

REPUBBLICA ITALIANA

N.5124/08 REG.DEC.

IN NOME DEL POPOLO ITALIANO

N. 9574 e N. 9755

Il Consiglio di Stato in sede giurisdizionale, (Quinta Sezione)

ANNO 2007

ha pronunciato la seguente

DECISIONE

sul ricorso in appello:

n. 9574/07 Reg. Gen., proposto dalla REGIONE LOMBARDIA, in persona del Presidente in carica della Giunta regionale, rappresentata e difesa dagli Avv.ti Viviana Fidani e Federico Tedeschini, elettivamente domiciliata presso il secondo in Roma, via Largo Messico n. 7;

CONTRO

la signora Piera Giacomelli, rappresentata e difesa dagli Avv.ti Andrea Mina e Ludovico Villani, elettivamente domiciliata presso il secondo in Roma, via Asiago n. 8;

E NEI CONFRONTI

di Sistema Ambiente s.r.l., in persona del legale rappresentante in carica, non costituita in giudizio;

n. 9755/07 Reg. Gen., proposto da SYSTEMA AMBIENTE s.r.l., in persona del legale rappresentante in carica, rappresentata e difesa dall'Avv. Paolo Dell'Anno ed elettivamente domiciliata presso il medesimo in Roma, via Umberto Saba n. 54, sc. C;

CONTRO

la signora Piera Giacomelli, rappresentata e difesa dagli Avv.ti Andrea Mina e Ludovico Villani, elettivamente domiciliata presso il secondo in Roma, via Asiago n. 8;

E NEI CONFRONTI

della Regione Lombardia, in persona del Presidente in carica della Giunta regionale, non costituita in giudizio;

entrambi per la riforma

della sentenza 11 agosto 2007 n. 726 del Tribunale amministrativo regionale per la Lombardia, sezione staccata di Brescia, sezione prima, resa tra le parti.

Visti i ricorsi con i relativi allegati;

Visto l'atto di costituzione in giudizio dell'appellata;

Viste le memorie prodotte dalle parti a sostegno delle rispettive difese;

Visti gli atti tutti della causa;

Alla pubblica udienza del 17 giugno 2008, relatore il consigliere Angelica Dell'Utri Costagliola, uditi per le parti gli Avv.ti Tedeschini, Villani, Mina e Dell'Anno;

Ritenuto in fatto e considerato in diritto quanto segue:

F A T T O

A.- Con il primo degli appelli in epigrafe la Regione Lombardia ha gravato la sentenza 11 agosto 2007 n. 726 del Tribunale amministrativo regionale per la Lombardia, sezione staccata di Brescia, sezione prima, con la quale ella, in solido con la Società esercente l'impianto di smaltimento di rifiuti pericolosi e non pericolosi sito in Brescia, è stata condannata a risarcire, con la procedura di cui all'art. 35 del D.Lgs. n. 80 del 1998 ed in favore della signora Piera Giacomelli, il danno da ritardato svolgimento della procedura di VIA in relazione all'intervenuto annullamento giurisdizionale per omissione di detta procedura del provvedimento in data 29 aprile 1999, di rinnovo quinquennale dell'originaria autorizzazione regionale.

All'uopo ha contestato la sentenza appellata sotto i seguenti aspetti:

- 1.- Asserita necessità della VIA;
- 2.- Asserite conseguenze del ritardato svolgimento della VIA;
- 3.- Ritenuta irrilevanza dell'elemento soggettivo;
- 4.- Asseriti danni lamentati: violazione del *ne bis in idem*;
- 5.- In subordine: misura del danno.

La signora Giacomelli si è costituita in giudizio ed ha svolto difese anche con memoria del 25 gennaio 2008. A sua volta con memoria del 5 giugno 2008 l'appellante ha insistito nelle proprie tesi.

B.- Con il secondo appello la Systema Ambiente s.r.l. (già Ecoservizi), esercente l'impianto, ha anch'essa gravato la stessa sentenza, esponendo articolate doglianze in relazione ai seguenti punti:

- 1.- Sulla necessità della VIA nel caso di specie e sui principi che caratterizzano l'istituto.

- 2.- Sul ritardo dello svolgimento della VIA.
- 3.- Sull'elemento soggettivo della colpa.
- 4.- Sul difetto di legittimazione passiva della Società.
- 5.- Sul *ne bis in idem* e sull'efficacia vincolante delle pronunce della Corte Europea dei diritti dell'uomo.
- 6.- Sul danno.

La signora Giacomelli si è costituita in giudizio ed ha svolto controdeduzioni con memoria del 24 gennaio 2008.

A sua volta l'appellante ha replicato ed ulteriormente illustrato le proprie deduzioni con memorie del 26 gennaio e 5 giugno 2008.

C.- All'odierna udienza pubblica entrambi gli appelli sono stati posti in decisione.

DIRITTO

1.- Gli appelli riassunti nella narrativa che precede investono la stessa sentenza, sicché vanno riuniti per essere decisi contestualmente.

2.- Con la sentenza in questione il Tribunale amministrativo regionale per la Lombardia, sezione staccata di Brescia, in accoglimento del ricorso della signora Piera Giacomelli ha condannato la Regione Lombardia e la Systema Ambiente s.r.l. (già Ecoservizi S.p.A.), in solido, con la procedura di cui all'art. 35 del D.Lgs. n. 80 del 1998 ed in favore della medesima signora Giacomelli, al risarcimento dei danni conseguenti all'esercizio nel periodo dal 1999 al 2004 dell'attività di smaltimento di rifiuti pericolosi e non pericolosi svolta senza il previo esperimento della procedura di valutazione di impatto ambientale – VIA - dalla Ecoservizi S.p.A. in impianto sito nei pressi dell'abitazione dell'interessata a seguito del rinnovo quinquennale dell'autorizzazione originaria disposto con deliberazioni 12 aprile 1999 n. 42443, 29 aprile 1999 n. 42740 e 15 ottobre 1999 n. 45667 della Giunta regionale lombarda.

3.- Detti provvedimenti sono stati annullati, su ricorso della stessa signora Giacomelli, con sentenza 6 giugno 2003 n. 836 del TAR per la Lombardia, Sezione di Brescia, per difetto di istruttoria e mancanza di VIA preventiva; tale sentenza è stata confermata con decisione 31 agosto 2004 n. 5715/2004 del Consiglio di Stato, Sezione quarta, con la quale il rinnovo dell'autorizzazione disposto, in particolare, con la deliberazione n. 42740 è stato ritenuto illegittimo perché non preceduto dalla valutazione di impatto ambientale positiva.

Più precisamente, la Sezione quarta ha premesso, tra l'altro, che doveva essere espunta dal giudizio ogni contestazione sulla variante sostanziale approvata con la deliberazione n. 42443/99 per effetto della presa d'atto con la deliberazione n. 45667/99

della rinuncia alla stessa variante, sicché il rinnovo dell'autorizzazione di cui alla deliberazione n. 42443/99, come delimitata dalla seconda, concerneva l'esercizio dell'impianto esistente. Premesso ancora il carattere preliminare e assorbente della questione se, ai fini del rinnovo dell'autorizzazione ed indipendentemente dalla circostanza di fatto dell'ampliamento o meno dell'impianto esistente, fosse necessaria o no la previa valutazione di impatto ambientale ai sensi della normativa vigente al momento dell'emanazione del rispettivo provvedimento impugnato, ossia degli artt. 27 e 28 del decreto legislativo 5 febbraio 1997, n. 22, la stessa Sezione quarta ha disatteso la tesi dell'appellante Ecoservizi S.p.A., che sosteneva come la previetà della procedura di VIA dovesse ritenersi richiesta solo in caso di nuova realizzazione dell'impianto o di variante sostanziale e non anche in caso di mero rinnovo della precedente autorizzazione di esercizio. La Sezione ha affermato infatti che tale assunto avrebbe potuto essere condiviso in relazione ad autorizzazioni rilasciate nel regime del decreto legislativo in questione, mentre non poteva trovare applicazione nel caso, quale quello di specie, in cui l'originaria autorizzazione alla realizzazione dell'impianto e la conseguente autorizzazione all'esercizio risultassero rilasciate anteriormente all'entrata in vigore della predetta normativa nazionale, di recepimento della disciplina comunitaria. E' stato chiarito dalla Sezione, al riguardo, che *“è razionale sottrarre alla previetà della procedura VIA quei rinnovi di autorizzazione all'esercizio relativi a impianti autorizzati sulla base di una previa valutazione di impatto ambientale”*, ma *“non altrettanto può dirsi per il rinnovo di autorizzazioni la cui compatibilità ambientale, in sede di realizzazione dell'impianto e di autorizzazione all'esercizio degli stessi, non sia stata previamente accertata”*. Si è concluso perciò nel senso che *“in questi casi (...) occorre necessariamente individuare un momento in cui, entrata in vigore la disciplina di cui al decreto legislativo n. 22 del 1997, si proceda per una prima volta all'assoggettamento alla VIA dell'attività di smaltimento dei rifiuti. In altri termini, quella verifica dell'impatto ambientale non effettuata in sede di prima autorizzazione deve necessariamente precedere il rinnovo della prima autorizzazione successiva all'entrata in vigore del decreto legislativo, potendo trovare piena applicazione il regime ivi previsto solo per le successive autorizzazioni, sul presupposto che sia intervenuta una prima verifica di impatto ambientale ai sensi del decreto medesimo”*.

4.- Nella vicenda in esame è anche intervenuta la sentenza 2 novembre 2006 della Corte Europea dei Diritti dell'Uomo, Sezione terza, con la quale lo Stato Italiano è stato condannato a risarcire la signora Giacomelli per danno morale, quantificato in via equitativa in €12.000, in relazione all'affermata violazione da parte dello stesso Stato dell'art. 8 della Convenzione sotto il profilo del mancato rispetto del diritto dell'individuo al domicilio; diritto che, con riguardo alla signora Giacomelli, è stato ritenuto assoggettato ad *“attacco grave (...) in ragione dell'attività pericolosa nello stabilimento, situato a trenta metri dalla sua abitazione”*, poiché lo Stato *“non ha saputo gestire un giusto equilibrio fra l'interesse della collettività di disporre di uno stabilimento di smaltimento di rifiuti industriali tossici e il godimento effettivo per la richiedente del diritto al rispetto del suo domicilio e della sua vita privata e familiare”*. La Corte non ha invece riconosciuto all'interessata il danno materiale, in carenza di precisa indicazione del *“legame della casualità tra la violazione constatata e il danno materiale che avrebbe subito”* la medesima signora Giacomelli.

5.- Come accennato, con la sentenza ora appellata è stata accolta la domanda dell'istante per danno biologico-esistenziale e patrimoniale per ritardato svolgimento della VIA (positivamente intervenuta, dopo adeguamenti progettuali, solo nel 2004 e posta a base del successivo rinnovo dell'autorizzazione). In particolare, premesso che il predetto ritardo ha avuto quali conseguenze il radicamento dell'attività dannosa, spostando la tutela dei singoli e della collettività dalla prevenzione alla mitigazione, ed il ritardo, a sua volta, nell'adozione di adeguati presidi tecnologici con conseguenti patologie e disagi psicologici, in ordine all'elemento soggettivo della colpa il TAR ha fatto applicazione delle *“indicazioni della giurisprudenza comunitaria, la quale esclude la possibilità di valutare la buona fede delle autorità dello Stato e prende in esame il fatto nella sua oggettività”*, nella considerazione della configurabilità del mancato svolgimento della VIA come violazione delle norme comunitarie, a fronte della quale, come in materia di appalti pubblici (in cui la giurisprudenza comunitaria ha dichiarato contrarie all'art. 2, par. 1, lett. c, della direttiva 21 dicembre 1989 n. 89/665/CEE le norme nazionali che impongono al danneggiato di dare dimostrazione della colpa o del dolo dell'amministrazione) deve *“essere garantito con precedenza su ogni altra considerazione il diritto del danneggiato a conseguire un effettivo risarcimento del danno”*.

Entrambe le appellanti contestano, tra l'altro, le riferite conclusioni, nel rilievo che l'annullamento dell'atto amministrativo non determina l'automatico risarcimento; risarcimento che, invece, consegue al riscontro quanto meno di una colpa dell'amministrazione, nel senso della non scusabilità dell'errore, secondo lo schema della responsabilità aquiliana *ex art. 2043 c.c.*. E nella specie all'Amministrazione ed alla Ecoservizi non sarebbe addebitabile alcuna colpa nell'adozione degli atti del 1999 produttivi di effetti fino al 2004 (per il periodo precedente, invece, i relativi ricorsi sono stati respinti dal TAR con pronunce confermate dal Consiglio di Stato), posto che circa l'omessa VIA il Consiglio di Stato ha seguito un orientamento del tutto innovativo, tale da far appunto emergere l'assenza di colpa anche perché il principio dell'inescusabilità della violazione di un precetto legislativo non può essere fatto valere quando la norma sia imprecisa e confusa.

6.- Le censure riassunte appena sopra sono fondate ed assorbenti.

In tema di responsabilità dell'amministrazione per attività provvedimentoale illegittima e con riguardo all'elemento soggettivo della colpa, la Sezione ha escluso l'applicabilità dei principi concernenti la responsabilità contrattuale per inadempimento in ordine alla presunzione relativa di colpa e l'ascrizione all'amministrazione dell'onere di dimostrare la propria incolpevolezza, e, nel far uso dello schema e della disciplina della responsabilità aquiliana, ha ripetutamente affermato che, mentre il privato può limitarsi a fornire al giudice elementi indiziari quali la gravità della violazione (come presunzione semplice di colpa e non già come criterio di valutazione assoluto), il carattere vincolato dell'azione amministrativa giudicata, l'univocità della normativa di riferimento ed il proprio apporto partecipativo al procedimento, dal canto suo l'amministrazione può allegare elementi, anch'essi indiziari, rientranti nello schema dell'errore scusabile, spettando poi al giudice apprezzarne e valutarne liberamente

l' idoneità a comprovare o ad escludere la colpevolezza dell' amministrazione stessa, senza che possa considerarsi valida l' equazione "illegittimità dell' atto-colpa dell' apparato pubblico" (cfr. Sez. V, 20 marzo 2007 n. 1346). In altri termini, la responsabilità patrimoniale della pubblica amministrazione conseguente all' annullamento giurisdizionale di provvedimenti illegittimi dev' essere inserita nel sistema dell' accertamento dell' illecito extracontrattuale delineato dagli artt. 2043 ss. cod. civ., alla stregua del quale l' imputazione non può avvenire sulla base del mero dato oggettivo dell' illegittimità del provvedimento (cfr. pure, tra le tante di questa Sez., 6 marzo 2007 n. 1049).

In tale contesto, è stato altresì evidenziato che anche la giurisprudenza comunitaria (Corte di giustizia CE 5 marzo 1996, cause riunite nn. 46 e 48 del 1993; 23 maggio 1996, causa C5 del 1994), pur assegnando valenza decisiva alla gravità della violazione, indica, quali parametri valutativi di quel carattere, il grado di chiarezza e precisione della norma violata, la presenza di una giurisprudenza consolidata sulla questione esaminata e definita dall' amministrazione, nonché la novità della medesima questione, riconoscendo così portata esimente all' errore di diritto, in analogia all' elaborazione della giurisprudenza penale in tema di buona fede nelle contravvenzioni (cfr. cit. dec. n. 1346/07).

In base al riferito orientamento, ancor oggi pienamente condiviso dalla Sezione, deve quindi affermarsi che la responsabilità va riconosciuta quando la violazione risulti grave, ma anche commessa nell' ambito di circostanze di fatto e di riferimenti normativi e giuridici tali da rivelare negligenza ed imperizia nell' assunzione del provvedimento illegittimo; e di contro va esclusa quando l' indagine presupposta riveli la sussistenza degli estremi dell' errore scusabile per la presenza di incertezza del dato normativo o di contrasti giurisprudenziali o di complessità della situazione di fatto.

7.- Nella specie, mentre la menzionata sentenza della C.E.D.U. non è utile ad enucleare la responsabilità della Regione Lombardia e della Ecoservizi S.p.A. ritenuta dal TAR, poiché resa sul diverso piano della responsabilità dello Stato membro in relazione agli obblighi discendenti dalla Convenzione e degli specifici connotati di quel giudizio, nell' adozione ed esecuzione dei predetti provvedimenti illegittimi ed annullati il comportamento degli stessi soggetti dev' essere ritenuto frutto di errore di diritto scusabile, pur nella oggettiva gravità della violazione sanzionata dalla medesima C.E.D.U..

Invero, come si è visto, l' annullamento del rinnovo dell' autorizzazione, come confermato in sede di appello, è avvenuto non perché non si trattasse di mero rinnovo, ma perché è stato ritenuto che anche in tal caso la VIA dovesse essere effettuata in quanto non già precedentemente svolta, in ciò fornendosi per la prima volta un' interpretazione in tal senso della normativa (sopravvenuta rispetto agli atti pregressi) di cui agli artt. 27 e 28 del decreto legislativo 5 febbraio 1997 n. 22, i quali d' altra parte nulla dispongono testualmente al riguardo. Ricorre, perciò, proprio l' ipotesi della novità della questione e, nel contempo, quella dell' incertezza del dato normativo di riferimento in presenza delle quali vanno – per quanto detto innanzi – ravvisati gli estremi per il

riconoscimento della scusabilità dell'errore di diritto e, di qui, dell'insussistenza dell'elemento soggettivo fondante la condanna al risarcimento dei danni.

Di conseguenza, erroneamente il primo giudice ha apprezzato come sussistente la responsabilità della Regione Lombardia e della Ecoservizi sia in astratto, prescindendo dal previo accertamento della colpa inescusabile, sia in concreto, ritenendo l'inesistenza di giustificazione per l'omissione della VIA e per il ritardo con cui il problema è stato posto, con specifico e puntuale riferimento agli atti del 1999, di rinnovo quinquennale dell'autorizzazione, rispetto ai quali l'esito del giudizio (posto a base della controversia definita con l'appellata sentenza) instaurato dalla signora Giacomelli era stato favorevole, a differenza che nei precedenti giudizi.

8.- In conclusione, stante il già accennato carattere assorbente della doglianza sopra esaminata, dedotta da ambedue le appellanti, gli appelli vanno accolti senza che occorra trattare le restanti doglianze. Ne deriva la reiezione del ricorso di primo grado in riforma della sentenza appellata.

Infine, sussistono giuste ragioni affinché le spese di entrambi i gradi possano restare compensate, tenuto anche conto della particolarità del caso esaminato.

P.Q.M.

Il Consiglio di Stato in sede giurisdizionale, Sezione Quinta, riunisce gli appelli in epigrafe, li accoglie e, per l'effetto, in riforma della sentenza appellata respinge il ricorso di primo grado.

Spese compensate.

Ordina che la presente decisione sia eseguita dall'autorità amministrativa.

Così deciso in Roma nella camera di consiglio del 17 giugno 2008 con l'intervento dei magistrati:

Raffaele Iannotta Presidente

Cesare Lamberti Consigliere

Aniello Cerreto Consigliere

Gabriele Carlotti Consigliere

Angelica Dell'Utri Costagliola Consigliere, estensore

L'ESTENSORE IL PRESIDENTE

f.to Angelica Dell'Utri Costagliola f.to Raffaele Iannotta

IL SEGRETARIO

DEPOSITATA IN SEGRETERIA

Il 20/10/08

(Art. 55, L. 27/4/1982, n. 186)

IL DIRIGENTE

f.to Antonio Natale