizione si ricava la preferenza accordata dal legislatore per la tutela in via amministrativa rispetto a quella in via giurisdizionale. Difatti,

l'adozione dell'ordinanza determina l'improcedibilità del giudizio, se questo era già pendente ovvero l'inammissibilità della sua proposizione, qualora non sia già stato instaurato al momento della conclusione della procedura suddetta; in altre parole, l'effetto preclusivo opera solo a vantaggio di quest'ultima.

Si noti, inoltre e più in generale, che la reviviscenza delle obbligazioni originariamente transatte discende dall'espressa qualificazione della transazione globale di cui all'art.2 d.l. n.208 del 2008 come non novativa, dal momento che, come già rilevato, attraverso questo contratto le parti non possono con le reciproche concessioni creare, modificare o estinguere rapporti diversi da quello che ha formato oggetto della pretesa e della contestazione delle parti (art.1965, comma 2, c.c.)²².

Da questa disciplina, complessivamente considerata, emerge in ultima analisi la finalità perseguita dal legislatore, che appare essere quella di dare giuridica rilevanza, anche in una fase per altri versi retta dal diritto privato, a quell'interesse pubblico che l'amministrazione ha inteso curare attraverso la stipulazione di un contratto di transazione.

Si comprende, quindi, per quale ragione l'art. 2 del d.l. n. 208 del 2008 non si prenda cura di disciplinare l'ipotesi speculare, in cui sia l'amministrazione ad essere inadempiente nei confronti del contraente privato. In assenza di una diversa disposizione di legge, si deve allora ritenere che in questa diversa fattispecie si applichino le norme dettate dal codice civile in tema di inadempimento contrattuale e del rimedio della risoluzione.

Nel caso in cui il contratto di transazione giunga fisiologicamente ad esecuzione, l'art.2, comma 7, del d.l. n.208 del 2008 disciplina i profili di contabilità relativi ai proventi di spettanza dello Stato, derivanti dalle transazioni globali. Infatti, prevede che quest'ultimi, introitati a titolo di risarcimento del danno ambientale, siano versati all'entrata del bilancio dello Stato per essere riassegnati, con decreto del Ministero dell'economia e delle finanze, allo stato di previsione del Ministro

(22) Secondo la giurisprudenza civile affinché una transazione si possa configurare come novativa devono ricorrere due requisiti: a) il c.d. *aliquid novi*, vale a dire la prestazione che ha origine nel contratto di transazione deve essere completamente nuova rispetto a quella che viene estinta; b) l'*animus novandi*, cioè la volontà dei contraenti di assumere un'obbligazione nuova in luogo della precedente. In argomento, Cass. civ., sent. 16 novembre 2006, n. 24377 e sent. 28 febbraio 2006 n. 4455.

dell'ambiente e della tutela del territorio e del mare, per le finalità previamente individuate con decreto del Ministro dell'ambiente stesso, di concerto con il Ministro dell'economia e delle finanze.

5. Gli effetti della transazione globale

L'art. 2, comma 5, del d.l. n.208/2008 qualifica espressamente la transazione globale come non novativa, così escludendo che possa trovare applicazione la disciplina contenuta nell'art.1965, comma 2, c.c., ai sensi del quale con le reciproche concessioni si possono creare, modificare o estinguere anche rapporti diversi da quello che ha formato oggetto della pretesa e della contestazione delle parti. In altre parole, l'accordo transattivo non sostituisce il pregresso rapporto con uno nuovo, ma si limita ad apportare modifiche all'assetto giuridico già esistente tra le parti.

In questa previsione del legislatore sembra potersi rinvenire la volontà di escludere un'applicazione in termini generali del contratto di transazione così come disciplinato dal codice civile, facendone uno strumento circoscritto alla risoluzione delle controversie attuali o potenziali in materia di bonifica di siti inquinati di interesse nazionale.

Al carattere non novativo della transazione si ricollegano gli effetti enunciati all'art.2 del d.l. n.208/2008, oltre alla possibilità di risolvere la transazione per inadempimento come previsto all'art.1976 c.c..

Innanzitutto, la norma richiamata prevede degli effetti estintivi, in quanto la stipula del contratto, conforme allo schema autorizzato, *«comporta l'abbandono del contenzioso pendente»*. Poiché in linea con lo schema negoziale descritto dal codice civile, la transazione globale può riguardare tanto una lite già insorta (lite giudiziale) o che può sorgere (lite extragiudiziale), la disposizione deve intendersi riferita all'ipotesi in cui il giudizio sia già stato incardinato dinnanzi al giudice amministrativo con la notifica del ricorso.

Si riferisce, invece, ai casi in cui la lite, già esistente sotto il profilo della *res litigiosa* e quindi in sede extragiudiziale, possa essere dedotta in giudizio, la previsione di effetti preclusivi, nel senso che la stipulazione della transazione globale *«preclude ogni*

ulteriore azione per rimborso degli oneri di bonifica e di ripristino ed ogni ulteriore azione risarcitoria per il danno ambientale, nonché per le altre eventuali pretese risarcitorie azionabili dallo Stato e da enti pubblici territoriali per i fatti oggetto della transazione».

In entrambi i casi, si tratta degli effetti tipici dello schema contrattuale della transazione, poiché si ricollegano alla causa di questo negozio, così come tipizzata all'art.1965 c.c.

Proprio la previsione di questi effetti del contratto di transazione - oltre alla denominazione data all'atto negoziale e nonostante la rubrica dell'art.2 d.l. n.208/2008 (“Danno ambientale”) - consente di confermare la transazione globale nell'ambito dei mezzi alternativi di risoluzione delle controversie (ADR), che tanta parte hanno anche in altri settori del diritto amministrativo, e specialmente in materia di appalti.

La stipula del contratto di transazione comporta altresì ulteriori effetti, che non operano sul piano processuale, ma sostanziale e possono essere definiti “costitutivi”, poiché ampliano la sfera giuridica delle parti contraenti. Sotto questo profilo, infatti, si riconosce loro *«la facoltà di utilizzare i terreni o i singoli lotti o porzioni degli stessi, in conformità alla loro destinazione urbanistica, qualora l'utilizzo non risulti incompatibile con gli interventi di bonifica del suolo e della falda, sia funzionale all'esercizio di un'attività di impresa e non contrasti con eventuali necessità di garanzia dell'adempimento evidenziate nello schema del contratto»* (art.2, comma 5 bis, d.l. n.208/2008).

In questo caso non si tratta di effetti tipici dello schema negoziale della transazione, ma di una disposizione di *soft law*, volta cioè ad incentivare l'applicazione dell'istituto attraverso la prospettiva della possibilità di utilizzazione economica del sito bonificato.

È poi prevista una disciplina transitoria che fa salvi gli accordi transattivi già stipulati alla data di entrata in vigore del d.l. n. 208/2008, nonché quelli che siano attuativi di accordi di programma già conclusi a tale data.

6. Profili sostanziali: la natura giuridica della transazione globale

In ordine alla natura giuridica delle transazioni globali ambientali, si impone una riflessione che tenga conto delle peculiarità finora rilevate; difatti, se da un lato, l'atto in esame, una volta concluso, sembra integrare *ex se* la definizione di contratto di cui all'art. 1321 c.c. («è l'accordo di due o più parti per costituire, regolare o estinguere un rapporto giuridico patrimoniale»); dall'altro, soprattutto con riferimento alla procedura di formazione e alla stregua di un'interpretazione dell'art.2 del d.l. 30.12.2008 n.208 teleologicamente orientata al diritto costituzionale e al diritto comunitario, non risulta possibile porre in secondo piano l'interesse pubblico specifico, concreto e attuale dell'amministrazione e nemmeno di considerarlo quale mero interesse sinallagmatico.

In senso lato, la procedura descritta all'art.2 del d.l. n.208/2008 può essere definita come procedura ad evidenza pubblica, quale modulo procedimentale complesso (secondo quanto si è detto sopra circa la manifestazione di volontà dell'amministrazione e il contestuale esercizio di discrezionalità), che ha come finalità di evidenziare (rendere cioè percepibile all'esterno) il fine di cura dell'interesse pubblico, cui è preordinata la scelta dello strumento privatistico e che di per sé non è dunque una tipologia di contratto, potendo anzi condurre alla conclusione di contratti di appalto, contratti speciali (tra i quali la transazione) e di contratti ad oggetto pubblico²³, cioè di atti fondati sul consenso delle parti ed incidenti su situazioni giuridiche soggettive di natura patrimoniale. Tuttavia, nell'uso comune per procedura ad evidenza pubblica si intende, in un'accezione ristretta, quella che conduce alla stipula di contratti di appalto (di lavori, di servizi e di forniture, di cui al d.lgs. n.163/2006), ai quali si riconosce la natura giuridica di contratti di diritto privato.

Il raffronto tra le due procedure, quella che, così come descritta all'art. 2 cit., conduce alla stipula delle transazioni globali e quella che si conclude con contratti di natura privatistica, può fornire allora indicazioni utili circa la natura giuridica dell'istituto in esame.

(23) In tal senso, GIANNINI, *Diritto amministrativo*, Milano, 1988, 791.

A tale proposito, come si è visto nei paragrafi precedenti, l'istituto delle transazioni globali presenta numerosi profili di specialità: è situato specificamente «*nell'ambito degli strumenti di attuazione di interventi di bonifica e messa in sicurezza di uno o più siti di interesse nazionale*»; inoltre, l'oggetto della transazione non solo riguarda la spettanza e quantificazione degli oneri di bonifica e di ripristino (che come noto ricadono normalmente a carico dell'impresa), ma anche l'accertamento e la liquidazione del danno ambientale e degli altri eventuali danni, di cui lo Stato e gli altri enti pubblici territoriali possano chiedere il risarcimento. Inoltre lo schema di “contratto” viene predisposto direttamente dal Ministero dell'ambiente e solo successivamente “concordato” con le imprese interessate, comunicato a Regioni, Comuni e Province, nonché alle associazioni di tutela degli interessi collettivi e diffusi e ai privati comunque interessati alla procedura. Peraltro, costituisce un elemento del tutto singolare l'inserzione nel comma 3 della procedura della conferenza di servizi decisoria fra i soli soggetti pubblici aventi titolo per acquisire e comporre gli interessi di cui ciascuno risulti portatore. Infatti è sintomatico che dalla partecipazione a questa conferenza sia esclusa proprio l'impresa interessata a concludere la transazione globale, mentre le modifiche apportate al codice dei contratti consentono al promotore di essere invitato e di partecipare, sia pure con voto non decisivo. Da ultimo, elemento decisivo per la qualificazione giuridica è il procedimento di approvazione preventiva per l'autorizzazione addirittura dal parte del Consiglio dei Ministri, il che conferisce natura di alta amministrazione alla decisione ai sensi dell'art.2 l. 400/1988 sull'ordinamento del Governo²⁴.

Di conseguenza, se in linea di principio è possibile riscontrare per somme linee le fasi in cui si articola l'evidenza pubblica, vale

(24) Gli atti di alta amministrazione, quale categoria di atti amministrativi che si colloca in posizione intermedia tra funzione di governo e funzione amministrativa in senso stretto, trovano il proprio fondamento normativo nell'art.2 della l. 400 del 1988, che attribuisce al Consiglio dei ministri la competenza a determinare politica generale del Governo e, ai fini dell'attuazione di essa, l'indirizzo generale dell'azione amministrativa, nonché nell'art.95 Cost., che attribuisce al Presidente del Consiglio dei ministri il compito di mantenere l'unità di indirizzo politico ed amministrativo. In argomento, CUGURRA, *L'attività di alta amministrazione*, Padova, 1973 e più recentemente CERULLI IRELLI, *Politica e amministrazione tra atti “politici” e atti “di alta amministrazione”*, in *Dir. Pubbl.*, 2009, 101 ss.

a dire la deliberazione (predisposizione dello schema del contratto), la trattativa con i privati interessati (lo schema viene concordato con le imprese), la conclusione (lo schema viene accettato dall'impresa e si stipula il contratto) e l'approvazione (autorizzazione da parte del Consiglio dei Ministri); per altro verso, è soprattutto l'istituto della conferenza di servizi decisoria ad alterare lo schema in senso marcatamente pubblicistico e a segnare la distanza con la categoria dell'evidenza pubblica.

In altri termini la procedura descritta dall'art.2 d.l. n.208/2008 si caratterizza per una preminenza dei momenti di discrezionalità su quelli in cui l'amministrazione esercita la propria capacità di diritto privato, con la conseguenza che il ricorso allo strumento privatistico del contratto di transazione si realizza attraverso una genesi, che complessivamente rimane astretta all'ambito pubblicistico del procedimento (25).

Date tali premesse, sembra allora più prudente fare due osservazioni preliminari: da un lato, il termine transazione globale sembra ispirarsi al linguaggio dell'analisi economica del diritto (*infra* par. 10), nell'ambito della c.d. teoria dei costi di transazione; dall'altro, il termine transazione sembra essere più propriamente riferibile agli effetti dell'accordo, in quanto esso comporta l'abbandono del contenzioso pendente e preclude ogni ulteriore azione per rimborso degli oneri di bonifica e di ripristino ed ogni ulteriore azione risarcitoria per danno ambientale, nonché per le altre eventuali pretese risarcitorie azionabili dallo Stato e da enti pubblici territoriali per i fatti oggetto della transazione.

(25) Si tratta di una sequenza concettuale che, in una prospettiva di teoria generale, è stata già proposta in dottrina da FALCON, *Le convenzioni pubblicistiche*, Milano, 1984, 215, il quale ha configurato accanto alla serie propria del diritto pubblico (potere amministrativo - discrezionalità amministrativa-provvedimento) e a quella propria del diritto privato (potere negoziale-autonomia privata-contratto) un'ulteriore serie in cui l'utilizzo dello strumento procedimentale permette l'adozione di atto di natura consensuale e non autoritativa. In argomento, anche PUGLIESE, *Il procedimento amministrativo tra autorità e contrattazione*, in *Riv trim. dir. pubbl.*, 1971, 1469 ss., a giudizio del quale l'esito del procedimento può essere tanto un atto di natura autoritativa che un atto di natura contrattuale, poiché «*la natura pubblica del potere che si attua nel procedimento amministrativo non dipende dalla veste formale che assume l'atto finale o un atto intermedio, ma dalla cura dell'interesse pubblico*», a cui si lega strettamente la regola dell'evidenza pubblica che rende l'attività amministrativa funzione (1486-1487).

Pertanto, dal punto di vista dogmatico, va distinto il concetto di effetto giuridico o addirittura di risultato (26), che non può incidere in modo univoco e esclusivo in una corretta ricostruzione dell'istituto della transazione globale; a mio avviso, dunque, occorre cercare un inquadramento della fattispecie nell'ambito delle categorie giuridiche, che a partire dagli anni '70 dello scorso secolo hanno progressivamente abbandonato il principio della formazione ed esercizio autoritativo del potere in favore della ricerca del consenso.

Storicamente già con la seconda stagione dei provvedimenti speciali per il mezzogiorno si è sviluppato l'istituto della convenzione amministrativa (27), anche se esse non costituivano una novità essendo nate originariamente all'interno dell'ordinamento sanitario (28).

Come è noto, tale figura è stata codificata dal legislatore in via generale, esattamente venti anni or sono, con l'istituto dell'accordo, sia con i privati (art. 11 l. n.241/1990) che tra pubbliche amministrazioni (art.15 l. cit.) (29). Peraltro il mero richiamo alla figura dell'accordo, specialmente quello con soggetti formalmente o sostanzialmente privati, non sembra sufficiente, perché anche dopo la sterzata pubblicistica introdotta dalle modificazioni apportate dalla l. n. 15 del 2005 (30) non è prevista normalmente la conferenza di servizio.

Per altro verso non sembra che la fattispecie descritta nell'art.2 del d.l. n.208/2008 integri la nozione di accordo in senso stretto come desumibile dalla disciplina contenuta nell'art.

(26) FALZEA, *Fatto giuridico*, in *Enc. Dir.*, vol. XVI, Milano, 1967, 641 ss., ora anche in ID., *Ricerche di teoria generale del diritto e di dogmatica giuridica, II, Dogmatica giuridica*, Milano, 1997, 331 ss.; GIANNINI, *Diritto amministrativo*, vol. II, Milano, 1993, 275 ss.

(27) SANVITI, *Convenzioni e intese nel diritto pubblico: strutture e tipi*, Milano, 1978; FALCON, *Le convenzioni pubblicistiche: ammissibilità e caratteri*, Milano, 1984.

(28) GIANNINI, *Diritto amministrativo*, vol. I, Milano, 1993, 366 ss.

(29) Sull'istituto dell'accordo, anche a seguito delle modifiche apportate dalla l. n. 15/2005, appaiono tuttora in larga misura valide le riflessioni di GRECO, *Accordi amministrativi tra provvedimento e contratto*, Torino, 2005.

(30) DE ROBERTO, *La legge generale sull'azione amministrativa: la legge n. 241 del 1990 dopo le modifiche delle leggi 11 febbraio 2005, n. 15 e 14 maggio 2005, n. 80*, Torino, 2005; PAOLANTONIO, POLICE, ZITO (a cura di), *La pubblica amministrazione e la sua azione*, Torino, 2005; TOMEI (a cura di), *La nuova disciplina dell'azione amministrativa : commento alla Legge n. 241 del 1990 aggiornato alle leggi n. 15 e n. 80 del 2005*, Padova, 2005.

11 l. n.241/1990. Innanzitutto, sebbene il consenso tra le parti venga raggiunto in un contesto normativo fortemente caratterizzato da elementi pubblicistici, l'atto che conclude la procedura non è il risultato esclusivo dell'esercizio del potere discrezionale da parte della p.a., ma è frutto dell'esercizio di un potere negoziale e in quanto tale ravvisabile anche in rapporti giuridici tra privati. Inoltre, nonostante i rilievi già svolti, non sembra che l'interesse pubblico sia la causa del negozio in sé considerato, che ha ad oggetto situazioni giuridiche di natura patrimoniale: l'interesse pubblico permane in capo al soggetto pubblico, senza incidere sulle valutazioni che determinano il privato alla stipula del contratto. Infine, la p.a. non risulta dotata in via generale dei poteri di autotutela, che le permettano di sciogliere unilateralmente il vincolo contrattuale, dal momento che l'unico potere espressamente riconosciuto si lega ad un'ipotesi di inadempimento della controparte e non ad una nuova valutazione dell'interesse pubblico da cui discende un nuovo esercizio del potere (di qui la qualificazione in termini di diritto potestativo) (31).

Peraltro, occorre inserire tra gli elementi strutturali e funzionali che compongono la natura giuridica della transazione globale anche il c.d. accordo di programma, che purtroppo non ha trovato esplicita collocazione nella l. n.241 del 1990, ma la cui matrice viene fatta risalire all'art.34 T.u. enti locali (ma era già nella l. 142/1990), il quale a sua volta consolidava forme di negoziazione programmata tra enti pubblici.

In particolare, l'art. 2, comma 3, del d.l. n.208/2008 dispone che la conferenza di servizi decisoria si svolga solo tra i soggetti pubblici aventi titolo (cioè quelli indicati al comma 1 e che siano "interessati" ai sensi del comma 2) per «*acquisire e comporre gli interessi di cui ciascuno sia portatore*» con l'esito, tipico dell'istituto della conferenza decisoria, di sostituire «*a tutti gli effetti ogni atto decisorio comunque denominato di competenza delle amministrazioni partecipanti*». Nonostante, quindi, il legislatore non lo qualifichi espressamente in questi termini, sembrerebbe trattarsi proprio di un accordo di programma. L'elemento peculiare nella fattispecie che qui ci interessa è la posteriorità dell'accordo di programma rispetto alle ipotesi

(31) Questi profili sono approfonditi in MASSERA, *I contratti*, in CASSESE (a cura di), *Istituzioni di diritto amministrativo*, Milano, 2004, 287-288.

normali, che riguardano programmi e progetti di interventi complessi in materia di opere pubbliche e di pubblica utilità.

Unendo allora i due elementi rispettivamente:

a) dell'accordo (in senso lato come incontro del consenso) tra soggetti pubblici e privati, che nell'ambito delle transazioni globali si realizza con l'accettazione da parte dell'impresa interessata dello schema di contratto risultante dalla conferenza di servizi;

b) dell'accordo di programma tra soli soggetti pubblici attraverso la conferenza di servizi decisoria;

è possibile pervenire a mio avviso ad una definizione articolata della fattispecie, che se da punto di vista procedurale, vale a dire della modalità che conduce all'assetto degli interessi delle parti, può essere indicata quale ipotesi in senso lato di negoziazione ambientale (ipotesi già frequentemente adoperata in applicazione del principio di sussidiarietà orizzontale nella materia del governo del territorio) (32); dal punto di vista sostanziale, cioè dell'atto conclusivo della procedura, con particolare riferimento alla sua natura consensuale, può essere qualificata come fattispecie contrattuale *sui generis* (33), in

(32) FERRONI, *Il principio di sussidiarietà e negoziazione urbanistica*, Torino, 2008.

(33) Non sembra tuttavia, sia per la settorialità dell'ambito di applicazione dell'istituto che in ragione della possibilità di circoscrivere i profili di specialità alla fase di formazione dell'amministrazione che la fattispecie delle transazioni globali possa consentire l'ingresso nel nostro ordinamento della figura del contratto di diritto pubblico, che inizialmente prospettata dal FORTI (in *La natura giuridica delle concessioni amministrative*, in *Giur. ital.*, 1900, IV, 369 ss.) - peraltro in linea con la dottrina tedesca (in special modo LABAND e JELLINEK) e in polemica con l'impostazione anticontrattualistica di RANELLETTI (*Concetto e natura delle autorizzazioni e concessioni amministrative*, in *Giur. ital.* 1894, IV, 4 ss.) e CAMMEO (*La volontà e i rapporti di diritto pubblico (contratti di diritto pubblico)*, in *Giur. ital.*, 1900, IV, 1 ss. - e ripresa da MIELE (*La manifestazione di volontà del privato nel diritto amministrativo*, Roma, 1931) e ZANOBINI (*Corso di diritto amministrativo*, IV ed., Milano, 1950), viene criticata da GUICCIARDI, proprio in materia di transazioni (*Le transazioni degli enti pubblici*, in Arch. dir. pubbl. 1936, 222 ss.) e poi da LEDDA (*Il problema del contratto nel diritto amministrativo*, Torino, 1965), sulla base della considerazione decisiva che nel diritto pubblico non è dato riscontrare «una norma base distinta da quella che attribuisce rilevanza al contratto tra privati, o quanto meno un complesso di regole diverse ordinabili in sistema» (op. ult. cit., 57); considerazione poi ripetuta da GIANNINI (*Diritto amministrativo*, Milano, 1988, 862): «per ammettere che esista un contratto di diritto pubblico occorre che le norme positive diano ad esso dei caratteri propri, tali da

ragione dei profili pubblicistici evidenziati, primo fra tutti la conferenza di servizi decisoria.

L'ipotesi dell'art.2 del d.l. n.208/2008, per altro verso, si distingue per gli stessi profili anche dalla più affine fattispecie, quella vale a dire della transazione disciplinata all'art.239 del d.lgs. n.163/2006.

La diversità attiene all'ambito di applicazione: nella transazione di cui all'art.239, il contratto viene stipulato al fine di risolvere controversie relative all'esecuzione di un rapporto contrattuale preesistente tra le parti (art.239, comma 1, d.lgs. n.163/2006); nelle transazioni globali, invece, l'accordo ha ad oggetto la spettanza e la quantificazione di oneri di bonifica, degli oneri di ripristino, del danno ambientale e di altri eventuali danni, quindi situazioni giuridiche soggettive sorte nell'ambito di rapporti extracontrattuali (art.2, comma 1, d.l. n.208/2008).

La diversità attiene altresì al procedimento: fatta eccezione per il parere dell'Avvocatura dello Stato (peraltro necessario nel caso di transazione *ex art.239 cit.* solo se l'importo di ciò che le amministrazioni aggiudicatrici e gli enti aggiudicatori concedono o rinunciano eccede la somma di euro 100.000), non è prevista né una conferenza di servizi, né l'autorizzazione da parte del Consiglio dei ministri, anzi la norma espressamente prevede che il ricorso al rimedio della transazione avvenga nel rispetto del codice civile (peraltro di ogni norma codicistica e non dei soli principi in materia di obbligazioni e contratti, come previsto per il regime cui soggiacciono gli accordi tra privati e amministrazione ai sensi dell'art.11, comma 2, l. n. 241/1990); inoltre lo scambio del consenso tra le parti assume più marcatamente i caratteri di una vera e propria negoziazione, laddove si prevede che *«il dirigente competente, sentito il responsabile del procedimento, esamina la proposta di transazione formulata dal soggetto aggiudicatario, ovvero può formulare una proposta di transazione al soggetto aggiudicatario,*

distinguerlo dal contratto di diritto privato. Or nel nostro diritto positivo ciò non avviene». Cfr. altresì FERRARA, *Gli accordi tra privati e pubblica amministrazione*, Milano, 1985, secondo il quale tutte le figure di accordo che possono essere concluse tra privati e pubblica amministrazione sono *«alternativamente riconducibili o alla figura dell'accordo procedimentale oppure a quella del contratto di diritto comune»*, quest'ultimo connotato da alcune peculiarità *«a causa della particolare posizione che vi occupa la pubblica amministrazione»*.

previa audizione del medesimo» (art.239, comma 3, d.lgs. n.163/2006).

La diversità attiene inoltre agli effetti: mentre alla transazione *ex art.239 d.lgs. n.163/2006* si ricollegano gli effetti tipici (estintivi e preclusivi, v. *supra*) della transazione di cui alla fattispecie generale prevista nel codice civile (art.1965), le transazioni globali producono anche effetti costitutivi per l'impresa contraente, dal momento che è prevista *«la facoltà di utilizzare i terreni o i singoli lotti o porzioni degli stessi, in conformità alla loro destinazione urbanistica, qualora l'utilizzo non risulti incompatibile con gli interventi di bonifica del suolo e della falda, sia funzionale all'esercizio di un'attività di impresa e non contrasti con eventuali necessità di garanzia dell'adempimento evidenziate nello schema del contratto»* (art.2, comma 5 *bis*, d.l. n.208/2008).

La diversità attiene infine alla disciplina dell'esecuzione del rapporto: mentre alla transazione di cui all'art.239 cod. contr. si applicherà anche in questa sede quanto previsto dal codice civile, per le transazioni globali l'art.2 del d.l. n.208/2008 prevede un'ipotesi particolare di risoluzione per inadempimento, a seguito di esercizio di un diritto potestativo da parte dell'amministrazione.

In base alle considerazioni che precedono sembra allora evidente che l'elemento centrale, cioè la disponibilità da parte dello Stato della cura degli interessi legati ad un bene giuridico immateriale quale la tutela dell'ambiente, in un corretto bilanciamento con il principio comunitario e nazionale dello sviluppo sostenibile, renda preminente il ruolo dei soggetti pubblici rispetto a quello delle imprese interessate, tanto se si raffronta la fattispecie ai contratti di appalto, quanto se si opera il confronto con la fattispecie della transazione prevista dal codice dei contratti pubblici. Non vi è dubbio, infatti, che se per qualsiasi ragione l'accordo non si realizza le amministrazioni competenti sono libere di adottare tutti i provvedimenti amministrativi e di azionare i rimedi giudiziali che l'ordinamento consente. Peraltro non si può escludere che qualora la figura astratta abbia successo nell'implementazione concreta dell'esperienza, si possa in un futuro far afferire tale ipotesi tra i cc.dd. contratti speciali (di transazione); ma per il momento tale ricostruzione non sarebbe rispondente all'effettiva cura degli

interessi pubblici e alla realtà giuridica quale descritta dalla citata disposizione normativa.

7. Profili di diritto processuale: il riparto della giurisdizione

A seguito dei chiarimenti offerti dalla Corte costituzionale a partire dalla nota sentenza n.204 del 2004 (34), il riparto di giurisdizione appare tuttora incentrato nel nostro ordinamento sul binomio libertà/autorità, dovendosi ricollegare la giurisdizione esclusiva (e non solo quella di legittimità) del giudice amministrativo all'esercizio da parte della pubblica amministrazione di poteri autoritativi (35).

(34) Corte cost., 6 luglio 2004, n.204, in *Giur. cost.*, 2004, n.4-5, 2203, con osservazioni di F. G. COCA, *Sopravviverà la giurisdizione esclusiva*, *ivi*, 2209 ss.; LARICIA, *Limiti costituzionali alla "discrezionalità" del legislatore ordinario nella disciplina della giustizia amministrativa*, *ivi*, 2220 ss. In dottrina, tra gli altri, SANINO *Il nuovo riparto delle giurisdizioni "voluto" dalla Corte costituzionale*, II ed., Roma, 2005; TRAVI, *La giurisdizione esclusiva prevista dagli artt. 33 e 34 del d. lgs. 31 marzo 1998 n. 80, dopo la sentenza della Corte costituzionale 6 luglio 2004, n. 204*, in *Foro ital.*, 2004, I, 2598; CERULLI IRELLI, *Giurisdizione esclusiva e azione risarcitoria nella sentenza della Corte costituzionale n. 204 del 6 luglio 2004 (osservazioni a primissima lettura)*, in *Dir. proc. amm.*, 2004, 820 ss.; VILLATA, *Leggendo la sentenza n. 204 della Corte costituzionale*, in *Dir. proc. amm.*, 2004, 832 ss.; POLICE, *La giurisdizione del giudice amministrativa è piena, ma non è più esclusiva*, in *Giorn. dir. amm.*, 2004, 974 ss.

(35) L'orientamento della Corte costituzionale espresso nella sent. n. 204/2004 cit. è stato poi completato dalla sentenza n. 281 del 28 luglio 2004 ed ha ricevuto una sorta di "interpretazione implementativa" dalla successiva sentenza della Corte cost. n. 191 dell'11 maggio 2006 ed un' "interpretazione adeguatrice" nelle sentenze n. 259 del 19 ottobre 2009 e n. 35 del 5 febbraio 2010. In queste ultime pronunce infatti la Corte costituzionale ha affermato che nelle materie di giurisdizione esclusiva spetta al g.a. conoscere anche i soli diritti soggettivi. Si tratta di una soluzione poi ripresa dal recente codice del processo amministrativo (d.lgs. 9 luglio 2010, n. 104) che all'art. 7, co. 1 nel delimitare l'ambito della giurisdizione esclusiva del g.a., da un lato, ha ripreso il criterio sostanziale di riparto fondato sulla categoria del potere e non su quella della funzione (servizio), così come risulta dall'impianto generale della sentenza della Corte costituzionale n.204/2004 e ha riprodotto la formulazione dell'art.103 Cost.; dall'altro, ha eliminato la congiunzione "anche" con riferimento ai diritti soggettivi per riproporla con riferimento al carattere mediato dell'esercizio del potere. In materia di risarcimento del danno ambientale l'art.316 del citato Codice dell'ambiente prevede la giurisdizione esclusiva del giudice amministrativo solo nel caso in cui si intenda impugnare l'ordinanza ministeriale di cui all'art. 313 (*supra*).

Ne consegue che, in ragione della natura contrattuale della transazione globale di cui all'art.2 del d.l. n.208 del 2008, il giudice naturale precostituito per legge ai sensi dell'art.111 Cost. è senza dubbio il giudice ordinario, quanto meno per ciò che concerne le controversie vertenti sull'interpretazione e/o esecuzione dell'assetto contrattuale e sulla fase esecutiva.

In via generale, inoltre, spetta alla giurisdizione del giudice ordinario la decisione in ordine alle questioni circa la spettanza e la quantificazione del danno ambientale, quale giudice civile ovvero, nel caso in cui si integri un illecito penale, quale giudice penale, attraverso l'apposita azione civile.

A diversa soluzione sembra doversi pervenire per la fase pubblicistica, che precede la stipulazione del contratto di transazione e che si conclude con l'autorizzazione dello schema di contratto da parte del Consiglio dei ministri su proposta del Ministro dell'ambiente e della tutela del mare e del territorio e con il controllo da parte della Corte dei conti.

Difatti, gli atti che in essa sono compresi non afferiscono solamente alla formazione della volontà dell'amministrazione, ma sono altresì espressione di un potere in senso lato di controllo previsto dall'ordinamento sulla iniziativa negoziale presa dalla pubblica amministrazione. Si pensi alla necessità di richiedere, da un lato, il parere dell'Istituto superiore per la protezione e la ricerca ambientale (ISPRA), nonché di quello dell'Avvocatura generale dello Stato; dall'altro, proprio la già citata autorizzazione da parte del Consiglio dei ministri. Si pensi altresì alla scansione procedimentale della fase che precede la stipulazione, con la previsione di un obbligatoria conferenza di servizi decisoria, alla quale devono essere chiamati a partecipare tutti i soggetti pubblici aventi titolo, per acquisire e comporre gli interessi di cui ciascuno risulti portatore.

Permangono margini per configurare la giurisdizione del giudice amministrativo successivamente alla stipulazione della transazione globale, nei casi in cui la controversia abbia ad oggetto la questione di legittimità degli atti di autotutela eventualmente adottati dall'amministrazione, i cui effetti ricadono sul contratto. Si pensi all'ipotesi in cui sia adottato un provvedimento di annullamento dell'atto di autorizzazione alla stipula a seguito del diniego di visto da parte della Corte dei conti.

Sussiste, inoltre, la giurisdizione del giudice amministrativo quante volte l'amministrazione decida di procedere ai sensi del titolo III della parte sesta del Codice dell'ambiente (d.lgs. n. 152 del 2006) e di adottare l'ordinanza ivi prevista. Difatti, in questo caso, l'impresa destinataria del provvedimento potrà avere tutela in via giurisdizionale impugnando l'atto dinanzi al Tribunale amministrativo competente, chiedendone l'annullamento nella misura in cui ravvisi la sussistenza di vizi di legittimità.

In materia di transazioni globali ambientali insiste, infine, la giurisdizione della Corte dei conti, quante volte siano ravvisabili profili di responsabilità amministrativa in capo al Ministro. Difatti, se – come *supra* rilevato- l'istituto della transazione può trovare applicazione generale anche laddove una delle parti sia un soggetto pubblico, nel rispetto dei limiti posti dalla disciplina del codice civile e di quelli *naturaliter* connessi all'esercizio di un potere amministrativo, con la conseguenza che tale atto rientra più ampiamente nell'attività di diritto privato della p.a., ciò non toglie che si possa determinare un danno per l'erario eziologicamente riconducibile alla condotta del dipendente pubblico connotata da dolo o colpa grave.

8. Profili di diritto nazionale: la compatibilità con l'istituto della transazione nel diritto amministrativo

La disciplina normativa, richiamata in apertura del presente contributo, evidenzia, da un lato, la corrispondenza tra i presupposti della transazione nell'ambito del diritto privato e quella prevista nel diritto pubblico, e più precisamente amministrativo; dall'altro, come il campo elettivo di applicazione dell'istituto della transazione da parte della pubblica amministrazione sia stato quello dell'attività di diritto privato. Tuttavia, già la dottrina più risalente ha rilevato come in realtà se ne sia fatta ampia utilizzazione anche nei rapporti di diritto pubblico.

Peraltro, nonostante autorevoli voci abbiano sostenuto la transigibilità degli interessi legittimi (36), la dottrina maggioritaria,

(36) Si tratta del pensiero di GUICCIARDI, *Le transazioni degli enti pubblici*, *op.cit.*, 65 ss., ripreso e sviluppato da FERRARI, *Transazione II) transazione della pubblica amministrazione*, vol. XXXVI, in *Enc. giur. Treccani*, Roma, 1994.

seguita dal legislatore, ha circoscritto l'operatività dell'istituto ai soli diritti soggettivi, in base alla considerazione che i primi, trovando il proprio fondamento nell'esercizio di un potere autoritativo da parte della pubblica amministrazione spettante ai fini della cura concreta ed attuale di un interesse pubblico, sono situazioni giuridiche soggettive, al pari di quest'ultimo, per definizione non transigibili. Nondimeno si tratta di un orientamento, che può essere oggetto di una rivisitazione per ragioni che provengono dal diritto nazionale e dal diritto dell'Unione europea.

Proprio in forza della definizione contenuta nell'art.1965 c.c., che indica la transazione come quel contratto attraverso il quale le parti «*facendosi reciproche concessioni*» pongono fine ad una lite già incominciata o prevengono una lite che può sorgere tra loro e ancor più dei presupposti di cui all'art.1966 c.c., il quale prescrive che per transigere le parti devono avere capacità di disporre dei diritti, che formano oggetto della lite con conseguente nullità della transazione su diritti, per natura o per legge, sottratti alla disponibilità delle parti, le questioni centrali che si pongono sono essenzialmente due: da un lato, sotto un profilo soggettivo, la competenza del Ministro dell'ambiente a stipulare il contratto in oggetto; dall'altro, sotto un profilo

In particolare, il GUICCIARDI giunge a ritenere ammissibile la transigibilità dei rapporti di diritto pubblico, facendo leva sulla distinzione delle situazioni giuridiche soggettive in diritti pubblici soggettivi generali e speciali, elaborata da S. ROMANO (*Principi di diritto amministrativo italiano*, III ed., Milano, 1912, 153): i primi traggono la propria origine direttamente dalla legge e sussistono in capo ai titolari indipendente dalla loro volontà, tanto che si tratti di soggetti pubblici (attribuzioni di potere) che di soggetti privati (*status* giuridico della cittadinanza) e di conseguenza sono per definizione intransigibili; i secondi, al contrario, sebbene ricollegabili indirettamente alla legge, sussistono in capo ai titolari in forza della volontaria costituzione dei rapporti, da cui traggono origine e sono pertanto transigibili. L'A. indica questo profilo come quello della possibilità della transazione nei rapporti di diritto pubblico dell'amministrazione e lo completa con i profili della necessità e della attuabilità: quanto al primo, sostiene che la transazione sia l'unico istituto del quale l'amministrazione può avvalersi, ove intenda risolvere in via convenzionale le controversie con i privati aventi ad oggetto rapporti di diritto pubblico; sotto il secondo, afferma che il rapporto transattivo, da un punto di vista genetico, tragga origine, non da un contratto di diritto pubblico (categoria, come noto, avversata da larga parte della dottrina), bensì da un negozio unilaterale e che, da un punto di vista funzionale, produca i suoi effetti in capo ad entrambe le parti, in forza della manifestazione di volontà del privato.

oggettivo, la transigibilità delle situazioni giuridiche che vengono in evidenza in materia di danno ambientale, nel caso di specie conseguente alla contaminazione di siti di interesse nazionale.

Quanto al primo punto, in passato si è discusso in ordine alla competenza ad adottare atti di transazione in capo all'organo di vertice politico-amministrativo. Difatti, a seguito della separazione tra atti di indirizzo politico e di controllo, da un lato, e atti di gestione, dall'altro, operata dal d.lgs. n.29/1993 e ora confluita nel d.lgs. n.165/2001, si è manifestato il dubbio che tali atti potessero spettare alla dirigenza, secondo le competenze delineate dall'art. 16, comma 1, lett. f), del d.lgs. n. 165/2001. Inoltre, anche a voler riconoscere la competenza in capo agli organi di vertice politico-amministrativo, non ogni questione risultava per ciò solo sopita. In particolare, il dubbio concerne il riconoscimento della titolarità di tale competenza in capo allo Stato ovvero in capo alle Regioni, con la conseguente possibilità per queste ultime di transigere in modo autonomo e concorrente la controversia in materia di danno ambientale.

Sul punto, peraltro, ha fatto chiarezza una deliberazione della Corte dei conti, con la quale il giudice contabile ha affermato espressamente che gli atti di transazione stipulati dal Ministero dell'ambiente e del territorio in materia di danno ambientale, poiché presuppongono scelte di carattere politico, esulano dai compiti della dirigenza e devono di conseguenza essere ricondotti nell'ambito delle competenze del vertice politico-amministrativo (37). Il d.l. n. 208 del 2008 ha, invece, chiarito il secondo profilo

(37) Il riferimento è alla deliberazione sezione centrale di controllo di legittimità del 15 gennaio 2003, n. 1/2003/P: «per quanto si riferisce al profilo della competenza ad adottare gli atti di che trattasi, occorre considerare, in linea generale, che la transazione ha la finalità di definire o prevenire una lite attraverso reciproche concessioni dettando un assetto di interessi modificativo della realtà giuridica anche attraverso la rinuncia a far valere i propri diritti. Relativamente ai casi di specie, va evidenziato che i medesimi fanno seguito ad atti di costituzione di parte civile nell'ambito di procedimenti penali per i quali è pervenuta l'autorizzazione del Presidente del consiglio dei ministri, così come previsto dall'art. 1, 4° comma, l. 3 gennaio 1991, n. 3. Va considerato, inoltre, che la materia del danno ambientale coinvolge talora interessi statali di rilevanza tale da non potersi riferire le valutazioni della dirigenza, ma a quelle dell'organo di vertice politico-amministrativo a cui compete proporre al Presidente del consiglio dei ministri di autorizzare la costituzione di parte civile in procedimenti penali. La non riconducibilità delle fattispecie in esame alle competenze proprie dei dirigenti, quali delineate dal d.lgs. 165/01, discende anche dalla considerazione che le medesime più che riferirsi alla sfera gestoria,

della questione, riconoscendo solamente all'organo dello Stato competente, appunto il Ministro dell'ambiente, la facoltà di concludere transazioni globali in materia ambientale con conseguente titolarità del relativo diritto di transigere. Ovviamente, ciò non toglie che gli altri enti territoriali possano agire in giudizio per ottenere il risarcimento del danno ambientale, laddove questo interessi il territorio di loro spettanza.

Quanto al diverso profilo della transigibilità dei diritti, la questione si pone in questo ambito ovviamente in misura ancora più stringente rispetto alla sua valenza in termini generali (38), in ragione della natura di bene immateriale dell'ambiente e dei suoi caratteri di appartenenza, partecipazione e solidarietà (39), dai quali discende l'attitudine a coinvolgere interessi che superano la sfera individuale del singolo per divenire non solo semplicemente interessi diffusi e talora collettivi, ma interessi universali, in quanto afferenti all'umanità complessivamente intesa, anche al di là dei confini nazionali.

presuppongono scelte di carattere politico dell'amministrazione che come tali esulano dai compiti della dirigenza, ferme restando le valutazioni tecnico-estimative dei competenti servizi amministrativi, nonché dell'indefettibile ausilio dell'organo di consulenza legale».

(38) Sent. Cons. St., sez. IV, 6 giugno 2001, n. 3045: «*il campo dei diritti indisponibili in diritto amministrativo non può essere ampliato a tutte le ipotesi in cui il precetto disciplini un comportamento o un'attività. Se così fosse, l'ipotesi di transazione in diritto pubblico non sarebbe neppure residuale, ma del tutto irreali come l'ippogrifo in rerum natura. Perché una transazione sia inibita occorre che la situazione giuridica presidiata da una disposizione sia di tale natura da impedire effetti contrari a quelli positivamente indicati nelle norme stesse, anche attraverso la qualificazione di indisponibilità del relativo diritto, così da assicurare la piena tutela del valore esposto dalla situazione giuridica ovvero che la situazione sia correlata alla cura di pubblici interessi la cui indisponibilità è saldamente connessa alla doverosità della relativa attribuzione. In altre parole, si rende necessaria, al fine di dichiarare indisponibile un diritto, una sua tutela, per esplicita previsione normativa o quantomeno in via sistematica, differenziata e qualificata».*

(39) Per un approfondimento di questi concetti, PICOZZA, *Diritto dell'economia: disciplina pubblica*, Padova, 2004, nonché più recentemente ID., *Introduzione al diritto amministrativo*, Padova, 2007, il quale rileva come rispetto ai beni immateriali si inverta la relazione, che si fonda sul concetto di appartenenza: non è l'ambiente che appartiene all'uomo, ma viceversa l'uomo che appartiene all'ambiente. Inoltre, ciascun essere umano è chiamato a partecipare alla tutela e alla protezione dell'ambiente, in un vincolo di solidarietà con gli altri consociati.

La soluzione della questione deve peraltro prendere le mosse, così come implicitamente suggerito dal Consiglio di Stato in un parere del 2001 (40), dall'inquadramento sistematico dell'illecito ambientale all'interno della fattispecie della responsabilità civile aquiliana, di cui all'art.2043 c.c. Difatti, proprio la considerazione in tali termini dell'illecito ambientale consente di ritenere che al suo verificarsi segua il sorgere di una pretesa risarcitoria di natura pecuniaria per definizione disponibile da parte del suo titolare. In questi limiti allora deve ritenersi disponibile il diritto e ammissibile la transazione in materia ambientale. Il soggetto pubblico, attraverso la stipula del contratto di cui all'art. 2 del d.l. n. 208 del 2008, non dispone del bene immateriale ambiente, che certamente come tale è indisponibile e comporterebbe la nullità della transazione ai sensi del già citato art. 1966 c.c., bensì del diritto patrimoniale al risarcimento del danno conseguente all'illecito.

9. Profili di diritto comunitario: la compatibilità con la direttiva 3004/35/CE

La compatibilità della disciplina introdotta con l'art.2 del d.l. n. 208/2008 con la direttiva europea n.2004/35/CE del 21 aprile 2004 deve essere valutata, tenendo conto innanzitutto delle indicazioni che possono trarsi circa la *ratio* di questa disciplina dai considerando, che precedono l'articolato normativo.

La lettura di questa parte del testo legislativo, infatti, consente, diversamente da quanto si può rilevare per il nostro diritto nazionale, non solamente di comprendere le ragioni di fatto e di diritto a sostegno dell'intervento dei pubblici poteri, ma

(40) Il riferimento è al Parere del Consiglio di Stato, commissione speciale, 18 maggio 2001, n. 426/01: «a questo riguardo l'esatta impostazione della questione non può prescindere dalla considerazione che non si verte (...) della possibilità futura di alterare in peggio la condizione ambientale, ma soltanto di un'azione civile risarcitoria nascente da un fatto illecito già realizzato: non si intende cioè disporre contrattualmente, per il tempo a venire, dell'integrità attuale dell'ambiente (profilo che renderebbe illecita la causa, non potendo gli apparati pubblici preposti a quella tutela che orientare la loro azione in senso conservativo), ma dell'obbligazione civile nascente da un fatto illecito collocato nel passato e per il quale la menomazione dell'integrità ambientale è già storicamente avvenuta. Si verte non dell'ambiente, ma della riparazione monetaria conseguente ad una sua menomazione».

anche e soprattutto di persuadere in ordine alla bontà, ovviamente in termini politici e giuridici, delle decisioni adottate, tanto da poter definire come culturali le fonti dell'ordinamento europeo (41).

Dalla lettura dei considerando emerge innanzitutto che la prevenzione e la riparazione, nella misura del possibile, del danno ambientale contribuiscono a realizzare gli obiettivi e i principi della politica ambientale (cons. n. 1), così come definiti nel Trattato (titolo XIX TCE, ora titolo XX TFUE).

Il principio che deve trovare attuazione è quello che «*chi inquina paga*» specularmente al principio dello sviluppo sostenibile: «*il principio fondamentale della presente direttiva dovrebbe essere quindi che l'operatore la cui attività ha causato un danno ambientale o la minaccia imminente di tale danno sarà considerato finanziariamente responsabile in modo da indurre gli operatori ad adottare misure e a sviluppare pratiche atte a ridurre al minimo i rischi di danno ambientale*» (cons. n. 2). Di conseguenza, «*secondo il principio 'chi inquina paga', l'operatore che provoca un danno ambientale o è all'origine di una minaccia imminente di tale danno dovrebbe di massima sostenere il costo delle necessarie misure di prevenzione o di riparazione. Quando l'autorità competente interviene direttamente o tramite terzi al posto di un operatore, detta autorità dovrebbe far sì che il costo da essa sostenuto sia a carico dell'operatore. E' inoltre opportuno che gli operatori sostengano*

(41) La distinzione tra fonti “culturali” e fonti “politiche”, come noto, è di PIZZORUSSO, *Fonti 'politiche' e 'fonti culturali' del diritto*, in *Studi in onore di Liebman*, Milano, 1979, vol. I, 327 ss. Per un approfondimento nella prospettiva del diritto comunitario v. PICOZZA, *Diritto amministrativo e diritto comunitario*, Torino, 2004, 41-42: “senza negare la 'politicità' delle fonti del diritto comunitario, sembra indubitabile affermare l'importanza della loro classificazione come 'fonti culturali'. (...) in effetti, il precedente, l'analisi razionale e lo scambio dell'esperienza legislativa tra i vari Paesi membri, sono alla base della formazione delle fonti di diritto comunitario. Inoltre il processo culturale-giuridico è circolare in quanto si svolge sia in fase ascendente, nella formazione degli atti comunitari generali, sia nella fase discendente, dato il particolare potere applicativo e interpretativo di cui dispone la Corte di giustizia. Quanto alla categoria delle fonti 'politiche', essa è indubbiamente applicabile anche al diritto comunitario, ma presenta tratti interessanti di specificità. Se, in particolare, è applicabile il principio che si deve prestare obbedienza all'autorità politica, è peraltro anche vero che il corrispondente criterio di legittimazione delle fonti non è del tutto corrispondente al grado di investitura democratica di cui le autorità comunitarie sono dotate”.

in definitiva il costo della valutazione del danno ambientale ed eventualmente della minaccia imminente di tale danno» (cons. n. 18).

Dalle affermazioni che precedono si ricava allora che nella prospettiva del diritto europeo assumono particolare importanza due profili, l'uno statico, l'altro dinamico.

Quanto al primo, viene in evidenza la centralità che assume il nesso di causalità tra soggetto agente e danno ambientale, dal quale discende l'ascrizione di responsabilità; il secondo aspetto, invece, riguarda la preminenza della prevenzione e della ripristino dei siti sul mero risarcimento per equivalente, in vista di un ulteriore effetto persuasivo, quello vale a dire di spingere gli operatori economici ad adottare misure e a seguire pratiche idonee a ridurre al minimo i rischi di danno ambientale. Si tratta di principi che trovano sviluppo nella disciplina contenuta nell'articolato normativo della direttiva e che devono essere rispettati ed implementati dagli Stati membri, anche e soprattutto in considerazione del vincolo di scopo, che pone tale atto comunitario ai sensi dell'art.249 TCE (ora art. 288 TFUE).

L'istituto delle transazioni globali in materia ambientale, invece, così come previsto e regolato dall'art.2 del d.l. n.208 del 2008, presenta taluni profili di attrito con essi; in particolare, il profilo della responsabilità dell'impresa che ha cagionato il danno ambientale, appare sfumato, dal momento che non è previsto alcun accertamento al riguardo e, piuttosto, il negozio transattivo presuppone tradizionalmente una *res dubia*, che giustifica le reciproche concessioni delle parti. Corrispondentemente, sotto il profilo soggettivo, il generico riferimento alle imprese "interessate" recide il nesso di causalità, al quale la direttiva sembra ancorare saldamente l'ascrizione di responsabilità per danno ambientale.

Più in generale, allora, non risulta pienamente rispettato il principio «*chi inquina paga*», vigente nel diritto ambientale comunitario e più ampiamente riconosciuto nel diritto internazionale.

Anche la preferenza che la direttiva mostra di riservare al risarcimento in forma specifica rispetto al risarcimento per equivalente appare disattesa dalla normativa in commento con conseguente depotenziamento del profilo della prevenzione del danno e, in senso lato, di educazione degli operatori economici al rispetto dell'ambiente.

Inoltre, sotto il profilo della tutela di questo bene immateriale, nella disciplina di cui all'art.2 del d.l. n.208/2008 non ha trovato considerazione la previsione del considerando n.25, ai sensi del quale *«le persone che sono state o che possono essere pregiudicate da un danno ambientale dovrebbero essere legittimate a chiedere all'autorità competente di agire. La protezione dell'ambiente è tuttavia un interesse diffuso, per il quale i singoli non sempre agiscono o sono in grado di agire. Si dovrebbe quindi dare l'opportunità ad organizzazioni non governative che promuovono la protezione dell'ambiente di contribuire in maniera adeguata all'efficace attuazione della presente direttiva»*; e ancor più quella di cui al considerando n. 26: *«le persone fisiche o giuridiche interessate dovrebbero essere legittimate ad avviare procedure di revisione delle decisioni, degli atti o delle omissioni dell'autorità competente»*.

L'art. 2 del d.l. n.208/2008 prescrive nell'ultimo periodo del co. 1 la pubblicità, nelle forme delle comunicazioni e pubblicazioni, dello schema di contratto in funzione partecipativa degli enti territoriali e delle associazioni e privati interessati, funzione che si realizza a mezzo di note di commento da far pervenire ai partecipanti alla conferenza decisoria.

Il d.lgs. n.152/2006 si è peraltro limitato a prevedere all'art. 309, co.1 che *«le regioni, le province autonome e gli enti locali, nonché le persone fisiche o giuridiche che sono o che potrebbero essere colpite dal danno ambientale o che vantano un interesse legittimante la partecipazione al procedimento relativo all'adozione di misure di precauzione, di prevenzione o di ripristino (...) possono presentare al Ministro dell'ambiente e della tutela del territorio, depositandole presso le Prefetture-Uffici territoriali del Governo, denunce e osservazioni, corredate da documenti e informazioni, concernenti qualsiasi caso di danno ambientale o di minaccia imminente di danno ambientale e chiedere l'intervento statale a tutela dell'ambiente»*. Si tratta, come risulta dalla stessa rubrica dell'articolo ora citato, di una richiesta di intervento statale, che accorda ai singoli privati e alle associazioni ben meno di quello che avrebbero potuto ottenere sfruttando le potenzialità di partecipazione alla tutela dell'ambiente prefigurate dal considerando n.26; non sembra, infatti, che ci possano essere margini per riconoscere in capo a questi soggetti la legittimazione *«ad avviare procedure di*

revisione delle decisioni, degli atti o delle omissioni dell'autorità competente» (42).

Del resto, anche la scelta di introdurre tale disciplina in un atto, che rimane separato dal Codice dell'ambiente (d.lgs. n.152 del 2006) segna la distanza con l'aspirazione europea di una disciplina omogenea nell'ambito della relativa politica.

10. Le transazioni globali nella prospettiva dell'analisi economica del diritto: cenni

Nella prospettiva dell'analisi economica del diritto (43) non vi è dubbio che, in generale, l'istituto della transazione consenta

(42) Per un approfondimento del tema della partecipazione della società civile alle decisioni adottate dai pubblici poteri, CASSESE, *La partecipazione dei privati alle decisioni pubbliche. Saggio di diritto comparato*, in *Riv. Trim. dir. Pubbl.*, 2007, n. 1, 3 ss.

(43) Sulle origini, il metodo e i più recenti sviluppi dell'analisi economica del diritto, NAPOLITANO-ABRESCIA, *Analisi economica del diritto pubblico*, Bologna, 2009; FRANZONI, *Introduzione all'economia del diritto*, Bologna, 2003; DENOZZA, *Norme efficienti. L'analisi economica delle regole giuridiche*, Milano, 2002; NAPOLITANO, *Analisi economica del diritto*, in CASSESE (diretto da), *Dizionario di diritto pubblico*, vol. I, Milano, 2006, 299 ss.; ARCURI-PARDOLESI, *Analisi economica del diritto*, in *Aggiorn.*, vol. VI, Milano, 2002, 7 ss.; PARISI, *Scuole e metodologie dell'analisi economica del diritto*, in *Riv. cr. dir. priv.*, 2005, 377 ss.; MERUSI, *Analisi economica del diritto e diritto amministrativo*, in *Dir. amm.*, 2007, 427 ss.; A. ROMANO TASSONE, *Analisi economica del diritto e "amministrazione di risultato"*, in *Dir. amm.*, 2007, 63 ss.; AA.VV., *Annuario AIPDA, Analisi economica e diritto amministrativo*, Atti del convegno annuale, Venezia, Fondazione Cini, 28-29 settembre 2006, Milano, 2007. Per un approfondimento della dottrina anglo-americana, in cui le riflessioni sull'analisi economica del diritto hanno avuto origine, SHAVELL, *Economic Analysis of Accident Law*, Harvard University Press, 1987; ID., *Foundations of Economic Analysis of Law*, Harvard University Press, 2004, trad. ital a cura di PORRINI, *Fondamenti dell'analisi economica del diritto*, Torino, 2005; FRIEDMAN, *L'ordine del diritto. Perché l'analisi economica può servire al diritto*, trad. ital. di ABRESCIA, Bologna, 2004; POLINSKY, *An Introduction to Law and Economics*, Little, Boston, 1989; POSNER, *Economic Analysis of Law*, NewYor, 2003; COOTER-ULEN, *Law and Economics*, III ed., Reading, 2000. Per un'applicazione della teoria dell'analisi economica del diritto ad alcuni profili del diritto ambientale, GAMBARO-POZZO, *La responsabilità civile per i danni all'ambiente nella recente legislazione italiana: alcune note di comparazione giuridica e analisi economica*, in MATTEI-PULITINI (a cura di), *Consumatore ambiente concorrenza. Analisi economica del diritto*, Milano, 1994, 47 ss.

una notevole riduzione di costi e il conseguimento di benefici speculari non altrimenti realizzabili in sede giurisdizionale. Tuttavia, occorre domandarsi se l'utilizzo di questo strumento contrattuale, ove disposto in modo massiccio e sistematico, non possa in una visione di lungo periodo, nuocere al bene che dovrebbe ricevere tutela primaria.

Quanto ai costi, la riduzione non riguarda solamente quelli economici, naturalmente collegati all'instaurazione, allo svolgimento e alla conclusione di un giudizio, ma anche quelli temporali, in considerazione della durata dei processi, specialmente di quelli pendenti dinanzi al giudice ordinario. Difatti, l'alea che, sia pure in misura variabile, è connaturata a qualsiasi giudizio, porta con sé effetti negativi anche e soprattutto per il tempo che decorre dal momento in cui il giudice viene adito a quello conclusivo del procedimento giurisdizionale, con la pronuncia della sentenza. A ciò si aggiunga l'ulteriore estensione temporale, conseguente ad eventuali impugnazioni della pronuncia.

La stipulazione del negozio transattivo riflette, allora, in pieno, l'imperativo dell'economicità dell'azione.

Di conseguenza, le parti conseguono il beneficio di raggiungere una definizione di liti attuali o potenziali in modo celere e consensuale, quindi in linea generale maggiormente soddisfacente delle ragioni vantate rispetto a quanto potrebbero realizzare con l'intervento di un soggetto terzo ed imparziale, cui viene affidato il compito di offrire un assetto di interessi fondato su una soluzione imperniata alla logica bipolare del torto e della ragione.

Sotto questo profilo, la transazione si presenta come uno strumento particolarmente efficiente: non è tanto il risarcimento del danno, peraltro ottenibile anche in sede giurisdizionale, quanto il modulo consensuale del contratto ad assicurare la realizzazione migliore degli interessi delle parti coinvolte.

Tuttavia, questo discorso, pur (tendenzialmente) valido con riferimento alla generalità delle controversie in materia economica, non può non destare perplessità ove riportato alla materia ambientale, in considerazione della natura di *public goods* del bene in questione (44). In altre parole la domanda

(44) NAPOLITANO, *Analisi economica del diritto pubblico, op. cit.*, 86 ss., il quale rileva quali caratteristiche essenziali dei beni pubblici (*public goods*) in

attiene all'attitudine del risarcimento del danno conseguibile in tempi rapidi a seguito della stipulazione di un contratto di transazione a soddisfare interessi non meramente economici, che fanno capo non solo all'amministrazione centrale, ma anche alla collettività generale e in modo particolare alle collettività locali.

Il profilo sul quale si intende appuntare l'attenzione è che l'ambiente non è un bene omogeneo rispetto ad altri, poiché non può essere soggettivamente astretto nella categoria giuridica del diritto soggettivo, come invece può accadere per il pur fondamentale (quantomeno nel diritto europeo ed internazionale) diritto di impresa, ma si erge piuttosto ad oggetto di doveri in capo ai consociati. Inoltre, non può neppure essere circoscritto temporalmente, poiché la sua tutela riflette un interesse non solo delle generazioni ora viventi, ma anche e soprattutto di quelle future.

La monetarizzazione del bene ambiente che si realizza con la stipula dei contratti di transazione globale previsti all'art. 2 del d.l. n. 208/2008 appiattisce la problematica del danno ambientale su una dimensione meramente economica e potrebbe in ultima analisi determinare in capo alle imprese interessate, specialmente se finanziariamente dotate, una deresponsabilizzazione in considerazione della possibilità di definire eventuali controversie in via consensuale, in termini esclusivamente monetari (45) e con notevole riduzione dei costi.

senso economico, che li differenziano dai beni privati (*private goods*) in senso economico: a) la non rivalità, nel senso che l'uso da parte di un soggetto del bene pubblico non impedisce il contemporaneo uso da parte di altro soggetto; b) la non escludibilità, nel senso che nessun soggetto può essere escluso dal godimento del bene. Sono definiti beni pubblici puri, quelli nei quali le due caratteristiche relative al consumo ricorrono in forma perfetta.

(45) Cfr. art.2, co.7, ult. per., d.l. n. 208/2008, ove si fa riferimento ai «casi in cui nella transazione sia previsto che la prestazione complessivamente dovuta dall'impresa o dalle imprese abbia carattere soltanto pecuniario».