

ANNA GRAGNANI

(Dottore di ricerca in Giustizia costituzionale e assegnista di ricerca in Diritto pubblico)

La codificazione del diritto ambientale: il modello tedesco e la prospettiva italiana

INDICE

Introduzione

CAPITOLO I

LA CODIFICAZIONE DEL DIRITTO AMBIENTALE TEDESCO: PERCORSO, METODO E CONTENUTI.

1. Modelli regolativi e «forme legislative» nell'evoluzione del diritto ambientale tedesco.
2. Il lungo percorso della codificazione.
3. L'idea di codice ambientale nel dibattito tedesco.
4. La *abschnittsweise Kodifizierung* («codificazione segmentata»).
5. La struttura del progetto di codice ambientale tedesco.
6. *UGB I*: lo scopo del codice ambientale come concretizzazione del compito costituzionale di protezione dei fondamenti naturali della vita (art. 20 a *GG*).
7. I principi per la tutela dell'ambiente e dell'uomo.
 - 7.1. Il principio di difesa dai pericoli (*Gefahrenabwehrprinzip*) e il principio di precauzione (*Vorsorgeprinzip*).
 - 7.2. Il «principio di causalità» (*Verursacherprinzip*, ovvero «chi inquina paga»).
 - 7.3. Il principio di cooperazione, (*Kooperationsprinzip*).
8. La tutela ambientale integrata, lo «sviluppo sostenibile», e la loro influenza sulla configurazione dei rapporti fra Stato e imprese. Il «management sostenibile».
9. La tutela del clima e il principio dell'approvvigionamento energetico sostenibile.

10. Il ruolo delle definizioni legislative nella codificazione del sistema di tutela ambientale integrata.

10.1. La definizione del concetto giuridico di «ambiente».

10.2. Il concetto di «modificazione ambientale» e di «modificazioni ambientali dannose».

10.3. La corrispondenza degli *standard* tecnici al disegno di tutela ambientale integrata: la definizione del concetto di «stato della tecnica» e i criteri legislativi per la sua concretizzazione.

11. Osservazione intermedia: la cultura del diritto ambientale e l'«arte di fare buone leggi».

12. La valutazione ambientale strategica: cenni.

13. La tutela ambientale nell'azienda e le agevolazioni per le imprese certificate: il «management sostenibile» e lo Stato «garante» del corretto adempimento del compito costituzionale di protezione dei fondamenti naturali della vita.

14. La prevenzione e il risanamento dei danni ambientali: cenni

15. I rimedi giuridici per le questioni di diritto ambientale, in particolare la legittimazione delle associazioni ambientaliste.

16. La produzione del diritto e delle regole.

16.1. Il significato della disciplina sulla produzione del diritto e delle regole alla luce della giurisprudenza della Suprema Corte amministrativa federale tedesca sul regime delle *Verwaltungsvorschriften*, (prescrizioni amministrative), nel diritto ambientale.

17. La *Integrierte Vorhabengenehmigung* (autorizzazione integrata di progetto) come idea centrale nella struttura del codice ambientale.

17.1. L'Ambito di applicazione della *Integrierte Vorhabengenehmigung* e il suo rapporto con la valutazione di impatto ambientale.

17.2. I doveri fondamentali.

17.3. Le due varianti di *Integrierte Vorhabengenehmigung* (autorizzazione integrata).

17.4. La *Genehmigung*, (autorizzazione): caratteristiche, poteri dell'amministrazione; effetti giuridici.

17.5. La *Planerische Genehmigung*, (autorizzazione pianificatoria): caratteristiche; poteri dell'amministrazione; effetti giuridici.

17.6. La v.i.a. come parte non autonoma del procedimento per l'autorizzazione integrata di progetto: cenni.

17.7. Il procedimento amministrativo per la *Integrierte Vorhabengenehmigung*, (autorizzazione integrata di progetto).

17.8. I provvedimenti successivi all'autorizzazione.

17.9. Il monitoraggio e le altre disposizioni relative alla autorizzazione integrata di progetto.

18. Le disposizioni finali del primo libro: cenni e rinvio.

19. La dettagliata quantificazione delle modificazioni dei costi burocratici della tutela dell'ambiente come indice concreto della «buona qualità» del codice ambientale.

20. Osservazione intermedia: le caratteristiche fondamentali del sistema regolativo codificato nel primo libro del codice.

21. La codificazione del diritto ambientale speciale: rilievi generali.

22. *Umweltgesetzbuch II- Wasserwirtschaft*- (Il governo delle acque): cenni.

23. *Umweltgesetzbuch III – Naturschutz und Landschaftspflege* (Tutela della natura e cura del paesaggio): cenni.

24. *Umweltgesetzbuch IV- Nichtionisierende Strahlung* (Radiazioni non ionizzanti): cenni.

25. *Umweltgesetzbuch V- Handel mit Berechtigungen zur Emission von Treibhausgasen – Emissionshandel* (Commercio di quote per l'emissione di gas serra – Commercio di emissioni): cenni.

26. Il c.d. «*Atomausstieg*», (abbandono dell'energia nucleare), l'elaborazione di un *Umweltgesetzbuch VI - Recht der Erneuerbaren Energien* (libro sesto, disciplina delle energie rinnovabili), e il suo successivo scorporo dalla prima fase della *abschnittsweise Kodifizierung*.

CAPITOLO II LA CODIFICAZIONE DEL DIRITTO AMBIENTALE COME OBIETTIVO DELLA RIFORMA DEL FEDERALISMO TEDESCO DEL 2006

1. La codificazione del diritto ambientale come obiettivo della revisione del federalismo tedesco del 2006.

2. Gli sviluppi del federalismo tedesco e gli aspetti problematici della ripartizione costituzionale delle competenze legislative anteriore alla revisione costituzionale del 2006.

3. La ricognizione degli interessi unitari e delle istanze di differenziazione nel diritto ambientale.

4.L'abrogazione della *Rahmengesetzgebung* (legislazione cornice).

5.Le tipologie di competenza legislativa dopo la riforma del federalismo.

5.1.La *ausschließliche Gesetzgebung* (legislazione esclusiva).

5.2. Le diverse tipologie di *konkurrierende Gesetzgebung*, le corrispondenti regole di attuazione del principio di sussidiarietà legislativa, e la codificazione come scopo regolativo unitario nella giurisprudenza del Tribunale costituzionale federale.

5.2.1. La *konditionierte konkurrierende Gesetzgebung*.

5.2.2.La *unkonditionierte konkurrierende Gesetzgebung* e la *Abweichungsgesetzgebung*: la doppia imputazione di una piena competenza federale e dei *Länder* nei medesimi ambiti materiali.

5.2.2.1.La *unkonditionierte konkurrierende Gesetzgebung*, la *Abweichungsgesetzgebung*, i correlati procedimenti di negoziazione politica, e la corrispondente riduzione del sindacato di costituzionalità.

5.2.3.La disciplina del procedimento amministrativo nel nuovo art. 84 GG e il diritto ambientale come tipico «caso eccezionale» per «un particolare bisogno di disciplina unitaria federale».

5.2.4.La *abweichungsfeste Vorranggesetzgebung*.

6. La mancanza di un titolo unitario di competenza federale per la tutela dell'ambiente e la codificazione del diritto ambientale: timori e aspettative.

7.La disciplina costituzionale transitoria per l'approvazione del codice ambientale.

8.Le competenze non scritte della Federazione.

9.La disciplina del procedimento legislativo: cenni.

10.I riflessi del nuovo ordine delle competenze sulla giurisdizione costituzionale.

CAPITOLO III LA CODIFICAZIONE DEL DIRITTO AMBIENTALE NELLA PROSPETTIVA ITALIANA

1.Il lungo disinteresse per la codificazione nel dibattito italiano, la sua improvvisa sperimentazione legislativa con il d.lgs. 152/2006, le altre attuali proposte per il riordino del diritto ambientale.

2.L'idea di una fonte costituzionale come premessa per il riordino del diritto ambientale.

3. La stabilità del sistema giuridico di tutela dell'ambiente attraverso la codificazione, e le clausole di sola abrogazione espressa come disciplina speciale derogatoria rispetto al criterio generale della abrogazione anche implicita previsto dall'art. 15 prel. c.c.: critica della tesi della loro invalidità o inefficacia.

4. I principi come custodi del sistema codificato e il diritto comunitario come «rete di sicurezza»: confronto con l'ipotesi di una fonte costituzionale.

5. La definizione del concetto giuridico di «ambiente» come presupposto della codificazione, le lontane origini del concetto di «equilibrio ecologico», e l'«ambiente futuro» come oggetto di tutela giuridica.

6. Il diritto ambientale come settore giuridico «aperto» e la ricognizione del suo «perimetro» come presupposto della codificazione.

7. Le esigenze di «razionalizzazione» normativa e il senso del codice come «forma legislativa» per una «buona qualità» del moderno diritto ambientale.

8. Le parziali premesse per l'avvio di un'autentica codificazione del diritto ambientale italiano nel d.lgs. 4/2008 e i possibili sviluppi tracciati dal Consiglio di Stato.

8.1. La «materia ambiente» e i principi generali del diritto ambientale.

8.2. La disciplina procedimentale per la valutazione globale dei parametri di tutela come struttura portante di un futuro codice ambientale: le premesse soltanto parziali del d.lgs. 4/2008 e gli sviluppi prefigurati nel parere del Consiglio di Stato 3838/2007.

8.3. La codificazione e le esigenze unitarie nel d.lgs. 4/2008: rinvio.

9. Osservazione intermedia.

CAPITOLO IV

LA CODIFICAZIONE DEL DIRITTO AMBIENTALE E L'ASSETTO COSTITUZIONALE DELLE COMPETENZE LEGISLATIVE NELL'ORDINAMENTO ITALIANO

1. Premessa.

2. Il «valore ambiente» e il criterio della variazione degli *standard* minimi e uniformi di tutela come criteri regolatori del rapporto fra competenze statali e competenze regionali.

3. La valorizzazione del carattere esclusivo della materia «tutela dell'ambiente e dell'ecosistema», la distinzione fra «l'interesse alla conservazione del bene ambiente» e «gli interessi inerenti alle sue utilizzazioni», il persistente riferimento al potere di variazione degli *standard* ambientali come criterio regolatore della competenza.

4. Le prospettive di una eventuale revisione del Titolo V della Costituzione: da un titolo implicito di competenza alla scelta di regole costituzionali per l'attuazione del principio di sussidiarietà.

Sintesi e rilievi finali

1. Il codice come forma legislativa ideale per un sistema giuridico ispirato al modello regolativo della tutela integrata dell'ambiente.

2. La codificazione e la continuità del sistema giuridico di tutela dell'ambiente.

3. La codificazione come espressione di interessi unitari e l'esigenza di regole costituzionali di attuazione del principio di sussidiarietà.

4. La difficoltà della codificazione.

5. La codificazione e il progresso del diritto ambientale.

Introduzione (*)

Il diritto ambientale è specialmente partecipe di quella profonda trasformazione del diritto pubblico, indotta dal processo di integrazione europea e dalla crescente internazionalizzazione, che ha ispirato la teorizzazione di una «seconda fase» di sviluppo di questo ramo dell'ordinamento giuridico, caratterizzata da una duplice influenza «esterna»¹ sulla produzione del diritto statale.

In primo luogo, gli ordinamenti nazionali sono divenuti doverosamente «aperti» al recepimento di principi e di istituti giuridici estranei, o perfino devianti, rispetto alle loro tradizioni giuridiche, ma imposti dagli obblighi derivanti dal diritto comunitario o da quello internazionale.

In secondo luogo, nella produzione del diritto nazionale è sempre più frequente una spontanea «apertura» al recepimento di principi e istituti elaborati in altri ordinamenti per effetto di un esteso ricorso alla comparazione giuridica²

(*) *Di indicazioni essenziali per le mie ricerche sulla codificazione del diritto ambientale tedesco, desidero ringraziare il Consigliere ministeriale Dr. Christof Sangenstedt, Capo del Referat ZG III 4 Umweltgesetzbuch, Fachübergreifendes Umweltrecht, (Sezione Codice ambientale, Diritto ambientale trasversale), del Bundesministerium für Umwelt, Naturschutz und Reaktorsicherheit, (Ministero federale per l'Ambiente, la Protezione della natura e la Sicurezza nucleare), e il Prof. Dr. Michael Kotulla, titolare della cattedra di Diritto pubblico dell'ambiente dell'Università tedesca di Bielefeld.*

Sono grata al Consigliere di Stato Sergio De Felice, nella XV legislatura Capo dell'Ufficio Legislativo del Ministero dell'Ambiente e della Tutela del Territorio e del Mare, per avere esteso gli orizzonti della mia iniziale ricerca.

¹Per la teorizzazione di una seconda fase del diritto pubblico con particolare riferimento all'esperienza tedesca, ma con rilievi riferibili anche alla nostra esperienza, R. WAHL, *Zwei Phasen des öffentlichen Rechts nach 1949, in Verfassungsstaat, Europäisierung, Internationalisierung*, Frankfurt, Suhrkamp, 2003, in particolare p. 422 ss.; del medesimo Autore già, *Die zweite Phase des Öffentlichen Rechts in Deutschland*, in *Der Staat*, 1999, p. 495 ss. Su questa nuova fase del diritto pubblico, con particolare riferimento ai suoi riflessi sul metodo della scienza giuridica, sempre più interessata al momento della produzione del diritto e alla buona qualità della regolamentazione, A. VOBKUHLE, *Neue Verwaltungsrechtswissenschaft*, in *Grundlagen des Verwaltungsrechts*, a cura di W. HOFFMANN-RIEM, E. SCHMIDT-ASSMANN, A. VOSSKUHLE, Monaco, C.H. Beck, 2006, p.1 ss., p. 15 ss. Naturalmente il diritto comunitario può dirsi fonte «esterna» soltanto nel senso che la sua produzione non compete esclusivamente a ciascun ordinamento nazionale. Nella letteratura italiana, S. CASSESE, *Tendenze e problemi del diritto amministrativo*, in *Riv. trim. dir. pubbl.*, 2004, p. 901 ss.

²Sul tema, A. PIZZORUSSO, *Comparazione giuridica e sistema delle fonti del diritto*, Torino, Giappichelli, 2005, in particolare p. 28 ss.

come strumento di politica del diritto, (che si affianca all'ormai consolidato impiego della comparazione come «quinto metodo di interpretazione»³).

Da queste evoluzioni consegue una nuova e diffusa tendenza a fondare e giustificare espressamente le soluzioni giuridiche prescelte per l'ordinamento statale non più soltanto secondo i principi, l'esperienza e le tradizioni nazionali, ma anche alla luce di fonti «esterne», che costituiscono doverosi termini di riferimento se sussiste un obbligo comunitario o internazionale, ovvero modelli spontaneamente adottati qualora la scelta si fondi soltanto su considerazioni di opportunità⁴.

I due fenomeni di «apertura» del diritto nazionale ad altre esperienze giuridiche possono essere fra loro collegati, e lo sono particolarmente nel diritto ambientale, dove il diritto comunitario spesso non crea *ex novo* i suoi principi e i suoi istituti giuridici, ma li mutua, (eventualmente apprestando gli opportuni adattamenti), dai diversi ordinamenti nazionali, cosicché la conoscenza della versione «originaria» dei medesimi principi e istituti diventa fondamentale per la comprensione del diritto europeo, e per la soluzione dei problemi applicativi discendenti dalla sua attuazione.

L'attuale inclinazione al confronto con altri sistemi giuridici è particolarmente incoraggiata anche dall'intensificarsi delle relazioni economiche internazionali. La percezione delle «rendite» di una «buona qualità della regolamentazione», specialmente da parte dei più importanti attori economici, dischiude una vera e propria «concorrenza giuridica» fra ordinamenti⁵, che sollecita l'adozione delle soluzioni più efficienti⁶.

³ Secondo l'idea di P. HÄBERLE, *Grundrechtsgeltung und Grundrechtsinterpretation im Verfassungsstaat*, in *JZ*, 1989, p. 913 ss.

⁴ Si tratta naturalmente di fenomeni già conosciuti. Significative le parole di Hedemann nei suoi scritti sull'arte di fare buone leggi, in merito alla valutazione dell'opportunità di utilizzare come modelli, le leggi di paesi stranieri, cfr. J. W. HEDEMANN, *Über die Kunst, Gute Gesetze zu machen*, in *Festschrift Otto Gierke zum 70. Geburtstag*, Weimar, 1911, p. 305 ss., *Id.*, *Wesen und Wandel der Gesetzgebungstechnik*, in *Festschrift zum 70. Geburtstag von W. Schmidt-Rimpler*, Karlsruhe, 1957, p. 23 ss.; il pensiero di Hedemann è ricordato da S. PATTI, *Diritto privato e codificazioni europee*, Milano, Giuffrè, 2007, p. 40 ss. Peraltro, questo il riferimento a modelli stranieri ha assunto oggi proporzioni notevolmente superiori rispetto al passato, ed è sempre più oggetto di espressa tematizzazione. Per citare alcuni esempi, si pensi alla riproduzione nell'art. 120 Cost. della clausola della tutela dell'unità giuridica ed economica prevista, peraltro in altro contesto, nel *Grundgesetz* tedesco, dall'art. 72, II comma; un altro significativo esempio è rappresentato dal riferimento alla *konkurrierende Gesetzgebung* tedesca nella celebre sentenza 303/2003 della Corte costituzionale, che ha introdotto nel nostro ordinamento il principio di sussidiarietà legislativa; un ulteriore esempio è offerto dall'attenzione dedicata alla riforma del federalismo tedesco del 2006 in occasione delle audizioni parlamentari relative ad una eventuale ulteriore revisione del Titolo V della nostra Costituzione.

⁵ Su questa nuova forma di concorrenza fra ordinamenti, R. WAHL, *Zwei Phasen des öffentlichen Rechts nach 1949*, in *Verfassungsstaat, Europäisierung, Internationalisierung*, cit., p. 431, con particolare riferimento alla semplificazione amministrativa.

⁶ Nella letteratura italiana con specifico riferimento alle «rendite» della codificazione per la competitività del sistema produttivo, M. LIPARI, *Intervento al Convegno "Codificazione, semplificazione e qualità delle regole" - Roma Tre, 17-18 marzo 2005*, i cui atti sono pubblicati in questa *Rivista*; S. DE FELICE, *La semplificazione del diritto: la codificazione recente in Italia*, in questa *Rivista*, 23 maggio 2008.

In alcuni Stati europei, oggi particolarmente in quello tedesco, una corrispondente competizione è proiettata nella c.d. «fase ascendente» del diritto comunitario, traducendosi, proprio nel settore ambientale, in un dichiarato obiettivo di detenere il ruolo guida nell'ulteriore sviluppo del diritto sovranazionale⁷.

Nel contesto appena delineato, la comparazione con altri ordinamenti assume un particolare significato con riferimento al diritto ambientale anche perché i capisaldi dell'odierno diritto ambientale europeo sono costituiti da modelli e strategie regolative che, sebbene talora estranei alle tradizioni del nostro, (come di altri ordinamenti), esercitano una notevole forza pervasiva nel sistema statale di tutela ambientale. Si tratta, in particolare, dell'obiettivo della protezione precauzionale dell'ambiente, del modello regolativo della tutela integrata, e del fenomeno del ridimensionamento del diritto autoritativo attraverso l'introduzione di nuove strategie regolative.

Da queste tre coordinate scaturiscono vincoli di attuazione del diritto sovranazionale che oltrepassano il suo schema classico. Non si richiede, infatti, a tal fine soltanto l'osservanza di singoli *standard* di tutela, né il mero recepimento di una sommatoria di singole regole giuridiche, ma si promuove uno specifico orientamento «sistematico» nell'attuazione del diritto comunitario⁸, cosicché gli obiettivi comunitari incidono sulla conformazione del sistema amministrativo statale nel suo insieme⁹, particolarmente negli aspetti in cui esso si presenta come «diritto costituzionale concretizzato» e realizza, ovvero cambia, o perfino minaccia di stravolgere, essenziali principi e garanzie costituzionali attinenti ai rapporti fra poteri e soggetti dell'ordinamento, e ai diritti dei cittadini¹⁰.

⁷ Si tratta di un obiettivo ripetutamente dichiarato in sede politica, si veda, ad esempio, il discorso tenuto in occasione della anticipazione del progetto di codice ambientale nella versione del novembre 2007, dalla *Parlamentarische Staatssekretärin* Astrid Klug, al convegno *Progressives Umweltgesetzbuch?*, svoltosi a Berlino il 29 e 30 ottobre 2007, presso la *Katholische Akademie*, il cui testo è reperibile sul sito internet del Ministero federale dell'ambiente tedesco, www.bmu.de.

⁸ Sul tema R. WAHL, *Das deutsche Genehmigung und Umweltrecht unter Anpassungsdruck*, in *Umweltrecht im Wandel*, a cura di K.-P. DOLDE, Berlin, E. Schmidt, 2001, p. 237 ss., in particolare p. 248 ss.; C. CALLIESS, *Vorgaben für ein Umweltgesetzbuch*, in *Das kommende Umweltgesetzbuch*, a cura di M. KLOEPFER, Berlin, Duncker & Humblot, 2007, p. 35 ss.

⁹ Per un'analisi puntuale delle rilevanti difficoltà e delle esigenze di adattamento indotte dal diritto comunitario nel sistema di tutela ambientale tedesco, R. BREUER, *Zunehmende Vielstaltigkeit der Instrumente im deutschen und europäischen Umweltrecht – Probleme der Stimmigkeit und Zusammenwirkens*, in *NVwZ*, 1997, p. 833 ss.; M. KLOEPFER, *Die europäische Herausforderung – Spannungslagen zwischen deutschem und europäischen Umweltrecht*, in *NVwZ*, 2002, p. 645 ss. Nella letteratura italiana, G. MORBIDELLI, *Il regime amministrativo speciale dell'ambiente*, in *Scritti in onore di Alberto Predieri*, vol. II, Milano, Giuffrè, 1996, p. 1121 ss., *Id.*, *Profili giurisdizionali e giustiziali nella tutela amministrativa dell'ambiente*, in *Ambiente e diritto*, a cura di S. GRASSI, M. CECCHETTI, A. ANDRONIO, Firenze, Olschki, 1998, p. 307 ss.; P. DELL'ANNO, *Modelli organizzativi per la tutela dell'ambiente*, in *Riv. giur. amb.*, 2005, p. 957 ss.

¹⁰ Per un inquadramento del rapporto fra ambiente e garanzie dei principi costituzionali, S. GRASSI, *Ambiente e diritti del cittadino*, in *Scritti in onore di Giuseppe Guarino*, Padova, Cedam, 1998, II, 499 ss.

L'adeguamento complessivo del sistema amministrativo di tutela dell'ambiente costituisce, così, la premessa decisiva per l'attuazione del diritto comunitario nel settore ambientale.

Si tratta di un'esigenza che sposta l'asse della tradizionale impostazione delle problematiche relative alla c.d. «fase discendente del diritto comunitario». Quest'ultima, infatti, prima ancora che una questione generale di astratta scelta della fonte giuridica più idonea allo scopo, e delle garanzie di cooperazione dei diversi soggetti coinvolti all'interno dell'ordinamento statale –come, invece, nella prospettiva tradizionale- è oggi, in via pregiudiziale, un problema di concreto adeguamento delle fondamentali caratteristiche strutturali, organizzative e procedimentali, del sistema di tutela dell'ambiente alle finalità di volta in volta perseguite in sede comunitaria. La soddisfazione delle esigenze indotte dalla necessità di tale adeguamento condiziona, infatti, le questioni relative alla «fase discendente del diritto comunitario», anche sotto il profilo della distribuzione delle competenze fra i diversi soggetti dell'ordinamento¹¹.

In alcuni paesi europei, la ristrutturazione¹² del sistema giuridico nazionale di tutela ambientale ha impegnato a lungo i più autorevoli studiosi e gli apparati ministeriali, nel tentativo di dare una risposta adeguata alle sollecitazioni provenienti dal diritto comunitario, nonché per porre fine al fenomeno, comune ai medesimi ordinamenti, della incontrollata moltiplicazione di fonti in questo nuovo settore, con conseguente difficoltà di conoscere la disciplina e notevoli complicazioni nella sua attuazione.

Specialmente la dottrina tedesca e quella francese hanno dedicato importanti studi al riordino del diritto ambientale, ed entrambe hanno individuato nel codice la forma legislativa ottimale per il riordino del diritto ambientale.

Al contrario, nell'esperienza italiana, l'interesse della dottrina per la «razionalizzazione» del diritto ambientale è stato piuttosto saltuario, e si è risvegliato soltanto di recente, in occasione del clamoroso fallimento del primo tentativo di sedicente codificazione compiuto attraverso il d.lgs. 152/2006.

D'altra parte, come è stato osservato¹³, nella nostra esperienza giuridica è lo stesso diritto ambientale nel suo complesso che non ha conosciuto in sede scientifica un'attenzione corrispondente a quella dedicata alla medesima disciplina in altri ordinamenti.

Così, ad oggi, la scelta del codice come forma legislativa ottimale per il riordino del diritto ambientale non è affatto data per scontata nella nostra letteratura.

¹¹ Esempio di questa evoluzione è la sentenza della Corte costituzionale, 14 luglio 2005, n. 336, al punto 6 della motivazione: «Nella fase di attuazione del diritto comunitario la definizione del riparto interno di competenze tra Stato e Regioni in materie di legislazione concorrente e, dunque, la stessa individuazione dei principi fondamentali, non può prescindere dall'analisi dello specifico contenuto e delle stesse finalità ed esigenze perseguite a livello comunitario. In altri termini, gli obiettivi posti dalle direttive comunitarie, pur non incidendo sulle modalità di ripartizione delle competenze, possono di fatto richiedere una peculiare articolazione del rapporto norme di principio-norme di dettaglio».

¹² Sull'esperienza inglese, V. HEYVAERT, *Codification and centralisation in the UK environmental law*, in *Riv. It. Dir. Pubbl. Com.*, 2005, p. 1335 ss.

¹³ F. FONDERICO, *La 'codificazione' del diritto dell'ambiente in Italia: modelli e questioni*, in *Riv. trim. dir. pubbl.*, 2006, p. 613 ss.

Proprio mentre il legislatore predisponendo i decreti correttivi del d.lgs. 152/2006, con l'intento di procedere ad un'autentica codificazione, accreditata dottrina ha formulato proposte di riordino che muovono da diverse premesse. Si tratta in particolare dell'idea di procedere alla «razionalizzazione» del diritto ambientale innanzitutto facendo riferimento a una legge costituzionale, ovvero per certi profili anche attraverso gli Statuti regionali¹⁴.

Nel frattempo il d.lgs. 4/2008, secondo decreto correttivo al d.lgs. 152/2006, ha posto alcuni presupposti per l'avvio nel nostro ordinamento della codificazione.

Nel parere reso sul medesimo decreto, il Consiglio di Stato ha tracciato anche ulteriori sviluppi, che sebbene non recepiti nel d.lgs. 4/2008¹⁵, dopo le necessarie precisazioni e con molto lavoro, potrebbero indirizzare la codificazione del diritto italiano in un percorso analogo a quello prefigurato, dopo oltre trent'anni di studio, nel progetto di codice ambientale tedesco che il Governo federale programma di approvare entro il 2009.

Questo contributo, valendosi soprattutto della comparazione con l'esperienza tedesca, si propone di verificare se, e con quali caratteristiche, la codificazione possa essere la forma legislativa ottimale per una «buona qualità» del diritto ambientale, nonché di verificare nel quadro dell'ordinamento costituzionale, in particolare con riferimento all'assetto delle competenze legislative, l'esistenza delle condizioni che ne rendono possibile la realizzazione.

All'esame del progetto di codice ambientale presentato il 20 maggio 2008 dal *Bundesministerium für Umwelt, Naturschutz und Reaktorsicherheit*, (Ministero federale per l'Ambiente, la Protezione della natura e la Sicurezza nucleare), è dedicata la prima parte del lavoro.

Nel primo capitolo, delineata l'idea di codice ambientale, (*Umweltgesetzbuch – UGB*), maturata in Germania, che non condivide certi caratteri riferiti alla codificazione settoriale improntata alla filosofia del «pensiero debole», secondo l'idea corrente nel nostro ordinamento, saranno esaminate le ragioni della peculiare tecnica di codificazione prescelta per la codificazione del diritto ambientale tedesco, (la *abschnittsweise Kodifizierung*, «codificazione segmentata»).

Soprattutto attraverso l'analisi del primo libro del codice, si cercherà poi di evidenziare la precisa correlazione stabilita nell'esperienza tedesca fra il modello regolativo che costituisce la struttura portante del moderno diritto ambientale, e la scelta del codice come forma legislativa ideale per il suo riordino. Collegamento, quest'ultimo, rimasto parzialmente in ombra nell'esperienza italiana, dove l'idea di un codice ambientale procede non tanto da specifici studi volti alla ricerca delle cause della frammentazione e della irrazionalità della legislazione ambientale, né dall'attuazione di un compiuto disegno di sistematizzazione, quanto, piuttosto,

¹⁴ M. CECCHETTI, *La disciplina giuridica della tutela ambientale come “diritto dell'ambiente”*, in www.federalismi.it, dicembre 2006, p. 189 ss.

¹⁵ Si tratta del parere del Consiglio di Stato, Sez. Consultiva Atti normativi, Adunanza 5 novembre 2007, n. 3838, reperibile all'indirizzo www.giustizia-amministrativa.it, che aveva sollecitato l'inclusione nel nuovo testo della disciplina della autorizzazione integrata ambientale. Come vedremo, quest'ultima, nelle sue due forme di *Integrierte Vorhabengenehmigung*, insieme ai principi del diritto ambientale, costituisce il cuore del codice tedesco.

dall'estensione a questo settore dell'ordinamento di una più generale politica di semplificazione normativa e amministrativa, contestualmente intrapresa in diversi altri ambiti normativi.

Al tempo stesso, al fine di concretizzare la riflessione sulla codificazione, si cercherà di dare un'idea generale delle fondamentali coordinate del sistema tedesco di tutela dell'ambiente, e di cogliere le principali linee evolutive di uno fra i più efficienti sistemi europei di protezione dell'ambiente, che ha mostrato una notevole capacità non solo di coniugare la protezione dell'ambiente con lo sviluppo industriale, ma anche di trasformare queste esigenze di tutela in un fattore di sviluppo economico, come dimostrano di recente soprattutto i dati relativi al settore delle energie rinnovabili.

Si procederà anche all'analisi di quelle disposizioni del primo libro del progetto di codice contenenti i principi e i concetti chiave per la codificazione del diritto ambientale, e, in particolare, all'esame del ruolo già riconosciuto nella concreta esperienza ai principi ora codificati nel progetto di codice tedesco, benché i corrispondenti principi comunitari siano già stati oggetto di indagine nella nostra dottrina. La trattazione non pare inutile perché in Germania la riflessione e l'attuazione dei medesimi principi vanta una lunghissima tradizione, anteriore a quella comunitaria, che ha anticipato numerosi problemi applicativi analoghi a quelli posti dalla loro più recente introduzione nel nostro ordinamento, (così, ad esempio, il controverso rapporto fra il principio «chi inquina paga» e gli altri criteri di imputazione dei costi per l'adempimento dei compiti pubblici, quale il compito statale di tutela dell'ambiente)¹⁶.

Saranno poi esaminate le altre disposizioni della parte generale, in particolare il procedimento di produzione del diritto e delle regole tecniche, e la disciplina della *Integrierte Vorhabengenehmigung*, (autorizzazione integrata di progetto), che come vedremo, costituisce l'idea centrale nella struttura del codice ambientale.

Alla disciplina dei libri speciali del codice ambientale, invece, sarà dedicato soltanto qualche cenno, negli stretti limiti in cui ciò è necessario per delineare la struttura del codice.

Nel secondo capitolo di questo contributo sarà esaminata la riforma del federalismo tedesco del 2006, espressamente finalizzata all'approvazione di un codice ambientale, (già prefigurato negli elementi essenziali al momento dell'elaborazione del disegno di revisione costituzionale), cosicché questa disciplina si è guadagnata il nome di *Lex-UGB*¹⁷. Per agevolare l'approvazione del codice, come vedremo, il legislatore costituzionale ha previsto anche una disciplina costituzionale transitoria.

L'esame delle nuove tipologie di competenza, create da questa riforma nei settori del diritto ambientale, è utile per cogliere il senso della codificazione negli ordinamenti che conoscono al loro interno autonomie legislative proprio perché

¹⁶ Sul tema si veda la questione interpretativa di recente rimessa alla Corte di Giustizia comunitaria dal T.a.r. Campania Napoli – Sez. I - Ordinanza 26 maggio 2008 n. 487, in questa *Rivista*, con note di F. ANGELINI, *Chi più inquina più paga?*, e A. BARLETTA, *Sul rinvio pregiudiziale del TAR Campania in materia di rifiuti*.

¹⁷ Così, C. SANGENSTEDT, *Umweltgesetzbuch und Integrierte Vorhabengenehmigung*, in *ZUR*, 2007, p. 505 ss.

tali competenze sono state dichiaratamente concepite in funzione delle problematiche sollevate in un ordinamento federale dalla pretesa unitaria intrinsecamente propria della codificazione come tecnica legislativa.

D'altra parte la conoscenza del federalismo tedesco è quasi necessaria per la comprensione dei più recenti sviluppi del regionalismo italiano, dopo che attraverso la storica sentenza 303/2003 la Corte costituzionale ha «trapiantato» nel nostro ordinamento il principio di sussidiarietà legislativa che trova nel *Grundgesetz* tedesco la sua matrice¹⁸, (pur sussistendo significative differenze, all'origine spesso di alcune difficoltà di funzionamento che tale metodo di allocazione della competenza incontra nel nostro ordinamento).

Nel terzo capitolo sarà esaminata l'ipotesi formulata dalla dottrina che per procedere al riordino del diritto ambientale ritiene necessaria una legge costituzionale per la tutela dell'ambiente.

Saranno poi evidenziate le parziali premesse poste dal d.lgs. 4/2008, per l'avvio anche nel nostro ordinamento di un autentico percorso di codificazione.

Il quarto capitolo è dedicato all'esame dei più recenti sviluppi dell'assetto costituzionale delle competenze legislative nell'ordinamento italiano, e della opportunità di una sua revisione, sempre in una prospettiva calibrata sulla codificazione del diritto ambientale. La disponibilità di una sufficiente competenza legislativa dello Stato centrale costituisce, infatti, un presupposto indefettibile della codificazione, data l'intrinseca aspirazione unificante di questa forma legislativa. Al tempo stesso, sono necessari adeguati strumenti di raccordo e di collaborazione fra lo Stato e le Regioni, titolari della potestà legislativa in materie dove l'interesse alla tutela dell'ambiente assume una diretta rilevanza. In uno Stato unitario che riconosce ampie autonomie legislative al suo interno, infatti, l'unificazione di una disciplina talmente estesa come il diritto ambientale non può fondarsi integralmente sulla unilaterale imposizione della disciplina stabilita dal legislatore centrale¹⁹.

Infine, saranno svolte alcune considerazioni conclusive.

¹⁸ Cfr. Corte costituzionale, 1 ottobre 2003, n. 303, in *Giur. cost.*, 2003, con nota di A. D'ATENA, *L'allocazione delle funzioni amministrative in una sentenza ortopedica della Corte costituzionale*, p. 2776 ss.

¹⁹ Sul tema, G. MONTEDORO, *Il giurista ed il flaneur: spazialità moderna e spazi della normazione*, relazione presentata al convegno *Codificazione, semplificazione e qualità delle regole*, cit., in questa *Rivista*.

CAPITOLO I
LA CODIFICAZIONE DEL DIRITTO AMBIENTALE TEDESCO: PERCORSO,
METODO E CONTENUTI

1. Modelli regolativi e «forme legislative» nell'evoluzione del diritto ambientale tedesco.

L'ipotesi di codificare la legislazione ambientale circola in Germania dai primi anni Settanta²⁰, ed è cautamente recepita dal Governo federale già nel Rapporto sullo stato dell'ambiente, (*Umweltbericht*), del 1976²¹.

Significativamente, l'esigenza di un riassetto del diritto ambientale segue a breve distanza il programma del Governo federale che nel 1971 ha posto le premesse - poi sviluppate nel ricordato rapporto governativo - per il fondamento del moderno diritto ambientale sulla triade dei principi di precauzione, di cooperazione e «di causalità», (formulazione presto preferita in Germania allo *slogan*, di significato equivocabile, «chi inquina paga»)²². Nell'esperienza tedesca, infatti, a differenza di quanto è accaduto in quella italiana, si percepisce nettamente una stretta correlazione fra evoluzione delle fondamentali concezioni del sistema giuridico di protezione dell'ambiente e ricerca della forma legislativa ad esse più adeguata.

L'elaborazione dello strumento legislativo ottimale per il diritto ambientale si è svolta così in Germania durante un percorso che impegna la più autorevole dottrina senza significative interruzioni da oltre trent'anni²³, e dopo

²⁰ Cfr. M. KLOEPFER, *Einführung*, in *Das kommende Umweltgesetzbuch*, cit., p. 9 ss., volume che raccoglie gli atti del convegno svoltosi a Berlino il 26 giugno 2006; per un'utile sintesi delle relazioni presentate al medesimo convegno, J. BOSSELMANN, *Auf dem Weg zum Umweltgesetzbuch*, in *NVwZ*, 2006, p. 1144 ss.

²¹ Il rapporto governativo del 1976 è riportato da R. BREUER, *Empfiehl es sich, ein Umweltgesetzbuch zu schaffen, gegebenenfalls mit welchen Regelungsbereichen?, Gutachten B für den 59. Deutschen Juristentag*, in *Verhandlungen des Neunundfünfzigsten Deutschen Juristentages Hannover 1992*, a cura della *Ständigen Deputation des Deutschen Juristentages*, I, *Teil B*, München, Beck, 1992, p. (B) 9 ss.

²² Sulla svolta impressa al diritto ambientale dal programma governativo del 1971, con particolare riferimento alla triade dei principi per la tutela dell'ambiente, che già conteneva l'implicita affermazione del principio di precauzione, poi compiutamente formulato nel Rapporto del 1976, M. KLOEPFER, *Zur Geschichte des Umweltrechts in Deutschland seit 1945*, cit., P.C. STORM, *Umweltrecht in Deutschland Entwicklungsstand und Entwicklungstendenzen*, in *LKV*, 1991, p. 53 ss.

²³ Sono fondamentali i contributi di: M. KLOEPFER, *Systematisierung des Umweltrechts, Berichte des Umweltbundesamtes*, 8/78, Berlin, E. Schmidt, 1978; nonché *Id. Vereinheitlichung des Umweltrechts*, in *Handwörterbuch des Umweltrechts*, a cura di O. KIMMINICH, H. F. V. LERSNER, P.-C. STORM, seconda edizione, Berlin, Schmidt Verlag, I ed. 1988, II ed. aggiornata, 1994, II vol., p. 2574 ss., del medesimo Autore con K. MEBERSCHMIDT, *Innere Harmonisierung des deutschen Umweltrechts. Berichte des Umweltbundesamtes* 6/86, Berlin, E. Schmidt, 1987; ancora, M. KLOEPFER, *Umweltrecht*, München, Beck, III ed., 2004, con ampi riferimenti al contenuto del progetto di codice ambientale noto come Progetto dei Professori, (sul quale più

aver dato un fondamentale contributo alla ricostruzione sistematica del diritto ambientale, come vedremo, sta per approdare oggi al suo traguardo.

Dopo una fase iniziale, nella quale il diritto ambientale si è sviluppato attraverso una legislazione provvedimentale e discipline settoriali, è divenuta poi sempre più pressante l'esigenza di un riassetto della disciplina. La concreta esperienza dei fenomeni di inquinamento ambientale ha presto evidenziato l'insufficienza dei tentativi di soluzione legislativa attraverso provvedimenti normativi calibrati sul caso singolo, nonché l'inadeguatezza della legislazione settoriale.

Quest'ultima - fondata di volta in volta sulla tutela di singoli beni ambientali, (l'aria, l'acqua, il suolo), sulla loro protezione rispetto a determinate cause di danneggiamento, (sostanze, attività), ovvero sulla protezione degli elementi vitali, (l'uomo, gli animali, le piante) - ha rappresentato per certi aspetti un progresso nel diritto ambientale, perché ha evidenziato la molteplicità dei bisogni di protezione²⁴. Tuttavia, essa non è stata capace di garantire una contestuale, effettiva e duratura soddisfazione di tutte le esigenze di tutela.

La legislazione settoriale ha prodotto, inoltre, una notevole complicazione della disciplina, con duplicazione degli istituti e difetti di coordinamento, inutile dispendio di attività amministrativa, e aumento dei costi della tutela ambientale, *deficit* nell'osservanza della normativa ambientale. Conseguentemente, il livello di protezione dell'ambiente è rimasto per molti aspetti insoddisfacente.

Al tempo stesso, si è inasprito il conflitto fra tutela ambientale e sviluppo industriale.

precise indicazioni più avanti nel testo), e al progetto redatto da una commissione indipendente di esperti, su incarico del Ministero federale per l'Ambiente, pubblicato nel 1998, (sul quale più precise indicazioni più avanti nel testo), *Id. Umweltschutzrecht*, München, Beck, 2008, con riferimenti all'attuale progetto di codice; H.-J. KOCH, *Auf dem Weg zum Umweltgesetzbuch – Der Professoren Entwurf des Allgemeinen Teils eines Umweltgesetzbuches, (AT-UGB)*, in *NVwZ*, 1991, p. 953 ss.; H.-J. PAPIER, *Entwurf eines Umweltgesetzbuches, Vom Allgemeinen zum Besonderen Teil*, in *DVBl.*, 1992, p. 1133 ss.; R. BREUER, *Empfiehl es sich, ein Umweltgesetzbuch zu schaffen, gegebenenfalls mit welchen Regelungsbereichen?, Gutachten B für den 59. Deutschen Juristentag*, cit.; H. SENDLER, *Stand der Überlegungen zum Umweltgesetzbuch*, in *NVwZ*, 1996, p. 1145 ss.; U. DI FABIO, *Integratives Umweltrecht Bestand, Ziele, Möglichkeiten*, in *NVwZ*, 1998, p. 329 ss.; P.C. STORM, *Umweltgesetzbuch (UGB-KomE): Einsichten in ein Jahrhundertwerk*, in *NVwZ*, 1999, p. 35 ss.; J. PEINE, *Zur praktischen Bedeutung der Kodifikationsidee – dargestellt am Umweltrecht und am Gewerberecht*, in *Festschrift für Dietrich Rauschnig*, Köln, Heymann, 2001, p. 669 ss. Sulle attuali prospettive *Das kommende Umweltgesetzbuch*, cit., a cura di M. KLOEPFER, *Id. Sinn und Gestalt des kommenden Umweltgesetzbuchs*, cit.; G. WINTER, *Umweltgesetzbuch oder Allgemeines Umweltgesetz?*, in *ZUR*, 2007, p. 298, *Id.*, *Das Umweltgesetzbuch – Überblick und Bewertung*, in *ZUR*, 2008, p. 337 ss.; C. SANGENSTEDT, *Umweltgesetzbuch und Integrierte Vorhabengenehmigung*, cit.; fra i più recenti incontri di studio sul tema, *Progressives Umweltgesetzbuch?*, svoltosi a Berlino il 29 e 30 ottobre 2007, presso la *Katholische Akademie*, dove è stato presentato il *Referententwurf* del 19 novembre 2007, per un resoconto di questo convegno T. HAFNER, *Progressives Umweltgesetzbuch? vom 29. bis 30. Oktober 2007 in Berlin*, in *ZUR* 2008, p. 162 ss.; C. CALLIESS, *Integrierte Vorhabengenehmigung und Rechtsschutz im aktuellen Entwurf des UGB I*, in *ZUR*, 2008, p. 343 ss.

²⁴ Sul punto, in una prospettiva di analisi storica del diritto ambientale tedesco, M. KLOEPFER, *Zur Geschichte des deutschen Umweltrechts*, Berlin, Duncker & Humblot, 1994, nonché in versione sintetica, del medesimo Autore, *Zur Geschichte des Umweltrechts in Deutschland seit 1945*, in *Festschrift für Wolfgang Ritter zum 70. Geburtstag*, cit., p. 873 ss.

In questo contesto, è maturata gradualmente la percezione della necessità di un collegamento fra gli obiettivi delle singole leggi settoriali, che sotto la spinta del diritto comunitario ha poi trovato compiuta espressione nel modello regolativo della tutela integrata²⁵.

Si tratta, come noto, di valutare il livello di protezione non soltanto con riguardo allo stato dei singoli beni ambientali, ma tenuto conto anche degli spostamenti di effetti ambientali dannosi, sia fra i diversi beni ambientali, che fra questi ultimi e l'uomo²⁶.

Tale mutamento di prospettiva nel sistema giuridico di protezione dell'ambiente fonda le sue radici anche nel principio di precauzione, elaborato in Germania per dare una veste dogmatica ad esigenze contestualmente avvertite in altre esperienze giuridiche, (ed affrontate altrove in via pragmatica, ad esempio negli Stati Uniti)²⁷. Il legame fra principio precauzionale e tutela integrata è stretto. A tal proposito occorre tenere presente che, oltre all'adozione di specifiche misure cautelative in situazioni di incertezza scientifica nelle quali è ipotizzabile soltanto una situazione di rischio, ma non è invece dimostrata allo stato delle attuali conoscenze scientifiche la sicura o solo probabile evoluzione del rischio in pericolo²⁸, il principio di precauzione nell'accezione tedesca richiede anche provvedimenti adeguati a fronteggiare le situazioni che secondo i rigorosi requisiti richiesti nell'ordinamento tedesco da una risalente giurisprudenza amministrativa²⁹, non integrano una situazione di pericolo, sebbene vi sia certezza scientifica sulla correlazione causale fra fatto ed evento, poiché manca una correlazione temporale fra fatto ed evento, tale che quest'ultimo possa essere previsto eventualmente a distanza di anni, ma non in un futuro remoto. Altrimenti, secondo il medesimo indirizzo giurisprudenziale, non si ha una situazione di pericolo giuridicamente rilevante, ma una situazione di mero rischio, così come nel caso dell'incertezza scientifica. Considerato, invece, che l'eventualità di danni

²⁵ Sull'origine comunitaria del concetto di tutela ambientale integrata, C. CALLIESS, *Integrierte Vorhabengenehmigung und Rechtsschutz im aktuellen Entwurf des UGB I*, cit., l'Autore ricorda la prima indicazione dell'esigenza di una «strategia complessiva» nella tutela dell'ambiente nel programma comunitario del 1983, a proposito degli effetti di spostamento delle sostanze inquinanti, e, successivamente nel programma ambientale del 1987, la prima esplicita formulazione del concetto di integrazione.

²⁶ Ci si riferisce qui alla c.d. «integrazione interna», (nella nostra dottrina spesso indicata anche come concezione unitaria della tutela ambientale) che, la dottrina tedesca usa distinguere dalla c.d. «integrazione esterna», cioè dall'esigenza che gli interessi ambientali siano presi in considerazione nella disciplina di altri settori, sul punto, ad esempio, C. CALLIESS, *Integrierte Vorhabengenehmigung und Rechtsschutz im aktuellen Entwurf des UGB I*, cit., p. 343.

²⁷ Sulla tutela integrata come logico sviluppo del principio precauzionale, U. DI FABIO, *Integratives Umweltrecht Bestand, Ziele, Möglichkeiten*, cit., p. 330. Sull'importanza dell'esperienza statunitense e sul pragmatismo americano nell'affrontare i problemi di diritto ambientale, M. KLOEPFER, *Zur Geschichte des Umweltrechts in Deutschland seit 1945*, cit.

²⁸ Per questa definizione, corrente nell'ordinamento tedesco, rinvio alle ricerche da me svolte nel 2001 per l'O.Le.A., (diretto da S: Grassi, segretario scientifico M. Cecchetti), e anticipate in S. GRASSI, A. GRAGNANI, *Il principio di precauzione nella giurisprudenza costituzionale*, in www.unina2.it, 2001.

²⁹ Su questa giurisprudenza amministrativa ulteriori indicazioni più avanti nel testo; nonché in A. GRAGNANI, *Il principio di precauzione come modello di tutela dell'ambiente, dell'uomo, delle generazioni future*, in *Riv. dir. civ.*, 2003, p. 9 ss.

prevedibili solo per un futuro molto lontano è insita nei fenomeni ambientali, dove talora un danneggiamento dell'ambiente non deriva attualmente e di per sé dallo svolgimento di una determinata attività, ma è ipotizzabile per una convergenza di differenti fonti di inquinamento o per il loro successivo accumularsi nel tempo³⁰, la logica dell'anticipazione propria del principio precauzionale impone di indagare e valutare contestualmente e il più presto possibile, gli effetti sull'ambiente delle attività umane, considerate anche nelle loro reciproche interferenze, immediate e future, e spinge, quindi, verso una concezione integrata della tutela.

Quest'ultima esigenza trova gradualmente nel diritto comunitario una compiuta espressione nei nuovi istituti della valutazione ambientale strategica, della valutazione di impatto ambientale e della autorizzazione integrata ambientale.

Emerge presto nell'esperienza tedesca che una valutazione unitaria degli effetti ambientali secondo il principio di integrazione è agevolata sul piano degli strumenti tecnico-giuridici dal collegamento sistematico fra le discipline sostanziali e fra i procedimenti amministrativi che fanno applicazione dei parametri di protezione relativi a diversi beni ambientali³¹.

Le coordinate per la scelta della forma legislativa più idonea al riordino del diritto ambientale sono trovate, così, all'interno dello stesso sistema di protezione dell'ambiente fondato sul principio di precauzione, nonché sugli altri principi ispiratori del moderno diritto ambientale, e secondo il modello regolativo della tutela integrata prefigurato dal diritto comunitario, (a differenza di quanto è accaduto nel nostro ordinamento dove l'idea di codificare il diritto ambientale costituisce il riflesso di un più vasto processo di riordino del diritto).

In questa prospettiva, la dottrina tedesca pressoché unanime³² considera ben presto il codice la forma legislativa ottimale per una autentica armonizzazione del diritto ambientale grazie alla sua caratteristica aspirazione al collegamento sistematico fra ambiti normativi, che diventa collegamento fra esigenze di protezione dei diversi beni ambientali e, quindi, specchio e realizzazione della concezione integrata della tutela ambientale³³.

Siccome la causa principale della frammentazione del diritto ambientale è stata ravvisata soprattutto nella sovrapposizione di discipline settoriali fondate su strutture normative fra loro differenti³⁴, sono state scartate sia l'ipotesi di poter

³⁰ Per questa connotazione del principio precauzionale evidenziata dalla dottrina tedesca, maggiori dettagli in A. GRAGNANI, *Il principio di precauzione come modello di tutela dell'ambiente, dell'uomo, delle generazioni future*, cit.

³¹ Sul punto, M. KLOEPFER, *Sinn und Gestalt des kommenden Umweltgesetzbuchs*, cit., C. SANGENSTEDT, *Umweltgesetzbuch und Integrierte Vorhabengenehmigung*, cit.

³² Si registra, tuttavia, qualche isolata voce critica, sebbene non assolutamente contraria; in particolare, R. BREUER, *Empfiehl es sich, ein Umweltgesetzbuch zu schaffen, gegebenenfalls mit welchen Regelungsbereichen?, Gutachten B für den 59. Deutschen Juristentag*, cit.; di recente, G. WINTER, *Umweltgesetzbuch oder Allgemeines Umweltgesetz?*, cit.

³³ Sul punto, M. KLOEPFER, *Sinn und Gestalt des kommenden Umweltgesetzbuchs*, cit., SANGENSTEDT, *Umweltgesetzbuch und Integrierte Vorhabengenehmigung*, cit.

³⁴ Per un'analisi delle fonti di disarmonia del diritto ambientale e delle possibili soluzioni, in particolare, M. KLOEPFER, *Systematisierung des Umweltrechts, Berichte des Umweltbundesamtes, 8/78*, cit., nonché del medesimo Autore, *Vereinheitlichung des*

conseguire l'obiettivo del riordino attraverso una mera legge di principi, sia l'idea di procedere ad una consolidazione, capace di garantire soltanto la riunificazione esteriore della legislazione ambientale³⁵.

2. Il lungo percorso della codificazione.

Due successivi progetti elaborati dalla dottrina dimostrano presto, in Germania, la concreta fattibilità della codificazione del diritto ambientale.

Il primo progetto, noto come «Progetto dei Professori», *Professoren Entwurf*, è suddiviso in due libri: una parte generale, pubblicata nel 1991, e una parte speciale, pubblicata nel 1994³⁶.

Le proposte contenute nella parte generale hanno dato un contributo fondamentale alla ricostruzione sistematica del diritto ambientale, che successivamente è stata perfezionata in un secondo progetto.

Quest'ultimo, redatto nel 1997 da una Commissione indipendente di esperti, su incarico del Ministero federale dell'ambiente, è noto come «Progetto della Commissione», *Umweltgesetzbuch (UGB-KomE) – Entwurf der Unabhängigen Sachverständigenkommission zum Umweltgesetzbuch beim Bundesministerium für Umwelt, Naturschutz und Reaktorsicherheit*³⁷.

Sulla base di questi due concreti progetti, il codice è stato scelto come strumento più adeguato a conseguire gli obiettivi della buona *governance* ambientale³⁸: assicurare un alto livello di tutela dell'ambiente contenendone i costi attraverso la semplificazione normativa e amministrativa, che agevolano la

Umweltrechts, cit. e, con K. MEBERSCHMIDT, *Innere Harmonisierung des deutschen Umweltrechts. Berichte des Umweltbundesamtes 6/86*, cit.

³⁵ Sul punto M. KLOEPFER, *Vereinheitlichung des Umweltrechts*, cit.

³⁶ M. KLOEPFER, E. REHBINDER, E. SCHMIDT-ABMANN, con la collaborazione di P. KUNIG, *Berichte 7/90 Umweltgesetzbuch – Allgemeiner Teil, Umwelt Bundes Amt*, Berlin, E. Schmidt, 1991; per la parte speciale, H. D. JARASS, M. KLOEPFER, *Umweltgesetzbuch – Besonderer Teil, Berichte des Umweltbundesamtes 4/94*, Berlin, E. Schmidt, 1994.

³⁷ *Umweltgesetzbuch (UGB-KomE) – Entwurf der Unabhängigen Sachverständigenkommission zum Umweltgesetzbuch beim Bundesministerium für Umwelt, Naturschutz und Reaktorsicherheit*, Berlin; Duncker & Humblot, 1998. Sulla base di questo lavoro, il *Bundesministerium für Umwelt, Naturschutz und Reaktorsicherheit* ha successivamente predisposto un progetto informale per un “Codice ambientale I”, (*Umweltgesetzbuch I*), al quale, dopo un ampio dibattito nell'ambito di un apposito gruppo di lavoro costituito da rappresentanti della Federazione e dei *Länder*, sono seguiti un altro progetto nel 1998 e un ulteriore progetto ministeriale del 1999, avente per oggetto un primo libro del codice dedicato essenzialmente alla disciplina della autorizzazione e controllo degli impianti industriali; cfr. F.-J. FELDMANN, *Aktuelle Entwicklungen zum Umweltgesetzbuch*, in *Perspektiven für ein Umweltgesetzbuch, Beiträge zum 1. Speyer UGB-Forum vom 21. und 22. Oktober 1999 und zum 2. Speyer UGB-Forum vom 19. und 20. März 2001 an der Deutschen Hochschule für Verwaltungswissenschaften Speyer*, a cura di E. BOHNE, Berlin, E. Schmidt, 2002, p. 13 ss.

³⁸ Sui diversi aspetti della *governance* ambientale in rapporto alla codificazione, H.W. RENGELING, *Die Kodifikation des Umweltrechts auf nationaler und europäischer Ebene: Chancen und Risiken für eine bessere Rechtsetzung und Umsetzung des EG-Umweltrechts*, in *Ansätze zur Kodifikation des Umweltrechts in der Europäischen Union: Die Wasserrahmenrichtlinie und ihre Umsetzung in nationales Recht, Beiträge zum 3. Speyer UGB-Forum vom 15. bis 16. September 2003 an der Hochschule für Verwaltungswissenschaften Speyer*, a cura di E. BOHNE, Berlin, Duncker & Humblot, 2005, p. 121 ss.

conoscibilità e l'applicazione del diritto ambientale e, quindi, i controlli sul rispetto della disciplina³⁹.

I progetti di codice ambientale elaborati dalla dottrina hanno contribuito alla formazione di un ampio consenso politico e sociale sulle caratteristiche fondamentali della progettata codificazione, sollecitando con ciò il perseguimento di questo obiettivo in una linea di sostanziale continuità nonostante l'alternanza di diverse maggioranze di governo⁴⁰.

Sebbene non divenuti legge, i primi progetti hanno esercitato un'influenza decisiva sullo sviluppo del diritto ambientale (non solo) tedesco, offrendo un termine di riferimento fondamentale per il legislatore e per la giurisprudenza nell'interpretazione dei concetti giuridici indeterminati che caratterizzano la legislazione ambientale⁴¹.

Con queste premesse, la codificazione del diritto ambientale ha potuto anche essere «istituzionalizzata», in Germania, presso la Divisione centrale del Ministero federale dell'ambiente, *Zentral Abteilung*, preposta alle «questioni fondamentali della tutela ambientale», (*Grundsatzangelegenheiten des Umweltschutzes*), attraverso un'apposita Sezione, denominata «Codice ambientale, diritto ambientale trasversale», (*Umweltgesetzbuch, Fachübergreifendes Umweltrecht*).

I primi progetti di codice si sono tuttavia imbattuti in un ostacolo difficile da superare: la mancanza di una sufficiente competenza legislativa della Federazione.

La scelta del modello regolativo della tutela integrata quale struttura portante del codice ha accentuato, infatti, un altro elemento caratteristico della codificazione come tecnica legislativa: l'aspirazione alla predisposizione di una disciplina ampiamente uniforme per l'intero territorio nazionale. La frammentazione territoriale delle competenze legislative, infatti, spezzando

³⁹ In questo senso la dottrina pressoché unanime, secondo la quale una legge contenente soltanto i principi, ovvero una mera consolidazione, non sarebbero adeguati a collegare in sistema secondo questi criteri, i diversi settori del diritto ambientale con adeguata capacità di orientamento per il suo futuro sviluppo, per tutti, M. KLOEPFER, *Sinn und Gestalt des kommenden Umweltgesetzbuchs*, cit. Fra le voci critiche rispetto alla codificazione, R. BREUER, *Empfiehl es sich, ein Umweltgesetzbuch zu schaffen, gegebenenfalls mit welchen Regelungsbereichen?*, *Gutachten B für den 59. Deutschen Juristentag*, cit.; di recente, G. WINTER, *Umweltgesetzbuch oder Allgemeines Umweltgesetz?*, cit.

⁴⁰ Si tratta di un'esigenza che è rimasta in ombra nella nostra esperienza, pur essendo un obiettivo intrinseco della codificazione come forma legislativa, di recente sul punto S. DE FELICE, *La semplificazione del diritto: la codificazione recente in Italia*, cit.

⁴¹ La ricostruzione sistematica del diritto ambientale contenuta nei due progetti di codice ha influenzato il diritto comunitario, si pensi ad esempio alla formulazione del principio di precauzione, nonché diversi ordinamenti europei; molte delle idee formulate nel corso dei lavori preparatori per la codificazione sono state condivise anche dalla nostra dottrina, si pensi alla definizione di ambiente come equilibrio ecologico, o come «*Bündelungsbegriff*», «concetto a fascio», cioè come insieme di situazioni giuridiche, ai principi del diritto ambientale, alle proposte di una disciplina relativa al procedimento di produzione delle norme tecniche, che ricalca ampiamente il modello tedesco. Sull'influenza dei progetti di codice per la coeva produzione della legislazione ambientale tedesca e sul riferimento alle relative definizioni dei principi come canoni interpretativi seguiti dalla giurisprudenza tedesca, M. KLOEPFER, *Sinn und Gestalt des kommenden Umweltgesetzbuchs*, cit.

l'unitarietà della fonte di disciplina di ambiti «ecologicamente interdipendenti»⁴², ostacola, se addirittura non impedisce, la piena realizzazione della tutela integrata come concepita nella progettata opera di codificazione.

Le modifiche dei progetti di codice sopra ricordati, necessarie per assicurarne la piena conformità all'assetto costituzionale delle competenze legislative avrebbero svuotato di significato la progettata opera codificatoria.

Una svolta decisiva è stata impressa, però, dalla riforma del federalismo approvata come richiesto dalla costituzione tedesca (art. 79 *GG*) con il consenso sia della Federazione che dei *Länder*, ed entrata in vigore nel settembre 2006. Come anticipato, essa ha disegnato un nuovo assetto delle competenze costituzionali finalizzato nei settori afferenti al diritto ambientale, proprio all'approvazione di un codice fondato sulla tutela ambientale integrata.

I precedenti progetti hanno costituito il modello per la costruzione del sistema regolativo del nuovo progetto di codice, che dopo approfondito esame parlamentare, la *Große Koalition* programma di approvare entro il 2009.

Si tratta del *Referentenentwurf*, presentato dal Ministero federale dell'ambiente in una prima versione del 27 novembre 2007, alla quale sono state apportate alcune modificazioni, che hanno dato luogo a una successiva versione del 20 maggio 2008⁴³. Esso sarà sottoposto all'approvazione del Governo federale dopo l'audizione delle cerchie interessate, dei Comuni e dei *Länder*, (svolta nel giugno 2008), eventualmente con le ulteriori modificazioni che il Ministero federale dell'Ambiente riterrà opportune tenuto conto delle osservazioni presentate in queste audizioni.

La concreta sperimentazione dei progetti di codice ambientale elaborati dalla dottrina ha contribuito anche a mantenere assai elevato il livello della pretesa codificatoria.

3. L'idea di codice ambientale nel dibattito tedesco.

Nell'ordinamento tedesco il codice ambientale è stato paragonato al codice civile, quindi a una codificazione classica, opportunamente depurata da anacronistiche illusioni di completezza, immutabilità ed esclusività rispetto ad altre fonti del diritto⁴⁴.

⁴² Il rilievo è ricorrente nelle audizioni sul progetto di revisione costituzionale, reperibili sul sito del Parlamento tedesco, www.bundestag.de; sul progetto di revisione con riferimento al diritto ambientale, rinvio a A. GRAGNANI, *La riforma del federalismo tedesco*, in www.issirfa.cnr.it, maggio 2006.

⁴³ Il *Referentenentwurf für das Umweltgesetzbuch*, elaborato dal Ministero federale dell'Ambiente, è reperibile all'indirizzo web <http://www.bmu.de>.

⁴⁴ Cfr. l'introduzione a *Umweltgesetzbuch (UGB-KomE) – Entwurf der Unabhängigen Sachverständigenkommission zum Umweltgesetzbuch beim Bundesministerium für Umwelt, Naturschutz und Reaktorsicherheit*, cit., in particolare p. 71; nonché la motivazione che accompagna l'attuale progetto di codice, *Referentenentwurf für das Umweltgesetzbuch*, cit. Così anche M. KLOEPFER, nella relazione al convegno *Herausforderung Umweltgesetzbuch*, 16 febbraio 2007, riportato nella sintesi degli interventi a cura di J. KENZLER, in *ZUR*, 2007, p. 220 ss., in particolare p. 221. Tuttavia, incidentalmente accenna al carattere settoriale del codice ambientale tedesco, senza ulteriori qualificazioni, H.-J. PAPIER, *Entwurf eines Umweltgesetzbuches, Vom Allgemeinen zum Besonderen Teil*, cit.

Essa non corrisponde pienamente, invece, se non a condizione di maggiori precisazioni, a certi ambigui caratteri correlati nel dibattito italiano ai c.d. codici «settoriali», che affiancano anche nel nostro ordinamento i quattro codici classici⁴⁵.

La nuova categoria dei codici «settoriali» descrive il recente fenomeno della codificazione di alcuni settori dell'ordinamento⁴⁶. Essa è lo specchio della accresciuta molteplicità dei settori di intervento del moderno Stato legislatore, ed è connotata, come evidenziato dal Consiglio di Stato, da un'idea di sperimentalismo, di provvisorietà dell'equilibrio costruito nel codice, e da una non meglio precisata «razionalità più debole» rispetto alla codificazione classica, secondo la trasposizione in ambito giuridico della filosofia del «pensiero debole»⁴⁷.

Il profilo della razionalità debole, peraltro equivoco se riferito al contenuto di questa forma legislativa, non si addice immediatamente all'idea di codice ambientale tedesco che ancora alla comprovata forza del pensiero custodito dai suoi principi e alla elevata razionalità del suo sistema normativo, (frutto di una trentennale attività di elaborazione, creazione e sistematizzazione del diritto ambientale), la pretesa ad una estesa unificazione della disciplina sul territorio federale, e l'intento di stabilizzare la normativa di questo settore, (che naturalmente non vuole, né potrebbe corrispondere alla sua pietrificazione), nonché l'aspirazione a recuperare il ruolo guida della Germania nello sviluppo del diritto ambientale europeo.

⁴⁵ La categoria dei codici classici è naturalmente sopravvissuta anche nel nostro ordinamento, cfr. Consiglio di Stato, sez. cons. atti normativi, 21 maggio 2007, n. 2024, in particolare punto 7.5, in www.giustizia-amministrativa.it.

⁴⁶ Sulle odierne codificazioni nel dibattito italiano, S. RODOTÀ, *Ideologie e tecniche della riforma del diritto civile*, in *Riv. dir. comm.*, 1967, p. 84 ss.; N. IRTI, *L'età della decodificazione*, Milano, Giuffrè, 1979; P. GROSSI, *Codici: qualche conclusione tra un millennio e l'altro*, in *Mitologie giuridiche della modernità*, del medesimo Autore, Milano, Giuffrè, 2001, p. 83 ss., *Codice una riflessione di fine millennio*, Firenze, 26-28 ottobre 2000, a cura di P. CAPPELLINI, B. SORDI; L. MENGONI, *L'Europa dei codici o un codice per l'Europa?*, Roma, Centro studi e ricerche di diritto comparato e straniero, 1993; i contributi raccolti in *Codificazione, semplificazione e qualità delle regole*, a cura di M. A. SANDULLI, Milano, Giuffrè, 2005, pubblicati anche in questa *Rivista*; S. PATTI, *Diritto privato e codificazioni europee*, cit., per l'analisi di alcune questioni centrali anche per la codificazione del diritto ambientale, in particolare sul rapporto delle codificazioni nazionali con il diritto europeo, pp. 23-36; sul metodo della legislazione per principi e sul c.d. «sistema misto», fondato sulla combinazione di regole rigide e principi, pp. 37-54, e anche per un approfondimento del significato della codificazione settoriale, S. DE FELICE, *La semplificazione del diritto: la codificazione recente in Italia*, cit., in particolare pp. 6-8.

⁴⁷ Più precisamente, i codici micro-settoriali secondo il Consiglio di Stato, Adunanza generale, parere 25 ottobre 2004, n. 2, in *Foro it.*, 2005, III, cc. 209 ss., si distinguono più nettamente dai codici classici, perché sono improntati alla realizzazione di «micro-sistemi legislativi, dotati di una razionalità più debole, non fondati sull'idea dell'immutabilità della società civile, improntati a sperimentalismo ed incentrati su logiche di settore, di matrice non esclusivamente giuridica» che aspirano «al raggiungimento di equilibri provvisori, ma di particolare significato perché orientati a raccogliere le numerose leggi speciali di settore, in modo tale da conferire alla raccolta una portata sistematica, orientandola ad idee regolative capaci di garantire l'unità e la coerenza complessiva della disciplina». L'idea della razionalità debole è mutuata da *Il pensiero debole*, a cura di G. VATTIMO, P. A. ROVATTI, Milano, Feltrinelli, II ed., 1984.

Se, invece, con il concetto di razionalità più debole si vuole esprimere soltanto una minore rigidità della disciplina codicistica, allora si tratta per certi profili di un carattere condiviso dal progetto di codice ambientale tedesco⁴⁸.

Nel suo complesso, come vedremo, il codice ambientale è improntato ad un sistema «misto»⁴⁹ di principi e clausole flessibili e di regole analitiche, che lascia, ma solo quando lo giudica opportuno, all'amministrazione un congruo spazio discrezionale di valutazione e decisione secondo le esigenze concrete, mentre affida alla giurisprudenza il compito di verificare che le finalità della legge siano state assicurate nella sua attuazione, tenuto conto delle specificità dei casi concreti. A tale scopo, specialmente attraverso una sintetica definizione dei principi per il diritto ambientale, il codice dota l'amministrazione e i giudici di una scorta di significati fondamentali, che spetterà loro utilizzare come criteri valutativi per colmare le inevitabili lacune. La complessità della realtà, infatti, la rende talora imprevedibile, cosicché il ricorso ad una legislazione per principi e ricca di concetti indeterminati consente in certi casi di scongiurare il rischio di decisioni arbitrarie, meglio di quanto ciò non sia possibile attraverso regole rigide, specialmente se si tiene conto che la ragionevolezza della legge, oggi, deve essere valutata alla luce dei principi costituzionali, essendo stata privata della sua tradizionale autoreferenzialità.

La codificazione moderna, perciò, deve abbandonare la pretesa alla assoluta esaustività della sua disciplina.

La rilevante inclinazione finalistica, che specialmente per l'influenza del diritto comunitario, incentra la legislazione ambientale sulla razionalità degli obiettivi perseguiti, piuttosto che sull'attuazione di predeterminati valori non svuota il significato dell'opera codificatoria⁵⁰, proprio perché essa, oggi, non può essere più concepita come disciplina totalmente esaustiva del settore, perpetua e priva di soluzioni di compromesso, ma piuttosto come cornice e struttura normativa portante che consente anche alla legislazione finalistica di svilupparsi in modo coerente e di evitare quelle contraddizioni di valori non intenzionali, ma dipendenti piuttosto dalla frammentazione della disciplina⁵¹.

Al tempo stesso, nell'ordinamento tedesco la codificazione del diritto ambientale rappresenta l'occasione per l'adattamento del carattere finalistico del diritto comunitario alla struttura tendenzialmente condizionale rispondente a principi fondamentali, di rilievo costituzionale, in particolare al principio di legalità, come inteso nell'ordinamento tedesco⁵². Adattamento, d'altra parte,

⁴⁸ Sul punto, S. DE FELICE, *La semplificazione del diritto: la codificazione recente in Italia*, cit.

⁴⁹ Secondo l'opzione preferita da J. W. HEDEMANN, *Über die Kunst, Gute Gesetze zu machen*, in *Festschrift Otto Gierke zum 70. Geburtstag*, cit., *Id.*, *Wesen und Wandel der Gesetzgebungstechnik*, in *Festschrift zum 70. Geburtstag von W. Schmidt-Rimpler*, sul tema S. PATTI, *Diritto privato e codificazioni europee*, cit., p. 37 ss.; S. DE FELICE, *La semplificazione del diritto: la codificazione recente in Italia*, cit., p. 6 ss.

⁵⁰ Questa è l'obiezione sollevata dalla voce più scettica rispetto alla codificazione, espressa da R. BREUR, *Empfiehl es sich, ein Umweltgesetzbuch zu schaffen, gegebenenfalls mit welchen Regelungsbereichen?*, *Gutachten B für den 59. Deutschen Juristentag*, cit.

⁵¹ Cfr. M. KLOEPFER, *Umweltrecht*, cit.

⁵² In questo senso, R. WAHL, *Das deutsche Genehmigung und Umweltrecht unter Anpassungsdruck*, in *Umweltrecht im Wandel*, a cura di K.-P. DOLDE, Berlin, E. Schmidt, 2001, p.

necessario per una migliore osservanza dei vincoli discendenti dalla normativa europea.

Come vedremo, il progetto di codice intende anche ricondurre alla legge e, attraverso di essa al Parlamento, quelle scelte che la Costituzione gli riserva.

Ciò non significa, peraltro, un'anacronistica interpretazione del concetto di riserva di legge nelle materie ad alto contenuto tecnico, come tipicamente è il diritto ambientale, in linea con l'impostazione della giurisprudenza costituzionale tedesca che, al riguardo, ha da tempo evidenziato l'esigenza di una tutela dinamica dei diritti fondamentali attraverso regole tecniche flessibili che consentono l'adeguamento ai successivi sviluppi delle conoscenze tecniche e scientifiche, e, per questa via, una garanzia effettiva⁵³.

Il codice, in questa prospettiva, intende valorizzare a garanzia della democraticità delle scelte tecniche, quelle forme di democrazia alternative ai tradizionali istituti rappresentativi, e, fra queste, innanzitutto la «partecipazione» ai procedimenti di produzione del diritto, e al procedimento amministrativo. Stabilisce, perciò, le garanzie necessarie affinché rispondano autenticamente al loro scopo gli istituti alternativi alla democrazia parlamentare, che esso accoglie, in modo che sia garantita comunque la democraticità dei procedimenti di produzione normativa, e che sia evitato il fenomeno dell'imposizione di regole tecniche ad opera dei gruppi di potere interessati, al di fuori di autentiche procedure di controllo democratico, come talora è accaduto specialmente negli ambiti normativi aventi un contenuto tecnico.

L'intento del codice, inoltre, è di stabilire i principi e le regole per orientare l'ampio potere regolamentare che esso affida al Governo con la approvazione del *Bundesrat*, la camera rappresentativa degli interessi dei *Länder*, assicurata la partecipazione degli interessati, nonché guidare la discrezionalità dell'amministrazione nello svolgimento dei principi del codice.

Su un diverso piano, un altro profilo che è opportuno evidenziare, perché è stato oggetto di particolare attenzione nel dibattito tedesco, riguarda i rapporti fra codificazione nazionale e sviluppi del diritto comunitario.

L'eventualità che il sistema codificato possa essere scardinato da sviluppi asistemati del diritto comunitario, già responsabile di varie incongruenze dei sistemi nazionali⁵⁴, non è stata considerata un valido motivo per rinunciare ad una autentica codificazione del diritto ambientale, ma piuttosto un argomento per promuovere la codificazione anche del diritto europeo. A tal proposito, risale al 1996 una presa di posizione comune del Ministero federale dell'Ambiente tedesco e del Ministero federale degli Esteri, secondo la quale i lavori già intrapresi in sede comunitaria consistenti nella nuova promulgazione di direttive più volte

237 ss., in particolare p. 248 ss. Sui problemi di adattamento del diritto tedesco al diritto comunitario derivanti dalla diversità di struttura normativa, secondo lo schema condizionale («se A allora B») il primo, molto spesso, invece, di carattere finale il secondo, che si limita ad indicare obiettivi da seguire, sono fondamentali i contributi di R. BREUR, *Konditionale und finale Rechtsetzung*, *AöR*, 2002, p. 523 ss.; M. KLOEPFER, *Die europäische Herausforderung – Spannungslagen zwischen deutschem und europäischen Umweltrecht*, cit.

⁵³ Cfr., *BVerfGE*, 49, 89, 137, sul punto M. KLOEPFER, *Umweltschutzrecht*, cit., p. 46.

⁵⁴ Per un'analisi puntuale, M. KLOEPFER, *Die europäische Herausforderung – Spannungslagen zwischen deutschem und europäischen Umweltrecht*, cit.

modificate e l'elaborazione di direttive quadro⁵⁵ potevano considerarsi opportuni, ma non sufficienti, e sebbene inizialmente anche in dottrina, per la complessità dei processi decisorii comunitari, l'idea della codificazione sia apparsa di difficile realizzazione⁵⁶.

Oggi, peraltro, la stessa dottrina ritiene, invece, che le speranze di una codificazione del diritto comunitario nell'accezione propria di quell'ordinamento⁵⁷, sia pure in tempi lunghi e dopo i necessari studi, siano migliori e non debbano essere considerate utopistiche⁵⁸, specialmente in considerazione della nuova politica sulla qualità della regolamentazione, rafforzata in particolare con il Consiglio europeo di Lisbona del marzo 2000 e ribadita in successivi consigli, nonché tenuto conto del Libro Bianco della Commissione sulla *governance* europea⁵⁹.

Quanto ai rapporti fra un'eventuale codificazione europea e gli eventuali codici nazionali, la questione si porrebbe in termini corrispondenti all'analogia problematica che si prospetta in relazione al diritto civile. Secondo l'opinione preferibile non c'è incompatibilità fra i rispettivi processi di codificazione e i relativi rapporti dovrebbero trovare un adeguato criterio regolatore nel principio di sussidiarietà⁶⁰.

Un'ulteriore caratteristica della progettata opera di codificazione si coglie rispetto al perimetro della materia codificata. Il codice aspira alla sistematizzazione tendenzialmente di tutto il diritto ambientale, fino a dove esso possiede autonomia di settore giuridico. La straordinaria estensione del diritto ambientale, tale da «coprire come una rete pressoché ogni altro settore

⁵⁵ Cfr. ad esempio, la dir. 23-10-2000 n. 2000/60/CE *Direttiva del Parlamento europeo e del Consiglio che istituisce un quadro per l'azione comunitaria in materia di acque*.

⁵⁶ Sul punto, H.W. RENGELING, *Ein Europäisches Umweltgesetzbuch: Utopie oder Vision?*, in *Umweltrecht im Wandel*, cit., p. 171 ss., in particolare 173 per la riproduzione di alcuni passi del documento interministeriale indicato nel testo.

⁵⁷ Al fine di precisare i termini del dibattito è sufficiente ricordare, come risulta sia dal rapporto Mandelkern, (rapporto redatto in seguito al Consiglio europeo di Lisbona da una commissione di esperti incaricata di predisporre un piano per la semplificazione delle regole e per il miglioramento della regolamentazione, reperibile all'indirizzo web, <http://ec.europa.eu/governance/impact>), sia dalla Comunicazione della Commissione *Semplificare e migliorare la regolamentazione*, (Comunicazione della Commissione *Semplificare e migliorare la regolamentazione*, del 5 dicembre 2001, COM (2001) 726 def., p. 5 nota 8), che per codificazione sul piano comunitario si intende un processo nel quale atti giuridici diversi sono riunificati in un nuovo atto giuridico che abroga gli atti giuridici codificati, senza contestualmente modificarne il contenuto.

⁵⁸ Sul tema H.W. RENGELING, *Die Kodifikation des Umweltrechts auf nationaler und europäischer Ebene: Chancen und Risiken für eine bessere Rechtsetzung und Umsetzung des EG-Umweltrechts*, cit.

⁵⁹ Libro bianco su *La governance europea* del 25 luglio 2001, COM (2001) 428 def. Sulla codificazione del diritto ambientale europeo si veda anche la Risposta della Commissione U.e. alla Interrogazione parlamentare U.e. E-1983/02 (Codificazione del diritto comunitario dell'ambiente), in *GUCE* 6 febbraio 2003 C 28 E.

⁶⁰ Sul punto, H.W. RENGELING, *Die Kodifikation des Umweltrechts auf nationaler und europäischer Ebene: Chancen und Risiken für eine bessere Rechtsetzung und Umsetzung des EG-Umweltrechts*, cit.; sul tema, nella letteratura italiana, con riferimento alla codificazione del diritto privato, L. MENGONI, *L'Europa dei codici o un codice per l'Europa?*, cit.,

dell'ordinamento senza mai nascondere»⁶¹, ha un rilievo non soltanto quantitativo, dato che condiziona l'esercizio di numerosi diritti e libertà. L'obiettivo del codice tedesco non è soltanto di rendere il diritto ambientale «dominabile con lo sguardo»⁶². Esso intende anche sancirne la centralità nel moderno ordinamento costituzionale, e, come si è detto, predisporre un modello regolativo capace di indirizzare il suo ulteriore sviluppo.

Al tempo stesso, un altro aspetto qualificante della progettata opera di codificazione è costituito dalla scelta di perseguire gli obiettivi di semplificazione normativa e amministrativa senza variazioni sensibili del livello di tutela ambientale prescritto dalla vigente disciplina sostanziale⁶³.

Una codificazione così concepita, tuttavia, richiede tempi lunghi per la sua realizzazione, particolarmente tenuto conto dell'esigenza di garantire un adeguato dibattito in Parlamento.

L'insegnamento dell'illustre studioso dell'«arte di fare buone leggi»⁶⁴, che comandava «lentezza» al codificatore, è stato osservato. Dopo il trentennale percorso di preparazione della codificazione, il Governo federale ha ritenuto insufficiente il tempo a disposizione in questa legislatura per l'approvazione dell'intero codice, e ha pertanto stabilito di ricorrere ad una particolare tecnica di codificazione: la *abschnittsweise Kodifizierung*, («codificazione segmentata»), che sarà illustrata nel paragrafo seguente.

4.La *abschnittsweise Kodifizierung* («codificazione segmentata»).

Con la tecnica della *abschnittsweise Kodifizierung*, «codificazione segmentata» già sperimentata in Germania per il *Sozialgesetzbuch*, (Codice sociale), si intende realizzare un codice unitario, ma in fasi successive, secondo una soluzione che rappresenta un opportuno compromesso fra opposte esigenze: i tempi lunghi e le difficoltà politiche che un'ampia codificazione incontra nei sistemi democratici, e l'aspirazione ad una profonda armonizzazione della legislazione ambientale, alla tendenziale completezza e alla proiezione nel futuro dell'opera codificatoria, nonché l'esigenza della percepibilità del processo di codificazione come peculiare tecnica legislativa e del codice come modo di presentazione del diritto, cui sono collegati anche non secondari effetti simbolici e politici di coronamento e consacrazione della centralità del diritto ambientale⁶⁵.

La medesima tecnica si presta anche ad agevolare il superamento degli ostacoli politici che una complessa codificazione può incontrare, consentendo di

⁶¹ L'espressione di OTTO KIMMINICH è ricordata da M. KLOEPFER, *Umweltrecht*, cit.

⁶² L'espressione è ripetuta frequentemente nella letteratura tedesca, ad esempio, H.J. PAPIER, *Entwurf eines Umweltgesetzbuches, Vom Allgemeinen zum Besonderen Teil*, p. 1133.

⁶³ Cfr. G. WINTER, *Das Umweltgesetzbuch – Überblick und Bewertung*, cit.

⁶⁴ J. W. HEDEMANN, *Über die Kunst, Gute Gesetze zu machen*, cit., *Id.*, *Wesen und Wandel der Gesetzgebungstechnik*, cit.

⁶⁵ Su questa tecnica di codificazione indicata anche come *gestufte Kodifikation*, «codificazione a scalini», M. KLOEPFER, *Umweltschutzrecht*, cit., p. 25 ss.; sulla scelta di questa tecnica di codificaione, si veda anche il documento del *Bundesministerium für Umwelt, Naturschutz und Reaktorsicherheit* del 5 luglio 2006, reso disponibile dalla sua Divisione Codice ambientale e diritto ambientale trasversale.

rinvia l'approvazione della disciplina dei settori per i quali manca un adeguato consenso⁶⁶.

La strategia della «codificazione segmentata» è così funzionale a garantire un adeguato dibattito parlamentare sulla parte di codice ambientale raccolta nel libro di volta in volta oggetto di approvazione, il quale costituisce una autonoma legge⁶⁷, per un autentico rispetto del principio democratico, dopo che si è già svolto un adeguato confronto nella fase di elaborazione del progetto ad opera del Ministero dell'ambiente, sia con i *Länder* nell'ambito del *Bund-Länder Arbeitsgruppe UGB*, (*BLAG UGB*), gruppo di lavoro istituito presso la *Umweltministerkonferenz*, (Conferenza dei ministri dell'ambiente), sia con i rappresentanti del mondo accademico, della giustizia, delle associazioni industriali e ambientaliste, in numerosi seminari organizzati dal medesimo Ministero⁶⁸.

L'esigenza di un'autentica democraticità della codificazione anche per la sua accettazione non deve essere sottovalutata. Significativa è al riguardo l'esperienza francese. La necessità di una codificazione in sede parlamentare è stata ripetutamente sollecitata dalla dottrina, rimasta poi delusa sia dall'inserimento del *Code de l'environnement* nel generale *trend* delle codificazioni settoriali, sia dalla decisione del *Conseil constitutionnel*, che ha rigettato le censure di legittimità costituzionale per violazione del principio di sovranità nazionale sollevate avverso la scelta di approvare il codice con ordinanza governativa, ai sensi dell'art. 38 della costituzione francese⁶⁹.

⁶⁶ M. KLOEPFER, *Umweltschutzrecht*, cit., p. 25 ss.

⁶⁷ Sul punto, M. KLOEPFER, *Umweltschutzrecht*, cit., p. 27 ss.

⁶⁸ Cfr. la motivazione del *Refèrentenentwurf*, cit. Le prese di posizione delle associazioni sono reperibili all'indirizzo web, www.umweltgesetzbuch.org.

⁶⁹ A tal proposito è opportuno ricordare che in Francia, come in Germania, il dibattito sulla codificazione del diritto ambientale risale alla metà degli anni Settanta. La *Société française pour le droit de l'environnement*, (*SFDE*), incaricata dal Ministero dell'Ambiente di vagliare la fattibilità di un codice ambientale, aveva concluso il suo rapporto nel senso «della necessità giuridica e sociale di un codice adeguato a consacrare solennemente una priorità politica maggiore, a condizione che esso sia elaborato dal Parlamento». Prima dell'emanazione del *Code de l'environnement*, la dottrina francese aveva ribadito l'esigenza di sottrarre la codificazione del diritto ambientale ai metodi della codificazione a diritto costante stabiliti per i codici di settore, sebbene questa aspettativa sia stata poi delusa. Anche per il codice dell'ambiente, infatti, ai sensi dell'art. 38 della costituzione, la legge 99-1071 del 16 dicembre 1999 ha autorizzato il Governo all'approvazione anche di questo codice con ordinanza, che è poi stata adottata il 18 settembre 2000. Come accennato nel testo, la decisione di procedere a questo tipo di codificazione è stata sottoposta anche al giudizio del *Conseil constitutionnel*. Si censurava fra l'altro, proprio la scelta della Commissione superiore di procedere ad una codificazione a diritto costante poiché essa era stata esplicitamente fondata sull'esigenza di ridurre al minimo l'esercizio del potere di emendamento spettante al Parlamento. Il *Conseil constitutionnel*, con decisione 99-421 del 16 dicembre 1999, (reperibile sul sito www.conseil-constitutionnel.fr), ha respinto le censure di violazione del principio di sovranità nazionale e di violazione del potere di emendamento del Parlamento con riferimento all'art. 34 della Costituzione, nonché di violazione dell'art. 38 Cost. La medesima decisione è stata peraltro fortemente criticata in dottrina per il suo formalismo. La dichiarazione di conformità a Costituzione si fonda essenzialmente sulla circostanza che la limitazione del diritto costante si impone solo all'amministrazione che codifica, non al Parlamento, che resta libero di esercitare il suo potere legislativo, eventualmente attraverso emendamenti al progetto di legge di ratifica dell'ordinanza, secondo quanto previsto dall'art. 38 della Costituzione francese. Per completezza è opportuno segnalare che nel corso della lunga fase di approvazione del

Secondo la progettata segmentazione del processo di codificazione, che continua a concepire come unitario il suo oggetto, sulla base del progetto ministeriale approvato nel maggio 2008, il Governo federale tedesco prevede di adottare nella presente legislatura i primi cinque libri del codice, *Umweltgesetzbuch (UGB I-V)*. Come vedremo in seguito, non è stato sottoposto alle prime audizioni delle associazioni interessate, dei *Länder* e dei Comuni, il libro VI dedicato alla disciplina delle energie rinnovabili, che faceva parte del progetto di codice nella versione del novembre 2007, ma non fa parte della versione modificata del medesimo progetto, approvata il 20 maggio 2008.

Il Ministero ha ritenuto opportuno scorporare questo libro dal primo procedimento legislativo per l'approvazione del codice ambientale, in modo da proteggere i primi cinque libri dal prevedibile insorgere di acuti contrasti sul libro VI⁷⁰, e prevede di approvare il libro sesto in un separato procedimento legislativo, come già previsto in occasione della predisposizione del progetto del 2007⁷¹. Tuttavia, nulla sul punto è scritto nel comunicato con il quale il 23 maggio è stata comunicata la pubblicazione dell'ultima versione del progetto di codice.

Dato l'ampio consenso politico e sociale che sostiene la codificazione del diritto ambientale tedesco, il Ministero programma di poter completare il codice nella successiva legislatura, entro il 2013, attraverso l'incorporazione degli altri

codice francese, il Parlamento ha adottato alcune discipline integrative. Fra queste si segnala l'approvazione della legge 95-101, c.d. *Loi Barnier*, relativa al rafforzamento della tutela dell'ambiente, contenente fra l'altro i principi generali per la tutela dell'ambiente e la legge sulla tutela dell'aria. Tanto che si è parlato di codificazione a diritto <*pseudo constante*>, (così il Presidente della *SFDE*, P. BILLET, *Discours introductif*, in *RJE*, 2005, spécial, p. 19 ss). Nella letteratura francese, sulla codificazione del diritto ambientale: J. DE MALAFOSSE, *La codification de l'impossible, du Code rural au Code de l'environnement*, *RFDA*, 1990, p. 4 ss.; *La problématique de la codification*, in *RFAP*, 1997, p. 169 ss.; C.A. MORAND, *Le droit néo-moderne des politiques publiques*, Paris, LGDJ, 1999; nonché i contributi pubblicati nel numero speciale di *RJE*, 2002, in particolare, M. PRIEUR, *Pourquoi une codification ?*, p. 9 ss.; A. KISS, *Les principes généraux du droit international de l'environnement sont-ils reflétés par le code de l'environnement ?*, p. 15 ss.; P. KROMAREK VOITELLIER, *Codification des dispositions relatives à la prévention des pollutions, risques et nuisances. Livre V du Code de l'environnement*, p. 23 ss.; M. -J. LITTMANN-MARTIN, *Code de l'environnement, droit pénal et procédure pénale : quelques réflexions*, p. 55 ss.; F. REISS, *Discours de clôture de la journée sur le <Code français de l'environnement>*, p. 90 ss. Nel senso che complessivamente il codice francese può considerarsi conforme al diritto internazionale e europeo, sebbene sussistano aspetti problematici in vista della capacità di addattamento del codice agli sviluppi futuri, A. KISS, *Les principes généraux du droit international de l'environnement sont-ils reflétés par le code de l'environnement ?*, cit.; P. BILLET, *Discours introductif*, cit., pur sottolineando che il codice resta molto al di sotto delle aspettative dei suoi ideatori; vicina la posizione di M. PRIEUR, *Pourquoi une codification?*, cit. il quale, ritenuti prematuri giudizi definitivi prima del completamento dell'opera di codificazione con la parte regolamentare, peraltro evidenzia l'inadeguatezza dell'attuale codice alla realtà giuridica del diritto ambientale, così testualmente, p. 14. Sul sacrificio dell'esigenza che le scelte fondamentali siano assunte dal Parlamento, nella recente esperienza italiana, S. DE FELICE, *La semplificazione del diritto: la codificazione recente in Italia*, cit.

⁷⁰ Sul punto maggiori dettagli più avanti nel testo.

⁷¹ Cfr. il discorso tenuto in occasione della anticipazione del progetto di codice ambientale nella versione del novembre 2007 dalla *Parlamentarische Staatssekretärin* Astrid Klug, al convegno *Progressives Umweltgesetzbuch?*, cit.

settori⁷², che di volta in volta devono essere raggruppati in libri, e possono essere inclusi nel codice solo dopo un rigoroso esame della loro compatibilità sistematica con la parte di codice di volta in volta già approvata. Si tratta ad esempio, della disciplina delle sostanze pericolose, del diritto dei rifiuti, della tutela del suolo e delle bonifiche, della disciplina dei prodotti, della normativa relativa alle radiazioni ionizzanti.

5.La struttura del progetto di codice ambientale tedesco.

La struttura del codice ambientale corrisponde a quella dei codici classici, con gli aggiustamenti richiesti dall'adozione della tecnica della *abschnittsweise Kodifizierung*.

Il progetto si articola in una parte generale, il libro primo del codice, *Umweltgesetzbuch Erstes Buch (UGB I)*, e in successivi libri, ciascuno dei quali possiede una autonoma numerazione dei paragrafi in cui è articolato.

Come anticipato, nella sedicesima legislatura si prevede l'approvazione in un primo procedimento legislativo dei primi cinque libri del codice.

In particolare, il primo libro contiene le disposizioni generali applicabili a tutti i libri del codice, (cioè lo scopo del codice, i principi generali e le definizioni), la disciplina della valutazione ambientale strategica; la disciplina per la tutela dell'ambiente nelle imprese e le agevolazioni per le imprese certificate; la disciplina generale relativa alla prevenzione e al risanamento dei danni ambientali; i rimedi giuridici per le questioni ambientali; una disciplina (ancora incompleta) sulla produzione del diritto ambientale; il diritto ambientale correlato all'autorizzazione dei progetti, («autorizzazione integrata di progetto» e valutazione di impatto ambientale); alcune disposizioni finali relative al primo libro, nonché dieci allegati.

Per quanto riguarda la parte speciale: il secondo libro, *UGB II*, contiene la disciplina relativa alla tutela delle acque; il terzo libro, *UGB III*, contiene la disciplina della protezione della natura e della cura del paesaggio; il quarto libro, *UGB IV*, contiene le regole per la tutela contro le radiazioni non ionizzanti; il quinto libro, *UGB V*, è dedicato alla disciplina del commercio di emissioni.

Resta da precisare che la scelta della *abschnittsweise Kodifizierung* ha per conseguenza che, in via transitoria, accanto al codice ambientale sarà parzialmente applicabile la legislazione vigente relativa ai settori ancora non inclusi nel codice. Pertanto, è stato predisposto anche un disegno di legge di introduzione al codice ambientale, *Einführungsgesetz zum Umweltgesetzbuch*⁷³, che chiarisce quali disposizioni sono immediatamente abrogate dal codice, e quali restano ulteriormente applicabili in attesa del completamento della codificazione.

Nei prossimi paragrafi si procederà all'esame dei più significativi contenuti del primo libro del codice.

⁷²Cfr. gli atti del *Forum Umweltgesetzbuch Band 1: Dokumentation der BMU-Tagung Herausforderung Umweltgesetzbuch*, pubblicazione a cura del Ministero federale dell'ambiente.

⁷³ Il progetto di *Legge di introduzione al codice ambientale, Entwurf eines Einführungsgesetzes zum Umweltgesetzbuch (EG UGB)* del 20 maggio 2008, (già disponibile in una prima versione del 17 dicembre 2007), è reperibile all'indirizzo www.bmu.de.

6. UGB I: lo scopo del codice ambientale come concretizzazione del compito costituzionale di protezione dei fondamenti naturali della vita (art. 20 a GG).

Il primo libro si apre con l'indicazione dello scopo del codice, che costituisce il più generale elemento unificante della disciplina contenuta nei successivi libri. Ciascuno di essi, a sua volta, si apre con ulteriori specificazioni della determinazione di scopo contenuta nel § 1 del libro primo.

L'uomo e l'ambiente sono assunti dal §1 *UGB I*, ciascuno come oggetto meritevole di protezione giuridica, anche nei confronti delle generazioni future. La separata menzione dell'uomo e dell'ambiente risponde ad una formulazione tradizionale del diritto tedesco⁷⁴. Ad essa, oggi, è sottesa l'idea che sul piano giuridico la contrapposizione fra le diverse concezioni di tutela dell'ambiente – antropocentrica, ecocentrica, nonché la sedicente autonoma prospettiva incentrata sulla conservazione delle risorse - non ha ragione d'essere⁷⁵. Rispetto all'obiettivo di un'espressa determinazione di scopo, cioè concorrere a definire i termini nei quali l'ambiente è meritevole di protezione giuridica, le tre prospettive, infatti, conducono dal punto di vista pratico a risultati corrispondenti. A tal fine è assorbente il rilievo che anche la prospettiva antropocentrica, specialmente se estesa agli interessi delle generazioni future⁷⁶ - come richiesto dalla Costituzione tedesca e come previsto dal codice⁷⁷ - richiede comunque il più alto livello di protezione e il risparmio delle risorse non rinnovabili.

Quest'impostazione è confermata nelle specificazioni della generale determinazione di scopo stabilita dal § 1 *UGB I*, contenuta nei successivi libri del codice con riferimento al settore normativo in essi disciplinato.

In particolare il § 1 *UGB II*, dedicato al regime delle acque, prevede che scopo del secondo libro è «tutelare le acque come componente dell'equilibrio naturale, come fondamento della vita dell'uomo, come spazio vitale per animali e piante e come risorsa».

La stessa impostazione è seguita dal § 1 *UGB III*, dedicato alla protezione della natura e alla cura del paesaggio. Articolata in sei commi, quest'ultima disposizione precisa che la natura e il paesaggio, sia in zone popolate che disabitate, sono tutelati sia come valori in sé, sia come fondamento della vita dell'uomo, anche per la sua salute, e contiene una serie di indicazioni di principio relative agli specifici fattori oggetto di tutela e alle relative modalità. Così, è tutelata la biodiversità, la capacità di prestazione e la funzionalità dell'equilibrio

⁷⁴ Cfr. *Referentenentwurf*, cit., motivazione, p. 135.

⁷⁵ M. KLOEPFER, *Umweltrecht*, cit., p. 19 ss.

⁷⁶ Per l'osservazione che le dispute intorno allo scopo di tutela del diritto ambientale sul piano giuridico hanno per oggetto un falso problema, data la possibile soddisfazione non conflittuale degli interessi antropocentrici ed ecocentrici, in ragione della complessità dei bisogni di tutela dell'eco-sistema, con la conseguenza, ad esempio, che il risparmio delle risorse naturali tutela il bene ambiente, ma al tempo stesso protegge gli interessi delle generazioni future, in una prospettiva, quindi, antropocentrica, M. KLOEPFER, *Umweltrecht*, cit., p. 19 ss.

⁷⁷ Sull'art. 20 a GG, che affida allo Stato il compito di tutelare i fondamenti naturali della vita e gli animali, anche con riguardo alle generazioni future, M. KLOEPFER, *Umweltschutz als Verfassungsrecht: Zum neuen Art. 20a GG*, in *DVBj*, 1996, p. 73 ss.; sulla tutela delle generazioni future come aspetto delle politiche per uno sviluppo sostenibile, E. REHBINDER, *Das deutsche Umweltrecht auf dem Weg zur Nachhaltigkeit*, in *NVwZ*, 2002, p. 657 ss.

naturale, (espressione talora distinta nella dottrina dal concetto di ecosistema), inclusa la capacità di rigenerazione e la futura utilizzabilità dei beni naturali, la molteplicità, la bellezza, la tipicità, il valore ricreativo della natura e del paesaggio. Con la precisazione che il concetto di tutela comprende anche la cura, lo sviluppo e, nella misura in cui sia necessario, la ricostituzione della natura e del paesaggio.

Il § 1 *UGB IV*, dedicato alla disciplina delle radiazioni non ionizzanti, precisa che la disciplina in esso contenuta è finalizzata alla tutela e alla precauzione dagli effetti dannosi delle radiazioni non ionizzanti sull'uomo e sull'ambiente.

Infine il § 1 *UGB V*, dedicato al commercio di emissioni, in sintesi, assume come obiettivo di questo libro, la tutela del clima attraverso la riduzione dell'emissione di gas a effetto serra.

Sulle sorti del *UGB VI*, dedicato alla disciplina delle energie rinnovabili, si è già detto. Nella versione resa nota il 27 novembre 2007, il § 1 indica come suo scopo creare le condizioni per un approvvigionamento energetico sostenibile.

Il § 1, *UGB I*, e le sue successive specificazioni come *ratio legis* positivizzata sono vincolanti per l'interprete⁷⁸, e rispondono ad una caratteristica formulazione della legislazione ambientale che tipicamente recepisce nell'articolato normativo gli scopi della disciplina tradizionalmente, invece, indicati nel preambolo dei testi legislativi.

Lo scopo del codice e le sue specificazioni rappresentano la concretizzazione del compito statale di tutela dei fondamenti naturali della vita e degli animali, sancito dall'art. 20a *GG*⁷⁹ anche nei confronti delle generazioni future, e costituiscono attuazione anche dei doveri di protezione della dignità dell'uomo e dello sviluppo della sua personalità, della libertà, del diritto alla vita e all'integrità del corpo, stabiliti dagli art. 1 e 2 *GG*⁸⁰.

Per cogliere il significato di questa concretizzazione è opportuno ricordare che l'art. 20a *GG* formula una (mera) determinazione di scopo dello Stato, quindi, esso non fonda direttamente alcun diritto del cittadino alla tutela dell'ambiente correlato a specifici obblighi statali⁸¹, bensì rafforza e orienta la tutela di altri

⁷⁸ M. KLOEPFER, *Umweltrecht*, cit., p. 20.

⁷⁹ L'art. 20a *GG* è stato introdotto nella costituzione tedesca nel 1994, attraverso la quarantaduesima legge di revisione costituzionale; esso è stato modificato nel 2002, dalla cinquantesima legge di revisione del *Grundgesetz*, che ha aggiunto lo scopo di tutela degli animali. Non compare invece nel *Grundgesetz* il termine ambiente, sebbene già nel 1972 esso fosse menzionato nel titolo della trentesima legge di revisione costituzionale, che attribuiva alla Federazione la competenza legislativa in materia di smaltimento dei rifiuti, di rumori e di tutela dell'aria. Sull'art. 20 a *GG*, M. KLOEPFER, *Umweltschutz als Verfassungsrecht: Zum neuen Art. 20a GG*, cit., nonché del medesimo Autore, *Umweltrecht*, cit., p. 115 ss., per i successivi aggiornamenti.

⁸⁰ Cfr. la motivazione del progetto di codice, *Referentenentwurf*, cit., p. 135 ss.

⁸¹ Ciò è pacifico, per il tenore letterale della disposizione, che non dà luogo a dubbi su questo aspetto, e per la sua collocazione sistematica, trovandosi nel Titolo II dedicato alla Federazione e ai *Länder*, cioè nel Titolo immediatamente successivo a quello dedicato ai diritti fondamentali; sul punto M. KLOEPFER, *Umweltschutz als Verfassungsrecht: Zum neuen Art. 20a GG*, cit.; R. SPARWASSER, R. ENGEL, A. VOBKUHLE, *Umweltrecht - Grundzüge des öffentlichen Umweltschutzrechts*, Heidelberg, Müller, V ed. riv., 2003 p. 47.

diritto costituzionali, fra i quali il diritto alla vita e all'integrità del proprio corpo, (art. 2 *GG*).

Un altro fondamentale corollario del dovere statale di protezione dei fondamenti naturali della vita sancito dall'art. 20 a *GG* è costituito dal rilievo costituzionale che esso offre alla tutela procedimentale dei diritti fondamentali, (*Grundrechtsschutz durch Verfahren*)⁸². Così, ad esempio il procedimento amministrativo per l'autorizzazione di impianti industriali deve essere organizzato in modo da garantire che sia evitato il pericolo di una diminuzione dei diritti sostanziali suscettibili di essere colpiti dall'impianto. Se l'amministrazione ha disconosciuto nel corso del procedimento autorizzatorio una norma procedimentale preordinata alla garanzia di un diritto fondamentale interpretato alla luce dell'art. 20 a, si determina una lesione di quel diritto fondamentale⁸³.

L'art. 20 a è immediatamente vincolante per gli organi statali menzionati dalla stessa disposizione – il potere legislativo, il potere esecutivo e la giurisprudenza – ai quali essa è indirizzata. Ne conseguono il vincolo e la legittimazione a tenere in massima considerazione lo scopo di tutela stabilito dal 20a *GG*, per i soggetti pubblici, nonché per i privati incaricati di compiti pubblici. In particolare tale disposizione costituisce il fondamento costituzionale di alcuni principi per la tutela dell'ambiente: il principio di difesa dai pericoli, il precetto di risanamento dei danni all'ambiente, ovvero della loro compensazione, il precetto di minimizzazione dei rischi, il principio del risparmio delle risorse, il divieto di peggioramento dello stato dell'ambiente⁸⁴.

Data l'indeterminatezza della disposizione, peraltro, agli organi pubblici compete di regola una discrezionalità talmente ampia da potersi configurare una violazione soltanto in caso di manifesto disconoscimento degli interessi tutelati dalla norma, secondo il criterio generalmente valido in relazione ai diritti discendenti da doveri oggettivi di protezione a carico dello Stato, e con riferimento al principio dello stato sociale. Quindi, spetta essenzialmente al legislatore il contemperamento fra l'interesse tutelato dall'art. 20 a e gli interessi tutelati da altre disposizioni costituzionali, senza che sia configurabile una sua astratta prevalenza, né relativa né assoluta⁸⁵.

7. I principi per la tutela dell'ambiente e dell'uomo.

Al secondo comma del § 1, *UGB I*, sono collocati i principi per la tutela dell'uomo e dell'ambiente, espressamente qualificati come principi generali.

In Germania, i principi del diritto ambientale sono il frutto di un'autonoma elaborazione, che in sede politica, come anticipato, risale al programma

⁸² Sul tema, M. KLOEPFER, *Umweltschutzrecht*, cit., p. 38 ss.

⁸³ In tal senso la giurisprudenza del Tribunale costituzionale federale, *Bundesverfassungsgericht*, cfr. ad esempio, *BVerfGE* 53, 50. Si tenga presente che per i diritti fondamentali l'art. 93 *GG* prevede il ricorso individuale diretto al Tribunale costituzionale federale.

⁸⁴ R. SPARWASSER, R. ENGEL, A. VOBKUHLE, *Umweltrecht - Grundzüge des öffentlichen Umweltschutzrechts*, cit. p. 49.

⁸⁵ R. SPARWASSER, R. ENGEL, A. VOBKUHLE, *Umweltrecht - Grundzüge des öffentlichen Umweltschutzrechts*, cit.

governativo federale del 1971 e al Rapporto sullo stato dell'ambiente del 1976, nonché di approfondite riflessioni scientifiche che, già a partire dagli anni Settanta, hanno offerto un riferimento essenziale per l'evoluzione della legislazione ambientale, e hanno trovato una compiuta espressione nei due progetti di codice che hanno preceduto il *Referentenentwurf* del 2008. Le definizioni dei principi formulate in quei progetti, infatti, proponendo una formalizzazione sul piano positivo di quelle che in origine erano massime di azione politica, non solo hanno ispirato la successiva produzione normativa, ma hanno esercitato anche una notevole influenza sulla giurisprudenza chiamata ad applicare le disposizioni ad essi ispirate⁸⁶, nonché sullo sviluppo del diritto ambientale comunitario. Grazie a questa lunga maturazione ciascuno dei principi enumerati nel progetto di codice racchiude in sé, attraverso una sintetica definizione, una vera e propria riserva di idee guida del moderno diritto ambientale.

Prima di procedere all'esame di questa disciplina è opportuno segnalare che la motivazione del progetto di codice contiene alcune precisazioni sulla portata giuridica dei principi per la tutela dell'ambiente.

In particolare, essi costituiscono ausili interpretativi in caso di dubbi sul significato o sul contenuto di singole disposizioni del codice, tuttavia, non sono capaci di fondare direttamente né requisiti ambientali, né obblighi di natura sostanziale o procedimentale, per l'istante o per il titolare di un'autorizzazione. Questi ultimi, infatti, possono essere desunti solo in via interpretativa dalle disposizioni vigenti, restando queste ultime non modificabili dai principi.

In secondo luogo, la funzione di integrazione degli strumenti interpretativi affidata ai principi trova un limite nel potere di attuazione dei concetti giuridici indeterminati impiegati dal codice spettante agli uffici amministrativi competenti, attraverso la normazione secondaria, secondo il principio dello stato di diritto e il principio di legalità⁸⁷, e in linea con gli indirizzi della giurisprudenza amministrativa sui limiti di sindacabilità delle norme amministrative ambientali, (che segue, come vedremo, un regime peculiare).

7.1 Il principio di difesa dai pericoli (*Gefahrenabwehrprinzip*) e il principio di precauzione (*Vorsorgeprinzip*).

Il § 1, secondo comma, n. 1, prevede il principio di difesa dai pericoli, *Prinzip der Gefahrenabwehr*, (corrispondente al principio comunitario di prevenzione), mentre il n. 2, formula il principio di precauzione, *Vorsorgeprinzip*:

«1. I pericoli per l'uomo e per l'ambiente devono essere evitati»

«2. Attraverso comportamenti precauzionali, i rischi per l'uomo o per l'ambiente devono essere per quanto possibile evitati, ovvero ridotti».

Conviene esaminare in parallelo i due principi appena ricordati, dato che il principio precauzionale si è affermato nell'esperienza tedesca, come nuovo modello di tutela dell'ambiente e di garanzia della sicurezza dei cittadini⁸⁸,

⁸⁶ Sul punto, M. KLOEPFER, *Sinn und Gestalt des kommenden Umweltgesetzbuchs*, cit., p. 168.

⁸⁷ Cfr. *Referentenentwurf*, cit. p. 135.

⁸⁸ Sul principio di precauzione nell'ordinamento tedesco, rinvio per maggiori dettagli alla ricerca da me svolta nel 2001 per l'Osservatorio sulla legislazione ambientale diretto da S. Grassi,

proprio distinguendosi dal paradigma degli interventi statali riconducibili al tradizionale principio di difesa dai pericoli, (*Gefahrenabwehrprinzip*).

segretario scientifico M. Cecchetti, i cui risultati sono in sintesi riprodotti in S. GRASSI, A. GRAGNANI, *Il principio di precauzione nella giurisprudenza costituzionale*, in www.unina2.it, 2001, nonché in S. GRASSI, *Prime osservazioni sul 'principio di precauzione' come norma di diritto positivo*, in *Diritto e gestione dell'ambiente*, 2001, p. 37 ss. e più ampiamente in A. GRAGNANI, *Il principio di precauzione come modello di tutela dell'ambiente, dell'uomo, delle generazioni future*, testo distribuito dall'Osservatorio sulla legislazione ambientale diretto da S. Grassi, segretario scientifico M. Cecchetti, presso il seminario tenutosi al King's College di Londra nel 2002, e successivamente pubblicato in *Riv. dir. civ.*, 2003, p. 9 ss. Fra i primi contributi sul principio di precauzione nella letteratura italiana, A. RUSSO, voce *Ambiente*, in *Trattato di diritto amministrativo europeo*, vol. II, Milano, Giuffrè, 1998, p. 168 ss.; M. TALLACCHINI, *Ambiente e diritto della scienza incerta*, cit.; nel senso che con il principio di precauzione l'ordinamento comunitario «si sia limitato, fino ad oggi, a recepire una formula sostanzialmente <vuota> o, comunque <aperta>», M. CECCHETTI, *Principi costituzionali per la tutela dell'ambiente*, Milano, Giuffrè, 2000, p. 191; il medesimo Autore riconosce successivamente al principio di precauzione un significato analogo a quello attribuitogli dalla dottrina tedesca, cfr. *La disciplina giuridica della tutela ambientale come "diritto dell'ambiente"*, in www.federalismi.it, 20 dicembre 2006, in particolare p. 98 ss., dove però afferma che tale principio troverebbe le sue origini nel diritto internazionale, a partire dalla Dichiarazione ministeriale di Bergen del 1990. Sugli importanti risvolti dell'applicazione del principio precauzionale con riferimento al nostro ordinamento C. CONSOLO, *Il rischio da "ignoto tecnologico": un campo arduo per la tutela cautelare (seppur solo) inibitoria*, in AA.VV., *Il rischio da ignoto tecnologico*, Milano, Giuffrè, 2002; G.D. COMPORI, *Contenuto e limiti del governo amministrativo dell'inquinamento elettromagnetico alla luce del principio di precauzione*, in *Riv. dir. amb.*, in Rivista giuridica dell'ambiente, 2005, p. 215 ss.; F. FONDERICO, *"Rischio" e "precauzione" nel nuovo procedimento di bonifica dei siti inquinati*, in *Riv. giur. amb.*, 2006, p. 419 ss.; M. CAFAGNO, *Principi e strumenti di tutela dell'ambiente*, cit., p. 245 ss.; L. BUTTI, *The precautionary principle in environmental law. Neither arbitrary nor capricious if interpreted with equilibrium*, *Quaderni Riv. giur. amb.*, Milano, Giuffrè, 2007. Sull'introduzione del principio di precauzione nell'ordinamento comunitario in base alle elaborazioni tedesche, e su pressione della Germania, A. JORDAN, *The Precautionary Principle in the European Union*, in *Reinterpreting the precautionary principle*, a cura di T. O' RIORDAN, J. CAMERON, A. JORDAN, London, 2001, p. 113 ss.; G. LÜBBE-WOLFF, *IVU Richtlinie und Europäisches Vorsorgeprinzip*, in *NVwZ*, 1998, p. 777 ss. Sul principio di precauzione nel programma del Governo federale tedesco del 1971, nonché nel Rapporto sullo stato dell'ambiente, predisposto dal medesimo Governo nel 1976, M. KLOEPFER, *Umweltrecht*, cit., p. 168. Fra i più importanti contributi della dottrina tedesca sul principio di precauzione, oltre a quelli in precedenza citati, si ricordano: R. BREUER, *Gefahrenabwehr und Risikovorsorge im Atomrecht*, in *DVBl*, 1978, p. 829 ss., con particolare riferimento al concetto di rischio residuale, successivamente utilizzato dalla nostra dottrina, nonché all'ampia discrezionalità del legislatore nella definizione del livello di rischio socialmente accettabile; T. DARNSTÄDT, *Gefahrenabwehr und Gefahrenvorsorge: eine Untersuchung über Struktur und Bedeutung der Prognose-Tatbestände im Recht der öffentlichen Sicherheit und Ordnung*, Frankfurt, 1983; H.-W. RENGELING, *Der Stand der Technik bei der Genehmigung umweltgefährdender Anlagen*, Köln, 1985, p. 23 ss., con particolare riferimento ai risvolti di questo principio sul piano normativo; con riferimento ai rapporti Stato-cittadino, F. OSSENBÜHL, *Vorsorge als Rechtsprinzip im Gesundheits-, Arbeits- und Umweltschutz*, in *NVwZ*, 1986, p. 161, ss., nonché per le implicazioni rispetto al principio dello stato di diritto, U. DI FABIO, *Risikoentscheidungen im Rechtsstaat*, cit.; con riferimento a concrete applicazioni del principio, A. REICH, *Gefahr, Risiko, Restrisiko: das Vorsorgeprinzip am Beispiel des Immissionsschutzrechts*, Düsseldorf, 1989; V. PRITZWITZ, *Gefahrenabwehr - Vorsorge - Ökologisierung. Drei Idealtypen präventiver Umweltpolitik*, in *Präventive Umweltpolitik*, a cura di U. E. SIMONIS, Frankfurt am Main - New York, 1988, p. 49 ss.

Come anticipato, la distinzione fra questi due paradigmi di tutela si incentra sulla distinzione nel linguaggio giuridico fra i termini «pericolo» e «rischio».

Assunto anche nel diritto ambientale secondo l'accezione specifica del diritto di polizia⁸⁹, nell'ordinamento tedesco il termine pericolo, (*Gefähr*), indica una situazione di fatto tale da innescare un processo causale che salvo interferenze esterne, secondo la certezza tendenziale delle leggi scientifiche, conduce con una sufficiente probabilità alla produzione di un danno.

Il grado di probabilità richiesto dal diritto di polizia in ordine al verificarsi dell'evento varia in ragione del valore del bene protetto e dell'entità del danno minacciato. La mera possibilità o una probabilità infinitesimale della produzione di un danno non sono sufficienti ad integrare una situazione di pericolo⁹⁰.

La nozione di pericolo utilizzata nel diritto di polizia e nel diritto ambientale esige poi, come anticipato, che il verificarsi dell'evento dannoso sia previsto anche a distanza di anni, ma non in un futuro remoto⁹¹.

Il presupposto che secondo il principio di difesa dai pericoli, (*Gefahrenabwehrprinzip*), legittima l'intervento statale pone quindi dei requisiti eccessivamente rigorosi per una protezione effettiva nelle situazioni di incertezza scientifica circa i potenziali effetti dannosi di alcune attività che hanno un impatto sull'ambiente. Nella concreta esperienza, infatti, certe applicazioni tecnologiche e attività industriali, in apparenza e nell'immediato del tutto inoffensive per la salute umana o per l'ambiente, si sono rivelate a distanza di numerosi anni irreparabilmente dannose.

⁸⁹ E' opportuno precisare che con l'espressione «polizia» si indicavano originariamente sia le funzioni di polizia di sicurezza che quelle di cura e promozione del benessere della collettività, di qui la successiva estensione ai compiti di protezione dell'ambiente. Il concetto di «polizia» è stato successivamente delimitato con la nozione legislativa contenuta nell'*Allgemeines Landrecht* prussiano del 1794, secondo il quale la funzione di polizia consisteva soltanto "nel prendere i necessari provvedimenti per il mantenimento della pace, della sicurezza e dell'ordine pubblico e per la difesa dai pericoli incombenti sulla collettività e sui suoi singoli membri" (§ 10, parte II, titolo 17). La delimitazione dei compiti di polizia alla difesa dai pericoli è stata successivamente precisata e rafforzata dal *OVG* prussiano nelle sentenze *Kreutzberg*, del 10 giugno 1880 (*PrOVG* 1, 401) e del 14 giugno 1882 (*PrOVG* 9, 353), che costituiscono un punto di riferimento fondamentale per l'elaborazione del *Gefahrenabwehrprinzip*. Per ulteriori particolari, voce *Polizeibegriff*, in H. TILCH, F. ARLOTH, *Deutsches Rechts-Lexikon*, II, seconda edizione, München, 2001; per una recente ricostruzione dogmatica del concetto di *Gefahrenabwehr*, R. POSCHER, *Gefahrenabwehr: eine dogmatische Rekonstruktion*, Berlin, 1999; per un profilo istituzionale dell'attuale diritto di polizia tedesco, GUSY, *Polizeirecht*, quarta edizione, Tübingen, 2000. Sulla sostanziale coincidenza della nozione di pericolo utilizzata nel diritto di polizia con quella valida nel diritto ambientale, E. MURSWIEK, *Gefähr*, in *Handwörterbuch des Umweltrechts*, (in seguito *HdUR*), a cura di O. KIMMINICH, H. F. V. LERSNER, P.-C. STORM, II ed., Berlin, 1994, I, p. 803 ss.; V. PRITTWITZ, *Gefahrenabwehr- Vorsorge- Ökologisierung*, cit., p. 49 ss.

⁹⁰ M. KLOEPFER, *Umweltrecht*, cit., 166 ss.; sulla questione si veda però F. OSSENBUHL, *Vorsorge als Rechtsprinzip im Gesundheits-, Arbeits- und Umweltschutz*, cit. secondo il quale in casi eccezionali anche una probabilità infinitesimale potrebbe essere sufficiente, in particolare se si tratti di evitare danni di dimensioni catastrofiche; sul tema anche V. PRITTWITZ, *Gefahrenabwehr - Vorsorge - Ökologisierung. Drei Idealtypen präventiver Umweltpolitik*, cit., p. 49 ss.

⁹¹ Così V. PRITTWITZ, *Gefahrenabwehr - Vorsorge - Ökologisierung. Drei Idealtypen präventiver Umweltpolitik*, cit., 49 ss. e M. KLOEPFER, *Umweltrecht*, cit., p. 166 ss.

D'altra parte, l'individuazione delle fonti di pericolo è complicata dall'esistenza di alcune sostanze inquinanti che assumono idoneità lesiva soltanto attraverso un processo di continuo incremento e di sedimentazione dell'immissione o attraverso la reciproca interferenza di una pluralità di fonti di inquinamento.

Di qui l'elaborazione del principio di precauzione, come modello di tutela dell'ambiente, dell'uomo, della natura, che esige sul piano politico e ammette sul piano giuridico, l'adozione di misure di protezione in presenza di situazioni in cui è ipotizzabile soltanto una situazione di rischio, sebbene non sia dimostrata allo stato delle attuali conoscenze scientifiche, la sussistenza delle condizioni che integrano una situazione di pericolo nell'accezione peculiare del diritto di polizia. La situazione che sulla base del principio di precauzione legittima l'adozione di cautele che possono incidere restrittivamente su libertà fondamentali presenta, quindi, rispetto al principio di difesa dai pericoli requisiti meno rigorosi, che si collocano al di sotto della soglia del pericolo, (*Noch-nicht-Gefahr*), ovvero di rischio, (*Risiko*)⁹².

Il principio di difesa dai pericoli e il principio di precauzione si distinguono non soltanto per i diversi presupposti dell'intervento statale, ma anche perché una concreta situazione di pericolo impone incondizionatamente l'intervento statale di neutralizzazione della potenziale fonte di danno, mentre l'adozione di misure precauzionali preordinate alla minimizzazione o alla eliminazione del rischio, secondo l'opinione prevalente, è invece essenzialmente riservata alla discrezionalità del legislatore e degli organi amministrativi, che sono tenuti ad attuarlo, secondo il principio di proporzionalità, come ora espressamente precisato dal § 1, primo comma, n. 2, del progetto di codice, attraverso l'espressione «per quanto possibile»⁹³.

Il principio di proporzionalità è applicato in relazione al principio di precauzione, anche nel suo nucleo originario, tipico della tradizione giuridica tedesca, di strumento di difesa delle libertà del cittadino da interventi statali non strettamente necessari, nonché nelle sue ulteriori componenti di criterio di valutazione dell'adeguatezza del mezzo scelto e della sua proporzione rispetto allo scopo perseguito. Tuttavia, come precisato nella motivazione del progetto, la integrale precauzione dal rischio deve essere preferita rispetto alla sua minimizzazione.

La distinzione fra i paradigmi di tutela sottesi rispettivamente al principio di precauzione e a quello di difesa dai pericoli, non implica, peraltro, alcuna gerarchia fra i due principi, che sono fondamentalmente equiparati e operano in ambiti differenti⁹⁴.

Resta da precisare che in un'accezione ampia, oggi recepita nella sua essenza dal codice, e autonomamente specificata non nel paragrafo che formula il principio precauzionale, bensì nel § 1, comma terzo, *UGB I*, come criterio

⁹² Così, R. BREUER, *Gefahrenabwehr und Risikovorsorge im Atomrecht*, cit., p. 836.

⁹³ E. REHBINDER, *Vorsorgeprinzip im Umweltrecht und präventive Umweltpolitik*, cit., p. 131.

⁹⁴ Così *Referentenentwurf*, cit., p. 136.

funzionale allo sviluppo sostenibile, il principio di precauzione impone anche l'uso parsimonioso delle risorse naturali.

In altri termini, l'azione di tutela precauzionale dell'ambiente deve seguire un criterio di risparmio delle risorse e imporre un uso dell'ambiente che tenga conto delle esigenze delle generazioni future, (*Zukunftsvorsorge*, cioè precauzione per il futuro), nella prospettiva di garantire la rigenerazione delle risorse naturali e, secondo un'interpretazione minoritaria, anche in considerazione delle esigenze di sfruttamento delle risorse ambientali da parte delle generazioni future, tenuto conto anche dell'eventuale incremento di un determinato tipo di sfruttamento, per esempio a causa della progressiva intensificazione di una certa attività economica (*Ressourcenvorsorge*)⁹⁵.

Si tratta di un profilo che può giustificare la eventuale previsione di forme di responsabilità in prevenzione del danno che con certezza si produrrebbe attraverso la reiterazione nel tempo dello sfruttamento delle risorse. Rispetto alle misure precauzionali inerenti a situazioni di incertezza scientifica, nelle quali manca la certezza della correlazione causale, le misure precauzionali della specie *Ressourcenvorsorge* si distinguono per la circostanza che l'incertezza investe in questo caso il completamento della fattispecie dannosa.

Nella dimensione rivolta all'ambiente futuro, denominato in Germania *Nachwelt*, il principio di precauzione si distingue in modo ancora più netto rispetto al principio di difesa dai pericoli.

I due nuclei di significato del *Vorsorgeprinzip* ne rivelano il carattere «polifunzionale»⁹⁶, ed esprimono le due teorie elaborate per giustificarne l'adozione come criterio di azione politica e di politica del diritto.

Si tratta della «teoria dell'ignoranza» (*Ignoranztheorie*), che fonda il pensiero precauzionale correlato all'incertezza scientifica, e della «teoria dello spazio libero» (*Freiraumtheorie*), che orienta ad un impiego precauzionale dell'ambiente e delle sue risorse in funzione della loro conservazione⁹⁷.

Secondo la prima teoria, l'incertezza o la totale mancanza di conoscenze scientifiche sui potenziali effetti dannosi dell'emissione nell'ambiente di sostanze potenzialmente inquinanti impone di ridurre tali emissioni al minimo, secondo le capacità acquisite dallo stato attuale delle conoscenze tecniche. Si tratta del precetto di minimizzazione delle emissioni.

La *Freiraumtheorie* invece collega in modo più immediato l'azione precauzionale con il proposito di pianificare uno sviluppo sostenibile⁹⁸. Allo scopo di realizzare questo obiettivo, essa impone di preservare degli spazi liberi in modo da consentire la spontanea rigenerazione delle risorse naturali e conservare

⁹⁵ Sui diversi significati del principio di precauzione, G. LÜBBE-WOLFF, *IVU Richtlinie und Europäisches Vorsorgeprinzip*, cit., in particolare p. 779, nota 19; M. KLOEPFER, *Umweltrecht*, cit., p. 168, p. 173 ss., ma anche *Id.*, *Umweltschutzrecht*, cit., p. 25 ss.; C. CALLIESS, *Rechtsstaat und Umweltstaat*, cit., p. 153 ss; M. KOTULLA, *Umweltrecht*, Boorberg, IV ed. rivista, 2007, p. 3.

⁹⁶ Sul carattere polifunzionale del principio di precauzione, M. KLOEPFER, *Umweltrecht* cit., p. 174.

⁹⁷ F. H. V. LERSNER voce *Vorsorge* in *HdUR*, cit.

⁹⁸ Sul principio dello sviluppo sostenibile nella dottrina tedesca, E. REHBINDER, *Nachhaltigkeit als Prinzip des Umweltrechts: konzeptionelle Fragen*, in *Umweltrecht im Wandel*, cit., p. 721 ss.

spazi destinati all'ulteriore utilizzazione ed eventualmente allo sfruttamento, per le generazioni future. Questa esigenza di conservazione trova espressione nel divieto di peggioramento (*Verschlechterungsverbot*). Tale precetto, talvolta denominato come *Bestandsschutzprinzip*, (letteralmente principio di tutela dello *status quo*), non può ovviamente essere inteso in senso assoluto, ma piuttosto come presupposto di un positivo sviluppo⁹⁹. Esso si specifica infatti in relazione allo scopo di non aggravare l'inquinamento complessivo nell'ambito della pianificazione di uno sviluppo sostenibile che, in quanto tale, presuppone soltanto la limitazione e il controllo delle emissioni inquinanti, ma non di regola un assoluto divieto¹⁰⁰.

L'individuazione dei limiti di ammissibilità dell'adozione di misure precauzionali a vantaggio delle generazioni future è assai problematica. Si ritiene che in questo caso l'applicazione del principio di proporzionalità debba essere più rigorosa, in particolare quando si ammettano provvedimenti preordinati non a garantire i fondamenti naturali della vita¹⁰¹, ma ad assicurare le eventuali future esigenze di utilizzazione delle risorse ambientali.

Quanto al rapporto fra la «teoria dello spazio libero» e la «teoria dell'ignoranza», esse conducono nelle finalità immediate a risultati comuni nell'applicazione pratica, nel senso che la minimizzazione delle emissioni inquinanti comporta l'effetto di conservare maggiori spazi incontaminati e viceversa il risparmio di risorse e il divieto di peggioramento presuppongono la minimizzazione delle emissioni inquinanti.

Nel progetto di codice, come vedremo, i precetti precauzionali fondati sulla «teoria dello spazio libero» ricevono una collocazione autonoma nel § 1, terzo comma nn. 1-3, appunto come strumenti dello sviluppo sostenibile¹⁰².

7.2. Il «principio di causalità» (*Verursacherprinzip*, ovvero «chi inquina paga»).

Fra i principi generali del diritto ambientale il progetto di codice menziona al § 1, comma secondo, n. 3, il *Verursacherprinzip*, letteralmente «principio di causalità», (corrispondente al «principio chi inquina paga», formulazione quest'ultima dapprima recepita nel dibattito tedesco sulla scia del diritto americano, ma successivamente rifiutata per il sotteso equivoco di una mercificazione della tutela ambientale). Secondo tale disposizione: «chiunque causa pericoli o rischi per l'uomo o per l'ambiente ne è responsabile (principio di causalità)».

Il fondamento del «principio di causalità» è individuato oltre che nella teoria dell'economista inglese Pigou sull'internalizzazione dei costi sociali, in un'esigenza comune ad altri settori dell'ordinamento giuridico, secondo la quale

⁹⁹ Sul *Bestandsschutzprinzip* e sul divieto di peggioramento, D. LORENZ, *Die öffentliche Sache als Instrument des Umweltschutzes*, in *NVwZ*, 1989, p. 812 ss., p. 817 ss.

¹⁰⁰ Sulla nozione e sui limiti del divieto di peggioramento, C. CALLIESS, *Rechtsstaat und Umweltrecht*, cit., p. 185 ss.

¹⁰¹ Secondo il compito assegnato allo Stato dall'art. 20 a *GG*.

¹⁰² Sulla riconducibilità al principio di precauzione del profilo del principio dello sviluppo sostenibile relativo al risparmio delle risorse, R. SPARWASSER, R. ENGEL, A. VOBKUHLE, *Umweltrecht - Grundzüge des öffentlichen Umweltschutzrechts*, cit., p. 75.

chi causa un evento dannoso ne assume la responsabilità e sopporta i costi della riparazione, in linea con la logica del diritto di polizia e della disciplina sul risarcimento del danno¹⁰³, ma con gli opportuni adattamenti alle esigenze preventive e precauzionali proprie del diritto ambientale, che giustificano la elaborazione di un autonomo principio.

Per cogliere la portata del principio di causalità nel progetto di codice è opportuno precisare che nell'esperienza tedesca è tendenzialmente esclusa la possibilità di fondare su di esso effetti giuridici indipendentemente da una sua precisa concretizzazione attraverso scelte del legislatore, tanto da essere considerato una «formula vuota»¹⁰⁴.

Si evidenzia che il «principio di causalità» in certi casi non offre un vero e proprio criterio di diretta imputazione dei costi ambientali, ma predica soltanto una generica esigenza di responsabilità finanziaria per l'inquinamento dell'ambiente¹⁰⁵, alla quale è correlata anche una eventuale funzione di deterrente e, quindi, di stimolo alla prevenzione degli inquinamenti¹⁰⁶.

Secondo la condivisibile impostazione seguita nell'esperienza tedesca, l'idea della sua automaticità di applicazione, indotta dal riferimento alla correlazione causale fra un fatto e un evento, è fuorviante. Visti i fenomeni di interferenza e cumulo delle fonti inquinanti, il «causatore» può essere identificato soltanto dal legislatore attraverso decisioni valutative che concretizzano il principio¹⁰⁷. Rispetto ad uno stesso fenomeno, del resto, un medesimo soggetto, a seconda dei punti di vista, può essere qualificato come vittima del danno ma anche come responsabile dell'inquinamento.

Il «principio di causalità» non sostituisce le regole vigenti relative ai criteri di imputazione della responsabilità e ai principi che regolano il prelievo tributario¹⁰⁸.

Così, ad esempio, un prelievo fiscale in materia ambientale può essere ammissibile indipendentemente dall'accertamento di un preciso nesso di causalità, presupposto invece del «principio chi inquina paga».

Secondo l'interpretazione preferibile, il «principio di causalità» non può esigere neppure che il costo debba sempre essere coperto integralmente dall'inquinatore, dovendo il medesimo principio essere coordinato con altri criteri, che realizzano altri valori dell'ordinamento. Il «principio di causalità», infatti, è soltanto uno degli strumenti che orientano le opzioni di politica ambientale

¹⁰³ Fondamentale e ancora attuale sul tema è il contributo di E. REHBINDER, *Politische und rechtliche Probleme des Verursacherprinzips*, Berlin, Schmidt, 1973. Per una ricostruzione che tiene conto dei più recenti sviluppi, W. FRENZ, *Das Verursacherprinzip im Öffentlichen Recht*, Berlin, Duncker & Humblot, 1997, M. KLOEPFER, *Umweltrecht*, cit., p. 191 ss.

¹⁰⁴ Così, H.W. ADAMS, *Das Verursacherprinzip als Leerformel*, in *JZ*, 1989, p. 787 ss.

¹⁰⁵ Cfr. E. REHBINDER, *Politische und rechtliche Probleme des Verursacherprinzips*, p. 28.

¹⁰⁶ Cfr. M. KLOEPFER, *Umweltrecht*, cit., p. 189 ss.

¹⁰⁷ Sul concetto di *Verursacher*, inquinatore, già E. REHBINDER, *Politische und rechtliche Probleme des Verursacherprinzips*, p. 29 ss., più di recente, W. FRENZ, *Das Verursacherprinzip im Öffentlichen Recht*, cit., M. KLOEPFER, *Umweltrecht*, cit., p. 24 e p. 189 ss., dove si esemplifica con riferimento alla duplice veste dell'automobilista e abitante di un centro urbano come inquinatore e danneggiato dall'inquinamento.

¹⁰⁸ Cfr. M. KLOEPFER, *Umweltrecht*, cit., p. 194.

operate attraverso gli strumenti economici, ed è affiancato da altri principi che, peraltro, non richiedono un'autonoma formulazione nel codice, dato che non presentano specificità nel diritto ambientale.

Si tratta di tre principi: il *Gemeinlastprinzip*, (letteralmente «principio del carico sulla comunità»); del *Geschädigtenprinzip* o *Individuallastprinzip*, («principio del peso individuale», *casum sentit dominus*), e del *Gruppenlastprinzip*, («principio del carico sui gruppi»)¹⁰⁹.

Al «principio del carico sulla comunità» sono ricondotti gli strumenti di intervento statale che gravano sul bilancio dello Stato, (ad esempio le sovvenzioni dirette e indirette, i prestiti, gli aiuti finanziari), i cui oneri sono ripartiti attraverso il sistema fiscale.

Il «principio del carico sulla comunità» è stato di frequente contrapposto al «principio chi inquina paga», secondo uno schema di regola-eccezione fra quest'ultimo principio e il primo. Il «principio del carico sulla comunità» secondo questa impostazione deve cioè trovare applicazione come *ultima ratio*, così ad esempio quando non è identificabile l'inquinatore¹¹⁰, ed esige una specifica giustificazione.

L'impostazione che sollecita un'applicazione eccessivamente restrittiva del «principio del carico sulla comunità» non convince autorevole dottrina, che sottolinea invece l'autonomia del *Gemeinlastprinzip* per più ragioni¹¹¹.

Innanzitutto, l'opinione che configura come eccezione quest'ultimo principio svaluta la responsabilità statale per il compito di tutela dell'ambiente, fondata sull'art. 20 a *GG*, dalla quale deve scaturire l'imputazione dei relativi costi sul bilancio dello Stato, secondo i criteri di ripartizione del sistema fiscale.

In secondo luogo, essa non tiene conto né della circostanza che, particolarmente nella prospettiva della tutela precauzionale, ci sono costi ambientali che non sono imputabili ad un singolo causatore, né della circostanza che i risultati della tutela ambientale sono a vantaggio della collettività, e, dunque, anch'essa deve assumersene il costo, in una prospettiva di responsabilità collettiva per la tutela dell'ambiente, che è un bene comune¹¹².

Inoltre, tale impostazione trascura che talvolta l'imputazione dei costi per la tutela ambientale deve essere graduata nel tempo e, per ragioni economiche e sociali, essa non può essere immediatamente imputata al causatore. E' necessario, allora, un intervento dello Stato, cui è riservata la scelta politica relativa al temperamento della tutela ambientale con l'assolvimento degli altri compiti e fini statali.

Infine, la prospettiva della contrapposizione fra «principio di causalità» e «principio del carico sulla collettività» trascura la circostanza che l'omessa applicazione del primo non conduce necessariamente alla sopportazione dei costi ambientali da parte della collettività. Talvolta infatti essi sono sopportati dal danneggiato, secondo il «principio del carico individuale», (*casum sentit dominus*).

¹⁰⁹ Sul punto, M. KLOEPFER, *Umweltrecht*, cit.

¹¹⁰ Cfr., R. SPARWASSER, R. ENGEL, A. VOBKUHLE, *Umweltrecht - Grundzüge des öffentlichen Umweltschutzrechts*, cit., sul punto anche M. KOTULLA, *Umweltrecht*, cit., p. 3.

¹¹¹ L'opinione è di M. KLOEPFER, *Umweltrecht*, cit.

¹¹² Cfr. M. KLOEPFER, *Umweltschutzrecht*, cit., p. 71.

Il «principio del peso individuale» vale quando non possono trovare applicazione il «principio di causalità» e il «principio del carico sulla comunità».

Nella tassazione ambientale ha assunto un rilievo importante, come anticipato, anche il «principio del carico sui gruppi», una sorta di «principio di causalità collettivo», *kollektive Verursacherprinzip*¹¹³.

Si tratta del criterio di allocazione dei costi impiegato nel settore dei contributi straordinari ambientali, secondo il quale, a determinate condizioni, è possibile addossare gli oneri ad un gruppo, ad esempio di un settore produttivo, come potenziale inquinatore, ma indipendentemente dal concreto apporto di attività inquinante¹¹⁴.

Dal quadro delineato, si percepisce che la collocazione del «principio di causalità» nel sistema di tutela dell'ambiente tedesco non corrisponde pienamente al ruolo che ad esso, talvolta, è stato riconosciuto nel nostro ordinamento¹¹⁵.

¹¹³ Così, R. SPARWASSER, R. ENGEL, A. VOBKUHLE, *Umweltrecht - Grundzüge des öffentlichen Umweltschutzrechts*, cit., p. 78.

¹¹⁴ M. KLOEPFER, *Umweltrecht*, cit., p. 197.

¹¹⁵ In dottrina si afferma che il principio «chi inquina paga» «si colloca come vero e proprio fondamento, nonché come parametro di conformità, di tutta l'ampia varietà di strumenti che servono a soddisfare le esigenze di internalizzazione dei costi ambientali», fra i quali si menzionano anche i sussidi diretti o indiretti. Nella medesima prospettiva, si afferma che tale principio «assume una specifica rilevanza giuridica nella sua funzione di orientare, in generale, l'imputazione di tutti i costi ambientali e che l'internalizzazione dei costi ambientali possa costituire un metodo molto efficace affinché siano prodotti minori costi ambientali», M. CECCHETTI, *La disciplina giuridica della tutela ambientale come "diritto dell'ambiente"*, in www.federalismi.it, dicembre 2006, p. 77. Per un'approfondita analisi di questo principio, nella letteratura italiana, M. MELI, *Il principio comunitario «chi inquina paga»*, Milano, Giuffrè, 1996. In giurisprudenza, si registrano contrastanti indirizzi giurisprudenziali sull'applicazione del principio in questione, ancor prima della sua formulazione nel d.lgs. 152/2006, come modificato dal d.lgs. 4/2008. Così, ad esempio, il principio «chi inquina paga» è stato talvolta ritenuto direttamente applicabile, cfr. T.a.r. Sicilia, sez. Catania, sent. 20 luglio 2007, in www.giustizia-amministrativa.it; in senso contrario tuttavia CdS, sez. VI, dec. 12 dicembre 2004, n. 709, in www.giustizia-amministrativa.it. In applicazione del medesimo principio è stata ritenuta «illegittimo porre a carico dell'erario le spese per lo smaltimento dei rifiuti abbandonati e i costi di ripristino dello stato dei luoghi», così G.i.p. T. Bologna, 1 aprile 2003, in *Riv. giur. amb.* 2003, p. 823 con nota di FANTICINI. Ancora, è significativa la contrapposizione fra gli indirizzi giurisprudenziali relativi alla responsabilità per bonifica dei siti inquinati ai sensi dell'art. 242 d.lgs. 152/2006, fondati su contrapposte letture del «principio chi inquina paga». Sul tema si veda il contributo di F. GIAMPIETRO, A. QUARANTA, *Gli orientamenti del giudice amministrativo sulla bonifica nel passaggio trail vecchio ed il nuovo regime*, in www.giuristiambientali.it. In particolare, secondo un primo orientamento, la *ratio* del principio consisterebbe nell'imputazione del danno «a chi si trovi nelle condizioni di controllare i rischi, cioè imputa il costo del danno al soggetto che ha la possibilità della *cost-benefit-analysis*, per cui lo stesso deve sopportarne la responsabilità per essersi trovato, prima del suo verificarsi, nella situazione più adeguata ad evitarlo in modo più conveniente», (così, T.A.R. Liguria, Sez. I, Sent. N. 621 del 12 aprile 2007). Sulla base di questa lettura improntata esclusivamente al criterio economico dell'internalizzazione dei costi, si perviene alla conclusione che l'art. 242 stabilisca «una responsabilità di natura oggettiva conseguente all'assunzione di un rischio d'impresa connesso all'esercizio di un'attività potenzialmente dannosa per l'ambiente». Secondo una diversa interpretazione, (T.A.R. Sicilia-Catania, Sez. I, Sent. n. 1254 del 20 luglio 2007), la responsabilità per l'inquinamento nel vigore del d.lgs. 152/2006 è regolata dal «principio della responsabilità soggettiva "colpevole"», in applicazione della regola di matrice comunitaria «principio chi inquina paga» e «con esclusione quindi di qualsiasi tipo di responsabilità oggettiva». Da ultimo, si ricorda la questione

L'impostazione tedesca è particolarmente apprezzabile per l'attenzione a non confondere la finalità che trova espressione nel principio «chi inquina paga» con le regole giuridiche adeguate a realizzarla. Essa consente, inoltre, una opportuna armonizzazione di questa finalità con gli altri principi generali dell'ordinamento che regolano il contemperamento degli interessi coinvolti a vario titolo nella tutela dell'ambiente.

7.3. Il principio di cooperazione, (*Kooperationsprinzip*).

Chiude il catalogo dei principi generali del diritto ambientale il n. 4 del § 1, secondo comma, che enuncia il principio di cooperazione: «Per la tutela dell'ambiente, lo Stato e la società cooperano».

Sul piano generale esso sancisce la corresponsabilità dello Stato e della società nella protezione dell'ambiente, e sottende l'idea che non sia né possibile né opportuno che per conseguire quest'obiettivo lo Stato proceda soltanto unilateralmente, eventualmente contrapponendosi alle forze economiche e alle istanze sociali¹¹⁶. In certi casi, infatti, lo Stato necessita della collaborazione dei privati detentori di un sapere specialistico che l'amministrazione non possiede; in altri casi, la cooperazione dei privati è indispensabile per conseguire gli obiettivi di tutela ambientale rispetto a inquinamenti che derivano dalla somma di una miriade di comportamenti individuali.

Nell'esperienza tedesca già nel Rapporto governativo del 1976 compare la scansione del principio di cooperazione in due diverse dimensioni¹¹⁷: la ripartizione dei compiti di tutela ambientale fra la società e lo Stato, e la conformazione cooperativa delle attività statali volte alla protezione dell'ambiente.

Nell'esperienza concreta, quest'ultima dimensione del principio di cooperazione ha assunto una notevole rilevanza nell'ambito del procedimento amministrativo e nell'attività diretta alla produzione di norme¹¹⁸, sia attraverso la partecipazione nella fase preparatoria del procedimento di produzione del diritto, sia, come sancito dal Tribunale costituzionale federale, nella integrazione del contenuto delle norme, (*normausfüllende Kooperation*)¹¹⁹.

interpretativa di recente rimessa alla Corte di Giustizia comunitaria dal T.a.r. Campania NAPOLI - SEZIONE I - Ordinanza 26 maggio 2008 n. 487, relativa al controverso rapporto fra il principio in questione e gli altri criteri di imputazione dei costi per l'adempimento dei compiti pubblici, in questa *Rivista*, con note di F. ANGELINI, *Chi più inquina più paga?*, e A. BARLETTA, *Sul rinvio pregiudiziale del TAR Campania in materia di rifiuti* cit.

¹¹⁶ P.C. STORM, *Umweltrecht in Deutschland Entwicklungsstand und Entwicklungstendenzen*, cit., H.J. MÜGGENBORG, *Formen des Kooperationsprinzips im Umweltrecht der Bundesrepublik Deutschland*, in *NVwZ*, 1990, p. 910 ss.; U. DI FABIO, *Das Kooperationsprinzip – ein allgemeiner Rechtsgrundsatz des Umweltrechts*, cit.; M. KLOEPFER, *Umweltrecht*, cit. p. 198 ss.

¹¹⁷ Sul punto M. KLOEPFER, *Umweltrecht*, cit., p. 199 per la riproduzione del passo del Rapporto governativo.

¹¹⁸ Per questo aspetto, R. BREUER, *Direkte und indirekte Rezeption technischer Regeln durch die Rechtsordnung*, in *AöR* 101 (1976), p. 46 ss.

¹¹⁹ Fra le decisioni del Tribunale costituzionale federale tedesco sul principio di cooperazione sono da ricordare, *BVerfGE* 98, 83 e 98, 106; su tali decisioni, M. KLOEPFER, *Umweltrecht*, cit., p. 201 e U. DI FABIO, *Das Kooperationsprinzip – ein allgemeiner Rechtsgrundsatz des Umweltrechts*, cit. In particolare, il Tribunale costituzionale ha dichiarato

Nel libro primo del codice, fra le più significative espressioni del principio di cooperazione, si ricordano la disciplina dell'incaricato ambientale nelle imprese, contenuta nella sezione III, e la disciplina della partecipazione delle cerchie degli interessati al procedimento di produzione delle norme, contenuta nella sezione VI.

Si tratta di una disciplina che tiene conto di alcune fondamentali esigenze evidenziate nel dibattito dottrinale e sancite dalla giurisprudenza costituzionale.

In particolare, come vedremo nell'analisi delle sezioni sopra indicate, il ricorso a istituti cooperativi non deve mettere in secondo piano la autorità e la responsabilità dello Stato nell'assolvimento del compito di tutela dell'ambiente.

Lo Stato, investito dalla Costituzione del compito di tutela dei fondamenti naturali della vita, rimane perciò garante anche rispetto all'assolvimento delle funzioni di tutela dell'ambiente affidate ai privati, con conseguente necessità di adeguati controlli sul loro esercizio.

Inoltre, il ricorso all'apporto collaborativo deve essere visibile e rimanere distinto dalla decisione imputabile alla responsabilità statale.

Infine, la conformazione degli istituti cooperativi deve prestare particolare attenzione al rispetto delle libertà fondamentali e al principio della libera concorrenza, senza trasformarsi in occasione di indebite pressioni di gruppi interessati.

8. La tutela ambientale integrata, lo «sviluppo sostenibile», e la loro influenza sulla configurazione giuridica dei rapporti fra Stato e imprese. Il «management sostenibile».

Il § 1, secondo comma, ultimo periodo, stabilisce che i provvedimenti per la tutela dell'uomo e dell'ambiente, orientati secondo i principi generali formulati nella medesima disposizione, devono garantire un alto livello di protezione. Quest'ultimo deve essere valutato secondo il criterio della tutela ambientale integrata, quindi, tenuto conto non soltanto dello stato dei singoli beni ambientali, ma anche dei possibili spostamenti di effetti ambientali dannosi, sia fra i diversi beni ambientali, che fra questi ultimi e l'uomo.

l'incostituzionalità per incompetenza, dell'introduzione della *Verpackungssteuer* e della disciplina di alcuni *Länder* che imponevano (unilateralmente) un prelievo fiscale in materia rifiuti perché in contrasto con il principio di cooperazione stabilito nelle leggi federali sulla tutela dalle immissioni e sui rifiuti, (*KrW-AbfG e BimSchG*). Senza scendere nel dettaglio dei profili di competenza, ci si può limitare a ricordare alcuni principi affermati dalla Corte, che costituiscono punti di riferimento nell'interpretazione del principio di cooperazione. In particolare, secondo il giudice costituzionale da quella specifica conformazione legislativa del principio di cooperazione stabilita dal legislatore scaturisce l'obbligo (e la correlativa pretesa) di conformare con l'apporto collaborativo le relative norme, fintantoché non è accertato dai soggetti competenti il fallimento di tale possibilità, divenendo in tal caso, cioè in via sussidiaria, ammissibile la conformazione unilaterale. Il Tribunale costituzionale nell'interpretazione relativa al principio di cooperazione previsto dalla legge sulle immissioni ha evidenziato alcuni aspetti della concretizzazione del principio di cooperazione che conviene ricordare per la loro portata generale. Innanzitutto, quando lo Stato pretende dai cittadini un rapporto di cooperazione, le sue pretese incontrano dei limiti nel principio di proporzionalità, non potendosi pretendere dai titolari dei diritti fondamentali ciò che tecnicamente o economicamente è inesigibile. In secondo luogo, la cooperazione implica responsabilità, e sottende con ciò libertà di scelta sui mezzi finalizzati al conseguimento dell'obiettivo.

Attraverso l'esame degli strumenti funzionali alla protezione integrata dell'ambiente, e, soprattutto, della disciplina della *Integrierte Vorhabengenehmigung*, «autorizzazione integrata di progetto», si cercherà di dare un'idea di come questo modello di tutela sia stato tradotto in uno specifico sistema regolativo nel codice.

Nell'esame delle disposizioni generali del libro primo, è sufficiente ricordare che la tutela integrata rappresenta l'idea centrale nella costruzione del codice ambientale per due ragioni.

In primo luogo, insieme ai principi generali per la tutela ambientale, e come loro svolgimento, essa fonda il collegamento delle diverse discipline particolari per i singoli beni ambientali, e giustifica la disciplina comune di una serie di istituti trasversali preordinati ad una tutela elevata perché il più possibile completa e tempestiva.

In secondo luogo, la tutela integrata sollecita quelle profonde innovazioni nella complessiva configurazione della disciplina giuridica dei rapporti fra Stato e impresa, che rappresentano la fondamentale sfida della codificazione del diritto ambientale. La tradizionale prospettiva di tutela settoriale, caratteristica del sistema tedesco, (come del nostro e di altri paesi europei), infatti, trovava un preciso fondamento sistematico nel diritto costituzionale e nella dogmatica del diritto amministrativo, orientata al rispetto della libertà di impresa attraverso la garanzia del carattere puntuale degli interventi di limitazione e controllo, sorretti da specifiche giustificazioni¹²⁰. Per la molteplicità e la globalità delle valutazioni cui la tutela integrata aspira, la loro realizzazione soltanto attraverso gli strumenti tradizionali, soffocherebbe, invece, la libertà di impresa¹²¹. Si profila perciò l'esigenza di sviluppare accanto ai classici strumenti del diritto autoritativo, altri strumenti regolativi, per creare un nuovo assetto capace di conciliare le esigenze della tutela integrata, fondate sul compito costituzionale di protezione dei fondamenti naturali della vita, (20a GG), con la tutela costituzionale delle libertà economiche.

E' in questo contesto che il § 1, terzo comma, enuncia il principio dello sviluppo sostenibile, letteralmente nell'espressione tedesca «sviluppo duraturo», *nachhaltig Entwicklung*, come obiettivo del codice ambientale, che si affianca, pur senza la qualifica di principio generale, agli altri principi del diritto ambientale, (il principio di difesa dai pericoli, di precauzione, di «causalità», e di cooperazione), e al principio del «management sostenibile», *nachhaltig Unternehmensführung*, anch'esso privo della qualità di principio generale, (prima denominato, nella versione del progetto del 27 novembre 2007, *umweltgerecht Unternehmensführung*, cioè *management* equo per l'ambiente¹²²).

In particolare secondo il terzo comma del § 1:

«Per promuovere lo sviluppo sostenibile:

¹²⁰ Sul punto, U. DI FABIO, *Integratives Umweltrecht Bestand, Ziele, Möglichkeiten*, cit., in particolare p. 331 ss., anche per un raffronto fra ipotetici modelli di attuazione del principio di integrazione e inclinazioni «mercantilistiche» degli obiettivi di tutela globale.

¹²¹ Ancora U. DI FABIO, *Integratives Umweltrecht Bestand, Ziele, Möglichkeiten*, cit.

¹²² Cfr. la versione del *Referentenentwurf* del 19 novembre 2007, reperibile sul sito del Ministero federale dell'ambiente, al § 2, secondo comma.

1. i beni ambientali che non si rigenerano sono risparmiati o impiegati con parsimonia

2. i beni ambientali rinnovabili sono utilizzati in modo che essi restino disponibili durevolmente

3. sia garantita la funzionalità e la capacità di prestazione dei fondamenti naturali della vita

A questo obiettivo contribuiscono le imprese private e pubbliche, gli uffici e le altre istituzioni, anche attraverso provvedimenti di *management* dell'impresa orientati allo sviluppo sostenibile».

Il principio dello sviluppo sostenibile è di per sé estremamente generico.

Della formulazione proposta nel codice tedesco, orientata alla tutela dell'ambiente come valore di per sé meritevole di protezione, ma anche come risorsa per l'uomo, si apprezza la puntuale scansione di specifici canoni di concretizzazione del principio medesimo, che ne guidano l'applicazione e differenziano i vincoli da esso discendenti in funzione del carattere rinnovabile, o meno, delle risorse ambientali.

Rispetto alle risorse non rinnovabili il codice sancisce la necessità di un loro rigoroso rispetto, che può esigere la rinuncia al loro impiego, ovvero consentirne un impiego parsimonioso. Questo precetto trova le sue radici in quell'accezione del principio di precauzione che dà luogo, secondo un'accreditata opinione, ad un autonomo principio, *Bestandsschutzprinzip*, cioè principio di tutela dello *status quo*, da cui scaturisce un generale divieto di peggioramento, ricompreso in questo progetto di codice nel più ampio principio dello sviluppo sostenibile¹²³.

Rispetto alle risorse rinnovabili, il § 1, terzo comma, n. 2, interpreta la responsabilità assunta dalle generazioni attuali nei confronti di quelle future, sulla base dell'espressa previsione dell'art. 20a *Grundgesetz*, nel senso che l'impiego delle risorse rinnovabili è consentito nei limiti in cui esse sono capaci di rinnovarsi.

Il n. 3 della medesima disposizione, attraverso il riferimento alla garanzia dei fondamenti naturali della vita nella loro capacità di prestazione e funzionalità, profila da una parte, l'esigenza di ripristinare, se occorre, tali condizioni; dall'altra, la necessità di conservare delle «riserve di inquinamento ambientale» per le attività delle generazioni future, (*Belastungsreserven für künftige Nutzungen*)¹²⁴, con evidente riferimento al nucleo del principio precauzionale sopra ricordato, il c.d. *Ressourcenvorsorge*.

Infine, come sopra anticipato, il § 1, terzo comma, ultimo periodo, enuncia il nuovo principio del *management* sostenibile.

La sua espressa formulazione intende riconoscere e valorizzare le profonde innovazioni sollecitate dal nuovo modello di tutela nella configurazione dei rapporti fra Stato e impresa. Tenuto conto del nuovo quadro, e dei molteplici vincoli e controlli che esso impone all'iniziativa economica a vantaggio delle molteplici esigenze di tutela ambientale, in linea con un'evoluzione gradualmente

¹²³ Sul *Bestandsschutzprinzip*, D. LORENZ, *Die öffentliche Sache als Instrument des Umweltschutzes*, in *NVwZ*, 1989, p. 812 ss.

¹²⁴ Così nella motivazione al progetto di codice, p. 137.

affermatasi nell'ordinamento tedesco, per conciliare le esigenze della tutela integrata fondate sul compito costituzionale di protezione dei fondamenti naturali della vita, con la tutela costituzionale delle libertà economiche, il codice riconosce la necessità e l'opportunità, accanto agli istituti tradizionali del diritto regolativo, (*Ordnungsrecht*), di strumenti volontari di tutela ambientale, e di adeguati strumenti partecipativi, nel quadro della disciplina giuridica stabilita dallo Stato e dei sempre insostituibili controlli¹²⁵.

La autonoma formulazione del principio del «*management* sostenibile» con il suo esplicito richiamo alla collaborazione degli attori economici pubblici e privati precostituisce, dunque, il generale fondamento della disciplina contenuta nella sezione terza del capitolo primo, del *UGB I*, dedicata alla tutela dell'ambiente nelle aziende, e alle agevolazioni per le imprese certificate.

9. La tutela del clima e il precetto dell'approvvigionamento energetico sostenibile.

Un altro compito fondamentale del diritto ambientale è oggi la protezione del clima. Il § 1, quarto comma, prevede che «Per contribuire a evitare una pericolosa interferenza antropica sul sistema climatico deve essere ridotta l'emissione di gas serra, specialmente attraverso misure economicamente convenienti, e, al tempo stesso, deve essere reso possibile un approvvigionamento energetico sostenibile attraverso un efficiente impiego di energia e attraverso l'uso delle energie rinnovabili»¹²⁶.

Tradizionalmente incorporata dall'ordinamento tedesco nell'ambito della protezione dalle immissioni, la tutela del clima riceve, così, nel progetto di codice un'autonoma considerazione come specifico settore del diritto ambientale¹²⁷, caratterizzato da una più ampia possibilità di impiego degli strumenti indiretti di tutela ambientale, (di qui il riferimento alle misure economicamente efficienti), rispetto ad altri ambiti normativi dove prevale la necessità di una diretta conformazione legislativa e amministrativa dei comportamenti rilevanti per l'ambiente, secondo il modello del diritto regolativo, (*Ordnungsrecht*).

Le interferenze umane rispetto al sistema climatico, infatti, si caratterizzano per una estrema diffusività delle fonti di inquinamento, che assumono rilevanza come tali nella loro convergenza spaziale e temporale, e non, invece, di per sé considerate. Di qui la necessità di molteplici strategie dirette a sollecitare comportamenti desiderati ma non imposti, ovvero a sfavorire comportamenti indesiderati ma non vietati, e, in particolare un decisivo impiego degli strumenti economici, in linea con l'evoluzione del diritto comunitario.

¹²⁵ Sul punto M. KLOEPFER, *Sinn und Gestalt des kommenden Umweltgesetzbuchs*, cit., p. 166.

¹²⁶ Nella motivazione che accompagna il progetto si precisa che il termine pericoloso, *gefährlich*, è impiegato dal § 1, quarto comma, in senso diverso da quello normalmente comune nel diritto ambientale e nel diritto di polizia, secondo il quale con il termine *Gefahr* si esprime una situazione di effettivo pericolo, intendendosi esprimere, qui, invece, il concetto di pericolo solo potenziale, cfr. p. 138.

¹²⁷ Sulla ricostruzione del diritto per la protezione del clima come specifico settore del diritto ambientale, F. GÄRDITZ, *Schwerpunktbereich – Einführung in das Klimaschutzrecht*, in *JuS*, 2008, p. 324 ss.

E' opportuno evidenziare che il § 1, quarto comma, *UGBI* sancisce come specifici precetti giuridici il canone di minimizzazione delle emissioni di gas serra mediante misure economicamente efficienti, e il principio dell'approvvigionamento energetico sostenibile per l'ambiente attraverso un impiego efficiente delle energie e l'uso di energie rinnovabili. Tale disposizione, infatti, è formulata come *Soll-Vorschrift*. Nel diritto tedesco le *Soll-Vorschriften* sono prescrizioni che pongono un obbligo espresso dal verbo *sollen* (come nel caso della disposizione in commento), o attraverso espressioni equivalenti, ad esempio, «*in der Regel*», (di regola). Con esse si intende indicare che non residua un ambito di scelta discrezionale nell'applicazione della disposizione, salvo però che ricorrano circostanze atipiche che, invece, consentono una deviazione dalla regola e riaccendono allora la discrezionalità.

Le *Soll-Vorschriften* esprimono, dunque, una discrezionalità «debole»¹²⁸, nel senso che essa sussiste solo in certe particolari circostanze. Perciò, le *Soll-Vorschriften* si collocano idealmente fra le *Kann-Vorschriften*, espressione del potere discrezionale, e le *Muß-Vorschriften*, espressione del potere amministrativo vincolato.

Ciò premesso, i precetti stabiliti dal § 1, quarto comma, sono l'espressione di importanti interessi che devono essere presi in considerazione non soltanto nell'interpretazione della disciplina del codice, ma anche nell'esercizio della discrezionalità amministrativa, nelle procedure di pianificazione e nelle decisioni amministrative¹²⁹

Le regole che attuano questi specifici canoni dello sviluppo sostenibile si trovano soprattutto nel libro V, dedicato al commercio di emissioni, (e si trovavano nella versione del progetto di codice del novembre 2007 nel libro VI, dedicato alla disciplina delle energie rinnovabili; come anticipato, però, quest'ultimo è stato scorporato dal disegno di legge relativo ai primi cinque libri del codice, e se ne programma l'approvazione in un separato procedimento legislativo, che in caso di approvazione della disciplina, lo unirà agli altri libri del medesimo codice).

10. Il ruolo delle definizioni legislative nella codificazione del sistema di tutela ambientale integrata.

Il § 4 contiene le definizioni legali valide per tutti i libri del codice, che assolvono, pertanto, una funzione fondamentale per la riunificazione del diritto ambientale attraverso una profonda armonizzazione concettuale, nonché per il conseguimento dell'obiettivo di semplificazione normativa.

Nella concretizzazione dei concetti giuridici indeterminati, ciascuna definizione risponde compiutamente alla concezione della tutela integrata, e orienta, quindi, nella medesima direzione l'interpretazione della disciplina codicistica.

¹²⁸ Per il concetto di discrezionalità debole, nonché per le nozioni istituzionali sul tema, S. DETTERBECK, *Allgemeines Verwaltungsrecht - mit Verwaltungsprozessrecht*, München, Beck, 2007, V ed., p. 109-111.

¹²⁹ Così espressamente la motivazione del *Referentenentwurf*, cit., p. 139.

Nei prossimi paragrafi si esaminano alcuni dei concetti chiave nel progetto di codice: la definizione giuridica del concetto di «ambiente»; la nozione di «modifica ambientale», la definizione del concetto di «modificazione ambientale dannosa», il concetto di «stato della tecnica».

10.1. La definizione del concetto giuridico di «ambiente».

Secondo il § 4 n. 1 si intende per «ambiente» ai sensi del codice «gli animali, le piante, la biodiversità, il suolo, l'acqua, l'aria, il clima, e il paesaggio, così come i beni culturali e gli altri beni ambientali, inclusi gli effetti reciproci fra questi beni ambientali».

Si tratta di una nozione ampia, ma tassativa¹³⁰, riferita oltre che all'ambiente naturale, a quello artificiale, che, specialmente attraverso il riferimento all'interazione fra i beni ambientali, (già presente nella legislazione tedesca degli anni Ottanta)¹³¹, esprime al massimo livello di astrazione i termini di riferimento del progetto normativo di tutela ambientale integrata, realizzato nelle successive disposizioni.

Questa definizione, correlata allo scopo del codice - dove l'ambiente è rilevante per il diritto ambientale non sotto ogni aspetto¹³², ma specificamente rispetto alle fonti di pericolo suscettibili di comprometterne i fondamenti naturali della vita, nonché la sua funzionalità e la sua capacità di prestazione - assolve con chiarezza alla funzione di profilare fra i diversi compiti pubblici quelli diretti alla tutela ambientale, che, pertanto, sono sottoposti al peculiare regime giuridico stabilito dal codice.

Essa risponde alla tradizione del diritto tedesco. Superato ben presto il dubbio e dominate le difficoltà attenta allo scopo pratico perseguito con la definizione del concetto di ambiente, e a non confondere questa prospettiva con più ampi obiettivi di indagine e conoscenza, questioni queste ultime che nel dibattito italiano sono all'origine della diffusa convinzione, invece, della difficoltà o impossibilità di individuarne una utile definizione giuridica, sebbene poi sia nettamente percepibile un accordo¹³³.

La definizione di ambiente trova ulteriori specificazioni nei successivi libri del codice, che concretizzano ulteriormente il concetto, secondo la classico tecnica «a cascata» utilizzata dal codice, come già si è visto nell'esame della disciplina dello scopo nel libro primo e nei libri successivi.

Un elenco estremamente dettagliato è contenuto ad esempio nel § 7, *UGB III*, che definisce, fra l'altro, il concetto di biodiversità, di equilibrio naturale, il concetto di valore ricreativo della natura, quello di animali, di piante, quello di

¹³⁰ Sul punto cfr. la motivazione del progetto di codice, *Referentenentwurf*, cit., p. 140.

¹³¹ Sul punto M. KLOEPFER, *Umweltrecht*, cit., p. 17 ss., in particolare nota 66, dove ricorda la prima definizione legislativa di ambiente nel diritto tedesco, risalente alla legge sui prodotti chimici, *Chemikaliengesetz*, che nella versione del dicembre 1981 comprendeva nel concetto giuridico di ambiente: l'acqua, l'aria, il suolo e l'interazione da una parte, fra questi fattori, dall'altra, interazione fra di essi e tutte le altre forme di vita.

¹³² Cfr., ad esempio H. VON LERSNER, voce *Umwelt*, in *Handwörterbuch des Umweltrechts*, cit., p. 550 ss., p. 553 osserva che la tutela ambientale è correlata ai fondamenti naturali della vita, ciò che esclude la tutela in questo settore degli agenti patogeni.

¹³³ Fondamentale il contributo di M. KLOEPFER, *Systematisierung des Umweltrechts, Berichte des Umweltbundesamtes*, 8/78, cit.

biodiversità, i concetti correlati alle specie naturali e alle loro diverse forme di protezione.

10.2. Il concetto di «modificazione ambientale» e di «modificazioni ambientali dannose».

Il § 4 n. 6 definisce «modificazioni ambientali dannose», quelle «modificazioni ambientali che per tipo, entità o durata, sono idonee a provocare pericoli, consistenti pregiudizi, o significative molestie alla generalità o al vicinato. La determinazione della dannosità è definita dalle disposizioni del codice ambientale, dalle disposizioni emanate sulla base del codice ambientale, così come dalle altre disposizioni di diritto ambientale, nella misura in cui esse concretizzano il concetto di dannosità secondo la prima proposizione»(di questa disposizione).

Si tratta di un concetto chiave perché, come vedremo, il § 52, primo comma, n. 1 e n. 2, *UGB I*, subordina il rilascio della autorizzazione integrata di progetto, *integrierte Vorhabengenehmigung*, al rispetto dei doveri fondamentali di protezione e di precauzione, entrambi specificamente correlati all'obiettivo di evitare modificazioni ambientali dannose.

Di questa definizione è opportuno evidenziare il riferimento alla «durata» come fattore della idoneità lesiva. Si tratta di un elemento caratteristico delle esigenze di protezione dell'ambiente, collegato anche alla dimensione della tutela precauzionale relativa al risparmio delle risorse, (c.d. *Ressourcenvorsorge*), cioè a quelle situazioni nelle quali si ha la certezza tendenziale delle leggi scientifiche in merito alla correlazione causale fra fatto ed evento dannoso, ma per il verificarsi di quest'ultimo è necessaria la reiterazione nel tempo di condotte analoghe, elemento, quest'ultimo, che di fatto non può essere previsto con certezza.

Il concetto di «modificazioni ambientali dannose» consta di due elementi: la modificazione ambientale e la sua dannosità¹³⁴.

«Modificazioni ambientali», secondo la definizione contenuta nel § 4, primo comma, n. 2 del libro primo del codice, sono quelle modificazioni delle acque, dell'aria, del suolo, che si propagano sull'uomo o sull'ambiente, così come i rumori, le vibrazioni, le luci, il calore, le radiazioni e simili effetti sull'uomo o sull'ambiente.

I successivi numeri del medesimo paragrafo definiscono ciascuna delle modifiche ai singoli beni ambientali. Così sono modificazioni dell'aria le modificazioni della sua composizione naturale, specialmente attraverso il fumo, la fuliggine, la polvere, i gas, inclusi i gas climalteranti, l'aerosol, i vapori, gli odori. Sono modificazioni delle acque le modificazioni della qualità delle acque nel senso precisato dal § 3 n. 5 del *UGB II*. Tale disposizione commisura la qualità delle acque alla loro composizione, quantità e idromorfologia, secondo le proprietà delle acque e delle parti di acque. Sono modificazioni del suolo le modificazioni della sue funzionalità.

Il concetto di «dannosità» della modifica ambientale è espressamente correlato dal § 4 n. 6 *UGB I*, alle concretizzazioni dei criteri astrattamente formulati nella medesima disposizione, che sono contenute nelle successive

¹³⁴ Cfr. la motivazione del *Referentenentwurf*, cit., p. 141 ss.

disposizioni del codice ambientale, nelle disposizioni emanate sulla base del codice, ovvero in altre disposizioni di diritto ambientale nella misura in cui queste ultime costituiscano una specifica concretizzazione del concetto di dannosità profilato in astratto dal codice.

10.3. La corrispondenza degli *standard* tecnici al disegno di tutela ambientale integrata: la definizione del concetto di «stato della tecnica» e i criteri legislativi per la sua concretizzazione.

La definizione di «stato della tecnica» e l'espressa formulazione dei criteri legislativi per la sua concretizzazione sono fondamentali per conseguire gli obiettivi della codificazione. Questa disciplina, infatti, non solo realizza una notevole economia di norme, essendo applicabile a tutti i libri del codice, ma circoscrive la discrezionalità degli organi chiamati a concretizzare uno dei più importanti concetti giuridici indeterminati del diritto ambientale, in modo da assicurare la necessaria coerenza fra il disegno di tutela integrata astrattamente prefigurato dal codice e dai suoi principi, e la elaborazione di quegli *standard* tecnici che sono decisivi per la concreta realizzazione del sistema di tutela dell'ambiente ispirato al modello regolativo comunitario della tutela integrata.

Secondo il § 4, n. 11, corrispondono allo stato della tecnica i più avanzati procedimenti, impianti e metodi aziendali che appaiono assicurare effettivamente l'idoneità delle misure per contenere le emissioni nell'aria, nelle acque, sul suolo, e per garantire uno smaltimento dei rifiuti eco-compatibile, ovvero che siano idonei ad evitare o minimizzare effetti ambientali, al fine di garantire nel suo complesso un alto livello di tutela all'ambiente unitariamente inteso. La medesima disposizione rinvia per l'ulteriore concretizzazione del concetto di stato della tecnica, all'allegato 1, *UGB I*, il quale, tenuto conto del modello comunitario, stabilisce che:

«Nella determinazione dello stato della tecnica, tenuto conto della proporzionalità fra costi e benefici delle possibili misure, così come dei principi di precauzione e di prevenzione, sono da prendere in considerazione, di volta in volta, con riferimento ai vari tipi di impianto, i seguenti criteri:

1. l'impiego di tecnologie a bassa produzione di rifiuti;
2. l'impiego di sostanze meno pericolose;
3. l'incentivazione del recupero e del reimpiego delle sostanze prodotte e impiegate nei singoli processi e, se del caso, dei rifiuti;
4. i processi comparabili, i dispositivi e i metodi aziendali;
5. gli avanzamenti nelle conoscenze scientifiche e tecnologiche;
6. la tipologia, gli effetti e la quantità delle emissioni rilasciate;
7. il momento di messa in funzione dei nuovi impianti ovvero degli impianti esistenti;
8. il tempo necessario per l'introduzione delle migliori tecnologie;
9. il consumo di materie prime, e il tipo di materie prime impiegate nei singoli procedimenti (compresa l'acqua), così come l'efficienza energetica;
10. la necessità, nella misura in cui è possibile, di evitare ovvero di ridurre l'efficacia complessiva delle emissioni e i pericoli per l'uomo e per l'ambiente;
11. la necessità di prevenire gli incidenti e di diminuire le loro conseguenze per l'uomo e per l'ambiente;

12. sono rese note le informazioni rilasciate dalla Commissione delle Comunità europee in conformità dell'art. 17, secondo comma, della direttiva 2008/1/CE del Parlamento Europeo e del Consiglio del 15 gennaio 2008 sulla prevenzione e riduzione integrata dell'inquinamento ambientale (G.U. L 24, 8), nella versione di volta in volta vigente, ovvero le informazioni rilasciate dalle organizzazioni internazionali».

11. Osservazione intermedia: la cultura del diritto ambientale e l' «arte di fare buone leggi».

Dopo l'esame delle disposizioni contenute nella prima sezione del primo capitolo *UGB I*, è già possibile intuire la solidità della progettata opera di codificazione, frutto, innanzitutto, di una risalente cultura giuridica del diritto ambientale, di mirabile spessore.

Presupposto, quest'ultimo, decisivo per un sapiente impiego dell'«arte di fare buone leggi»¹³⁵ e delle più moderne tecniche della legistica che, in mancanza di quel sapere sostanziale che è per loro vera e propria «materia prima», sono destinate, per così dire, a «girare a vuoto».

Proprio il trentennale lavoro di preparazione che lo ha preceduto, ha consentito a questo progetto di codice di mantenersi espressione delle tradizioni giuridiche tedesche anche in una materia, come il diritto ambientale, dominata dal diritto comunitario, e sebbene l'obiettivo di un adeguamento del diritto tedesco al diritto europeo domini la disciplina codicistica che, al tempo stesso, mira a recuperare il ruolo guida della Germania nella fase ascendente del diritto comunitario.

Un altro dato che emerge dall'analisi di questa disciplina è la responsabilità mostrata dagli autori della codificazione nella scelta di non utilizzare i principi e i concetti giuridici indeterminati, caratteristici della legislazione di questo settore, come mezzi per eludere o rinviare le scelte che competono al legislatore nella definizione delle politiche ambientali, non cedendo, pertanto, ad un uso «oscurantista» di quelle formule giuridiche che a livello diplomatico sono capaci di raccogliere un vasto consenso, si pensi al principio dello sviluppo sostenibile, ma che rischiano poi di risultare in concreto evanescenti, (proprio la puntuale indicazione dei precetti che scaturiscono dal principio dello sviluppo sostenibile, e che diventano, in quanto tali, parametro dell'azione amministrativa e parametro di giudizio per i giudici, esemplifica compiutamente, come si è visto, questo aspetto)¹³⁶.

Un primo importante risvolto di quest'impostazione è la correzione dell'eccessivo spostamento a vantaggio dell'Esecutivo delle fondamentali decisioni di politica ambientale, talora avvenuto ben oltre le esigenze correlate ai suoi contenuti tecnici, (tanto che per il diritto ambientale si è parlato in Germania – ma il discorso vale per altre esperienze giuridiche – di una

¹³⁵ Così il titolo del già ricordato saggio di J. W. HEDEMANN, *Über die Kunst, Gute Gesetze zu machen*, in *Festschrift Otto Gierke zum 70. Geburtstag*, cit.

¹³⁶ Sull'inclinazione nell'esperienza italiana a impiegare «formule volutamente ambigue», S. DE FELICE, *La semplificazione del diritto: la codificazione recente in Italia*, cit., p. 3.

Wesentlichkeitstheorie invertita¹³⁷, poiché la scelta di tutto ciò che è decisivo nella tutela dell'ambiente ha una naturale inclinazione ad essere attratta dall'Esecutivo e sottratta al Parlamento).

Il recupero al Parlamento delle scelte fondamentali, senza cadere nell'eccesso opposto di una anacronistica interpretazione del concetto di riserva di legge, intende così contribuire anche alla stabilizzazione del sistema giuridico di tutela dell'ambiente¹³⁸.

Esaurito l'esame delle disposizioni comuni a tutti i libri del codice ambientale contenute nella prima sezione del capitolo primo, si procederà ad una sintetica illustrazione delle altre disposizioni generali contenute nelle successive sezioni del capitolo primo, che delle prime costituiscono una concretizzazione, al fine di completare il contesto che fa da sfondo al nucleo essenziale del primo libro del codice, cioè «il diritto ambientale correlato ai progetti»¹³⁹, e, quindi, alla nuova tipologia autorizzatoria denominata *Integrierte Vorhabengenehmigung*, (autorizzazione integrata di progetto, disciplinata nel secondo capitolo *UGB I*).

12. La valutazione ambientale strategica: cenni.

La seconda sezione del libro primo del codice, (§§ 5-18), recepisce con poche modificazioni la disciplina già vigente per la valutazione ambientale strategica, (v.a.s.), inserita per l'attuazione della corrispondente direttiva 2001/42/CE, nella *Gesetz über die Umweltverträglichkeitsprüfung (UVPG)*, cioè la legge sulla valutazione di impatto ambientale, (v.i.a.)¹⁴⁰.

Si tratta di una disciplina che ricalca la direttiva comunitaria.

Secondo il § 5: «1.La valutazione ambientale strategica è parte non autonoma del procedimento per la formazione o la modificazione di determinati piani e programmi e include la partecipazione del pubblico. La v.a.s. comprende la tempestiva ed esauriente individuazione, descrizione e valutazione degli effetti ambientali. 2.Essa può essere unificata ad altri controlli relativi all'individuazione o alla valutazione di effetti ambientali».

Il § 6 determina il campo di applicazione delle disposizioni dettate dal libro primo del codice, che hanno carattere sussidiario rispetto all'eventuale disciplina dettata dalla legislazione federale o da quella dei *Länder*.

Le disposizioni del codice si applicano alla elaborazione e modificazione dei piani e programmi previsti dal diritto federale, che gli uffici sono tenuti a predisporre, adottare o modificare sulla base di *Verwaltungsvorschriften*, (norme aventi efficacia interna all'amministrazione), ovvero che sono adottati da un ufficio, da un Governo o sulla base di un procedimento legislativo, e per i quali il § 8 del libro primo del codice prescrive una v.a.s. o un esame nel caso singolo.

¹³⁷ Cfr. R. SPARWASSER, R. ENGEL, A. VOBKUHLE, *Umweltrecht - Grundzüge des öffentlichen Umweltschutzrechts*, Heidelberg, Müller, V ed. riv., 2003, p. 57.

¹³⁸ Sul tema, H.J. PAPIER, *Entwurf eines Umweltgesetzbuches – Vom Allgemeinen zum Besonderen Teil*, cit.

¹³⁹ Cfr. diffusamente, la motivazione del *Referentenentwurf*, cit.

¹⁴⁰ La *Gesetz über die Umweltverträglichkeitsprüfung* del 12 febbraio 1990, è stata successivamente modificata e pubblicata nella versione del 25 giugno 2005, in BGBl, I, p. 1757, 2797, da ultimo modificata attraverso l'art. 2 della legge del 23 ottobre 2007, in BGBl, I, p. 2470.

Sono esclusi soltanto i piani relativi alla difesa o alla protezione dalle catastrofi e i piani e programmi finanziari e di bilancio.

Il Governo federale è autorizzato ad introdurre nell'allegato 2 del libro primo del codice, ulteriori piani e programmi che è prevedibile producano effetti ambientali significativi, per l'attuazione di atti vincolanti della Comunità europea, attraverso *Rechtsverordnung*, (atti normativi dell'esecutivo), emanati con l'approvazione del *Bundesrat*, cioè la camera rappresentativa degli interessi dei *Länder*.

Il § 7 demanda all'ufficio competente, il compito di accertare tempestivamente la necessità di una valutazione ambientale strategica.

La relativa decisione non è suscettibile di autonoma impugnazione.

Nel caso in cui sia previsto un esame caso per caso, ai sensi del § 8, quinto comma, è attivata la partecipazione del pubblico.

Il § 9 stabilisce che il quadro di riferimento per il c.d. *scoping* è predisposto dall'ufficio competente. Nel caso in cui i piani e programmi siano parte di un procedimento autorizzatorio o di pianificazione a più livelli, nella predisposizione del quadro di riferimento per lo *scoping*, deve essere stabilito a quale livello delle medesime procedure, devono essere verificati determinati effetti ambientali.

Il § 10 disciplina il rapporto ambientale.

Il § 11 prevede che l'ufficio competente trasmetta il progetto di piano o programma, e il rapporto ambientale agli uffici coinvolti in relazione alla loro sfera di competenza relativa alla tutela dell'ambiente o della salute. Per l'espressione del loro parere è stabilito un termine adeguato, non inferiore a un mese.

Il § 12 disciplina la partecipazione del pubblico, rinviando anche ai §§ 91-93 e 98, relativi alla v.i.a. Il § 12 indica le informazioni che devono essere messe a disposizione del pubblico.

L'ultimo comma della medesima disposizione stabilisce che ogni persona, i cui interessi sono colpiti dal piano o dal programma può presentare eccezioni, e impugnare il rapporto ambientale. Lo stesso vale per le associazioni interessate in relazione ai campi di attività definiti nei rispettivi statuti.

I successivi paragrafi disciplinano la v.a.s. transfrontaliera, (§ 13), la valutazione finale, (§ 14), la pubblicazione della decisione sull'approvazione del piano o programma, (§ 15), il monitoraggio, (§ 16), la v.a.s. relativa alla pianificazione delle vie di comunicazione federali (§ 17).

Infine il § 18 rinvia al terzo libro del codice, *UGB III*, per la v.a.s. relativa ai piani paesaggistici.

13. La tutela ambientale nell'azienda e le agevolazioni per le imprese certificate: il «management sostenibile» e lo Stato «garante» del corretto adempimento del compito costituzionale di protezione dei fondamenti naturali della vita.

La terza sezione *UGB I*, (§§ 19-25), detta le disposizioni fondamentali per la tutela dell'ambiente nell'organizzazione dell'impresa, secondo il principio del «*management sostenibile*» sancito dal § 1, terzo comma, *UGB I*.

Sono stabiliti, innanzitutto, i casi nei quali deve essere nominato un responsabile ambientale, sono definiti i suoi compiti e gli obblighi di comunicazione all'ufficio competente.

In particolare, il § 19 obbliga le società di persone e di capitali rappresentate all'esterno da più persone, a nominare fra i membri dell'organo direttivo con poteri di rappresentanza, un soggetto che garantisce l'adempimento degli obblighi fondamentali di tutela dell'ambiente in relazione ai progetti che necessitano di autorizzazione integrata di progetto secondo il § 49 *UGB I*, l'adempimento degli obblighi stabiliti sulla base delle prescrizioni adottate in base al libro primo del codice, nonché l'adempimento degli obblighi del possessore di rifiuti ai sensi del § 26 della *Gesetz zur Förderung der Kreislaufwirtschaft und Sicherung der umweltverträglichen Beseitigung von Abfällen (Kreislaufwirtschafts- und Abfallgesetz - KrW-/AbfG*¹⁴¹, cioè la legge per il riciclaggio dei rifiuti e la garanzia del loro smaltimento compatibile con l'ambiente, disciplina il cui inserimento nel codice è programmato per la prossima legislatura).

La nomina del responsabile non pregiudica peraltro la responsabilità che compete all'organo ovvero ai soci.

Il soggetto nominato dalla società, ovvero il titolare di un progetto che necessita di autorizzazione integrata, secondo il § 49 del codice, ovvero il possessore di rifiuti ai sensi del § 26 della *Kreislaufwirtschafts- und Abfallgesetz*, devono comunicare all'ufficio competente attraverso quali misure organizzative è assicurato l'adempimento degli obblighi fondamentali cui è subordinato, secondo il § 52 del libro primo codice, il rilascio della autorizzazione integrata di progetto, *Integrierte Vorhabengenehmigung*, nonché il rispetto della normativa sulla riduzione, il riciclaggio e lo smaltimento dei rifiuti.

E' prevista un'agevolazione per le imprese certificate EMAS, che possono adempiere l'obbligo attraverso la presentazione delle schede relative alla registrazione. Tuttavia, l'ufficio competente può pretendere la presentazione di ulteriori documenti nel caso in cui ciò sia necessario per l'adeguato adempimento degli obblighi di protezione dell'ambiente a carico dell'impresa.

Tale previsione è espressione dell'impostazione seguita dal codice, che vuole lo Stato garante del corretto adempimento delle funzioni di tutela ambientale affidate ai privati, nel rispetto dell'art. 20 a *GG*, dal quale discende la responsabilità degli organi pubblici per il corretto adempimento del compito costituzionale di tutela dei fondamenti naturali della vita.

Il § 20 *UGB I* stabilisce i casi nei quali è obbligatoria la nomina di uno o più incaricati ambientali.

In particolare, sono obbligati i titolari di progetti che necessitano di autorizzazione integrata di progetto secondo i §§ 49, 50 comma secondo e terzo, nn. 1 e 2, i gestori di impianti fissi nei quali di regola si producono rifiuti pericolosi, i gestori di impianti di smistamento, riciclaggio e smaltimento di rifiuti, e i possessori di rifiuti secondo il § 26 della *Kreislaufwirtschafts- und Abfallgesetz*, quando tale nomina sia necessaria in relazione al tipo o alle

¹⁴¹ La legge del 27 settembre 1994, in *BGBI I*, 2705, è stata modificata da ultimo con legge del 19 luglio 2007, in *BGBI I*, 1462.

dimensioni del progetto, e con riferimento agli effetti che essi producono sull'ambiente, indicati dal medesimo § 20 nn. 1-6. Fra questi, sono rilevanti, ad esempio, il tipo di emissioni rilasciate, i problemi tecnici che possono insorgere nella riduzione, riciclaggio e smaltimento dei rifiuti, le modifiche ambientali dannose che essi possono causare, e i pericoli di incidenti.

I dettagli relativi ai soggetti obbligati secondo i criteri appena ricordati, sono stabiliti con *Rechtsverordnung* del Governo federale, sentiti gli interessati secondo il § 46 del libro primo del codice, e con l'approvazione del *Bundesrat*. Tale regolamento ha carattere costitutivo per l'individuazione dei soggetti obbligati ai sensi del primo comma del § 20¹⁴².

Il relativo progetto di regolamento è già stato predisposto¹⁴³.

L'ufficio competente può imporre l'obbligo di nominare uno o più incaricati ambientali quando nel caso concreto ciò è necessario secondo i criteri indicati dal primo comma del § 20, per le ipotesi in cui tale obbligo non è già prescritto dal sopra citato regolamento, ovvero per lo scarico di acque di scarico in acque, o in impianti di scarico, ovvero per gli impianti non bisognosi di autorizzazione secondo la legge federale sulla tutela dalle immissioni. Tuttavia, di regola, tale potere discrezionale non compete all'ufficio in relazione alle imprese certificate EMAS. Per queste ultime infatti, con una *Soll-Vorschrift*¹⁴⁴ è previsto che l'ufficio deve, di regola¹⁴⁵, rinunciare a tale nomina.

L'incaricato ambientale ha i compiti di consulenza, informazione e sorveglianza previsti in via generale dal § 21. Essi spaziano dallo sviluppo di processi *umweltfreundlich* «amichevoli per l'ambiente», al miglioramento della sicurezza degli impianti.

Gli incaricati ambientali sono preposti ciascuno a diversi compiti. Questi ultimi sono stabiliti in relazione agli specifici ambiti di attività da una *Rechtsverordnung* dal Governo federale ai sensi del successivo § 22, sentiti gli interessati secondo il § 46 del libro primo del codice, e con l'approvazione del *Bundesrat*. Questa *Rechtsverordnung* determina anche i criteri per la nomina dell'incaricato ambientale.

Il § 24 autorizza il Governo federale all'adozione di una *Rechtsverordnung*, con l'approvazione del *Bundesrat*, per la disciplina delle agevolazioni per le imprese certificate EMAS, e indica alcune condizioni.

In particolare possono essere previste facilitazioni relative al contenuto della domanda per i procedimenti di autorizzazione, e con riferimento alla sorveglianza, nella misura in cui il regolamento comunitario 761/2001 EMAS, preveda requisiti equivalenti a quelli previsti dal codice ambientale, ovvero da *Rechtsverordnung* da esso autorizzate. Le facilitazioni sono concesse se è stato

¹⁴² Cfr. motivazione del *Referentenentwurf*, cit., p. 155.

¹⁴³ Il regolamento, *Verordnung über Umweltbeauftragte (Umweltbeauftragtenverordnung)*, sul sito www.bmu.de.

¹⁴⁴ Come già precisato, le *Soll-Vorschriften*, sono disposizioni che di regola non lasciano all'amministrazione un ambito di scelta discrezionale nella loro applicazione, salvo però che ricorrano circostanze atipiche che, invece, consentono una deviazione dalla regola e riaccendono allora la discrezionalità.

¹⁴⁵ Cfr. motivazione del *Referentenentwurf*, cit., p. 156.

certificato il rispetto delle disposizioni ambientali e che non sono state riscontrate deviazioni da tale disciplina.

14. La prevenzione e il risanamento dei danni ambientali: cenni.

La sezione quarta *UGB I* detta la disciplina generale del danno ambientale in attuazione della direttiva 2004/35/CE, come modificata dalla direttiva 2006/21 CE, relativa alla gestione dei rifiuti delle industrie estrattive.

Nel codice è trasferito pressoché integralmente il contenuto della legge sulla prevenzione e sul risanamento dei danni ambientali, *Gesetz über die Vermeidung und Sanierung von Umweltschäden (Umweltschadengesetz - USchadG)*¹⁴⁶.

In una prospettiva di stretta attuazione degli obblighi discendenti dal diritto comunitario, è stabilita una cornice giuridica che detta norme generali comuni a tutti gli specifici tipi di danno ambientale previsti dalla direttiva, (danni all'acqua, al suolo, alle specie e agli *habitat* naturali). Questa disciplina, quindi, deve essere integrata con riferimento ai singoli beni ambientali dalle regole previste nel libro secondo del codice relativo alle acque, nel libro terzo relativo alla protezione della natura, e dalla vigente legislazione sulla tutela del suolo, *Gesetz zum Schutz vor schädlichen Bodenveränderungen und zur Sanierung von Altlasten (Bundes-Bodenschutzgesetz - BBodSchG)*¹⁴⁷, della quale si prevede l'inclusione nel codice, dopo le opportune modifiche, nella prossima legislatura.

Della cornice generale è opportuno ricordare solo alcune disposizioni, ma non si procederà ad un esame particolareggiato dato che essa ricalca la direttiva comunitaria. L'esame della disciplina relativa ai singoli beni ambientali richiederebbe, invece, un'autonoma trattazione che eccede l'oggetto di questo contributo.

Innanzitutto, il § 26, primo comma, stabilisce che la sezione quarta trova applicazione per i danni ambientali e per pericoli immediati di danno ambientale causati nell'esercizio delle professioni indicate nell'allegato quarto *UGB I*, nonché per i danni alle specie e agli *habitat* naturali ai sensi del § 19 *UGB III*, che siano causati attraverso attività diverse da quelle indicate nell'allegato quarto *UGB I*, nella misura in cui il titolare abbia agito con colpa o con dolo.

Il quinto comma precisa che le disposizioni di questa sezione trovano applicazione soltanto se leggi federali o dei *Länder* non dettano una disciplina specifica più rigorosa.

Il § 27 contiene una serie di definizioni. In particolare il n. 1 definisce il concetto di «danno ambientale» ai fini della sezione quarta del libro primo del codice, che si distingue, dunque dal concetto sopra ricordato di modifica ambientale dannosa, valido, invece, per tutti i libri del codice; il n. 5 definisce il concetto di pericolo immediato di danno ambientale, che richiede la sufficiente probabilità di un danno ambientale in un futuro prossimo, e si colloca quindi

¹⁴⁶ Si tratta della *USchadG*, del 10 maggio 2007, in *BGBI* 2007, I, 666, modificata con legge del 19 luglio dello stesso anno, in *BGBI* 2007, I, 1462.

¹⁴⁷ Si tratta della *BBodSchG*, del 17 marzo 1998, in *BGBI*, 502, modificata con legge del 9 dicembre 2004, in *BGBI*, 3214.

nell'ambito del principio di difesa dai pericoli, non, invece, nella prospettiva della tutela precauzionale.

Secondo il § 28, in presenza di un danno, o di un pericolo immediato di danno, nel senso appena precisato, sorge per il responsabile un obbligo di informazione immediato agli uffici.

Il § 29 stabilisce che in caso di pericolo immediato di un danno ambientale il responsabile ha l'obbligo di adottare immediatamente le misure necessarie per evitare il danno.

Il § 30 pone a carico del responsabile, l'obbligo di adottare le misure di contenimento del danno e le misure di risanamento che sono necessarie secondo il successivo § 33.

Il § 31 definisce i poteri e i doveri degli uffici competenti.

In particolare, essi vigilano sulle misure adottate dal responsabile e possono dargli informazioni, dati e valutazioni relativi al pericolo o al danno, nonché indicargli le misure per evitarlo, contenerlo o risanarlo.

Il § 32 pone a carico dei proprietari e dei titolari di diritti di godimento, un obbligo di tolleranza delle misure per evitare, contenere o risanare il danno. Se le limitazioni imposte loro non sono esigibili, né altrimenti evitabili, spetta loro un indennizzo, che è posto a carico del responsabile.

Il § 33 disciplina la determinazione delle misure di risanamento attraverso il rinvio alle disposizioni speciali contenute nel secondo libro del codice relativo alle acque, nel libro terzo relativo alla protezione della natura, e nella legge federale sulla protezione del suolo, (il cui inserimento nel codice è programmato soltanto per la prossima legislatura).

Le misure di risanamento sono comunicate dal responsabile agli uffici competenti per la loro approvazione, qualora esse non siano già state adottate dagli uffici. Questi ultimi stabiliscono le misure per il risanamento sulla base delle discipline speciali sopra indicate.

Come previsto dalla direttiva, nei casi in cui non è possibile un contestuale risanamento, gli uffici competenti decidono la sequenza delle misure di risanamento, tenuto conto del tipo, della misura, della gravità dei danni, della possibilità di un ripristino naturale e dei rischi per la salute umana.

Il § 34 regola i costi delle misure per evitare il danno e per il risanamento. Essi sono posti a carico del responsabile, salvo le sue pretese nei confronti degli uffici e di terzi. Ai *Länder* è consentita l'adozione di una disciplina che non pone a carico del responsabile tali costi nei casi previsti dall'art. 8, comma quarto della direttiva 2004/35, (assenza di comportamento colposo e doloso e danno causato dalle condizioni indicate in tale disposizione).

15.I rimedi giuridici per le questioni di diritto ambientale, in particolare la legittimazione delle associazioni ambientaliste.

La sezione V del capitolo primo, del libro primo del progetto di codice (§§ 40-45), è dedicata ai rimedi giuridici per le questioni ambientali e riproduce, con minime modificazioni, il nucleo essenziale della disciplina contenuta nella *Gesetz über ergänzende Vorschriften zu Rechtsbehelfen in Umweltangelegenheiten nach EG-Richtlinie 2003/35/EG (Umweltrechtsbehelfsgesetz)*, adottata in attuazione della direttiva 2003/35/CE, contenente una disciplina integrativa dei rimedi

giuridici nelle questioni ambientali¹⁴⁸, delle direttive 85/337/ CEE sulla valutazione di impatto ambientale, e 96/61/CE sulla tutela ambientale integrata, nonché della Convenzione di Aarhus, relativa all'accesso alle informazioni, alla partecipazione dell'opinione pubblica ai procedimenti di decisione e all'accesso ai tribunali in materia ambientale.

Il § 40, primo comma, definisce nel dettaglio il campo di applicazione delle disposizioni di questa sezione.

In sintesi, si tratta di rimedi contro le decisioni rese nel corso del procedimento di valutazione di impatto ambientale, ovvero relative a procedimenti preordinati al rilascio della *Integrierte Vorhabengenehmigung*, autorizzazione integrata di progetto, nei casi per i quali è prevista la partecipazione del pubblico, ovvero di questioni relative alla sezione quarta del capitolo primo del libro primo, dedicata alla prevenzione e risanamento del danno ambientale, o infine di rimedi contro gli ordini supplementari relativi agli impianti ai sensi del § 119 del libro primo, o quando in violazione del diritto vigente, tali decisioni non siano state adottate.

La disciplina della sezione trova applicazione anche per le associazioni che secondo il loro statuto hanno come scopo principale la tutela della natura e la cura del paesaggio e, pertanto, sono loro riconosciuti particolari poteri dal libro terzo del codice.

Secondo il § 41, avverso le decisioni previste dal § 40 *UGBI*, o in caso di mancata dovuta adozione delle medesime decisioni, sono legittimate a esperire i rimedi giurisdizionali previsti dalle disposizioni del codice di giustizia amministrativa, (*VwGO*), le associazioni riconosciute, ovvero quelle che hanno presentato domanda di riconoscimento, quando intendano far valere la violazione di norme a tutela dell'ambiente che fondano diritti dei singoli, e tali decisioni o la loro omissione, colpisce il perseguimento degli scopi di tutela ambientale previsti nel loro statuto, ed esse abbiano partecipato ai corrispondenti procedimenti esprimendosi sul merito della questione, o non siano state messe in condizione di partecipare.

Anche questa disposizione corrisponde alla disciplina vigente, peraltro criticata in dottrina per l'interpretazione eccessivamente restrittiva della direttiva comunitaria, il cui scopo non è solo quello di allargare il novero degli attori, bensì anche quello di rendere giustiziabili settori della disciplina ambientale che non attribuiscono diritti soggettivi individuali, ma che sono orientate al bene comune in termini oggettivi¹⁴⁹.

Il § 41, terzo comma, riproduce anche un'interessante disposizione di coordinamento tra procedimento amministrativo e successivo processo giurisdizionale, già prevista dalla disciplina vigente: se l'associazione ambientalista ha avuto l'occasione di intervenire nel procedimento amministrativo, nel successivo processo giurisdizionale è colpita da una

¹⁴⁸ La legge del 7 dicembre 2006 è pubblicata nel *BGBI*, 2006, I, p. 2816.

¹⁴⁹ Sul tema si vedano i rilievi critici di H.J. KOCH, *Die Verbandsklage im Umweltrecht*, in *NVwZ*2007, p. 369 ss, nonché il documento presentato da *Öko-Institut, Deutsche Umwelthilfe e Unabhängig Institut für Umweltfragen*, nel corso delle audizioni tenutesi nel giugno 2008, reperibile all'indirizzo www.umweltgesetzbuch.org.

preclusione con riferimento a tutte le eccezioni che avrebbe potuto far valere tempestivamente nel procedimento amministrativo. In questo modo il legislatore intende da una parte valorizzare il significato della partecipazione procedimentale, dall'altra evitare che dall'attuazione del principio di cooperazione scaturiscano complicazioni non proficue.

Il § 42 disciplina il procedimento di riconoscimento delle associazioni, che comprende – a differenza di quanto previsto dalla disciplina che il codice intende sostituire – anche le associazioni che hanno come principale campo di azione la tutela della natura e la cura del paesaggio, alle quali nel libro terzo del codice, dedicato alla protezione della natura, sono riconosciuti particolari diritti e poteri.

Ai fini del riconoscimento della legittimazione ad agire in giudizio, le associazioni ambientaliste nazionali o internazionali sono assoggettate ad un procedimento di controllo diretto a verificare, tra l'altro, se l'associazione sulla base del suo statuto persegua in modo durevole gli scopi della tutela ambientale; se essa sia stata fondata da almeno da tre anni, e in questo periodo di tempo abbia effettivamente perseguito tali scopi; se essa dia garanzie di un'adeguata realizzazione di questi compiti; se essa renda possibile l'ingresso ad ogni persona che sostenga gli scopi dell'associazione, con pieno diritto di voto nell'assemblea, (se i membri dell'associazione sono perlomeno per tre quarti persone giuridiche, è però sufficiente che tale requisito sia posseduto dalla maggioranza di esse).

Il § 44 prevede un'azione giudiziale semplificata per colui che ha chiesto un rimedio contro una decisione secondo il § 40, comma primo frase prima n. 2 lett. a), cioè contro una autorizzazione integrata ambientale nei casi per i quali è prescritta la partecipazione del pubblico, in relazione ad un impianto previsto dal § 50 secondo comma, cioè per la installazione e gestione di impianti e per l'impiego di acque. In tal caso può essere presentata un'azione giurisdizionale amministrativa se sulla sua opposizione non è stata adottata una decisione entro tre mesi dalla sua presentazione, salvo il caso per le particolari circostanze sia imposto un termine più breve.

16. La produzione del diritto e delle regole.

Come anticipato, un fondamentale obiettivo della codificazione del diritto ambientale tedesco è recuperare una più ampia legittimazione democratica delle scelte di tutela dell'ambiente¹⁵⁰, sia attraverso la diretta espressione delle fondamentali decisioni di politica ambientale da parte del Parlamento, sia mediante la predisposizione della cornice legislativa adeguata a garantire che rispondano effettivamente al loro scopo i diversi istituti che nel diritto ambientale mirano a realizzare nuove forme di attuazione del principio democratico.

In questo contesto assumono una particolare rilevanza la conformazione legislativa del procedimento di produzione del diritto ambientale, e la predisposizione di un puntuale quadro normativo di riferimento per le regole amministrative che concretizzano concetti giuridici indeterminati.

Si tratta di un profilo decisivo per l'armonizzazione del diritto ambientale, caratterizzato da una legislazione che formula principi, obiettivi e modelli di tutela destinati a trovare concreta attuazione attraverso regole e *standard* tecnici, nonché

¹⁵⁰ Così H.-J. PAPIER, *Entwurf eines Umweltgesetzbuches*, cit., p. 1133 ss.

attraverso atti amministrativi che incidono in modo decisivo sull'esercizio delle libertà e dei diritti costituzionali. Benché tali materie siano coperte da riserva di legge, la integrale legificazione delle prescrizioni tecniche contraddirebbe l'esigenza di un'effettiva garanzia dei diritti costituzionali. Quest'ultima richiede, infatti, un continuo adeguamento alle sopravvenute conoscenze tecniche e scientifiche, che la legge non è idonea ad assicurare, considerati i tempi e le modalità dei lavori parlamentari. D'altra parte, il sapere specialistico che costituisce l'oggetto delle norme tecniche non si presta al dibattito parlamentare.

La rilevanza delle scelte tecniche è comune a molti altri settori dell'ordinamento, tuttavia nel diritto ambientale si pongono esigenze particolari che discendono non solo dalla notevole estensione del fenomeno, ma soprattutto dagli ampi margini valutativi che qui connotano le relative scelte, e dal continuo intreccio fra valutazioni tecniche e decisioni politiche¹⁵¹.

Questo ampio margine di valutazione dipende essenzialmente dalla notevole complessità dei modelli regolativi che caratterizzano il diritto ambientale, in particolare dal c.d. «approccio integrato» nei diversi significati che il termine esprime.

La tutela integrata intesa come superamento della tutela mediale al fine di prevenire fenomeni di spostamento dell'inquinamento ambientale richiede complesse operazioni di bilanciamento fra contrapposti interessi ambientali; l'integrazione della tutela degli interessi ambientali con le esigenze dello sviluppo economico richiede altrettanto complessi bilanciamenti per definire il livello dello sviluppo sostenibile.

La complessità delle valutazioni e l'intreccio fra scelte tecniche e scelte politiche è ulteriormente accentuata dall'esigenza di realizzare questo complesso modello regolativo secondo un livello precauzionale di tutela. Il principio di precauzione, infatti, fondato sul riconoscimento dei limiti delle capacità cognitive dello Stato, colpisce proprio il tradizionale fondamento della legittimazione dell'esecutivo al rilascio della disciplina tecnica, tradizionalmente ravvisato nella sua superiore competenza. Da ciò scaturisce l'esigenza di individuare forme adeguate di legittimazione delle scelte relative agli *standard* precauzionali che possono (o devono) essere stabiliti anche in mancanza di un sufficiente sapere specialistico, trovate appunto nelle «garanzie procedurali»¹⁵².

Una specifica disciplina legislativa dei procedimenti di produzione del diritto e delle regole in materia ambientale consente non solo di recuperare al Parlamento la capacità di influenzare i processi decisionali collegati alle decisioni tecniche, riportando alla sede parlamentare scelte che non è necessario siano rimesse all'Esecutivo, ma consente anche di conseguire significativi vantaggi in termini di semplificazione normativa, trattandosi di un'esigenza che copre ogni settore della legislazione ambientale.

Il contributo della dottrina tedesca sul tema è stato decisivo, e già le proposte elaborate nella parte generale del *Professoren Entwurf*, pubblicato nel

¹⁵¹ Sul punto si veda il commento a *UGB-KE*, cit., dove già è ideato un compiuto modello di disciplina.

¹⁵² Il contributo della dottrina tedesca sul punto è risalente, cfr. gli Autori citati in A. GRAGNANI, *Il principio di precauzione come modello di tutela dell'ambiente, dell'uomo, delle generazioni future*, in *Riv. dir. civ.*, 2003, p. 9 ss.

1991¹⁵³, poi perfezionate nel «Progetto della Commissione», *Umweltgesetzbuch (UGB-KomE) – Entwurf der Unabhängigen Sachverständigenkommission zum Umweltgesetzbuch beim Bundesministerium für Umwelt, Naturschutz und Reaktorsicherheit*¹⁵⁴, hanno profondamente influenzato anche il nostro dibattito dottrinale, pertanto, al fine di apprezzarle nella loro autentica e integrale versione conviene riprodurre in nota la apposita sezione del progetto *UGB-KomE*¹⁵⁵, dato

¹⁵³ M. KLOEPFER, E. REHBINDER, E. SCHMIDT-ABMANN, con la collaborazione di P. KUNIG, *Berichte 7/90 Umweltgesetzbuch – Allgemeiner Teil, Umwelt Bundes Amt*, cit.

¹⁵⁴ *Umweltgesetzbuch (UGB-KomE) – Entwurf der Unabhängigen Sachverständigenkommission zum Umweltgesetzbuch beim Bundesministerium für Umwelt, Naturschutz und Reaktorsicherheit*, cit.

¹⁵⁵ Si tratta della disciplina contenuta nel progetto del 1997, sopra citato, nella Sezione III: Produzione del diritto e delle regole

Sottosezione I: *Rechtsverordnungen*

§ 11 Conferimento di poteri per la determinazione di valori limite e di valori guida per la qualità dell'ambiente

(1) Per gli scopi previsti nel § 1, in particolare per la protezione da pericoli o per la precauzione da rischi per l'ambiente o l'uomo possono essere determinati attraverso *Rechtsverordnung* con l'approvazione del *Bundesrat* valori limite per la qualità o lo stato delle acque, dell'aria e del suolo, nonché per le immissioni, che non possono essere superati. Nella *Rechtsverordnung* si può contemporaneamente disciplinare come possono essere calcolati i valori e come il rispetto di tali valori può essere misurato e sorvegliato. Per gli inquinamenti delle acque il conferimento di poteri vale solo per i pericoli che provengono da impianti, che servono a scopi industriali o che trovano impiego nell'ambito di imprese economiche, o che originano da attività nell'ambito della coltivazione agricola, dell'allevamento di animali o dell'economia forestale. L'opinione pubblica è coinvolta nei modi previsti dal § 20.

(2) A scopo di precauzione da rischi per l'ambiente o per l'uomo possono essere determinati attraverso *Rechtsverordnung* valori guida o altri requisiti di qualità per la qualità o lo stato delle acque, dell'aria e del suolo, della natura e del paesaggio, nonché per le immissioni, il cui rispetto è perseguito dagli uffici nell'ambito dei loro poteri. Si applicano in modo corrispondente il comma 1, frase 3 e 4.

(3) I valori guida di cui al comma 2 possono essere fissati anche da parte degli uffici competenti ai sensi del diritto del Land ovvero da parte dei comuni, delle associazioni comunali o dei circondari autorizzati dal diritto del *Land*. I dettagli sono previsti dalla legge del *Land*.

§ 12 Principi sui valori limite e sui valori guida

(1) I valori limite a protezione da pericoli ai sensi del § 11, comma 1 sono da determinare in modo tale che, nel rispetto di un adeguato margine di sicurezza, non possa essere pregiudicata la tutela dell'ambiente e dell'uomo.

(2) I valori limite e i valori guida a precauzione da rischi ai sensi del § 11, commi 1 e 2 sono da determinare in modo tale che, in considerazione del tipo, dimensione e probabilità del rischio possibile o accertato si prevenga il sorgere di effetti pregiudizievoli per l'ambiente e per l'uomo.

(3) I valori limite e i valori guida per la qualità dell'ambiente sono da determinare in modo tale che la capacità ricettiva e il limite di inquinamento dell'ambiente non vengano sovraccaricati nel lungo periodo.

(4) Nella determinazione di valori limite e di valori guida per la qualità dell'ambiente possono essere fissati requisiti relativi alla concentrazione e alla quantità di sostanze inquinanti nell'ambiente. In ciò si deve tenere conto della presenza di più sostanze inquinanti, come dell'inquinamento globale e dell'adeguata protezione di gruppi di persone sensibili.

(5) I valori limite e i valori indicativi per la qualità dell'ambiente, nella misura in cui essi non servono alla protezione da pericoli o alla precauzione da rischi per la salute dell'uomo, possono essere determinati diversamente, a seconda della meritevolezza di tutela dell'area o delle acque, in particolare delle loro qualità o dell'inquinamento precedente, della sensibilità della flora e della fauna e dell'uso presente o futuro.

(6) I valori limite e i valori indicativi per diverse vie di inquinamento o diversi beni ambientali devono essere coordinati gli uni con gli altri.

§13 Principi per i requisiti degli impianti, dei processi di gestione, di sostanze, di preparati, di prodotti.

(1) Quando in base a *Rechtsverordnung* ai sensi di questo codice sono imposti determinati requisiti relativi a :

1. costruzione, condizione o gestione di impianti in particolare attraverso la fissazione di valori limite, così come alla loro condizione dopo la chiusura,

2. lo scarico di rifiuti in acque,

3. la gestione dei rifiuti

4. omissis

5. omissis

6. operazioni di ingegneria genetica in un sistema chiuso, il rilascio di ogm o il commercio di prodotti geneticamente modificati

si applicano i principi dei commi da II a V.

(2) I requisiti previsti dal comma I possono tenere in considerazione anche lo sviluppo tecnico successivo all'entrata in vigore della *Rechtsverordnung*.

(3) Nella *Rechtsverordnung* si può prevedere per gli impianti esistenti, gli esistenti scarichi in acque e altre attività rilevanti per l'ambiente che sono in atto, requisiti precauzionali inferiori per un periodo transitorio. Quando sono determinati i requisiti e i periodi transitori, si deve tenere conto del rischio accertato o potenziale per l'ambiente o per l'uomo, così come la durata dell'uso e delle particolarità tecniche degli impianti, degli scarichi, dei metodi di gestione dei rifiuti, dei metodi agricoli e dell'uso della foresta.

(4) La *Rechtsverordnung* può contenere i metodi di verifica della compatibilità. Questi in particolare devono contenere metodi di misurazione, inclusi i requisiti di prelievi campione e il trattamento così come i metodi di analisi.

(5) I requisiti previsti dal comma I per differenti impianti, gestione, sostanze, preparati e prodotti devono essere reciprocamente armonizzati.

§ 14 Attuazione delle disposizioni comunitarie.

(1) L'autorizzazione al rilascio di *Rechtsverordnung* ai sensi di questo codice vale anche per l'attuazione di atti giuridici vincolanti della Comunità europea. Corrispondentemente essa vale anche per l'adeguamento al diritto internazionale secondo quanto previsto negli accordi internazionali.

(2) Attraverso *Rechtsverordnung* senza il consenso del *Bundesrat* possono essere modificati i rinvii a disposizioni di regolamenti e direttive della Comunità europea contenuti in questo codice, nella misura in cui ciò sia necessario per l'adeguamento alle modifiche previste in tali disposizioni.

§25 Valori limite e valori guida per la qualità dell'ambiente e requisiti per gli impianti e i processi industriali

Valori limite e valori guida per la qualità dell'ambiente ai sensi del § 11, requisiti per gli impianti e per i processi di impresa ai sensi del § 13 ed eccezioni ai sensi del § 202 possono essere stabiliti anche attraverso *Verwaltungsvorschriften* in particolare quando ciò è necessario secondo la valutazione dell'autorità competente perché:

1. lo stato delle conoscenze scientifiche e dello sviluppo tecnico non appare ancora sufficientemente assicurato ovvero

2. è da attendersi che nell'applicazione della disciplina d adottare dovranno essere previste eccezioni in una molteplicità di singoli casi.

§26 Efficacia presuntiva di *Verwaltungsvorschriften*

Si presume che le determinazioni contenute nelle *Verwaltungsvorschriften* ai sensi del § 25 riproducano correttamente lo stato della tecnica o lo stato della scienza e della tecnica.

§27 Destinatari dell'autorizzazione al rilascio di *Verwaltungsvorschriften*

(1) Salvo che sia diversamente previsto, autorizzazioni al rilascio di *Verwaltungsvorschriften* secondo questo codice si indirizzano al Governo federale.

che la disciplina stabilita dal progetto del 2008 è sul punto, ad oggi, soltanto parziale, prevedendosi, come precisato nella motivazione del progetto di codice, di completarla successivamente¹⁵⁶.

Nell'attuale progetto di codice la disciplina stabilita consta di soli due paragrafi, §§ 46-47, ed è dedicata alla produzione del diritto e delle regole, nelle forme di *Rechtsverordnungen* e di *Verwaltungsvorschriften* aventi carattere generale.

Si tratta, rispettivamente, di legislazione emanata dall'Esecutivo e di regole generali e astratte, o ordini emanati da uffici amministrativi, ai quali, generalmente, è riconosciuta un'efficacia interna all'amministrazione¹⁵⁷, ma che – come vedremo – secondo un innovativo indirizzo giurisprudenziale della Suprema Corte amministrativa, (*Bundesverwaltungsgericht*), presentano rilevanti particolarità nel diritto ambientale.

Le esigenze che la disciplina di questa sezione intende soddisfare sono:

- la formalizzazione della partecipazione attraverso la predisposizione di un modulo unitario per l'audizione degli interessati;

- la creazione di un vincolo generale al rispetto del modello regolativo della tutela integrata anche nelle norme che concretizzano i concetti giuridici indeterminati, per evitare il rischio di una disintegrazione del medesimo modello al momento della definizione dei requisiti tecnici destinati a realizzarlo;

- il coinvolgimento del *Bundesrat*, la camera rappresentativa degli interessi dei *Länder*, attraverso un potere di *Zustimmung*, cioè di approvazione, delle norme amministrative generali in forma di *Verwaltungsvorschriften* emanate dal Governo federale, finalizzate all'esecuzione delle disposizioni del codice, e alla attuazione della normativa emanata, sulla base del codice, dalla Federazione in forma di *Rechtsverordnungen*.

(2) L'autorizzazione può essere delegata ad un Ministero federale con l'approvazione del *Bundesrat* a mezzo di *Verwaltungsvorschriften*, qualora ciò sia giustificato per lo scarso significato o per particolarità dell'oggetto da regolare.

§28 ...

§29 Procedimento, pubblicazione

(1) Per il procedimento di rilascio di *Verwaltungsvorschriften* secondo questo codice, che fissano i valori soglia e i valori guida per la qualità dell'ambiente o requisiti per gli impianti o processi aziendali si applicano in modo corrispondente il § 16, comma I, il § 18 comma I e il §19.

(2) *Verwaltungsvorschriften* secondo questo codice necessitano della pubblicazione ai fini della loro efficacia.

§30 Verifica periodica

(1) *Verwaltungsvorschriften* ai sensi di questo codice, che fissano valori limite o valori guida per la qualità dell'ambiente o requisiti per gli impianti o processi aziendali dopo il decorso di un adeguato periodo di tempo devono essere verificati sotto il profilo del rispetto della loro corrispondenza ai presupposti previsti nell'autorizzazione, in particolare a quelli previsti nel § 25 e nel § 12.

(2) Il § 24 comma II si applica in quanto compatibile.

(3) Dopo il decorso di otto anni la *Verwaltungsvorschrift* perde validità. Il periodo della sua validità può al massimo essere prorogato di 8 anni. E' ammissibile una proroga prima della scadenza del termine previsto nella prima proposizione.

¹⁵⁶ Cfr. la motivazione che accompagna il progetto, p. 172.

¹⁵⁷ Sul punto, per le nozioni fondamentali, S. DETTERBECK, *Allgemeines Verwaltungsrecht - mit Verwaltungsprozessrecht*, cit., p. 301 ss.

Nella prospettiva appena delineata, il § 46 *UGB I* stabilisce che per l'audizione degli interessati prescritta dal codice nel procedimento di emanazione di *Rechtsverordnungen* e di *Verwaltungsvorschriften* aventi carattere generale, deve essere sentita una rappresentanza (femminile e maschile), della scienza, dei settori dell'economia coinvolti, delle associazioni di vertice dei comuni, delle associazioni ambientaliste, degli altri interessati e delle supreme autorità dei *Länder* preposte alla tutela dell'ambiente.

Allo scopo di assicurare che il modello della tutela integrata prefigurato dal codice sul piano legislativo trovi corrispondente attuazione negli *standard* tecnici, il § 47 prescrive che nella determinazione dei requisiti di tutela dell'ambiente si tenga conto dei possibili spostamenti di effetti ambientali dannosi da un bene ambientale all'altro, e fra questi e l'uomo. Deve inoltre essere garantito un alto livello di tutela per l'ambiente unitariamente considerato.

Sotto condizione del predetto vincolo, il § 47 autorizza il Governo federale, sentite le cerchie degli interessati e con l'approvazione del *Bundesrat*, all'emanazione di *Verwaltungsvorschriften* di carattere generale, per l'attuazione delle disposizioni del codice e delle *Rechtsverordnungen* emanate dalla Federazione in attuazione del medesimo codice.

L'autorizzazione così configurata si estende a diversi settori disciplinati dal codice. Fra questi, ad esempio, l'autorizzazione ad emanare *Verwaltungsvorschriften* generali per stabilire i valori limite non superabili riferiti alle modificazioni ambientali, con il vincolo a conseguire gli scopi di tutela indicati nel § 1, primo comma, *UGB I*, per fissare i valori di emissione il cui superamento è evitabile secondo lo stato della tecnica; per fissare i procedimenti per l'accertamento delle emissioni e delle modificazioni dell'ambiente; per stabilire i criteri e i procedimenti per l'individuazione, la descrizione e la valutazione degli effetti ambientali secondo gli scopi dei §§ 78 e 100, secondo comma *UGB I*, (relativi alla v.i.a.); per definire i principi finalizzati alla predisposizione del rapporto ambientale previsto dal § 10 *UGB I*, nonché i criteri per il monitoraggio previsto dal § 16 *UGB I* in relazione all'esecuzione dei piani e programmi soggetti a v.a.s.

16.1. Il significato della disciplina sulla produzione del diritto e delle regole alla luce della giurisprudenza della Suprema Corte amministrativa federale tedesca sul regime delle *Verwaltungsvorschriften*, (prescrizioni amministrative), nel diritto ambientale.

Per cogliere la effettiva portata giuridica della disciplina appena esaminata, conviene accennare alla particolare efficacia riconosciuta dalla Suprema Corte amministrativa federale tedesca, (*Bundesverwaltungsgericht, BVerwG*), alle *Verwaltungsvorschriften* nel diritto ambientale, premesso un sintetico quadro generale dell'efficacia e dei poteri di controllo giurisdizionale sull'osservanza di tali prescrizioni.

Generalmente le prescrizioni amministrative, *Verwaltungsvorschriften*, sono classificate come ordini, ovvero come regole generali e astratte emanate da un'autorità superiore nei confronti dei sottordinati, e aventi efficacia vincolante interna alla amministrazione. Secondo la loro funzione, si possono distinguere varie forme di *Verwaltungsvorschriften*: quelle aventi natura organizzativa,

(*organisatorische Verwaltungsvorschriften*); quelle che apprestano per gli uffici amministrativi direttive per l'interpretazione e l'applicazione della legge, emanate specialmente nella legislazione che contiene quei concetti giuridici indeterminati rispetto ai quali non compete all'amministrazione alcun margine di valutazione, (*gesetzesauslegende Verwaltungsvorschriften*); le prescrizioni amministrative che concretizzano quei concetti giuridici indeterminati ai quali è correlato un margine di valutazione, (*normkonkretisierende Verwaltungsvorschriften*), assai frequenti nel diritto ambientale, come *standard* tecnici e criteri di sicurezza; prescrizioni per l'esercizio del potere discrezionale attribuito dalla legge, *ermessenslenkende Verwaltungsvorschriften*; prescrizioni «sostitutive» della legge, negli ambiti dove la legge non appresta uno specifico fondamento all'attività amministrativa, (*gesetzesvertretende Verwaltungsvorschriften*), che si trovano, ad esempio, in relazione alla concessione di sovvenzioni¹⁵⁸.

Considerato il loro carattere interno, di regola, le *Verwaltungsvorschriften* non hanno una diretta efficacia esterna, non sono direttamente impugnabili, né può essere pretesa dal cittadino la loro applicazione. L'impugnazione può rivolgersi direttamente contro l'atto amministrativo che ne fa applicazione, ovvero che contrasta con le *Verwaltungsvorschriften*, e a condizione che queste ultime riconoscano al cittadino diritti pubblici soggettivi. Peraltro, una indiretta efficacia esterna è riconosciuta in virtù del canone di eguaglianza prescritto dall'art. 3, primo comma, GG, alle *Verwaltungsvorschriften* che riducono il margine di decisione dell'amministrazione, (cioè le *ermessenslenkende Verwaltungsvorschriften*, le *normkonkretisierende Verwaltungsvorschriften*, e le *gesetzesvertretende Verwaltungsvorschriften*). Pretesa alla parità di trattamento, quest'ultima, valevole secondo la giurisprudenza amministrativa anche «per la prima volta», cioè come «prassi amministrativa anticipata», e sempre a condizione che si tratti di una prescrizione legittima. Sulla base di queste premesse, quando all'amministrazione compete un potere di decisione, il cittadino può impugnare l'atto amministrativo che viola il principio di eguaglianza, o i suoi diritti, per omessa o erronea applicazione di *Verwaltungsvorschriften*, nonché, alle stesse condizioni, egli può esperire l'azione di adempimento. Invece, nel caso in cui all'amministrazione non compete alcun margine di decisione nell'adozione di un atto amministrativo, unico parametro del controllo giurisdizionale è il diritto sostanziale, restando esclusa qualsiasi efficacia, anche solo indiretta, della violazione di *Verwaltungsvorschriften*¹⁵⁹.

In questo quadro, un regime particolare compete alle *Verwaltungsvorschriften* nel diritto ambientale, segnatamente alle *normkonkretisierende Verwaltungsvorschriften*, che fissano gli *standard* tecnici e i criteri di sicurezza corrispondenti allo «stato della scienza e della tecnica».

Secondo un primo orientamento della Suprema Corte amministrativa federale, l'osservanza di *normkonkretisierende Verwaltungsvorschriften* conferisce loro la natura di consulenze tecniche anticipate. Pertanto, esse valgono come mezzi informali di prova, e dalla loro osservanza scaturisce una presunzione

¹⁵⁸ Per un quadro informativo di riferimento sul tema qui trattato, S. DETTERBECK, *Allgemeines Verwaltungsrecht - mit Verwaltungsprozessrecht*, cit., p. 297 ss.

¹⁵⁹ Ancora S. DETTERBECK, *op. ult. cit.*

di conformità dell'atto amministrativo alla legge, superabile attraverso i formali mezzi di prova¹⁶⁰.

Tuttavia, un successivo indirizzo giurisprudenziale della Suprema Corte federale ha riconosciuto alle prescrizioni tecniche contenute in *Verwaltungsvorschriften*, (*technische Verwaltungsvorschriften*), una diretta efficacia vincolante per i giudici subordinatamente alla ricorrenza di tre condizioni¹⁶¹, da cui deriverebbe una diretta efficacia anche per i cittadini¹⁶².

In primo luogo, tali *technische Verwaltungsvorschriften* devono essere conformi ai precetti contenuti in atti sovraordinati, ed essere fondate sullo stato delle conoscenze scientifiche e dell'attuale esperienza.

In secondo luogo, esse non devono essere superate dal successivo progresso delle conoscenze tecniche e scientifiche.

In terzo luogo, il rilascio di *technische Verwaltungsvorschriften* deve essere preceduto dalla più ampia partecipazione procedimentale finalizzata ad esaurire lo stato delle attuali conoscenze scientifiche e dell'esperienza.

In presenza dei presupposti appena indicati, allora, le *technische Verwaltungsvorschriften* sono osservate dal Supremo giudice amministrativo come norme giuridiche¹⁶³.

Peraltro, tale indirizzo ha suscitato aspre critiche in dottrina, mentre il Tribunale costituzionale federale ha ancora lasciato aperta la questione della costituzionalità dell'interpretazione sostenuta dalla Suprema Corte amministrativa federale¹⁶⁴.

Sulla base del quadro giurisprudenziale delineato in questa lunga parentesi, si può cogliere la portata della disciplina della produzione del diritto e delle regole contenuta nella sezione VI del capitolo primo *UGB I*, e in particolare delle prescrizioni che autorizzano il Governo federale, sentite le cerchie degli interessati e con l'approvazione del *Bundesrat*, all'emanazione di *Verwaltungsvorschriften* di carattere generale, per l'attuazione delle disposizioni del codice e delle *Rechtsverordnungen* emanate dalla Federazione in attuazione del medesimo codice, e nel rispetto dei dettagliati criteri dettati dall'allegato 1 del codice per definire il concetto di «stato della tecnica»¹⁶⁵. Infatti, se l'indirizzo della Suprema Corte amministrativa sull'efficacia delle prescrizioni amministrative nel diritto ambientale non sarà giudicato incostituzionale¹⁶⁶, la disciplina dei §§ 46 e 47 si presta a conseguire importanti risultati in termini di certezza del diritto e di prevedibilità delle decisioni giurisdizionali aventi ad

¹⁶⁰ *BVerwGE* 55, 250.

¹⁶¹ *BVerwGE* 107, 338.

¹⁶² S. DETTERBECK, *Allgemeines Verwaltungsrecht - mit Verwaltungsprozessrecht*, cit, p. 305.

¹⁶³ *BVerwGE* 110, 216.

¹⁶⁴ S. DETTERBECK, *Allgemeines Verwaltungsrecht - mit Verwaltungsprozessrecht*, cit. Si ricorda che qualsiasi atto del potere pubblico, comprese le decisioni giurisdizionali possono essere oggetto del ricorso individuale diretto del singolo leso in un suo diritto fondamentale, come previsto dall'art. 93 *GG*.

¹⁶⁵ Questa disciplina è stata esaminata in un precedente paragrafo di questo contributo.

¹⁶⁶ Sul punto, S. DETTERBECK, *Allgemeines Verwaltungsrecht - mit Verwaltungsprozessrecht*, cit.

oggetto gli atti che concretizzano i numerosi concetti giuridici indeterminati caratteristici della legislazione ambientale.

17. La *Integrierte Vorhabengenehmigung* (autorizzazione integrata di progetto) come idea centrale nella struttura del codice ambientale.

La disciplina della *Integrierte Vorhabengenehmigung*, (autorizzazione integrata di progetto)¹⁶⁷, costituisce l'idea centrale del codice ambientale e il perno del collegamento sistematico degli ambiti normativi speciali regolati dal codice. In essa trovano concreta e simultanea realizzazione i principi ispiratori del moderno diritto ambientale sia sul piano sostanziale che su quello procedurale, secondo il disegno racchiuso nel codice.

Per realizzare il modello della tutela integrata sono state prese in considerazione alternativamente tre possibili tipologie autorizzatorie¹⁶⁸.

La prima è quella realizzata nell'ordinamento tedesco dalla vigente legislazione di attuazione delle direttive comunitarie sulla autorizzazione integrata e sulla valutazione di impatto ambientale. Si tratta del coordinamento fra la autorizzazione rilasciata secondo i presupposti della legge federale sulle immissioni, (*Bundesimmissionsschutzgesetz*)¹⁶⁹, e altri procedimenti autorizzatori, (in particolare quelli previsti dalla disciplina federale sulle acque, (*Wasserhaushaltsgesetz*)¹⁷⁰.

Un secondo (ipotetico) modello si fonda sulla previsione di un'unica autorizzazione, rilasciata da un unico ufficio, a conclusione di un unico procedimento, nel corso del quale devono essere verificati i requisiti di tutela ambientale cui è subordinato il rilascio dell'autorizzazione. Questi ultimi sono stabiliti innanzitutto, come nel diritto vigente, dalla legge sulla protezione dalle immissioni e dalla legge sulle acque. Secondo questo modello autorizzatorio alla verifica dei requisiti previsti da tali discipline, si deve successivamente aggiungere la valutazione di alcuni requisiti complementari, attraverso clausole di apertura e di ottimizzazione che consentono anche deviazioni rispetto ai requisiti

¹⁶⁷ Sul tema, C. SANGENSTEDT, *Umweltgesetzbuch und Integrierte Vorhabengenehmigung*, cit., *Id.*, *Die Integrierte Vorhabengenehmigung Diskussionspunkte aus Sicht des Bundesumweltministeriums*, nonché i contributi di C. CALLIESS, *Vorgaben für ein Umweltgesetzbuch: Europarecht*, e di W. SPOERR, *Integrierte Vorhabengenehmigung aus Sicht der Wirtschaft*, in *Das kommende Umweltgesetzbuch*, cit, rispettivamente p. 35 ss., p. 91 ss. e p. 95 ss., *Id.*, C. CALLIESS, *Integrierte Vorhabengenehmigung und Rechtsschutz im aktuellen Entwurf des UGB I*, cit.; per un'analisi puntuale si veda anche la motivazione che accompagna il *Referentenentwurf*, cit., p. 176 ss.

¹⁶⁸ Sul punto, per una sintesi delle tre alternative, C. SANGENSTEDT, *Umweltgesetzbuch und Integrierte Vorhabengenehmigung*, cit.

¹⁶⁹ *Gesetz zum Schutz vor schädlichen Umwelteinwirkungen durch Luftverunreinigungen, Geräusche, Erschütterungen und ähnliche Vorgänge (Bundes-Immissionsschutzgesetz - BImSchG)*, del 15.03.1974, successivamente modificata, pubblicata nella nuova versione in *BGBI* 2002, I, 3830, da ultimo modificata attraverso l'art. 1 della legge 23 ottobre 2007, in *BGBI*, I, 2470.

¹⁷⁰ *Gesetz zur Ordnung des Wasserhaushalts (Wasserhaushaltsgesetz - WHG)*, Nichtamtliches Inhaltsverzeichnis, del 27 luglio 1957, successivamente modificata e pubblicata nella nuova versione del 19 agosto 2002, in *BGBI*, I, 3245), da ultimo modificata dall'art. 2 della legge del 10 maggio 2007, in *BGBI*, I, 666.

stabiliti dalle discipline settoriali, quando una considerazione globale degli effetti del progetto conduce ad un innalzamento del livello di tutela.

Infine, un terzo modello fonda il carattere integrato dell'autorizzazione non soltanto sull'unicità dell'ufficio competente e sulla concentrazione procedimentale, ma anche sulla concentrazione della fattispecie autorizzatoria, che è concepita come «trasversale», (*übergreifend*), secondo i fini della tutela integrata.

Quest'ultima è la soluzione scelta, come vedremo, dal nuovo progetto di codice, e corrisponde essenzialmente a quella ideata dal precedente progetto dalla Commissione indipendente di esperti¹⁷¹.

La formale provenienza dell'autorizzazione da un solo ufficio non è considerata sufficiente per assicurare la tutela integrata.

A tal fine si è ritenuto necessario conformare secondo gli scopi della tutela integrata anche il parametro sostanziale di esame e di decisione dell'ufficio competente al rilascio dell'autorizzazione, nonché il parametro per il successivo monitoraggio.

La nuova fattispecie autorizzatoria raccoglie tutti i requisiti rilevanti per la decisione fino ad oggi contenuti in leggi separate, riunificate attraverso la codificazione sul piano strutturale, sistematico e concettuale¹⁷².

La diretta conformazione secondo i fini della tutela integrata dei presupposti della fattispecie autorizzatoria trova la sua più compiuta espressione, come vedremo, nella definizione di alcuni doveri fondamentali comuni, ai quali si aggiungono, di volta in volta in relazione ai singoli beni ambientali, gli specifici requisiti prescritti dai libri speciali del codice, e dalla legge sulla tutela del suolo, che, come anticipato, sarà inserita nel codice nella prossima legislatura¹⁷³.

Questo modello consente fin dall'inizio una valutazione complessiva degli effetti del progetto dal punto di vista sostanziale rispetto a tutti i beni ambientali, ciò che agevola l'integrazione della tutela rispetto al modello del coordinamento fra successivi esami e valutazioni.

La prescelta conformazione della fattispecie autorizzatoria, inoltre, soddisfa le esigenze di armonizzazione e semplificazione normativa della codificazione perché unifica i requisiti prima contenuti in leggi settoriali costruite secondo modelli regolativi differenti.

A ciò si aggiungono importanti effetti di semplificazione amministrativa derivanti dalla riunificazione della disciplina procedimentale, e di deburocratizzazione, rispetto ai quali la disciplina della autorizzazione integrata di progetto ha un rilievo decisivo dato che essa investe il nucleo centrale del diritto amministrativo dell'ambiente.

¹⁷¹ Si tratta del progetto noto come *Umweltgesetzbuch (UGB-KomE) – Entwurf der Unabhängigen Sachverständigenkommission zum Umweltgesetzbuch beim Bundesministerium für Umwelt, Naturschutz und Reaktorsicherheit*, cit.

¹⁷² Sul punto, C. SANGENSTEDT, *Umweltgesetzbuch und Integrierte Vorhabengenehmigung*, cit., p. 504 ss.

¹⁷³ *Gesetz zum Schutz vor schädlichen Bodenveränderungen und zur Sanierung von Altlasten Bundes-Bodenschutzgesetz - BBodSchG*, del 17 marzo 1998, in *BGBI*, I, 502, da ultimo modificata dall'art. 3 della legge 9 dicembre 2004, in *BGBI*, I, 3214.

Premesso questo quadro generale, conviene ora esaminare la disciplina relativa alla *Integrierte Vorhabengenehmigung* per cogliere come in concreto è realizzato il collegamento sistematico dei diversi ambiti normativi del diritto ambientale progettato dal codice.

17.1.L'ambito di applicazione della *Integrierte Vorhabengenehmigung* e il suo rapporto con la valutazione di impatto ambientale.

Necessitano di *Integrierte Vorhabengenehmigung* i progetti e le discariche, (qualificabili come tali secondo le definizioni previste dal § 48), che hanno una particolare rilevanza per l'ambiente o per il territorio, e per i quali è necessaria una verifica estesa a tutti i beni ambientali.

Il § 49 *UGB I* stabilisce i criteri generali e astratti sulla cui base il Governo federale attraverso *Rechtsverordnung*, previa audizione delle cerchie degli interessati, e con l'approvazione del *Bundesrat*, individua tassativamente e con efficacia costitutiva i progetti bisognosi di autorizzazione integrata¹⁷⁴.

Il progetto di *Rechtsverordnung* è stato già predisposto contestualmente al progetto di codice. Si tratta del *Verordnung über Vorhaben nach dem Umweltgesetzbuch (VorhabenV)*, che riunifica la disciplina prima contenuta in tre separati regolamenti¹⁷⁵.

Il *VorhabenV* detta alcune disposizioni di ordine generale, definizioni, prescrizioni di dettaglio, e contiene una tabella dove sono indicati gli impianti soggetti ad autorizzazione integrata. Esso precisa quali progetti necessitano anche di v.i.a. o di verifica preliminare, e, per ciascuno di essi indica se appartiene al sistema europeo di commercio delle emissioni, nonché quale delle due varianti procedurali previste per l'autorizzazione integrata esso deve seguire, e se sia necessaria o meno la partecipazione del pubblico a tale procedura.

Il Governo federale deve tenere conto di un dettagliato elenco di criteri contenuto nell'allegato 7 al libro primo del codice, per l'individuazione dei progetti che necessitano di v.i.a. ovvero di verifica preliminare, in relazione alle caratteristiche del progetto, alla sua collocazione e alle caratteristiche degli effetti che esso può produrre.

Il § 49 *UGB I* distingue tre categorie di progetti per i quali è necessaria l'autorizzazione integrata.

La prima categoria comprende i progetti che hanno un notevole potenziale di pericolo per l'uomo o per l'ambiente. Si tratta dei progetti che per le loro caratteristiche, o per le relative attività possono cagionare modifiche ambientali dannose, nel senso definito dal § 4 n. 6, o altri pericoli, o notevoli pregiudizi o recare disturbo alla generalità o al vicinato, (§ 49, primo comma, n.1). Attraverso il riferimento alla «generalità», è chiarito che i beni ambientali sono tutelati anche per il loro valore in sé¹⁷⁶.

Una seconda categoria comprende i progetti che possono avere significativi effetti sull'ambiente, nel senso indicato dal § 4 n. 8, (comprensivo anche degli effetti sul paesaggio), a causa della loro tipologia, dimensione o

¹⁷⁴ Cfr. la motivazione *Referentenentwurf*, cit., p. 29.

¹⁷⁵ Il *VorhabenV* è reperibile sul sito del Ministero federale dell'Ambiente tedesco.

¹⁷⁶ Cfr. la motivazione *Referentenentwurf*, cit., p. 176.

collocazione, e per i quali è prescritta la valutazione di impatto ambientale, oppure una verifica preliminare di assoggettabilità nel caso singolo.

In questi casi il procedimento per l'autorizzazione integrata rappresenta anche il procedimento guida per la v.i.a.¹⁷⁷.

In particolare, il § 78 *UGB I* precisa che la v.i.a. costituisce in tali casi una fase non autonoma del procedimento amministrativo per il rilascio dell'autorizzazione integrata.

Le norme che disciplinano la v.i.a. sono contenute nei §§ 78-83 *UGB I*, collocati nel capitolo secondo relativo alla autorizzazione integrata di progetto.

La terza categoria riguarda le discariche e gli impianti fissi di smaltimento, stoccaggio o trattamento dei rifiuti.

Dei progetti che possiedono le caratteristiche previste dal comma primo del § 49, sono soggetti ad autorizzazione integrata soltanto quelli che appartengono ai settori centrali del diritto ambientale.

Una delimitazione a tal fine scaturisce dalla definizione di progetto prevista dal § 48, (che comprende, ad esempio gli impianti industriali di trattamento delle acque e le discariche).

Altri progetti sono espressamente esclusi, ad esempio quelli soggetti alla disciplina della legge sull'energia atomica, *Atomgesetz*¹⁷⁸.

Sono esclusi anche i progetti che non riguardano un'attività imprenditoriale, poiché per la loro disciplina, come vedremo, la Federazione non dispone di competenza legislativa.

17.2.I doveri fondamentali.

I doveri fondamentali cui è subordinata la *Integrierte Vorhabengenehmigung* che, come vedremo, è prevista dai §§ 50 e 51 in due varianti, la *Genehmigung* e la *planerische Genehmigung*, cioè l'autorizzazione e l'autorizzazione pianificatoria, sono definiti in via generale dal § 52.

In particolare, il § 52, ricalcando lo schema dei precedenti progetti tedeschi di codice ambientale, nonché del diritto tedesco sulla protezione dalle immissioni¹⁷⁹, e poi tenuto conto della direttiva comunitaria 96/61/CE sulla prevenzione e riduzione integrata dell'inquinamento, stabilisce quali doveri fondamentali devono essere osservati in relazione all'esecuzione ed estinzione dei progetti oggetto di autorizzazione integrata, quindi, secondo una concezione dinamica, che ha riguardo non soltanto al momento del rilascio della autorizzazione, ma a tutta la vita dei progetti, compresa la loro estinzione¹⁸⁰.

Si tratta dei seguenti doveri:

¹⁷⁷ Così nella motivazione del progetto cit., p. 27.

¹⁷⁸ *Gesetz über die friedliche Verwendung der Kernenergie und den Schutz gegen ihre Gefahren (Atomgesetz) (AtG)* del 23 dicembre 1959, pubblicata nella versione modificata il 15 luglio 1985, *BGBI I*, 1565, da ultimo modificata attraverso l'art. 4 della legge 26 febbraio 2008, *BGBI I*, 215.

¹⁷⁹ C. CALLIESS, *Integrierte Vorhabengenehmigung und Rechtsschutz im aktuellen Entwurf des UGB I*, cit., p. 345.

¹⁸⁰ Sul punto si veda la motivazione del *Referentenentwurf*, cit.

-protezione rispetto a modifiche ambientali dannose e di difesa da altri pericoli, notevoli pregiudizi e notevoli molestie per la generalità e il vicinato;

-precauzione rispetto a modifiche ambientali dannose e altri rischi, secondo le misure corrispondenti allo stato della tecnica;

-dovere di evitare la produzione di rifiuti, di riciclare quelli inevitabili, di smaltire senza danni per il bene comune quelli non riciclabili, con la precisazione che «i rifiuti non devono essere evitati nella misura in cui ciò non è tecnicamente possibile o ragionevole, evitare i rifiuti è inammissibile nella misura in cui conduce a effetti ambientali pregiudizievoli così come il loro recupero»;

-dovere di impiegare con parsimonia l'acqua;

-dovere di efficienza energetica.

Il riferimento al concetto di modifiche ambientali dannose realizza il disegno di tutela integrata, dato che, come già visto, esso è concepito secondo una concezione unitaria del bene ambiente, e comprende una verifica rispetto a ciascun bene ambientale effettuata rispetto alle varie fonti di inquinamento, che comportano modificazioni dell'aria, dell'acqua e delle funzioni del suolo, compresi scuotimenti, rumori, luci, calore, radiazioni.

Oltre ai doveri fondamentali, devono essere rispettati gli altri requisiti posti dalla disciplina settoriale, già inglobata nel codice soltanto in parte. Per gli ambiti normativi non ancora codificati vale la legislazione vigente.

Il § 52, terzo comma, precisa che il dovere fondamentale di precauzione sancito dal § 52, primo comma, n. 2, per gli impianti che partecipano al sistema comunitario di commercio di emissioni, e che sono oggetto del libro quinto del codice, è disciplinato esclusivamente dal libro quinto, *UGB V*. Inoltre, per i medesimi impianti le limitazioni di emissione di CO₂ sono ammissibili solo nei limiti in cui si debba assicurare che nell'ambito degli effetti prodotti dal progetto non sono provocate modificazioni ambientali dannose, ciò al fine di adempiere al dovere di protezione sancito, invece, dal n. 1 del § 52, primo comma.

Il § 53, primo comma, prevede che il Governo federale con *Rechtsverordnung* sentita la cerchia degli interessati, e con l'approvazione del *Bundesrat*, stabilisce le norme di attuazione in relazione agli specifici oggetti indicati nel dettaglio dalla medesima disposizione.

In particolare, questa *Rechtsverordnung* contiene l'indicazione dei requisiti prescritti per l'adempimento dei doveri fondamentali in relazione alla realizzazione dei progetti, alle caratteristiche degli impianti, allo stato successivo alla sospensione della loro attività, e alla sorveglianza personale del titolare sul rispetto dei doveri fondamentali. Si tratta dei requisiti tecnici di conformità, dei limiti di emissione non superabili, dei requisiti relativi al consumo energetico, dei rilevamenti che il titolare del progetto deve eseguire in relazione alla misurazione delle emissioni e alle modificazioni ambientali, delle verifiche di sicurezza tecnica che il titolare del progetto è tenuto a fare eseguire durante il funzionamento.

Il § 53, secondo comma, prevede che in una *Rechtsverordnung* emanata dal Governo federale, sentita la cerchia degli interessati, e con l'approvazione del *Bundesrat*, può essere stabilito in che misura dopo la scadenza di determinati termini transitori, devono essere adempiuti i requisiti fissati per precauzione contro modificazioni ambientali dannose, se al momento dell'entrata in vigore della *Rechtsverordnung* sono previsti requisiti inferiori in una decisione

amministrativa, ovvero in una disposizione di un *Land*. Nella determinazione dei termini transitori e dei requisiti da osservare, sono da prendere in considerazione il tipo, la quantità e la pericolosità delle emissioni, nonché il periodo di utilizzazione e le caratteristiche tecniche del progetto.

Il § 54 subordina il rilascio dell'autorizzazione all'assicurazione che siano rispettati i doveri fondamentali previsti secondo criteri generali e astratti dal codice e concretizzati attraverso la *Rechtsverordnung* governativa.

Resta da precisare che il ricorso alla *Rechtsverordnung*, che come già detto, è una disciplina rilasciata dall'Esecutivo, avente carattere generale e astratto, è giustificato per l'esigenza di disporre di un procedimento normativo idoneo al rapido aggiornamento alle sopravvenute esigenze. Per completare il quadro conviene anche delinearne sinteticamente il regime giuridico¹⁸¹.

Innanzitutto la *Rechtsverordnung* deve rispettare la disciplina legislativa che ne costituisce il fondamento, secondo quanto previsto dall'art. 80 *GG*.

In secondo luogo, l'Esecutivo, nell'esercizio della discrezionalità che gli compete in relazione all'emanazione di *Rechtsverordnungen* non deve oltrepassare i limiti stabiliti dalla legge alla sua discrezionalità, e, naturalmente, deve osservare la Costituzione.

Secondo la giurisprudenza del Tribunale costituzionale federale, peraltro, la dogmatica elaborata per il controllo giurisdizionale sull'esercizio della discrezionalità amministrativa non può essere trasposta automaticamente al controllo di norme sub-legislative.

Il fondamento di questo orientamento è costituito dalla constatazione che si tratta di situazioni strutturalmente differenti, nel senso che la discrezionalità amministrativa è diretta a stabilire la regola del caso singolo, mentre la discrezionalità relativa all'emanazione delle norme sub-legislative è diretta a stabilire regole generali e astratte, nonché dalla considerazione che per la valutazione della conformità di delle leggi e delle fonti sub-legislative è decisivo il significato oggettivo nel contenuto della disposizione, non la volontà soggettiva del legislatore.

Le *Rechtsverordnungen* federali sono suscettibili di un controllo giurisdizionale incidentale, ad esempio in occasione dell'impugnazione di un atto amministrativo fondato su di esse.

Un recente e controverso indirizzo giurisprudenziale ammette, tuttavia, anche una tutela giurisdizionale diretta contro le *Rechtsverordnungen*, attraverso un'azione atipica di accertamento, diretta ad accertare che la *Rechtsverordnung* colpisce il cittadino in un suo diritto soggettivo, in particolare nel fondamentale diritto di eguaglianza¹⁸².

17.3. Le due varianti di *Integrierte Vorhabengenehmigung* (autorizzazione integrata).

¹⁸¹ Per un quadro sintetico sul regime giuridico delle *Rechtsverordnungen*, con riferimenti anche alla giurisprudenza costituzionale, S. DETTERBECK, *Allgemeines Verwaltungsrecht - mit Verwaltungsprozessrecht*, cit., p. 285 ss.

¹⁸² S. DETTERBECK, *Allgemeines Verwaltungsrecht - mit Verwaltungsprozessrecht*, cit., p. 522 ss.

Il § 50 *UGB I* prevede l'autorizzazione integrata di progetto in due varianti, rispettivamente la *Genehmigung*, (autorizzazione), e la *planerische Genehmigung*, (autorizzazione pianificatoria).

La *Genehmigung* riguarda i progetti per i quali la minimizzazione delle modificazioni ambientali dipende essenzialmente dall'impiego di accorgimenti tecnici¹⁸³.

In particolare, secondo il § 50, primo comma, n. 1, essa è necessaria per i progetti che prevedono la creazione e gestione di impianti, (tali secondo la definizione prevista dal § 48), nonché, secondo il § 50, primo comma, n. 2, per l'impiego di acque, nei limiti in cui quest'attività non ricada di per sé nell'ambito di applicazione del § 50, secondo comma, n. 1.

La *planerische Genehmigung*, (autorizzazione pianificatoria), secondo il § 50, terzo comma, è necessaria per determinati progetti particolarmente significativi per il territorio, aventi un particolare impatto sulla natura e sul paesaggio: la costruzione e la gestione di discariche, la costruzione e la gestione di impianti di conduttura e di depositi artificiali di acque, per le dighe, e per gli impianti relativi alle acque previsti dal § 50, terzo comma, n. 3.

17.4. La *Genehmigung* (autorizzazione): caratteristiche, poteri dell'amministrazione; effetti giuridici.

La *Genehmigung*¹⁸⁴ è in linea di principio una decisione vincolata.

Secondo quanto espressamente previsto dal § 54 «Presupposti dell'autorizzazione; discrezionalità gestionale», se è assicurato il rispetto dei doveri fondamentali stabiliti dal § 52, e concretizzati dalla *Rechtsverordnung* emanata ai sensi del § 53, e se il progetto non contrasta con altri requisiti stabiliti dal codice ambientale, né con altre disposizioni di diritto pubblico, (in particolare con l'interesse alla tutela dei lavoratori), l'autorizzazione deve essere rilasciata.

Tuttavia, l'autorizzazione dei progetti che hanno per oggetto l'utilizzazione di acqua è subordinata anche a una valutazione discrezionale dell'amministrazione, oltre al previo accertamento dei requisiti generalmente richiesti, secondo quanto già previsto dal diritto vigente.

Il potere discrezionale dell'amministrazione è specificamente correlato dal § 54, ai profili relativi alla gestione delle acque, perché esso è giustificato dalle peculiari esigenze di questo settore, che richiedono requisiti ulteriori rispetto ai doveri fondamentali previsti dal § 52, e dalle altre disposizioni sopra indicate.

Si tratta di un potere espressamente qualificato dal § 54, secondo comma, come *pflichtgemäße Ermessen*¹⁸⁵, letteralmente «discrezionalità secondo i doveri», soltanto per indicare che non si tratta di un potere arbitrario, ma di un potere appunto discrezionale che, come espressamente disposto in via generale dal § 40 della legge sul procedimento amministrativo,

¹⁸³ Cfr. la motivazione del *Referentenentwurf*, cit., p. 180

¹⁸⁴ Sul punto, ampiamente la motivazione del *Referentenentwurf*, cit., p. 186 ss.

¹⁸⁵ Sul concetto di *pflichtgemäße Ermessen*, S. DETTERBECK, *Allgemeines Verwaltungsrecht - mit Verwaltungsprozessrecht*, cit., p. 111.

(*Verwaltungsverfahrensgesetz*)¹⁸⁶, deve rispettare i limiti stabiliti dalla legge, e naturalmente, deve essere esercitato in conformità dello scopo per il quale esso è attribuito.

I criteri per l'esercizio di questo potere discrezionale sono stabiliti nel libro II relativo alle acque, e soprattutto nel § 6 del medesimo libro, dedicato ai principi generali in materia.

Con riferimento ai progetti relativi all'impiego di acque a fronte del potere discrezionale riconosciuto all'ufficio spetta, quindi, all'istante soltanto la pretesa a un esercizio del potere conforme ai parametri stabiliti dal *UGB II*. Negli stessi casi, l'ufficio può ritenere necessaria una modificazione del progetto.

Il § 54, terzo comma, prescrive, inoltre, che nel rilascio della autorizzazione in presenza dei presupposti previsti dai §§ 52 e 53, ed eventualmente nell'esercizio del potere discrezionale sopra ricordato, si deve tenere conto anche dei risultati acquisiti attraverso la v.i.a., quando prescritta, al fine di assicurare una efficace tutela precauzionale.

Il § 55 contempla la possibilità di una decisione preliminare dell'amministrazione, su istanza dell'interessato e in presenza di un giustificato interesse, su singoli presupposti dell'autorizzazione, nonché la possibilità di una autorizzazione parziale se, in base a un esame provvisorio, non risultano motivi che impedirebbero la completa realizzazione del progetto.

Per completare il quadro dei poteri amministrativi relativi alla *Genehmigung* è opportuno ricordare che il § 57 contempla la possibilità di introdurre condizioni e direttive rispetto ai progetti oggetto dell'autorizzazione integrata, nei limiti in cui ciò sia necessario in relazione all'adempimento dei relativi presupposti, ovvero ciò sia conforme allo scopo per il quale, limitatamente ai progetti sopra indicati, è attribuito all'amministrazione un potere discrezionale.

Il § 57 precisa che per gli impianti che prevedono l'impiego di acque può essere imposta una garanzia nei limiti in cui essa sia necessaria per assicurare l'adempimento delle direttive e obblighi correlati alla autorizzazione. Una garanzia può essere chiesta anche per gli impianti di smaltimento dei rifiuti, al fine di assicurare il rispetto dei doveri fondamentali contemplati dal § 52.

Gli effetti giuridici della *Genehmigung* sono stabiliti dal § 58 sia con riferimento al profilo della concentrazione procedimentale, sia rispetto alle pretese di protezione che possono essere avanzate rispetto al progetto.

La *Genehmigung* consegue notevoli risultati in termini di semplificazione amministrativa.

Il § 58 stabilisce che la *Genehmigung* include altre decisioni dell'ufficio relative al progetto, in particolare autorizzazioni di diritto pubblico, permessi (*Zulassungen*), concessioni (*Verleihungen*), con l'eccezione di autorizzazioni pianificatorie per le quali sia prescritta la partecipazione del pubblico, l'eccezione della predisposizione di piani, e dei permessi relativi a piani aziendali di diritto minerario, nonché delle decisioni relative al diritto atomico.

¹⁸⁶ *Verwaltungsverfahrensgesetz*, VwVfG del 25 maggio 1976, pubblicata nella versione del 23 gennaio 2003, in *BGBI*, I, 102, da ultimo modificata attraverso l'art. 4, ottavo comma, della legge 5 maggio 2004, in *BGBI*, I, 718.

Come precisato nella motivazione del progetto¹⁸⁷, la autorizzazione ha una piena efficacia di integrazione, nel senso che essa vale per tutte le modifiche ambientali che scaturiscono dal progetto, grazie alla concentrazione delle autorizzazioni prima necessarie.

Nella misura in cui siano incluse altre decisioni amministrative nella *Genehmigung*, così ad esempio, la concessione edilizia, nulla è modificato riguardo ai presupposti e al contenuto regolativo di tale provvedimento, cosicché le modificazioni del progetto che riguardano soltanto tali aspetti non richiederanno un'autorizzazione integrata, bensì saranno decise di volta in volta nei rispettivi procedimenti.

Rispetto alle pretese di protezione di diritto privato, il § 58 stabilisce che contro gli effetti pregiudizievoli provenienti da un fondo su un fondo vicino, o derivanti dall'impiego di acque, non può essere pretesa la sospensione dell'esecuzione di un'autorizzazione divenuta inoppugnabile, ma soltanto l'adozione di accorgimenti per evitare tali effetti.

Se ciò non è possibile tenuto conto dello stadio della tecnica, o se ciò non è economicamente esigibile, può essere preteso soltanto il risarcimento del danno, salvo che si tratti di pretese fondate su un contratto, su un atto di ultima volontà o su diritti reali sul fondo.

Il § 59 disciplina l'estinzione dell'autorizzazione integrata, prevedendone alcune cause, e lascia impregiudicate le disposizioni che la prevedono per altri motivi¹⁸⁸. Si tratta, in particolare del mancato inizio dell'esecuzione del progetto nel termine previsto; della sua mancata esecuzione per un periodo di più tre anni e dell'annullamento dell'autorizzazione.

Su istanza, e per gravi ragioni, i termini appena ricordati possono essere prorogati purché ciò non contrasti con lo scopo della legge.

Infine, una disciplina dettagliata è prevista in relazione alle modifiche dei progetti dai §§ 60-61.

17.5. La *Planerische Genehmigung*, (autorizzazione pianificatoria): caratteristiche; poteri dell'amministrazione; effetti giuridici.

La seconda variante di autorizzazione integrata, denominata *Planerische Genehmigung*, (autorizzazione pianificatoria), è prescritta con riferimento ai progetti rilevanti per l'assetto del territorio, aventi un notevole impatto sulla natura e sul paesaggio, (ad esempio le discariche e le dighe)¹⁸⁹.

Il codice disciplina questa tipologia di autorizzazione integrata nella sezione terza del capitolo secondo, *UGBI*.

La sezione è articolata in tre sottosezioni: la prima, §§ 63-70 a, contiene alcune disposizioni comuni, la seconda, §§ 71-74 una disciplina speciale per le discariche; la terza una disciplina speciale per altri impianti particolari, ad esempio le dighe.

¹⁸⁷ Cfr. motivazione del *Referentenentwurf*, cit., p. 191 ss.

¹⁸⁸ Cfr. la motivazione del *Referentenentwurf*, cit., p. 192 ss.

¹⁸⁹ Sulla *Planerische Genehmigung*, cfr. la motivazione del *Referentenentwurf*, cit., p. 194

L'autorizzazione di questi progetti è subordinata oltre che alla verifica degli specifici requisiti di tutela ambientale, ad una decisione di contemperamento fra contrapposti interessi, per la quale è prevista una clausola di bilanciamento che completa la fattispecie autorizzatoria. Tale clausola si rende necessaria data la notevole incidenza di questi progetti sugli interessi pubblici afferenti al territorio, che non di rado legittimano una significativa compressione dei diritti di terzi, ad esempio l'espropriazione.

La previsione di una fase di valutazione preordinata al bilanciamento di interessi, è la caratteristica che distingue la *planerische Genehmigung* dalla *Genehmigung*. Il fondamento di una peculiare disciplina di questa variante, infatti, risiede nella circostanza che di regola questo contemperamento è possibile solo in sede di pianificazione.

Il potere amministrativo in sede di pianificazione si caratterizza proprio per la discrezionalità decisoria che compete all'amministrazione indipendentemente da una espressa attribuzione legislativa, tanto che in dottrina si propone la autonoma qualificazione di *Planungsermessen*, «discrezionalità pianificatoria», come categoria distinta dalla discrezionalità amministrativa, *Verwaltungsermessen*¹⁹⁰. La medesima qualificazione del potere decisorio dell'amministrazione relativo all'autorizzazione pianificatoria come *Planungsermessen*, è richiamata anche nella motivazione del progetto di codice¹⁹¹.

Per comprendere il significato di questa precisazione conviene ricordare che nell'ordinamento tedesco è controverso se per questo potere valgano i limiti previsti dal già ricordato § 40 *VerwVG* relativo al sindacato sui provvedimenti discrezionali, e il corrispondente controllo giurisdizionale previsto dal § 114 *VwGO*, nonché i relativi principi.

In ogni caso, resta fermo che tale potere non può neppure ritenersi libero o arbitrario, ma è soggetto a limiti, a partire dai vincoli discendenti dalle disposizioni costituzionali¹⁹².

La Suprema Corte amministrativa federale ha elaborato una complessa dogmatica relativa al suo controllo giurisdizionale incentrata sull'errore nel contemperamento, *Abwägungsfehler*. Ne costituiscono espressione i seguenti criteri:

- il contemperamento è illegittimo se esso è mancato, *Abwägungsausfall*;
- il contemperamento è illegittimo se non sono stati inclusi tutti gli interessi rilevanti, e, quindi, se esso è deficitario, *Abwägungsdefizit*;
- il contemperamento è illegittimo se il significato di singoli interessi è stato apertamente disconosciuto, quindi se la valutazione è erronea, *Abwägungsfehleinschätzung*;

¹⁹⁰ Per una prima informazione, S. DETTERBECK, *Allgemeines Verwaltungsrecht - mit Verwaltungsprozessrecht*, p. 127 ss.; più ampiamente sul tema, J. BADER, *Die Heilung von Verfahrens- und Formfehlern im verwaltungsgerichtlichen Verfahren*, in *NVwZ*, 1998, p. 674; A. VOBKUHLE, *Grundwissen – Öffentliches Recht: Entscheidungsspielräume der Verwaltung (Ermessen, Beurteilungsspielraum, planerische Gestaltungsfreiheit)*, in *Jus*, 2008, p. 117 ss.

¹⁹¹ Cfr. la motivazione del progetto, p. 195.

¹⁹² A. VOBKUHLE, *Grundwissen – Öffentliches Recht: Entscheidungsspielräume der Verwaltung (Ermessen, Beurteilungsspielraum, planerische Gestaltungsfreiheit)*, cit., p. 119.

- il contemperamento fra interessi colpiti dal provvedimento è illegittimo se esso non si raccorda alla loro rispettiva rilevanza oggettiva, *Abwägungsdisproportionalität*.

Resta da precisare che secondo la giurisprudenza amministrativa grava sul ricorrente l'onere di provare che senza l'errore nel contemperamento l'amministrazione avrebbe deciso diversamente¹⁹³.

Delineata sinteticamente la natura di questo potere, si può procedere con l'esame della *Planerische Genehmigung*.

Il § 63 dispone che l'autorizzazione pianificatoria è rilasciata in presenza dei presupposti previsti dal § 54, primo comma, cioè se sono adempiuti i doveri fondamentali, se sono osservate le altre disposizioni previste dal codice e le altre prescrizioni previste.

Oltre a ciò, il progetto non deve essere in contrasto con prevalenti interessi pubblici o privati. Pertanto, questi ultimi devono essere individuati, acquisiti, valutati e reciprocamente contemperati.

La formulazione letterale della disposizione è finalizzata ad evidenziare che il riscontro dei presupposti previsti dal § 54 equivale a quello operato in relazione all'altra variante di autorizzazione integrata, cioè la *Genehmigung*, cosicché è omogeneo il livello di tutela perseguito nelle due varianti.

Ad essa poi si aggiunge il contemperamento di interessi.

Ne consegue che gli interessi già «lavorati»¹⁹⁴ nel riscontro dei presupposti previsti dal § 54 non sono di nuovo presi in considerazione nella fase di contemperamento che segue alla prima.

Il § 64 disciplina l'ipotesi di una autorizzazione «segmentata».

Il § 65 riconosce l'ammissibilità di prescrizioni complementari all'autorizzazione pianificatoria nella misura in cui esse siano necessarie o conformi allo scopo di evitare effetti pregiudizievoli ad interessi pubblici o privati. La medesima disposizione pone a carico del titolare l'adozione degli accorgimenti necessari ad evitare effetti pregiudizievoli a diritti o al bene comune. Altrimenti, il soggetto che ne è colpito ha diritto a un indennizzo in denaro.

In corrispondenza di interessi pubblici, come anticipato, la *planerische Genehmigung* può condurre anche al superamento di interessi contrastanti, compresi i diritti dei terzi, inclusa l'espropriazione nel caso in cui il progetto sia nell'interesse della collettività e l'espropriazione sia necessaria per la sua realizzazione, (cfr. § 66).

Gli effetti di concentrazione della *planerische Genehmigung* sono quindi maggiori rispetto a quelli della *Genehmigung*.

Il § 67 disciplina la possibilità di un anticipato avvio del progetto e la estinzione della autorizzazione pianificatoria.

L'estinzione è prevista per il caso in cui l'esecuzione del progetto non abbia avuto luogo entro cinque anni da quando essa è divenuta inoppugnabile, qualora, su istanza, non sia stata concessa una proroga. Sulla proroga dei termini il § 67 rinvia per quanto non disposto, alla disciplina del § 59, comma primo, nn.

¹⁹³ Cfr. S. DETTERBECK, *Allgemeines Verwaltungsrecht - mit Verwaltungsprozessrecht*, p. 115.

¹⁹⁴ Così, testualmente, la motivazione del *Referentenentwurf*, cit., p. 195 ss.

2 e 3, e secondo comma, frase seconda, già esaminato con riferimento alla *Genehmigung*.

Il § 68 disciplina la modifica dei progetti.

Il § 70a rinvia per quanto non disposto dalle disposizioni di questa sezione del codice, alle disposizioni della legge sul procedimento amministrativo relative alla formazione e alla deliberazione dei piani.

In particolare, il rinvio è da intendersi al § 75, relativo agli effetti giuridici del piano e al § 77 relativo all'annullamento del provvedimento di deliberazione del piano¹⁹⁵.

17.6. La v.i.a. come parte non autonoma del procedimento per l'autorizzazione integrata di progetto: cenni.

La sezione quarta *UGB I* (§§ 78-83), disciplina il procedimento di valutazione di impatto ambientale, che ai sensi del § 78 costituisce parte non autonoma del procedimento per l'autorizzazione integrata di progetto.

Il § 78 definisce il concetto di v.i.a., e dispone che per il relativo procedimento è sempre obbligatoria la partecipazione del pubblico.

La medesima disposizione precisa che nell'ambito del procedimento per la autorizzazione integrata si procede a v.i.a. sia per i progetti per i quali essa è obbligatoria, sia in relazione a quelli per i quali la necessità di una v.i.a. dipende da una verifica preliminare nel caso singolo.

Inoltre, il § 78 stabilisce che nel procedimento per la autorizzazione integrata, la v.i.a. ha per oggetto soltanto gli effetti ambientali che devono essere presi in considerazione per la autorizzazione integrata di progetto, cioè per quelli che costituiscono la fattispecie autorizzatoria, in particolare gli effetti ambientali rilevanti secondo i §§ 54 e 63, sopra esaminati¹⁹⁶.

Il § 78, secondo comma, chiarisce che appartengono agli effetti ambientali del progetto oggetto di v.i.a. o verifica preliminare di assoggettabilità, anche i carichi ambientali pregressi, *Vorbelastungen*. Per carichi pregressi si intendono gli effetti ambientali prodotti da altri progetti nel medesimo campo di efficacia, ma nel caso di modifica di un progetto, anche gli effetti del progetto da modificare.

Il § 79 disciplina l'accertamento dell'obbligo di v.i.a.

Il § 80 disciplina la v.i.a. relativa ai progetti nuovi.

Il § 81 disciplina la v.i.a. con riferimento alla modificazione di progetti.

Il § 82 riguarda il cumulo di progetti, ma nella versione del progetto di codice approvata nel maggio 2008, il testo della disposizione non è ancora disponibile.

Il § 83 stabilisce alcune eccezioni all'obbligo di v.i.a.

17.7. Il procedimento amministrativo per la *Integrierte Vorhabengenehmigung* (autorizzazione integrata di progetto).

La sezione quinta del capitolo secondo, *UGB I*, §§ 84-118, disciplina il procedimento amministrativo in modo corrispondente per la *Genehmigung* e per

¹⁹⁵ Cfr. la motivazione del *Referentenentwurf*, cit., p. 206 ss.

¹⁹⁶ Cfr. motivazione del *Referentenentwurf*, cit., p. 214.

la *planerische Genehmigung*, salvi gli adattamenti necessari in relazione alle particolarità di quest'ultima.

Si consegue con ciò una notevole semplificazione anche sul piano normativo perché è unificata la disciplina del procedimento prima contenuta a livello federale nella legge federale sulla protezione dalle immissioni, (*Bundesimmissionsschutzgesetz*), nel relativo regolamento, nella legge sul procedimento amministrativo, (*Verwaltungsverfahrensgesetz*) e nella legge sulla v.i.a., (*Gesetz über die Umweltverträglichkeitsprüfung*)¹⁹⁷, nonché in varie normative dei *Länder*.

Tenuto conto del grado di rilevanza ambientale dei progetti, sono previste due varianti procedurali: un procedimento formale con partecipazione del pubblico, necessario per i progetti soggetti a v.i.a., e un procedimento semplificato, senza partecipazione del pubblico, per i progetti che hanno una minore rilevanza ambientale, per i quali sulla base di una verifica preliminare non è necessaria la v.i.a.

I §§ 84-88 disciplinano la fase della presentazione dell'istanza per l'autorizzazione.

In particolare il § 84 comprende in un'unica disposizione il c.d. *scoping*, già previsto dalla disciplina relativa alla v.i.a., e la *Antragsberatung*, consultazione sull'istanza, un istituto già previsto dalla legge sulle immissioni, che nella prassi si è rivelato particolarmente efficace per il corretto svolgimento del procedimento autorizzatorio.

La consultazione, *Beratung*, comprende tutte le questioni più rilevanti per un sollecito e corretto svolgimento del procedimento, ad esempio la documentazione necessaria, i tempi del procedimento, la richiesta di consulenze tecniche, la possibilità di un «volontario procedimento di dialogo con l'opinione pubblica», *freiwillig Dialogverfahren*, la possibilità di semplificazione e di alleggerimento del procedimento in particolare attraverso l'eventualità che l'ufficio competente per l'autorizzazione, su proposta o con l'adesione dell'istante, e a spese di quest'ultimo, si serva di una persona incaricata del *management* del progetto.

Per i progetti certificati EMAS, l'ufficio comunica al titolare del progetto se, e in che misura, è possibile la sostituzione della documentazione generalmente richiesta.

Lo stesso tipo di consultazione continua anche dopo la presentazione dell'istanza nella misura in cui la consultazione sia necessaria per il sollecito svolgimento del procedimento e sia conforme al suo scopo.

I §§ 85-86 disciplinano la presentazione dell'istanza e l'attestazione da parte dell'ufficio che essa è pervenuta, con riferimento anche alla documentazione. Il termine previsto per la verifica dell'ufficio è di regola un mese.

Il § 87 disciplina la verifica della completezza dei dati.

¹⁹⁷ *Gesetz über die Umweltverträglichkeitsprüfung (UVPG)* del 12 febbraio 1990, modificata il 25 giugno 2005 in *BGBI*, I, 2797, da ultimo modificata attraverso l'art. 2 della legge 23 ottobre 2007, in *BGBI*, I, 2470.

Il § 88 disciplina l'acquisizione di una consulenza tecnica per il caso essa sia necessaria per la decisione sull'autorizzazione.

I §§ 89-90 disciplinano la partecipazione degli altri uffici.

Il § 89 prevede che l'ufficio competente per l'autorizzazione informa gli uffici il cui ambito di competenza è interessato dal progetto, al più tardi con l'avviso al pubblico del progetto, per l'espressione di un parere nel termine di un mese.

Il § 90 disciplina il coordinamento del procedimento per l'autorizzazione integrata con altri procedimenti autorizzatori, di competenza di altri uffici, necessari per lo stesso progetto, ovvero per altri progetti direttamente collegati con il progetto per il quale è chiesta l'autorizzazione, in ragione dei possibili effetti ambientali, per la loro collocazione o per la rispettiva attività.

L'ufficio competente per l'autorizzazione integrata assicura il pieno coordinamento del procedimento, del contenuto e delle prescrizioni complementari all'autorizzazione.

I §§ 91-99 disciplinano la partecipazione del pubblico.

In sintesi è previsto che l'ufficio proceda immediatamente all'avviso al pubblico del progetto, non appena la documentazione relativa all'istanza di autorizzazione è completa.

L'avviso è dato sia via *internet*, che attraverso pubblicazione a mezzo stampa, nei quotidiani o nel bollettino dell'ufficio. Esso deve contenere le informazioni previste dal § 91 nn. 1-13.

Il § 92 disciplina la messa a disposizione dell'istanza e della relativa documentazione.

Il § 93 disciplina la presentazione di eccezioni, *Einwenden*, anche in forma non scritta, contro il progetto nel termine di un mese e due settimane¹⁹⁸. Il decorso del termine produce una preclusione per tutte le eccezioni che non siano fondate su contratto, atto di ultima volontà o diritti reali. Conseguentemente chi le ha formulate non può pretendere che le eccezioni tardive vengano prese in considerazione, né impugnare l'autorizzazione con mezzi giuridici fondati soltanto su tali eccezioni.

Le eccezioni sono portate a conoscenza degli uffici interessati e dell'istante. Su richiesta di chi ha presentato eccezioni, le sue generalità non sono rese note nella comunicazione, salvo che questi dati siano necessari per lo svolgimento del procedimento.

Il § 94 disciplina il dibattito sulle eccezioni che possono essere rilevanti per la verifica del progetto. Alle persone che hanno sollevato eccezioni deve essere data l'occasione di illustrarle.

Le eccezioni relative alle pretese fondate su contratto, atto di ultima volontà o diritto reali non sono trattate nel dibattito, gli oppositori sono avvisati ed è indicata loro la via giurisdizionale.

Il dibattito non ha luogo in mancanza di eccezioni tempestivamente presentate, o se quelle tempestivamente presentate sono state ritirate, o riguardano solo pretese fondate sui titoli sopra indicati, ovvero se chi le ha presentate ha

¹⁹⁸ Sul punto si veda la motivazione del *Refèrentenentwurf*, cit., p. 245 ss.

comunicato che ha intenzione di rinunciare al dibattito e, in quest'ultimo caso, nessuno presenta opposizione entro due settimane.

Le successive disposizioni disciplinano ulteriori dettagli relativi al dibattito e alla partecipazione del pubblico con riferimento ad esempio alla modificazione della documentazione presentata nel corso del procedimento, ai procedimenti relativi a progetti per i quali c'è stata un'autorizzazione parziale, tenuto conto delle effettive esigenze di partecipazione correlate a corrispondenti significativi effetti ambientali o effetti pregiudizievoli nei confronti di terzi.

I §§ 100-102 disciplinano la conclusione del procedimento.

Il § 100 dispone che l'ufficio competente per l'autorizzazione elabora una relazione riassuntiva degli effetti ambientali del progetto sulla base della documentazione prodotta dall'istante, e tenuto conto dei pareri tempestivamente presentati dagli uffici interessati, e delle eccezioni del pubblico, nonché dei risultati dei propri accertamenti. La relazione deve contenere anche l'indicazione delle misure per evitare effetti pregiudizievoli, minimizzarli o compensarli, e anche l'indennizzo per gli impatti sulla natura e sul paesaggio che non sono compensabili.

Gli effetti ambientali sono valutati dall'ufficio tenuto conto dell'esigenza di «una efficace precauzione per la tutela dell'uomo e dell'ambiente secondo quanto stabilito dalle leggi vigenti», (§ 100).

La relazione di sintesi dell'ufficio e la valutazione degli effetti ambientali sono inseriti nella motivazione della decisione.

Il § 101 stabilisce i termini per la decisione, che deve essere adottata e motivata in forma scritta con i dati indicati nell'allegato 10 *UGBI*.

L'istanza è rigettata non appena risulta che l'autorizzazione non può essere rilasciata, nonché quando l'istante non provvede nel termine assegnatogli, all'integrazione della documentazione richiesta dall'ufficio.

Il § 102 disciplina la comunicazione della decisione.

I §§ 103-108 disciplinano la partecipazione transfrontaliera.

I §§ 109-115 dettano alcune disposizioni particolari in relazione al procedimento per l'autorizzazione pianificatoria.

I §§ 116-118 disciplinano il procedimento semplificato.

I progetti per i quali è ammesso il procedimento semplificato sono quelli per i quali non è necessaria la v.i.a., e per i quali non è necessaria la partecipazione del pubblico, tenuto conto dei loro effetti ambientali. In concreto tali progetti sono individuati, come si è già detto, attraverso la *Rechtsverordnung* emanata ai sensi del § 49 *UGBI*.

Il procedimento semplificato è ammissibile anche per la autorizzazione pianificatoria, sempre a condizione che non sia necessaria la v.i.a., purché non siano pregiudicati nella loro essenza i diritti di terzi, ovvero a condizione che si pervenga ad un accordo in forma scritta con i soggetti colpiti e con il titolare di interessi pubblici il cui ambito di competenza è interessato dal progetto.

Il § 118 prevede un procedimento semplificato con ulteriore riduzione dei termini, solo per i progetti elencati nella medesima disposizione.

17.8. I provvedimenti successivi all'autorizzazione.

La sezione sesta del capitolo secondo del libro primo del codice, §§ 119-122, disciplina alcuni provvedimenti successivi al rilascio dell'autorizzazione.

Il § 119 disciplina dettagliatamente i poteri degli uffici di dare le disposizioni supplementari per proteggere la generalità o il vicinato qualora essi successivamente al rilascio dell'autorizzazione risultino non sufficientemente tutelati da effetti ambientali dannosi o altri pericoli, consistenti pregiudizi o molestie.

Il § 120 disciplina i poteri di dare ordini supplementari successivi al rilascio della autorizzazione pianificatoria.

Il § 121 disciplina il divieto, la chiusura e la rimozione di progetti e impianti in varie ipotesi, ad esempio in caso di violazioni dei doveri previsti, in caso di insufficienza delle misure adottate ad evitare incidenti rilevanti o a limitarne le conseguenze, ovvero per il caso di impianti privi di autorizzazione.

Il § 122 disciplina la revoca anche parziale, dell'autorizzazione all'impiego di acque.

17.9. Il monitoraggio e le altre disposizioni relative alla autorizzazione integrata di progetto.

La sezione settima, §§ 123-127 disciplina il monitoraggio.

Il § 123 disciplina la sorveglianza sul rispetto delle disposizioni relative alla *Integrierte Vorhabengenehmigung* e delle relative *Rechtsverordnungen*.

In particolare, tale disposizione prevede che gli uffici competenti devono periodicamente controllare e, nella misura in cui è necessario, e ai sensi dei §§ 118 e 119, devono ordinare le misure per adeguare l'esecuzione del progetto alla situazione sopravvenuta.

Un riesame è sempre necessario nei casi indicati dal § 123, primo comma, nn. 1-4, cioè se sussistono indizi che la tutela per la generalità e il vicinato non sia sufficiente e quindi devono essere riesaminati, o nuovamente fissati i limiti di emissione fissati nell'autorizzazione; fondamentali avanzamenti dello stato della tecnica rendono possibile consistenti minimizzazioni delle emissioni; un miglioramento della sicurezza della gestione è necessaria particolarmente attraverso l'impiego di altre tecnologie, o è richiesta dalla successiva legislazione ambientale.

Il § 123, secondo comma, disciplina gli obblighi di tolleranza e di collaborazione del titolare del progetto, e dei proprietari e possessori dei fondi dove sono realizzati i progetti.

Il § 125 disciplina il potere degli uffici di ordinare la misurazione di emissioni e il rilevamento di modificazioni ambientali relativi ai progetti.

Il § 126 disciplina il potere degli uffici di ordinare verifiche tecniche di sicurezza.

Il § 127 disciplina il regolamento delle relative spese.

La sezione ottava del capitolo secondo del libro primo del codice, detta un'apposita disciplina per i progetti esistenti e per il loro adeguamento alla nuova situazione giuridica.

18. Le disposizioni finali del libro primo: cenni e rinvio.

Il capitolo terzo, §§ 138-141, detta le disposizioni finali del libro primo del codice.

Il § 138 autorizza il Governo federale a dettare alcune disposizioni speciali per i progetti finalizzati alla difesa nazionale, attraverso *Rechtsverordnung*, soggetta ad approvazione del *Bundesrat*.

Il § 139 prevede alcune sanzioni per la colposa o dolosa violazione delle disposizioni del codice e delle *Rechtsverordnungen* emanate sulla sua base.

Il § 140 contiene una disposizione, che in attuazione dell'art. 84 *GG*, individua la disciplina del procedimento amministrativo dettata dal codice dell'ambiente, che non è derogabile dai *Länder*.

Si tratta delle disposizioni dettate nel libro primo del codice, e delle norme adottate sulla base di tali disposizioni, con l'eccezione stabilita dal § 6, comma quinto, cioè i §§ 7-16, relativi alla valutazione ambientale strategica.

Lo spazio per una differenziazione della disciplina ad opera dei *Länder* è minima.

Per comprendere meglio la portata fondamentale di questa disposizione è però necessario delineare, prima, il quadro dell'assetto costituzionale delle competenze legislative nel diritto ambientale. Pertanto, l'esame del § 140 è rinviato alla parte di questo contributo dedicata alla riforma del federalismo tedesco.

Il § 141 fissa l'entrata in vigore del codice con un rinvio al giorno stabilito dalla già ricordata *Einführungsgesetz zum Umweltgesetzbuch*, legge di introduzione al codice ambientale.

19.La dettagliata quantificazione delle modificazioni dei costi burocratici della tutela dell'ambiente come indice concreto della «buona qualità» del codice ambientale.

Esaurito l'esame del secondo capitolo, è opportuno segnalare un dato di cui non è opportuno rendere conto nel dettaglio, ma che è fondamentale per la realizzazione degli scopi della codificazione: la riduzione dei costi burocratici per la tutela dell'ambiente, conseguita soprattutto attraverso la disciplina della autorizzazione integrata di progetto, oltre che, più in generale, attraverso il complesso delle disposizioni contenute nel codice ambientale.

Nella motivazione del progetto di codice, il legislatore non si è limitato ad una generica enunciazione di tale obiettivo o del suo conseguimento, ma ha predisposto dettagliate tabelle comparative che quantificano l'ammontare dei costi burocratici, rispettivamente secondo la disciplina oggi vigente, e secondo la disciplina codificata¹⁹⁹. Alla lettura delle tabelle si rinvia per una concreta valutazione dei vantaggi del codice ambientale.

20.Osservazione intermedia: le caratteristiche fondamentali del sistema regolativo codificato nel primo libro del codice.

Esaurito l'esame delle ulteriori disposizioni del capitolo primo del libro primo, *UGB I*, (cioè i c.d. «istituti trasversali» del diritto ambientale), delle disposizioni del capitolo secondo, (dedicato al c.d. «diritto ambientale correlato ai

¹⁹⁹ Cfr. la motivazione del *Referentenentwurf*, cit., pp. 52-131.

progetti»), e viste le principali disposizioni finali del libro primo del codice, conviene riepilogare sinteticamente le fondamentali scelte che caratterizzano questa disciplina.

Essa si percepisce con immediatezza come un coerente svolgimento dei principi enunciati nelle disposizioni generali applicabili a tutti i libri del codice, contenuti nella sezione prima del capitolo primo, *UGB I*.

Il sistema della tutela settoriale fondata originariamente sul *Gefahrenabwehrprinzip*, (principio di difesa dai pericoli), a sua volta improntato al paradigma del diritto autoritativo, (*Ordnungsrecht*), è stato sostituito da un sistema più complesso, orientato alla tutela precauzionale dell'ambiente come bene unitario, che costituisce il coronamento della lunga evoluzione già avviata da tempo nell'ordinamento tedesco.

Si tratta della disciplina fondamentale per l'attuazione del modello regolativo della tutela ambientale integrata, incentrato sulle direttive relative alla valutazione ambientale strategica, alla valutazione di impatto ambientale e alla prevenzione e riduzione integrate dell'inquinamento ambientale, cioè di quel complesso normativo che ha sollecitato uno specifico orientamento sistematico nell'attuazione dei vincoli discendenti dal diritto europeo²⁰⁰.

Le caratteristiche principali del sistema regolativo stabilito dal codice sono rappresentate:

-dalla stretta connessione fra gli obiettivi sostanziali della tutela ambientale integrata e la particolare conformazione del procedimento amministrativo deputato a realizzarla, che di essa diventa un elemento necessario;

-da un'apertura alla normativa finalistica per la conformazione della fattispecie autorizzatoria della *integrierte Vorhabengenehmigung*, limitatamente agli aspetti relativi alla disciplina delle acque, che affianca la tradizionale struttura regolativa condizionale, caratteristica del diritto amministrativo tedesco, mantenuta, al di fuori dei profili relativi alle acque, nella disciplina della autorizzazione integrata;

-da un limitato ricorso a strumenti cooperativi e volontari di tutela dell'ambiente, che affiancano il diritto autoritativo, ma non mettono mai in ombra la responsabilità dello Stato per l'adempimento del compito costituzionale di tutela dei fondamenti naturali della vita previsto dall'art. 20 a *GG*;

-dalla scelta di mantenere la legittimazione delle associazioni ambientaliste limitata alle azioni dirette a far valere la violazione di norme di tutela dell'ambiente che fondano diritti dei singoli.

Secondo alcune prime valutazioni, il progetto di codice ha conseguito i propri obiettivi di riunificazione, armonizzazione e semplificazione del diritto ambientale, tenuto conto anche della premessa di mantenere complessivamente

²⁰⁰ R. WAHL, *Das deutsche Genehmigung und Umweltrecht unter Anpassungsdruck*, in *Umweltrecht im Wandel*, a cura di K.-P. DOLDE, Berlin, E. Schmidt, 2001, p. 237 ss., in particolare p. 248 ss. Sui profili relativi all'attuazione del diritto comunitario con specifico riferimento al progetto di codice, C. CALLIESS, *Vorgaben für ein Umweltgesetzbuch*, in *Das kommende Umweltgesetzbuch*, a cura di M. KLOEPFER, Berlin, Duncker & Humblot, 2007, p. 35 ss.

invariato il livello di tutela ambientale rispetto a quanto previsto dal diritto vigente²⁰¹.

Tuttavia, il codice presenta ancora qualche debolezza rispetto allo scopo di un compiuto adeguamento al diritto comunitario, specialmente per la sopra ricordata limitazione della legittimazione delle associazioni ambientaliste²⁰².

Riguardo, invece, alla occasione offerta dalla codificazione per l'adattamento della struttura regolativa condizionale tipica del diritto amministrativo tedesco, rispetto al carattere ampiamente finalistico tipico del diritto comunitario, la nuova disciplina costituisce una prudente modernizzazione, che nel settore delle acque rende più agevole la realizzazione della tutela ambientale integrata. Quest'ultima, infatti, per la sua complessità, richiede, ma non soltanto nel settore delle acque, che il rilascio della autorizzazione sia subordinato a contemperamenti, valutazioni e poteri discrezionali dell'amministrazione. L'opinione che sostiene sulla base degli artt. 12 e 14 *GG*, (relativi alla tutela della libertà di scelta della professione e alla tutela della proprietà), la necessità costituzionale di una pretesa alla autorizzazione in presenza dei presupposti legislativi, corrispondente a un potere vincolato della amministrazione, non persuade. Infatti, nel quadro dell'ordinamento costituzionale sono sempre necessari contemperamenti fra contrapposti interessi costituzionali.

Inoltre, in termini di concrete garanzie dei diritti costituzionali, la conformazione di una fattispecie autorizzatoria sulla base di presupposti costituiti da concetti indeterminati, che presuppongono un contemperamento di interessi e margini di valutazione riservati all'amministrazione, (*Beurteilungsspielraum*), non conduce a risultati così diversi dall'attribuzione all'amministrazione di un potere discrezionale, (*Ermessen*)²⁰³.

²⁰¹ Cfr. M. KLOEPFER, *Umweltschutzrecht*, cit., p. 34 ss., che peraltro accenna anche a possibili miglioramenti sia nel contenuto, che nella forma, nonché l'opportunità di colmare alcune lacune, p. 34 ss.; C. CALLIESS, *Integrierte Vorhabengenehmigung und Rechtsschutz im aktuellen Entwurf des UGB I*, cit., p. 345, p. 350 ss., anch'Egli con l'indicazione della possibilità di ulteriori perfezionamenti.

²⁰² Cfr. C. CALLIESS, *Integrierte Vorhabengenehmigung und Rechtsschutz im aktuellen Entwurf des UGB I*, cit., p. 345, p. 350 ss. Sul punto si veda anche il documento presentato da *Öko-Institut, Deutsche Umwelthilfe e Unabhängig Institut für Umweltfragen*, nel corso delle audizioni tenutesi nel giugno 2008, reperibile all'indirizzo www.umweltgesetzbuch.org.

²⁰³ Sulla classica struttura condizionale della disciplina tedesca, (secondo la formula se A, allora B), e sulle difficoltà di adattamento alla struttura finalistica caratteristica del diritto comunitario, (incentrata sull'indicazione di obiettivi da raggiungere), percepita in termini assai problematici, R. BREUER, *Zunehmende Vielstaltigkeit der Instrumente im deutschen und europäischen Umweltrecht – Probleme der Stimmigkeit und Zusammenwirkens*, in *NVwZ*, 1997, p. 833 ss., percepita in termini meno problematici, M. KLOEPFER, *Die europäische Herausforderung – Spannungslagen zwischen deutschem und europäischen Umweltrecht*, in *NVwZ*, 2002, p. 645 ss. Sull'impostazione seguita dal progetto di codice, C. CALLIESS, *Integrierte Vorhabengenehmigung und Rechtsschutz im aktuellen Entwurf des UGB I*, cit., p. 346. Sulla tradizionale impostazione delle problematiche relative al potere amministrativo vincolato e alla discrezionalità amministrativa, per un primo inquadramento, S. DETTERBECK, *Allgemeines Verwaltungsrecht – mit Verwaltungsprozessrecht*, München, Beck, 2007, V ed. In particolare, la dogmatica tedesca classica distingue, in astratto, fra *Beurteilungsspielraum*, il margine di valutazione che presiede all'opera interpretativa delle norme e alla sussunzione dei fatti, e si colloca perciò sul piano della fattispecie, e, invece, la discrezionalità amministrativa, *Ermessen*, che si colloca sul piano degli

Anche sotto il profilo del ricorso agli strumenti che nel diritto ambientale possono affiancare il diritto autoritativo, il libro primo del codice mostra molta cautela, e non sfrutta per il momento tutte le loro potenzialità. Naturalmente ciò non pregiudica la possibilità di colmare in seguito questa lacuna, come si ipotizza ad esempio attraverso l'elaborazione di un libro dedicato agli strumenti indiretti di tutela dell'ambiente²⁰⁴.

Per completare il quadro, occorre poi ricordare che la riunificazione del diritto ambientale in un codice unitario è stata accolta con favore nel corso delle audizioni svoltesi nel giugno 2008, anche dall'*Öko-Institut*, dal *Deutsche Umwelthilfe* e dal *Unabhängig Institut für Umweltfragen*, sebbene essi sollecitino diversi perfezionamenti nel suo contenuto, e un innalzamento del livello di tutela²⁰⁵.

Nella letteratura tedesca, infine, di fronte all'esame del libro primo del codice persiste ancora qualche isolata voce critica sull'opportunità stessa della codificazione del diritto ambientale²⁰⁶.

21. La codificazione del diritto ambientale speciale: rilievi generali.

Nei prossimi paragrafi si procederà ad una ricognizione degli ambiti normativi già predisposti per essere inclusi nella parte speciale del codice, soltanto al fine di completare la conoscenza della concezione fondamentale di questa codificazione.

Maggiore spazio sarà dedicato, tuttavia, al libro relativo alla disciplina delle energie rinnovabili, le cui vicende sono esemplari di alcune fondamentali questioni delle esigenze normative del diritto ambientale e della sua razionalizzazione.

effetti, nel senso di libertà di scelta tra più opzioni di azione amministrativa in vista della cura concreta di un interesse pubblico, (tenendo conto degli interessi pubblici secondari, degli interessi privati concorrenti, etc.), si parla anche di discrezionalità dal lato dell'effetto giuridico (*Rechtsfolgeseite*) perché questo potere implica la scelta di una regola concreta di comportamento, appunto un effetto giuridico. Nella letteratura italiana sul profilo relativo a questa distinzione è sempre attuale il saggio di P. LAZZARA, *Scelte amministrative e sindacato giurisdizionale in Germania*, in *Dir. amm.*, 1996, p. 301 ss. Sul potere amministrativo nel diritto ambientale, e sulla caratteristica legislazione per obiettivi, G. MORBIDELLI, *Il regime amministrativo speciale dell'ambiente*, in *Scritti in onore di Alberto Predieri*, vol. II, Milano, Giuffrè, 1996, p. 1121 ss. , *ID.*, *Profili giurisdizionali e giustiziali nella tutela amministrativa dell'ambiente*, in *Ambiente e diritto*, a cura di S. GRASSI, M. CECCHETTI, A. ANDRONIO, Firenze, Olschki, 1998, p. 307 ss., con particolare riferimento al principio di legalità e al potere regolamentare «per obiettivi», *ID.*, *Il potere regolamentare di ISVAP dopo il codice delle assicurazioni*, nonché *Il principio di legalità e i c.d. poteri impliciti*, in questa *Rivista*, 30 ottobre 2007, in sintonia con C. CALLIESS, *Integrierte Vorhabengenehmigung und Rechtsschutz im aktuellen Entwurf des UGB I*, in *ZUR*, 2008, p. 343 ss., anche per la considerazione della nuova luce offerta dagli istituti partecipativi e cooperativi nella complessiva valutazione della disciplina del potere amministrativo.

²⁰⁴ Sul punto, M. KLOEPFER, *Umweltschutzrecht*, cit., p. 144 ss.

²⁰⁵ Si veda l'articolato documento presentato da *Öko-Institut*, *Deutsche Umwelthilfe* e *Unabhängig Institut für Umweltfragen*, nel corso delle audizioni tenutesi nel giugno 2008, reperibile all'indirizzo www.umweltgesetzbuch.org.

²⁰⁶ Cfr. G. WINTER, *Das Umweltgesetzbuch – Überblick und Bewertung*, in *ZUR*, 2008, p. 337 ss., che si dice favorevole ad una legge generale accompagnata da una legislazione «satellite» per la disciplina speciale.

Prima di procedere è opportuno qualche rilievo generale sull'impostazione seguita per l'elaborazione della parte speciale del progetto di codice.

Una prima caratteristica attiene all'aspirazione a raccogliere tutta la legislazione ambientale fino a dove essa possiede autonomia di settore giuridico, ma come anticipato, il Governo federale ha scelto di segmentare il processo di codificazione secondo la tecnica della *abschnittsweise Kodifizierung*, e di completare successivamente l'opera di codificazione. Se per i tradizionali ambiti del diritto ambientale – ad esempio la tutela delle acque e, la protezione della natura – l'inclusione nel codice è scontata, per altri settori, invece, essa risente fortemente di opzioni politiche in parte ancora controverse. Esempio è al riguardo la decisione di separare il procedimento legislativo per l'approvazione del sesto libro del codice, dedicato alla disciplina delle energie rinnovabili, dal procedimento legislativo per l'approvazione dei primi cinque libri²⁰⁷.

Nel merito, una caratteristica della disciplina speciale riguarda il criterio generale prescelto per l'armonizzazione legislativa. In particolare, si è inteso procedere con il principio dell'uniformità della disciplina speciale rispetto a quella generale contenuta nel primo libro, nel senso che una disciplina speciale è stabilita tendenzialmente soltanto dove essa è necessaria in relazione alle peculiari esigenze profilate dal bene ambientale che di volta in volta, ne è oggetto²⁰⁸.

Infine, la parte speciale si caratterizza per un opportuno rinvio alla disciplina che, impropriamente, può dirsi regolamentare, (ma più precisamente si tratta di una specifica fonte governativa, la *Rechtsverordnung*), dei profili che non attengono a scelte fondamentali di principio, i quali, invece, richiedono il ricorso alla legge.

Un'ulteriore scelta che frequentemente nel codice caratterizza il rinvio a *Rechtsverordnungen* governative è la sottoposizione di questa normativa del Governo federale alla *Zustimmung*, cioè all'approvazione, del *Bundesrat*, la camera rappresentativa degli interessi dei *Länder*. Si tratta, (come sarà più chiaro dopo l'esame del potere di *Zustimmung* nella parte dedicata all'assetto delle competenze), di uno strumento che offre una opportuna sede di composizione dei (talora) contrastanti interessi unitari e interessi alla differenziazione inerenti agli ambiti normativi dove esiste un intreccio difficilmente separabile fra scelte tecniche e valutazioni politiche.

22. *Umweltgesetzbuch II- Wasserwirtschaft* - (Il governo delle acque): cenni.

Il secondo libro del codice contiene la disciplina speciale relativa al governo delle acque.

Esso consta di sei capitoli: disposizioni generali, (I); gestione delle acque, (II); disposizioni speciali relative al governo delle acque, (III); indennizzo (IV); vigilanza sulle acque, (V); sanzioni pecuniarie e disposizioni transitorie, (VI).

²⁰⁷ Sulle specifiche questioni poste dalla codificazione del diritto ambientale speciale, con particolare riferimento al settore energetico e all'ipotesi di un'uscita della Germania dal nucleare, già nel 1992, H.J. PAPIER, *Entwurf eines Umweltgesetzbuches – Vom Allgemeinen zum Besonderen Teil*, cit.

²⁰⁸ Cfr. motivazione del *Referentenentwurf UGB II*, reperibile sul sito www.bmu.de, p. 3 ss.

In questo ambito del diritto ambientale, dopo che la revisione costituzionale del 2006 ha introdotto una nuova tipologia di competenza in parte ispirata, come vedremo in seguito, al criterio della «doppia titolarità», la Federazione possiede una piena competenza legislativa, salva la possibilità per i *Länder* di dettare una disciplina differenziata limitatamente alla disciplina dei profili che non attengono alle sostanze e agli impianti, dove, invece, la competenza legislativa della Federazione è oltre che piena, anche esclusiva (art. 72, III comma, n. 5).

Sulla base del nuovo titolo di competenza federale il codice rielabora ampiamente la disciplina previgente, particolarmente frammentata, in parte, perché la Federazione possedeva in precedenza soltanto una competenza cornice, in parte, per la stratificazione nel tempo di normative fra loro non coordinate²⁰⁹.

Gli obiettivi di semplificazione normativa sono conseguiti soprattutto attraverso una più chiara formulazione della disciplina, con l'estensione del catalogo di definizioni legislative dei concetti chiave, e con il rinvio alla fonte regolamentare per la disciplina di dettaglio. Scelta, quest'ultima resa possibile dall'esistenza di un'estesa regolazione comunitaria in materia.

Sul piano amministrativo la nuova disciplina semplifica notevolmente il precedente complesso di autorizzazioni per l'impiego di acque, sostituendolo con l'autorizzazione integrata, ovvero, per le attività che non ricadono nell'ambito di applicazione di quest'ultima, con una nuova tipologia autorizzatoria disciplinata dai §§ 8 ss. *UGB II*.

In particolare, secondo il § 8, l'impiego di acque necessita di *Erlaubnis*, permesso, nella misura in cui ai sensi del codice ambientale, o sulla base del medesimo codice, non sia stabilito che non è necessario alcun permesso, ovvero che è necessaria l'autorizzazione integrata ai sensi del capitolo 2 *UGB I*.

Il § 16 prevede un'ampia legittimazione del Governo federale ad emanare *Rechtsverordnungen*, sentite le cerchie interessate, con l'approvazione del *Bundesrat*, per l'ulteriore disciplina del settore e per l'attuazione del diritto comunitario in materia.

23. *Umweltgesetzbuch III – Naturschutz und Landschaftspflege* (Tutela della natura e cura del paesaggio): cenni.

Il terzo libro del codice, *UGB III*, ha per oggetto la tutela della natura e la cura del paesaggio²¹⁰.

Esso consta di undici sezioni: disposizioni generali, (I); pianificazione del paesaggio (II); tutela generale della natura e del paesaggio, (III); protezione di determinate parti della natura e del paesaggio, (IV); protezione degli animali selvatici, delle specie di piante, dei loro *habitat*, dei biotopi, (V); protezione della natura marina, (VI); *relax* nella natura e nel paesaggio (VII); cooperazione delle associazioni riconosciute per la protezione della natura, (VIII); vincoli della

²⁰⁹ Sulla disciplina in materia di governo delle acque nell'ordinamento tedesco, M. KOTULLA, *Wasserhaushaltsgesetz zwischen Hochwasserschutz, Strategischer Umweltprüfung und Förderalismusreform*, Kohlhammer, 2007.

²¹⁰ Per un inquadramento generale della disciplina della protezione della natura nell'ordinamento tedesco, M. KLOEPFER, *Umweltrecht*, cit., p. 818 ss.

proprietà, (IX); sanzioni pecuniarie e penali, (X); norme transitorie, entrata in vigore, (XI).

Con la riforma del federalismo del 2006, si è dischiusa per la prima volta la possibilità per la Federazione di varare una regolazione autonoma e completa della tutela della natura, mentre in precedenza la Federazione disponeva solo di una competenza legislativa cornice, che richiedeva l'adozione di discipline complementari da parte dei *Länder*.

Sulla base del titolo di competenza legislativa cornice, prevista dall'art. 75, comma 1, n. 2 *GG*, la legge federale di tutela della natura del 1976 aveva introdotto norme dirette ad un'ampia protezione della natura e del paesaggio, sia negli ambiti territoriali popolati che non popolati, e aveva previsto strumenti pianificatori intesi ad una protezione precauzionale della natura²¹¹.

Dopo alcune modifiche intervenute negli anni Ottanta e Novanta, questo atto legislativo è stato completamente sostituito dalla legge 3 aprile 2002 *Neuregelung des Rechts des Naturschutzes und der Landschaftspflege*, (*BNatSchGNeuregG*)²¹², recante la nuova disciplina della materia.

Sulla base del nuovo titolo di competenza il codice intende sostituire la previgente disciplina cornice della Federazione attraverso norme «piene», semplificare e unificare la normativa della tutela della natura con lo scopo di migliorarne la comprensibilità e la attuazione, indicare in modo espresso i principi generali di questa materia, attuare norme dell'Unione europea vincolanti attraverso prescrizioni unitarie a livello federale, trasfondere nel diritto federale settori finora disciplinati da parte dei *Länder*, qualora sussista un bisogno di regolazione unitaria federale, inserire il nuovo diritto di tutela della natura nel sistema di regolazione globale del codice.

L'obiettivo normativo fondamentale del terzo libro è di assicurare i fondamenti naturali della vita, inclusa la varietà biologica, anche per le generazioni future, (cfr. § 1 *UGB III*).

Nei suoi elementi centrali l'opera legislativa si orienta alla struttura e alle discipline della legge già ricordata legge sulla protezione della natura del 2002, *BNatSchGNeuregG*.

Come anticipato, il terzo libro del codice si suddivide in undici sezioni.

Attraverso le disposizioni generali si ha subito un'idea chiara dell'impostazione di questo libro del codice, conviene pertanto procedere ad una rapida rassegna delle più significative.

Il § 1 determina in modo estremamente dettagliato lo scopo della disciplina relativa alla tutela della natura e alla cura del paesaggio.

Esso abbraccia i tre campi principali di attività, cioè la biodiversità, la capacità di funzionamento e di prestazione dell'ecosistema, nonché la varietà, la peculiarità, la bellezza e il valore ricreativo della natura e del paesaggio, e chiarisce che il concetto di «tutela» o «protezione», come anche il concetto di

²¹¹ Per un inquadramento si veda la motivazione del *Referentenentwurf UGB III*, reperibile sul sito del Ministero federale dell'ambiente.

²¹² La legge *BNatSchGNeuregG*, del 3 aprile 2002, è pubblicata nel *BGBl*, I, 1193, ed è stata da ultimo modificata dalla *Ersten Gesetz zur Änderung des Bundesnaturschutzgesetzes*, del 18 dicembre 2007, in *BGBl*, I, 2873.

«conservazione», comprendono anche la cura, lo sviluppo e, nella misura in cui ciò è necessario, anche il ripristino della natura e del paesaggio.

Il § 2 riunisce essenzialmente le norme già presenti nel diritto vigente, che si ricollegano all'attuazione degli scopi e dei principi della tutela della natura e della cura del paesaggio. Come l'attuale § 4 della legge del 2002, il § 2 del progetto di codice contiene un invito indirizzato a tutti i cittadini a contribuire, secondo le loro possibilità, all'attuazione degli scopi della tutela della natura e della cura del paesaggio.

Il § 3 contiene una norma, concepita come clausola generale, attributiva di un potere discrezionale all'amministrazione, *Ermessen*, finalizzato all'adozione delle misure necessarie nel caso singolo, per garantire l'osservanza delle disposizioni del libro terzo del codice, salvo che dal medesimo codice non sia diversamente stabilito.

Il § 3, secondo comma, con una *Soll-Vorschrift*²¹³ prescrive all'amministrazione l'obbligo di verificare innanzitutto, in quale misura i provvedimenti di tutela e della cura del paesaggio possano essere convenientemente realizzati attraverso accordi contrattuali.

Il terzo comma della medesima disposizione formula per gli uffici federali e dei *Länder* competenti in materia di tutela della natura e cura del paesaggio, un obbligo generale di informazione e di dare un'occasione di esprimere il proprio parere in relazione ai piani pubblici e ai provvedimenti che possono interessare la tutela della natura e la cura del paesaggio, già al momento della loro preparazione, salvo che sia prevista una più ampia forma di partecipazione. Il medesimo obbligo vale per l'ipotesi in cui tali piani o provvedimenti interessino la sfera di competenza di altri uffici.

Il § 3, quarto comma, con una *Soll-Vorschrift*, pone a carico degli uffici competenti in materia di tutela della natura e cura del paesaggio, un obbligo generale di assicurare un tempestivo scambio di informazioni con i soggetti colpiti dai loro piani o programmi, e con il pubblico interessato.

Il § 5 disciplina i requisiti posti alla gestione del paesaggio, delle foreste e della pesca secondo un alto livello di tutela.

Il § 6 disciplina il monitoraggio della natura e del paesaggio come principio generale vincolante per la Federazione e per i *Länder*.

Il § 7 contiene le definizioni legali dei concetti fondamentali nella disciplina della tutela della natura e alla protezione della specie.

24. *Umweltgesetzbuch IV- Nichtionisierende Strahlung* (Radiazioni non ionizzanti): cenni.

Il libro quarto del codice ha per oggetto la disciplina per la tutela contro le radiazioni non ionizzanti, fino a oggi stabilita in modo lacunoso dalla disciplina federale sulle immissioni, concepita quest'ultima in una prospettiva di tutela del

²¹³ Come in precedenza evidenziato, la *Soll-Vorschrift* indica una disposizione che non lascia un ambito di scelta discrezionale nella sua applicazione, salvo che ricorrano circostanze atipiche che, invece, consentono una deviazione dalla regola e riaccendono allora la discrezionalità.

vicinato e della generalità²¹⁴. La disciplina del codice è orientata, invece, anche secondo le esigenze di tutela degli utilizzatori di apparecchi che emettono queste radiazioni e che non siano già prese in considerazione dal diritto europeo relativo alla sicurezza dei prodotti.

Si tratta essenzialmente dei settori della telefonia mobile e dei raggi ultravioletti artificiali, dove sono stabilite regole rigorose a tutela della salute.

Così, ad esempio, l'impiego di apparecchi abbronzanti a raggi ultravioletti è vietato ai minori di diciotto anni.

Il libro IV consta di sei capitoli: disposizioni generali, (I); tutela contro le modificazioni ambientali dannose prodotte attraverso le radiazioni non ionizzanti, (II); tutela contro gli effetti dannosi derivanti dall'applicazione all'uomo delle radiazioni ionizzanti, (III); tutela contro gli effetti dannosi derivanti dal loro impiego in campo medico, (IV); disposizioni comuni, (V); disposizioni finali, (VI).

25. *Umweltgesetzbuch V - Handel mit Berechtigungen zur Emission von Treibhausgasen – Emissionshandel* (Commercio di quote per l'emissione di gas serra – Commercio di emissioni): cenni.

Il libro V riproduce il contenuto della legge che stabilisce il quadro giuridico del sistema di commercio di emissioni di gas serra, *Gesetz über den Handel mit Berechtigungen zur Emission von Treibhausgasen (Treibhausgas-Emissionshandelsgesetz - TEHG)*²¹⁵, nella versione oggi vigente²¹⁶, salvo alcune modifiche per l'armonizzazione con il sistema previsto dal codice.

L'inserimento nel codice di questa disciplina è giustificato dalla sua importanza per la tutela del clima, che costituisce un obiettivo fondamentale del moderno diritto ambientale.

Nel codice, invece, non sarà inserita la legge relativa al piano nazionale di ripartizione delle quote di emissione nei successivi periodi, proprio per questo suo carattere periodico.

Il libro sesto consta di sei capitoli: disposizioni generali, (I); autorizzazione delle emissioni e sorveglianza, (II); quote e ripartizione, (III); commercio di quote; sanzioni, (V); disposizioni comuni, (VI).

26. Il c.d. «*Atomausstieg*», (abbandono dell'energia nucleare), l'elaborazione di un *Umweltgesetzbuch VI - Recht der Erneuerbaren Energien* (libro sesto, disciplina delle energie rinnovabili), e il suo successivo scorporo dalla prima fase della *abschnittsweise Kodifizierung*.

Del progetto di codice ambientale presentato dal Ministero federale dell'Ambiente nel novembre 2007 faceva parte un sesto libro, *UGB VI*,

²¹⁴ Si tratta del tipico ambito di tutela precauzionale, per un inquadramento, M. KLOEPFER, *Umweltrecht*, cit., p. 557 ss.

²¹⁵ La legge *Gesetz über den Handel mit Berechtigungen zur Emission von Treibhausgasen*, 8 luglio 2004, in *BGBI* 2004, 1578, è stata modificata con legge 21 dicembre 2007, in *BGBI* 2007, 3089.

²¹⁶ Sul tema, S. KOBES, *Emissionshandel 2008-2012*, in *NVwZ* 2007, p. 857 ss.

*Erneuerbare Energien*²¹⁷. Esso non compare più nella versione modificata del medesimo progetto, risalente al 20 maggio 2008, ancora soggetta, come anticipato, all'approvazione del Governo, e oggetto dell'audizione delle associazioni e degli organi rappresentativi dei *Länder* e dei Comuni nel giugno 2008.

Già nel discorso tenuto dal Segretario di Stato Astrid Klug, presso la *Katholische Akademie* di Berlino, in occasione della anticipazione del progetto ministeriale di codice nella versione risalente al 2007, si profilava l'eventualità di uno scorporo di questo ambito normativo dal procedimento parlamentare per l'approvazione dei primi cinque libri del codice, sebbene la disciplina delle energie rinnovabili fosse considerata materia appartenente al codice²¹⁸.

Per cercare di capire il significato del previsto scorporo di questo libro dalla versione del progetto del 2007, nella versione emendata presentata nel maggio 2008, è opportuno esaminare le ragioni della iniziale inclusione del libro sesto nel primo segmento di codificazione del diritto ambientale, e delineare un sintetico quadro della più recente evoluzione della disciplina nel settore energetico, con particolare riferimento alle energie rinnovabili. Occorre poi accennare alla disciplina legislativa che sancisce la scelta della Germania di abbandonare il nucleare, il c.d. *Atomausstieg*.

Il sesto libro del codice ambientale dedicato alla disciplina delle energie rinnovabili si fonda sul precetto dell'approvvigionamento energetico sostenibile, attraverso un impiego efficiente delle energie e l'uso di energie rinnovabili, nonché sul precetto di minimizzazione delle emissioni di gas serra, secondo quanto previsto dal § 1 del codice, anche nella sua ultima versione del maggio 2008.

Si tratta di principi che concretizzano il compito costituzionale di protezione dei fondamenti naturali della vita (art. 20a *GG*), che impone di tenere conto delle esigenze di approvvigionamento energetico delle generazioni future.

La medesima scelta si armonizza con il concetto giuridico di ambiente tutelato dal progettato codice, che comprende espressamente il clima, (§ 4 *UGB I*), per il quale le energie rinnovabili non producono di regola effetti dannosi, a differenza dell'energia fossile.

L'inclusione della disciplina delle energie rinnovabili nel codice sancirebbe, inoltre, il contributo decisivo dato dalla politica energetica all'indirizzo ecologico dello sviluppo industriale a partire dalla riforma fiscale ecologica²¹⁹.

²¹⁷ Sul punto, P. SCHÜTTE, *Aktuelle Entwicklungen im Bundesumweltrecht*, in *ZUR*, 2008, p. 158 ss.

²¹⁸ A. KLUG, *Das neue Umweltgesetzbuch*, 29 ottobre 2007, reperibile sul sito www.bmu.de, in particolare punto IX.

²¹⁹ Sulla riforma fiscale ecologica, M. KLOEPFER, *Umweltrecht*, cit., p. 1446 ss., nonché i documenti pubblicati sul sito www.bmu.de.

La riforma fiscale ecologica è stata realizzata attraverso le seguenti leggi:

- *Gesetz zum Einstieg in die ökologische Steuerreform*, (Legge sull'ingresso nella riforma fiscale ecologica) del 24.3.1999 in *BGBI I*, 1999, 378, modificata dall'art. 2 della legge 18.12.2006, in *BGBI I*, 3180. La legge è spesso citata con riferimento alla rubrica del suo art. 1: *Stromsteuergesetz (StromStG)*, (Legge sulla tassazione dell'energia elettrica).

La Germania, con l'approvazione della *Gesetz für den Vorrang Erneuerbarer Energien (Erneuerbare-Energien-Gesetz-EEG)*²²⁰, ha intrapreso con decisione una politica energetica incentrata sull'obiettivo di rendere competitiva sul mercato la produzione di energia rinnovabile, in modo che in futuro essa potrà essere prodotta senza che siano più necessarie le misure di sostegno finanziario oggi previste.

Fra l'alternativa di colpire con l'imposizione fiscale in modo più pesante le energie convenzionali, o privilegiare le energie rinnovabili, l'ordinamento tedesco valorizza attraverso la legge sulle energie rinnovabili quest'ultima alternativa.

La legge si affida ai privati per lo sviluppo delle energie rinnovabili, offrendo loro possibilità di pianificazione e garanzie di sicurezza degli investimenti in questo settore.

Punti chiave della legge per garantire la sicurezza degli investitori privati sono: il dovere del gestore della rete di elettricità di dare prevalenza nell'allacciamento agli impianti che la producono da energia rinnovabile, rispetto a quelli che la producono da fonti convenzionali; l'obbligo di dare prevalenza nell'acquisto e nella trasmissione, all'elettricità prodotta da impianti di energia

-Gesetz zur Fortführung der ökologischen Steuerreform, (Legge per la continuazione della riforma fiscale ecologica) del 16.12.1999 in *BGBI* 1999, 2432, il cui art. 1 si intitola *Änderung des Mineralölsteuergesetzes*, (modifica della legge sulla tassazione degli oli minerali).

-Gesetz zur Fortentwicklung der ökologischen Steuerreform, (Legge sul perfezionamento della riforma fiscale ecologica), del 23 dicembre 2002, in *BGBI*, 4602,

Energiesteuergesetz (EnergieStG), del 15.7.2006, in *BGBI*, 1534, modificata dall'art. 1 della legge 18.12.2006, in *BGBI*, I, 3180.

-Gesetz zur Einführung einer Biokraftstoffquote durch Änderung des Bundes-Immissionsschutzgesetzes und zur Änderung energie- und stromsteuerrechtlicher Vorschriften (BioKraftQuG), (Legge per l'introduzione di una quota di bio-combustibili attraverso la modificazione della legge federale sulla tutela dalle immissioni, della legge sulla tassazione dell'energia e della legge sulla tassazione della energia elettrica), del 18.12.2006, in *BGBI* 21.12.2006.

In particolare, la riforma ha fatto leva su due fattori: il fattore energia e il fattore lavoro. Attraverso il collegamento fra essi ha perseguito due obiettivi:

- 1) ridurre il consumo di energia e di emissione di gas serra, con conseguente notevole miglioramento dell'efficienza nella gestione delle risorse a vantaggio dello sviluppo sostenibile;
- 2) creare e mantenere nuovi posti di lavoro ed emersione del lavoro nero.

La riforma ha aumentato la tassazione sul consumo ambientale, considerata troppo esigua, specialmente se paragonata ad altri fattori oggetto di tassazione. Attraverso le maggiori entrate così realizzate, è stato possibile ridurre la tassazione di altri fattori, segnatamente del fattore lavoro. Quest'ultimo ha registrato nel corso del tempo un consistente aumento, dal 50% circa nel 1970, al 67% circa nel 1998. I fattori consumo di energia e impiego della natura, invece, sono passati dal 7% al 5%.

L'aumento della tassazione del consumo di energia inquinante ha sollecitato sul piano economico l'esigenza di risparmiarne l'impiego.

Siccome le misure per risparmiare energia inquinante e per intensificare lo sfruttamento di energia rinnovabile richiedono intense attività lavorative per la realizzazione delle nuove tecnologie, la riforma della tassazione ecologica ha prodotto anche una riduzione della disoccupazione. Effetto quest'ultimo, a sua volta incentivato dalla riduzione del costo del lavoro.

Ulteriormente, la produzione di energia in Germania ha ridotto l'importazione di energia e, dunque, ha conservato liquidità al fine di ulteriori investimenti nel Paese.

Di qui, lo slogan «occupati i lavoratori, disoccupati i kw/h».

²²⁰ *Gesetz für den Vorrang Erneuerbarer Energien (Erneuerbare-Energien-Gesetz-EEG)*, del 21-7-2004, in *BGBI*, 1918, da ultimo modificata il 7-11-2006, in *BGBI* 2006, I, 2550.

rinnovabile; l'obbligo di attribuire all'energia elettrica prodotta da impianti a energia rinnovabile un prezzo minimo determinato dalla legge e orientato ai costi, ciò per un periodo che di regola è fissato per venti anni.

Questa disciplina ha conseguito risultati straordinariamente soddisfacenti²²¹.

Il 5 dicembre 2007 il Governo ha presentato un disegno di legge per l'approvazione della disciplina che avrebbe dovuto costituire il libro VI del codice, e che intende migliorare alcuni aspetti della legge sulle energie rinnovabili del 2004.

Il *Bundestag* ha approvato la nuova disciplina il 6 giugno 2008, soggetta poi all'approvazione del *Bundesrat*, attesa in questi giorni.

Si tratta di una legge che perfeziona la *Gesetz für den Vorrang Erneuerbarer Energien (Erneuerbare-Energien-Gesetz-EEG)*, introducendo alcune modifiche che non ne alterano la struttura²²².

Innanzitutto è riformulato lo scopo della *EEG*.

Secondo il § 1 nella nuova versione, scopo della legge, in particolare nell'interesse della tutela del clima e dell'ambiente, è rendere possibile uno sviluppo sostenibile dell'approvvigionamento di energia, diminuire i costi economici dell'approvvigionamento di energia anche per mezzo del coinvolgimento di effetti esterni di lunga durata, risparmiare le risorse di energia fossile, e incentivare l'ulteriore sviluppo di tecnologie dirette alla creazione di energia elettrica da energie rinnovabili.

Per raggiungere lo scopo del comma primo, questa legge persegue l'obiettivo di aumentare la quota di energie rinnovabili per l'approvvigionamento di energia elettrica, entro il 2020 perlomeno al 30%, e, successivamente, di aumentarla ulteriormente, in continuazione.

Sono poi previsti interventi mirati a migliorare l'efficienza della produzione nei diversi settori relativi all'energia rinnovabile.

Così, ad esempio, in certi settori il corrispettivo previsto dalla legge viene commisurato a criteri di compatibilità ecologica nella produzione di energia rinnovabile.

L'idea di codificare la legislazione sulle energie rinnovabili è pienamente coerente con un'altra fondamentale scelta già intrapresa dalla Germania.

Si tratta della decisione di abbandonare l'impiego dell'energia nucleare per la produzione industriale di energia elettrica, il c.d. *Atomausstieg*.

Orientamento quest'ultimo, ribadito nella motivazione del progetto di codice anche nell'ultima versione del 20 maggio 2008, dove si precisa che tale settore non farà parte del codice, ma sarà regolato per un periodo di tempo soltanto transitorio, dalla corrispondente disciplina speciale²²³.

A tale proposito conviene ricordare che la Legge sull'impiego pacifico dell'energia nucleare e per la tutela dai suoi pericoli, *Gesetz über die friedliche*

²²¹ Sul punto si veda da ultimo il comunicato stampa del Ministero federale dell'Ambiente n. 166/2008.

²²² Cfr. la motivazione che accompagna il relativo disegno di legge *Gesetz zur Neueregulierung des Rechts der Erneuerbaren Energien im Strombereich und zur Änderung damit zusammenhängender Vorschriften*, (*Erneuerbare-Energie-Gesetz EEG*), www.bmu.de.

²²³ Cfr. la motivazione del *Referentenentwurf*, cit., p. 22.

*Verwendung der Kernenergie und den Schutz gegen ihre Gefahren (Atomgesetz, AtG)*²²⁴, nel 2002 è stata oggetto di decisive modificazioni attraverso la *Gesetz zur geordneten Beendigung der Kernenergienutzung zur gewerblichen Erzeugung von Elektrizität*²²⁵, legge per la ordinata cessazione dell'impiego di energia atomica per la produzione commerciale di elettricità, disciplina che intende sancire l'inizio della fine della produzione dell'energia nucleare in Germania²²⁶.

La novella del 2002 alla *Atomgesetz* traduce in legge il contenuto del c.d. *Atomkonsens*, un accordo (informale) sull'impiego dell'energia nucleare intercorso nel giugno 2001 fra il Governo federale tedesco e le quattro maggiori imprese produttrici di energia atomica.

Si tratta di un accordo denominato in dottrina «Costrizione volontaria», *freiwilliger Zwang*, perché rappresenta una soluzione di compromesso per risolvere lo scontro determinato dalla «minaccia» del Governo alle imprese di procedere unilateralmente, in via legislativa, al perseguimento dell'obiettivo di abbandonare la produzione di energia nucleare, e la corrispondente «minaccia» di azioni per risarcimenti miliardari da parte delle imprese nei confronti del Governo, fondate sulla circostanza che per la autorizzazione degli impianti nucleari non era previsto in origine un termine, con conseguenti aspettative di tutela del legittimo affidamento, che come vedremo²²⁷, riceve in Germania una significativa protezione.

La legge «patteggiata» sulla base di questo accordo muta radicalmente lo scopo originario della *Atomgesetz*: non si tratta più, come prima del 2002, di promuovere l'impiego dell'energia atomica.

Scopo della *Atomgesetz* nella versione oggi vigente, ai sensi del suo § 1, è di porre fine in modo ordinato all'impiego dell'energia atomica per la produzione industriale di energia elettrica, e di assicurare la gestione ordinata delle imprese destinate a questa produzione fino al momento della loro chiusura.

Contestualmente la *Atomgesetz* dispone il divieto di autorizzare la costruzione e gestione di nuovi impianti nucleari per la produzione industriale di energia elettrica, (§ 7, primo comma, secondo periodo), e limita le autorizzazioni già rilasciate. Infatti, per ogni impianto è stabilita la quantità di elettricità che può essere prodotta, (§ 7, primo comma, a-d), conformemente a quanto «pattuito» nell'accordo del 2001. Raggiunta tale quota di produzione, l'impianto deve essere chiuso.

Le recenti richieste di un prolungamento del funzionamento di centrali per la produzione di energia atomica, in senso contrario a quanto previsto dalla vigente *Atomgesetz*, che gli imprenditori interessati cercano di sollecitare attraverso l'opportunità di una revisione degli accordi pattuiti, e della

²²⁴ Si tratta della legge del 23 dicembre 1959, successivamente modificata e pubblicata nella versione del 15 luglio 1985 in *BGBI*, I, 1565, da ultimo modificata attraverso l'art. 4 della legge del 26 febbraio 2008, in *BGBI*, I, 215.

²²⁵ *Gesetz zur geordneten Beendigung der Kernenergienutzung zur gewerblichen Erzeugung von Elektrizität*, del 22 aprile 2002, in *BGBI*, I, 1351.

²²⁶ Sul c.d. *Atomausstieg*, M. KLOEPFER, *Rechtsfragen zur geordneten Beendigung gewerblicher Kernenergienutzung in Deutschland – Umkehrbarkeit und Strommengenübertragungen beim Atomausstieg*, in *DVBt*, 2007, p. 1189 ss.

²²⁷ Cfr. capitolo terzo di questo contributo, paragrafo 3, in nota.

corrispondente disciplina, in considerazione delle mutate circostanze che hanno visto crescere notevolmente il prezzo del petrolio, sono state respinte dal Ministro federale dell'ambiente, così come l'idea di una nuova disciplina per l'impiego dell'energia nucleare, ipotizzata dal *Bundesministerium für Wirtschaft und Technologie*, (Ministero federale dell'economia e della tecnologia)²²⁸.

Il dibattito sul nucleare, peraltro, ha trovato una nuova attenzione nel dibattito politico²²⁹.

Tenuto conto del complesso quadro appena delineato, e, soprattutto dell'approvazione ad opera del *Bundestag* di una nuova versione della legge sulle energie rinnovabili, la scelta di separare il libro sesto dal procedimento legislativo per l'approvazione del primo segmento di codice non può dirsi, al momento, che sia frutto di un'inversione di tendenza della politica energetica intrapresa dalla Germania nel settore delle energie rinnovabili. Si tratta, piuttosto, di una scelta prudentiale, che tiene conto degli ostacoli politici che in una democrazia parlamentare possono frapporsi alla codificazione.

Sebbene la politica energetica nel settore delle energie rinnovabili raccolga un vasto consenso nelle forze politiche, e nonostante sia stata intrapresa una chiara direzione con la scelta di abbandonare l'energia nucleare per la produzione di energia elettrica, l'approvazione del libro dedicato alle energie rinnovabili si presta ad essere occasione di manovre politiche che potrebbero «prendere in ostaggio» i primi cinque libri e metterne in pericolo l'approvazione.

La tecnica della *abschnittsweise Kodifizierung* consente, allora, di rinviare senza inconvenienti questa scelta, come altre questioni relative ai settori speciali del diritto ambientale, per i quali la difficoltà della codificazione non risiede nella costruzione di una sistematica chiara, ma in valutazioni e contemperamenti di natura politica.

²²⁸ Si vedano ad esempio, i comunicati stampa 130/08 del 12 giugno 2008, e il comunicato 54/08 del 7 aprile 2008, in www.bmu.de. Sull'ipotesi di una nuova disciplina per l'impiego dell'energia nucleare, respinta dal Ministro Sigmar Gabriel, cfr. comunicato stampa del 5 agosto 2008, n. 168, reperibile all'indirizzo www.bmu.de.

²²⁹ Sul sito www.faz.net è reperibile l'intervista rilasciata sul tema dal Ministro federale dell'Ambiente Sigmar Gabriel al *Frankfurter Allgemeine Zeitung*, 12 luglio 2008.

CAPITOLO II
LA CODIFICAZIONE DEL DIRITTO AMBIENTALE COME OBIETTIVO
DELLA RIFORMA DEL FEDERALISMO TEDESCO DEL 2006

1. – La codificazione del diritto ambientale come obiettivo della revisione del federalismo tedesco del 2006.

La mancanza di una sufficiente competenza legislativa della Federazione per realizzare un codice incentrato sul modello regolativo della tutela integrata, che ulteriormente accentua l'intrinseca aspirazione della codificazione alla unificazione della disciplina sul territorio federale, come già anticipato, costituì alla fine degli anni Novanta un ostacolo insuperabile per l'approvazione del progetto di codice allora predisposto²³⁰.

Nel 2006 il federalismo tedesco è stato oggetto di un'importante revisione costituzionale realizzata attraverso la cinquantaduesima legge di revisione del *Grundgesetz*²³¹. Negli accordi della *Große Koalition* che ha concepito questo ampio disegno di riforma, il nuovo assetto delle competenze legislative nei settori afferenti al diritto ambientale è stato espressamente finalizzato all'approvazione di un codice dell'ambiente fondato sul principio della tutela integrata²³².

La legge di modifica del *Grundgesetz* ha previsto anche una disciplina transitoria, (valida fino al 31 dicembre 2009), per agevolare la prima fondamentale fase della codificazione, e consentire alla Federazione di procedere «indisturbata» alla redazione del codice ambientale²³³.

La revisione costituzionale si è perciò guadagnata l'etichetta di *Lex-UGB*²³⁴.

Nei prossimi paragrafi si procederà all'esame del nuovo assetto delle competenze legislative che in un ordinamento di antica tradizione federale, come quello tedesco, ha inteso legittimare l'approvazione di un codice ambientale con

²³⁰ Sul punto, si veda la motivazione del *Referentenentwurf*, cit., nonché le audizioni parlamentari sulla riforma del federalismo nei settori relativi al diritto ambientale, reperibili sul sito www.bundestag.de.

²³¹ *Gesetz zur Änderung des Grundgesetzes (Artikel 22, 23, 33, 52, 72, 73, 74, 74a, 75, 84, 85, 87c, 91a, 91b, 93, 98, 109, 125a, 125b, 125c, 143c)*, del 28 agosto 2006, in *BGBI*, I, n. 41, 2034.

²³² L'accordo di coalizione, *Koalitionsvertrag*, può leggersi all'indirizzo [web](http://www.spd.de) <http://www.spd.de>, cfr. p. 109 ss. per l'indicazione degli obiettivi della riforma e p. 169 ss. per un primo articolato del progetto di riforma.

²³³ Cfr. le dichiarazioni del ministro Sigmar Gabriel, agosto 2006 in www.faz.de.

²³⁴ Cfr. C. SANGENSTEDT, *Umweltgesetzbuch und Integrierte Vorhabengenehmigung Umweltgesetzbuch und Integrierte Vorhabengenehmigung*, cit.

elevate pretese di unificazione della normativa, secondo il disegno di revisione prefigurato con la concorde approvazione della Federazione e dei *Länder*, espressa, come richiesto dall'art. 79 *GG*, dai due terzi dei componenti del *Bundestag*, e dai due terzi dei voti del *Bundesrat*, la camera rappresentativa degli interessi dei *Länder*.

Lo studio del federalismo tedesco costituisce anche un'occasione opportuna per approfondire alcune questioni divenute, sul piano teorico, comuni al nostro ordinamento dopo il trapianto della *konkurrierende Gesetzgebung* tedesca, attraverso l'espresso ma fugace accenno contenuto nella sentenza 303/2003 della Corte costituzionale²³⁵.

Si tratta di una scelta senza la quale il nostro regionalismo riformato difficilmente sarebbe sopravvissuto. Tuttavia, il sistema delineato dalla Corte in confronto con quello autentico, presenta importanti differenze che sono all'origine di diverse difficoltà nella sua attuazione, particolarmente evidenti nel diritto ambientale.

Conviene anticipare una fondamentale diversità di impostazione fra le due esperienze giuridiche, che è opportuno tenere presente sin da subito per la valutazione dei criteri di ripartizione della competenza legislativa esaminati nei prossimi paragrafi.

La differenza colpisce l'idea stessa che ha fondato nel nostro ordinamento l'attuazione del principio di sussidiarietà legislativa: la ritenuta possibilità di desumere implicitamente dal medesimo principio le regole per la sua attuazione, trascurando così la pluralità delle scelte di politica costituzionale sottese ai diversi modelli che a tal fine, invece, sono ipotizzabili.

Proprio una maggiore attenzione alle molteplici possibilità di realizzazione della sussidiarietà legislativa caratterizza, invece, la cultura e l'esperienza tedesca.

Si tratta di un'impostazione meritevole di particolare attenzione per la sua capacità di tenere conto della (accresciuta) complessità dei rapporti fra stato centrale e autonomie legislative.

Prima di procedere all'esame della riforma del federalismo mirata alle questioni rilevanti per la codificazione del diritto ambientale, è necessario delineare anche un sintetico quadro del contesto in cui essa è intervenuta, al fine di cogliere le ragioni della revisione costituzionale nella concreta dinamica dell'ordinamento.

²³⁵ Corte costituzionale, 1 ottobre 2003, n. 303, punto 2.1 della motivazione, in *Giur. cost.*, 2003, con note di A. D'ATENA, *L'allocazione delle funzioni amministrative in una sentenza ortopedica della Corte costituzionale*, p. 2776 ss., di A. ANZON, *Flessibilità dell'ordine delle competenze legislative e collaborazione tra Stato e Regioni*, p. 2782 ss., di A. MOSCARINI, *Sussidiarietà e Supremacy Clause sono davvero perfettamente equivalenti ?*, p. 2791 ss.; sulla medesima pronuncia A. RUGGERI, *Il parallelismo "redivivo" e la sussidiarietà legislativa (ma non regolamentare...)* in una storica (e, però, solo in parte soddisfacente) pronuncia, pubblicata in www.forumcostituzionale.it, 2003; P. CARETTI, *La Corte e la tutela delle esigenze unitarie: dall'interesse nazionale al principio di sussidiarietà*, in *Le Regioni*, 2004, 381 ss.; S. BARTOLE, *Collaborazione e sussidiarietà nel nuovo ordine regionale*, in *Le Regioni*, 2004, p. 578 ss.

2. Gli sviluppi del federalismo tedesco e gli aspetti problematici della ripartizione costituzionale delle competenze legislative anteriore alla revisione costituzionale del 2006.

La riforma del federalismo approvata nel 2006 si propone di rimuovere tre criticità del sistema: ridimensionare l'intreccio istituzionale fra Federazione e *Länder*, semplificando così i processi decisionali; adeguare le regole di ripartizione della competenza alle nuove esigenze della normazione; assicurare l'effettività della struttura federale nei rapporti della Germania con l'Unione europea²³⁶.

Per cogliere gli aspetti problematici che la revisione ha inteso risolvere è necessario accennare ad alcuni sviluppi impressi alla originaria struttura federale dalle precedenti revisioni costituzionali che, progressivamente, hanno modificato il carattere prevalentemente dualista del modello originario, previsto dalla Legge Fondamentale del 1949, nella direzione di un federalismo cooperativo ed esecutivo²³⁷.

Innanzitutto, si è assistito allo spostamento a vantaggio della Federazione, della competenza legislativa che, secondo l'art. 70, comma I, *GG*, spetta ai *Länder* nella misura in cui la Legge Fondamentale non la riserva alla Federazione medesima.

Ciò è accaduto, oltre che attraverso l'estensione delle materie attribuite alla competenza esclusiva della Federazione, disciplinata dagli artt. 70 e 73 *GG* (*ausschließliche Gesetzgebung*), anche attraverso l'estensione degli ambiti materiali appartenenti alla *konkurrierende Gesetzgebung*.

Quest'ultima tipologia di competenza costituisce il «prototipo» della nostra «chiamata in sussidiarietà»²³⁸. Prima della recente revisione costituzionale,

²³⁶ Per un'utile sintesi, W. KLUTH, *Einführung in Föderalismusreformgesetz* a cura del medesimo Autore, Baden-Baden, Nomos, 2007, p. 43 ss., in particolare p. 47 ss.; nonché in lingua italiana i contributi di D. SCHEFOLD, *Federalismo, regionalismo e riforma del federalismo tedesco, Id., Riflessioni di fine-anno sulla riforma del federalismo*, in www.issirfa.cnr.it, luglio 2006 e dicembre 2006; H. MEYER, *Il compromesso fra Federazione e Länder sulla riforma del federalismo tedesco*, in www.issirfa.cnr.it; al medesimo indirizzo internet, sul progetto di revisione, A. GRAGNANI, *Il nuovo progetto di riforma del federalismo tedesco*, maggio 2006, sul testo definitivo, approvato con minime modifiche dal *Bundestag* il 30 giugno e dal *Bundesrat* il 7 luglio 2006, *Id.*, il contributo in corso di pubblicazione, *Il nuovo ordine delle competenze legislative e la giurisdizione costituzionale sui titoli di competenza nella riforma del federalismo tedesco*, relativo alla ricerca sul federalismo tedesco diretta dal Prof. A. D'Atena, dicembre 2007; i contributi di R. BIFULCO, *La riforma costituzionale del federalismo tedesco del 2006*, audizione del febbraio 2007, *Id.*, *Il federalismo nel secolo XXI: un resoconto della riforma costituzionale tedesca del 2006*, in *Riv. trim. dir. pubbl.*, 2007, p. 225 ss.; J. LUTHER, *La riforma del federalismo in Germania all'esame del Parlamento italiano*, audizione del febbraio 2007, in www.issirfa.cnr.it; A. ANZON DEMMIG, *Cooperazione e differenziazione nella riforma del federalismo tedesco*, audizione del febbraio 2007, in www.issirfa.cnr.it.

²³⁷ Sui diversi modelli di federalismo, ovviamente mai realizzatisi in forma pura, H. BAUER, *Zustand und Perspektive des deutschen Föderalismus aus Sicht der Wissenschaft, in Umweltföderalismus*, a cura di M. KLOEPFER, Berlin, Duncker & Humblot, 2002, p. 31 ss.; per una efficace sintesi degli sviluppi dell'esperienza federale, F. OSSENBÜHL, *Föderalismus nach 40 Jahren Grundgesetz in DVBl*, 1989, p. 1230 ss.; nonché per la proposta di inquadramento del federalismo riformato con la revisione del 2006, come «federalismo sperimentale», L. MICHAEL, *Der experimentelle Bundesstaat*, in *JZ*, 2006, p. 884 ss.

²³⁸ L'espressione, come noto, è corrente nella giurisprudenza costituzionale.

la *konkurrierende Gesetzgebung* era prevista nelle materie enumerate dall'art. 74 *GG* soltanto in presenza delle condizioni stabilite dall'art. 72 *GG*. Nella sua originaria versione l'art. 72 riconosceva alla Federazione la potestà legislativa nelle materie di *konkurrierende Gesetzgebung*, «se e nella misura in cui il *bisogno* di adottare una disciplina legislativa federale sussiste perché 1. una situazione non può essere disciplinata in modo efficace dai singoli *Länder*, 2. la disciplina di una situazione attraverso la legge di un *Land* può danneggiare gli interessi degli altri *Länder* o dello Stato nel suo insieme, o 3. lo richiede la salvaguardia dell'unità giuridica o economica, specialmente la salvaguardia dell'unitarietà delle condizioni di vita al di fuori del territorio di un *Land*», (si trattava della c.d. «clausola di bisogno», *Bedürfnis-Klausel*)²³⁹.

Per comprendere le successive evoluzioni del sistema, occorre tenere presente che a partire da una decisione del 1953, anteriore quindi all'ampliamento del catalogo di materie di *konkurrierende Gesetzgebung*, il Tribunale costituzionale federale, (*Bundesverfassungsgericht*), aveva fortemente limitato, se non praticamente escluso, la giustiziabilità del principio di sussidiarietà come regola di esercizio della competenza legislativa. I presupposti di esercizio della potestà legislativa della Federazione stabiliti dall'art. 72 *GG* presentavano, infatti, un carattere talmente indeterminato da rendere il loro apprezzamento questione politica, essenzialmente rimessa, pertanto, alla discrezionalità del legislatore federale.

Al tempo stesso, su un diverso piano, si era creduto di poter compensare l'avvenuta perdita di competenza legislativa dei *Länder*, dovuta all'estensione degli ambiti materiali sottoposti alla *konkurrierende Gesetzgebung*, attraverso un ampliamento dei casi in cui l'approvazione di leggi federali è condizionata alla approvazione (*Zustimmung*) del *Bundesrat*, la camera rappresentativa degli interessi dei *Länder*.

Due sono stati gli effetti indesiderati prodotti dalle scelte appena ricordate.

In primo luogo, l'esercizio della *konkurrierende Gesetzgebung* da parte della Federazione, anche a causa dell'assenza di un effettivo controllo di costituzionalità sui presupposti del suo esercizio, ha determinato un vero e proprio svuotamento della competenza legislativa dei *Länder*.

In secondo luogo, la frequenza dei casi per i quali era necessaria la *Zustimmung* del *Bundesrat* ha reso talmente complicato l'intreccio istituzionale, da determinare un grave rallentamento, o perfino il blocco dei processi decisionali. Ne ha inoltre pregiudicato gravemente la coerenza e la trasparenza. E' accaduto, infatti, che il *Bundesrat*, in numerosi casi, si è avvalso del potere di *Zustimmung* riferito ad una legge allo scopo di ottenere concessioni dalla Federazione in settori estranei a quella medesima normativa. Ciò grazie anche alle «porte chiuse»²⁴⁰ della *Vermittlungsausschuß*, la commissione prevista all'art. 77 *GG*, come luogo di mediazione sul contenuto della legge soggetta ad

²³⁹ Corsivo aggiunto. Sul tema, anche per ulteriori indicazioni bibliografiche, A. GRAGNANI, *Sindacato di costituzionalità e giusto equilibrio fra unità e differenziazione in uno Stato federale: in tema di giustiziabilità della <Erforderlichkeitsklausel>*, sul sito www.issirfa.cnr.it, nonché in *Rass. parl.*, 2005, p. 673 ss.

²⁴⁰ Così, ad esempio, W. KLUTH, *Einführung*, cit., p. 51.

approvazione del *Bundesrat*²⁴¹. Conseguentemente, il *Bundesrat*, assai spesso, non ha funzionato propriamente e principalmente come camera di rappresentanza degli interessi dei *Länder*, ma piuttosto come luogo di influenza dei partiti politici.

Del resto, già sul piano astratto, l'estensione dei casi di *Zustimmung* non può essere valutato come strumento idoneo a compensare la sottrazione di competenze ai parlamenti dei *Länder*, visto che il rafforzamento di tale potere gioca a favore di una camera come il *Bundesrat* composta da rappresentanti degli esecutivi dei *Länder*.

Un primo tentativo di correzione di questi sviluppi, è stata la revisione costituzionale del 1994²⁴².

Con essa, allo scopo di rendere effettivo il sindacato di costituzionalità sui presupposti dell'esercizio della *konkurrierende Gesetzgebung*, la c.d. «clausola di necessità», (*Erforderlichkeitsklausel*)²⁴³, ha sostituito la «clausola di bisogno».

Secondo le modifiche apportate nel 1994, il testo dell'art. 72 prevede che «la Federazione ha il diritto di legiferare se, e nella misura in cui, la realizzazione di condizioni di vita equivalenti nel territorio federale o la salvaguardia dell'unità giuridica o economica nell'interesse dello Stato unitariamente considerato, renda *necessaria* l'adozione di una disciplina legislativa federale»²⁴⁴. Con la precisazione che, prima della riforma del 2006, la clausola di necessità era il presupposto legittimante e imprescindibile della potestà legislativa della Federazione in tutti gli ambiti materiali enumerati nell'art. 74 *GG*.

Contestualmente alla revisione dell'art. 72 *GG*, il legislatore ha provveduto anche a inserire nell'art. 93, I comma, 2 a, *GG* un apposito procedimento dinanzi al Tribunale costituzionale federale avente ad oggetto «la questione se una legge sia conforme ai presupposti dell'art. 72, II comma, *GG*, con un'estensione della legittimazione ad agire ai parlamenti dei *Länder*, gli organi più direttamente colpiti da un esorbitante esercizio della competenza legislativa da parte della Federazione.

L'intento della revisione dell'art. 72 *GG* era reso così inequivocabile. Si era voluto «precisare, inasprire e concentrare i presupposti per ricorrere alla competenza legislativa concorrente, con lo scopo di migliorare l'insufficiente giustiziabilità della clausola di bisogno da parte della Corte costituzionale»²⁴⁵.

Puntualmente, in ossequio alla volontà del legislatore costituzionale, con la storica decisione del 24 ottobre 2002, il *Bundesverfassungsgericht* ha riconosciuto che con riferimento ai presupposti dell'art. 72, II comma *GG*, «non sussiste un

²⁴¹ Ulteriori dettagli su questa commissione saranno dati più avanti nel testo.

²⁴² Il rilievo è comune in letteratura, ad esempio, H.W. RENGELING, *Föderalismusreform und Gesetzgebungskompetenzen*, in *DVBl*, 2006, p. 1537 ss., p. 1538.

²⁴³ Cfr. A. GRAGNANI, *Sindacato di costituzionalità e giusto equilibrio fra unità e differenziazione in uno Stato federale: in tema di giustiziabilità della <Erforderlichkeitsklausel>*, cit., con riferimenti alla letteratura tedesca.

²⁴⁴ Corsivo aggiunto.

²⁴⁵ Così nei lavoratori preparatori relativi a questa revisione costituzionale, sui quali rinvio ancora a A. GRAGNANI, *Sindacato di costituzionalità e giusto equilibrio fra unità e differenziazione in uno Stato federale: in tema di giustiziabilità della <Erforderlichkeitsklausel>*cit.

marginale di apprezzamento discrezionale del legislatore sottratto al sindacato giurisdizionale di costituzionalità»²⁴⁶.

Con una successiva decisione del 27 luglio 2004²⁴⁷, il Tribunale costituzionale federale ha precisato che la rigorosa interpretazione dell'art. 72 *GG* doveva valere anche per la competenza cornice, (*Rahmengesetzgebung*), disciplinata dall'art. 75 *GG*, in forza del rinvio contenuto nel suo primo comma. Si tratta in particolare di una disposizione che, come vedremo, è stata abrogata, con la novella del 2006. In presenza dei presupposti della «clausola di necessità», l'art. 75 prevedeva il potere della Federazione di dettare disposizioni cornice nell'elenco di materie in essa enumerate, nonché, nelle medesime materie – ma solo in casi eccezionali – disposizioni di dettaglio, ovvero disposizioni direttamente applicabili.

Il nuovo indirizzo della giurisprudenza costituzionale ha però provocato un ulteriore effetto indesiderato. Infatti, nell'ambito della *konkurrierende Gesetzgebung* e della *Rahmengesetzgebung*, la Federazione si è trovata priva dei poteri normativi sufficienti a dettare una disciplina capace di essere al tempo stesso sensata sotto il profilo della completezza del contenuto regolativo, e fondata su un sufficiente titolo legittimante, sia sotto il profilo del presupposto di esercizio della competenza, che sotto il profilo della estensione della medesima competenza, data la rigorosa prova richiesta dalla «clausola di necessità» ai sensi dell'art. 72 *GG*.

Infine, una spinta alla revisione delle tipologie di competenza legislativa è scaturita dalle complicazioni e dai ritardi nell'attuazione del diritto comunitario, dovuti per le materie di competenza cornice, (corrispondente alla nostra competenza concorrente), alla necessità di due distinti procedimenti legislativi, uno dei quali moltiplicato per tutti i *Länder*²⁴⁸.

Dopo che le precedenti revisioni della struttura federale avevano prodotto effetti di intreccio istituzionale insostenibile per la funzionalità dei processi decisionali della Federazione, e si erano rivelati comunque incapaci di rivitalizzare le competenze dei *Länder*, si è allora inteso procedere ad una riforma di vasta portata, la più ampia revisione del *Grundgesetz* realizzato fino ad oggi, intervenendo soprattutto sull'assetto delle competenze legislative.

Di questa revisione costituzionale, sono di particolare interesse nella prospettiva della codificazione del diritto ambientale: la rinnovata valutazione del rilievo costituzionale delle esigenze unitarie e degli interessi alla differenziazione come presupposto di nuove regole di attuazione del principio di sussidiarietà legislativa; l'eliminazione della competenza cornice; la previsione di differenti criteri di attuazione del principio di sussidiarietà legislativa, e, in questa prospettiva la creazione di una nuova tipologia di potestà legislativa fondata su una doppia contestuale imputazione di piena competenza alla Federazione e ai

²⁴⁶ Si tratta della storica sentenza del Tribunale costituzionale federale, *BVerfG*, 24 ottobre 2002, in *BVerfGE*, 106, 62, disponibile in una traduzione in lingua italiana all'indirizzo web, www.issirfa.cnr.it.

²⁴⁷ Si tratta della sentenza 27 luglio 2004, 2 BvF 2/02, di cui è disponibile una traduzione parziale all'indirizzo web, www.issirfa.cnr.it.

²⁴⁸ L'osservazione è stata generalmente condivisa nelle audizioni parlamentari disponibili sul sito www.bundestag.de, *sub Föderalismusreform*.

Länder, con conseguente ridimensionamento, nei medesimi settori, del sindacato di costituzionalità sui presupposti di esercizio della competenza.

3. La ricognizione degli interessi unitari e delle istanze di differenziazione nel diritto ambientale.

Una approfondita ricognizione degli interessi unitari e delle istanze di differenziazione²⁴⁹ orientata secondo gli obiettivi della codificazione del diritto ambientale ha costituito il punto di partenza della nuova allocazione delle competenze legislative, che, tuttavia, non è pervenuta a dotare la Federazione di un titolo unitario di competenza «Tutela dell'ambiente», secondo i suggerimenti della dottrina pressoché unanime²⁵⁰, non avendo quest'ultima soluzione trovato il consenso dei *Länder*, richiesto dall'art. 79, secondo comma, *GG* per la revisione della Legge fondamentale.

La tendenza all'estensione delle competenze federali, già manifestatasi nell'ordinamento tedesco, è stata comunque ulteriormente accentuata²⁵¹.

Una fondamentale spinta in tal senso è impressa, innanzitutto, dalla scelta di incentrare il codice sull'idea regolativa della tutela integrata. Come risulta dall'analisi del progetto di codice, questo modello regolativo sollecita l'armonizzazione della disciplina sia sul piano sostanziale che su quello procedimentale anche a livello territoriale.

Sotto il primo profilo, la frammentazione delle competenze, secondo un'opinione generalmente condivisa nella letteratura tedesca, spezzando l'unitarietà della fonte di disciplina di ambiti «ecologicamente interdipendenti»²⁵², ostacola, se addirittura in concreto, non impedisce la piena realizzazione del modello regolativo della tutela integrata dell'ambiente. La valutazione e la gestione del possibile spostamento degli inquinamenti da un bene ambientale all'altro, al fine di garantire un predeterminato livello di tutela dell'ambiente come

²⁴⁹ Per una approfondita indagine sul tema, si vedano i contributi raccolti in *Umweltföderalismus, Föderalismus in Deutschland: Motor oder Bremse für den Umweltschutz?*, a cura di M. KLOEPFER, Berlin, Duncker & Humblot, 2002.

²⁵⁰ Si vedano i contributi presentati nel corso delle audizioni parlamentari sulla riforma del federalismo in materia ambientale, (reperibili all'indirizzo www.bundestag.de) e, in particolare i contributi di KLOEPFER, che ritiene sufficiente per la codificazione, comunque, anche la competenza spettante alla Federazione attraverso una sommatoria di diversi titoli di potestà legislativa, secondo la soluzione prescelta, come vedremo, dal legislatore costituzionale, e di KOCH, che invece è estremamente critico sulla frammentazione dei titoli di competenza.

²⁵¹ Sul punto, P. C. STORM, *Umweltrecht in Deutschland Entwicklungsstand und Entwicklungstendenzen*, in *LKV*, 1991, p. 53 ss. Già nel 1972 un primo significativo spostamento di competenza dai *Länder* alla Federazione era stato ritenuto necessario per la modernizzazione del diritto ambientale, e compiuto con l'introduzione della potestà legislativa federale per la rimozione dei rifiuti, la pulizia dell'aria e la lotta al rumore, (art. 74 n. 24, introdotto attraverso la trentesima legge di modifica del *Grundgesetz*).

²⁵² Su questa convinzione generalmente condivisa nelle audizioni sul progetto di riforma del federalismo tedesco, A. GRAGNANI, *Il progetto di riforma del federalismo tedesco*, in www.issirfa.cnr.it, maggio 2006. L'opposta convinzione è talora espressa, invece, nella letteratura italiana, cfr. A. MAGLIERI, *L'emersione dell'interesse ambientale nel procedimento amministrativo: prospettive e limiti della semplificazione*, in *Dir. amm.*, 2006, p. 847 ss.

bene unitario, infatti, sono obiettivamente complicate dall'esistenza di legislazioni differenziate a livello locale²⁵³.

Il modello regolativo della tutela integrata sollecita anche l'unificazione a livello nazionale della disciplina del procedimento amministrativo per il rilascio della autorizzazione integrata perché la effettiva realizzazione dei relativi obiettivi sostanziali di protezione dell'ambiente come bene unitario è strettamente correlata a specifiche forme e garanzie procedurali, in particolare la concentrazione procedimentale e i diritti di partecipazione, che a loro volta condizionano fondamentali diritti dei cittadini, in particolare la tutela della salute e le c.d. «libertà economiche»²⁵⁴.

Indipendentemente dalle esigenze attinenti al principio di integrazione, una disciplina unitaria può essere imposta dalla stessa dimensione materiale del fenomeno da disciplinare, quando i suoi effetti superano i confini territoriali locali.

D'altra parte il carattere tecnico della disciplina ambientale richiede spesso istruttorie legislative che impegnano notevoli disponibilità finanziarie, non sempre disponibili a livello locale²⁵⁵.

Verso l'uniformità della disciplina conduce anche la considerazione dei rilevanti condizionamenti che la legislazione ambientale produce sul diritto di proprietà e sull'iniziativa economica privata.

Nella medesima direzione spinge la necessità di non demolire a livello locale l'armonizzazione raggiunta a livello comunitario. Quest'ultima, del resto, trova una delle sue fondamentali ragioni nel significato che l'omogeneizzazione della disciplina ambientale riveste per la tutela della concorrenza²⁵⁶.

Nell'opposta direzione della valorizzazione delle istanze di differenziazione su base territoriale spingono altre esigenze²⁵⁷.

In primo luogo, per una più efficace tutela è necessario tenere conto delle condizioni naturali locali, e delle soluzioni che secondo le esigenze della relativa popolazione rispondono meglio all'attuazione del principio di cooperazione.

In secondo luogo, la differenziazione della disciplina favorisce la sperimentazione di soluzioni innovative per una migliore tutela dell'ambiente, come dimostrano storicamente i primi sviluppi del diritto ambientale, nonché il rilevante contributo dato allo sviluppo del diritto ambientale dalla legislazione di alcuni *Länder*.

La ricerca del giusto equilibrio fra unitarietà e differenziazione della disciplina è complicato da altri due fattori.

²⁵³ Sul punto si veda le già citate audizioni sulla riforma del federalismo, di KOCH e di KLOEPFER.

²⁵⁴ Sul punto, ancora l'audizione di KLOEPFER.

²⁵⁵ Sul punto, ancora l'audizione di KLOEPFER.

²⁵⁶ Si vedano oltre alle audizioni parlamentari già ricordate, i diversi contributi raccolti in Per una approfondita indagine sul tema, si vedano i contributi raccolti in *Umweltföderalismus, Föderalismus in Deutschland: Motor oder Bremse für den Umweltschutz?*, a cura di M. KLOEPFER cit.

²⁵⁷ Anche su questi aspetti, si vedano oltre alle audizioni parlamentari già ricordate, i diversi contributi raccolti in Per una approfondita indagine sul tema, si vedano i contributi raccolti in *Umweltföderalismus, Föderalismus in Deutschland: Motor oder Bremse für den Umweltschutz?*, a cura di M. KLOEPFER, cit.

Innanzitutto, le opposte esigenze possono coesistere nell'ambito di uno stesso settore speciale del diritto ambientale.

Ciò impedisce di conferire un rilievo decisivo esclusivamente al criterio della ripartizione della potestà legislativa secondo ambiti materiali di competenza.

Inoltre, l'equilibrio fra unità e differenziazione è talvolta influenzato dalle diseguali condizioni di sviluppo socio-economico dei diversi enti titolari della potestà legislativa.

Ne discende l'opportunità di prevedere modelli di attuazione del principio di sussidiarietà capaci di tenere conto delle differenti ragioni che determinano l'esigenza di una disciplina unitaria federale, in modo da non sacrificare indebitamente le istanze di differenziazione.

Delineati in termini astratti gli interessi unitari e le esigenze di differenziazione rilevanti nel diritto ambientale, si procederà di seguito all'esame del complesso sistema di ripartizione delle competenze legislative approvato con la riforma del federalismo del 2006.

4.L'abrogazione della *Rahmengesetzgebung* (legislazione cornice).

Nella riforma del federalismo tedesco, l'abrogazione della legislazione cornice, (*Rahmengesetzgebung*, prevista, anteriormente alla riforma, dall'art. 75 *GG*), costituisce il punto di partenza nella ristrutturazione del sistema delle competenze.

In particolare, negli ambiti materiali riconducibili alla legislazione cornice spettava alla Federazione la potestà di dettare disposizioni quadro per la legislazione dei *Länder* se, e nella misura in cui, esse fossero necessarie per la realizzazione di condizioni di vita equivalenti nel territorio federale, ovvero per la salvaguardia dell'unità giuridica o economica nell'interesse dello Stato unitariamente considerato, cioè in presenza dei presupposti indicati attraverso un rinvio alla c.d. «clausola di necessità».

Secondo l'art. 75, II comma, *GG*, soltanto eccezionalmente le norme cornice potevano contenere disposizioni di dettaglio o direttamente applicabili.

Il rilascio della disciplina cornice determinava poi per i *Länder* l'obbligo di legiferare entro il termine previsto dalla legge federale.

La necessità di svolgere due distinti procedimenti legislativi, uno dei quali moltiplicato per tutti i *Länder*, si è dimostrata una complicazione inutile, e causa di notevoli ritardi specialmente per l'attuazione delle direttive, dato il loro carattere sempre più dettagliato²⁵⁸.

Inoltre, con riferimento alle nuove esigenze della normazione, la distinzione fra le disposizioni quadro, affidate alla Federazione, e le altre disposizioni che i *Länder* erano obbligati a rilasciare nel termine indicato dalla legge federale ha perso progressivamente il suo significato originario, specialmente nel diritto ambientale, condizionato in modo davvero determinante anche dalle prescrizioni di dettaglio.

²⁵⁸ Come anticipato, l'abrogazione dell'art. 75 *GG* era stata auspicata ed è stata accolta con favore in dottrina, specialmente dagli studiosi di diritto ambientale, sul punto, cfr. M. KLOEPFER, *Föderalismusreform und Umweltgesetzgebungskompetenzen*, in *ZUR*, 2006, p. 338 ss.; M. KOTULLA, *Umweltschutzgesetzgebungskompetenzen und <Föderalismusreform>*, in *NVwZ*, 2007, p. 489 ss.

Per importanti profili, invece, la legislazione ambientale prima della revisione era inquadrata in questa tipologia di competenza, (ad esempio la disciplina della tutela della natura della cura del paesaggio, della caccia, della gestione delle acque)²⁵⁹.

D'altra parte, il nuovo approccio regolativo comunitario della tutela integrata dell'ambiente, presuppone, uno stretto coordinamento fra la disciplina dei singoli fattori ambientali, che è ostacolato dalla previsione di una densità regolativa diversa – disposizioni cornice, o non immediatamente applicabili, o di dettaglio - ammessa per la disciplina federale, secondo lo schema della competenza cornice.

Per assicurare una ripartizione delle materie di *Rahmengesetzgebung* nel modo considerato più conveniente al loro oggetto, alcune materie sono state assegnate alla competenza esclusiva della Federazione, altre sono state trasferite nella *konkurrierende Gesetzgebung*, che peraltro, come anticipato, è stata profondamente modificata.

5. Le tipologie di competenza legislativa dopo la riforma del federalismo.

La disciplina costituzionale delle competenze legislative successiva alla riforma del federalismo del 2006 si apre con l'art. 70 *GG*, che attribuisce ai *Länder* il diritto di legiferare fintanto che il *Grundgesetz* non riconosce la potestà legislativa alla Federazione. La medesima disposizione precisa, inoltre, che la delimitazione della competenza si determina sulla base delle disposizioni costituzionali relative alla *ausschließliche Gesetzgebung* e alla *konkurrierende Gesetzgebung*.

5.1. La *ausschließliche Gesetzgebung* (legislazione esclusiva).

L'art. 71 *GG* stabilisce che negli ambiti normativi affidati alla competenza esclusiva della Federazione, i *Länder* possono esercitare la potestà legislativa soltanto se, e nella misura in cui, essi sono a ciò espressamente autorizzati da una legge federale.

Le materie di legislazione esclusiva sono elencate nel successivo art. 73.

Si tratta di ambiti normativi nei quali si può presumere con notevole certezza l'esistenza, di regola, soltanto di esigenze unitarie.

Coerentemente, nei medesimi settori, si presumono irrilevanti le esigenze di differenziazione locale.

Per quanto riguarda il diritto ambientale, dopo la riforma del 2006, appartengono alla legislazione esclusiva alcune materie già previste nel testo previgente, cioè la difesa, inclusa la protezione della popolazione civile; (73, I comma, n. 1); la statistica per scopi federali (73, I comma, n. 11), il traffico aereo (73, I comma, n. 6), il traffico ferroviario relativo alle ferrovie di proprietà almeno per la maggior parte della Federazione (art. 73, I comma, n. 6a); l'unità del territorio doganale (73, I comma, n. 5), nonché nuove materie. In particolare: la produzione e l'impiego di energia nucleare per scopi pacifici, la costruzione e la

²⁵⁹ Si vedano i diversi contributi raccolti in *Umweltföderalismus, Föderalismus in Deutschland: Motor oder Bremse für den Umweltschutz?*, a cura di M. KLOEPFER, cit.

gestione di impianti che servono a questi scopi, la tutela contro i pericoli che sorgono dalla propagazione di energia nucleare o che derivano dai raggi ionizzanti, e lo smaltimento di sostanze radioattive (art. 73, I comma, n. 14 *GG*).

Nel progetto di codice le competenze esclusive previste dall'art. 73, I comma, nn. 1, 6, 6a, insieme ad altri titoli di competenza di *konkurrierende Gesetzgebung*, hanno costituito il fondamento della disciplina della valutazione ambientale strategica, contenuta nella sezione seconda del capitolo primo, del libro primo.

5.2. Le diverse tipologie di *konkurrierende Gesetzgebung*, le corrispondenti regole di attuazione del principio di sussidiarietà legislativa, e la codificazione come scopo regolativo unitario nella giurisprudenza del Tribunale costituzionale federale.

L'elaborazione dell'ultimo progetto di codice ambientale, essendo la Federazione priva di un titolo unitario di competenza per la tutela dell'ambiente, si avvale di una sommatoria di titoli di competenza federale, e, significativamente, soprattutto delle diverse forme di *konkurrierende Gesetzgebung* che caratterizzano l'assetto costituzionale delle competenze legislative successivo alla riforma del 2006.

Ciascuna di esse propone un diverso modello di attuazione del principio di sussidiarietà legislativa, specificamente concepito in relazione a predeterminati ambiti materiali e alla natura degli interessi unitari e delle istanze di differenziazione che in essi possono trovare espressione.

Prima di esaminare le tipologie di *konkurrierende Gesetzgebung*, conviene premettere che esse hanno in comune una regola fondamentale, prevista dall'art. 72, primo comma, *GG*. Secondo tale disposizione, nelle materie di *konkurrierende Gesetzgebung*, i *Länder* hanno potestà legislativa *fino a quando e nella misura in cui* la Federazione *non ha fatto uso* della sua competenza attraverso una legge. Quest'ultima legge produce rispetto alla potestà legislativa dei *Länder* un effetto di sbarramento, c.d. *Sperrwirkung*, salvo quanto previsto, come vedremo, dall'art. 72, III comma, per alcuni ambiti materiali tassativamente previsti dal *Grundgesetz*, nei quali spetta ai *Länder* la potestà di dettare una disciplina differenziata.

Si deve anche tenere presente che nell'interpretazione dell'art. 72, primo comma, la giurisprudenza del *Bundesverfassungsgericht*, (Tribunale costituzionale federale), conferisce allo scopo codificatorio una speciale rilevanza²⁶⁰.

In particolare, il giudice costituzionale ha precisato che un completo effetto di sbarramento si produce soltanto se il legislatore federale ha adottato una disciplina esaustiva. A tal fine, però, è decisivo non soltanto il contenuto della legge, ma anche lo scopo regolativo assunto dal legislatore.

Secondo il Tribunale costituzionale, l'intento codificatorio rappresenta un indizio importante del carattere esaustivo della disciplina. Tuttavia non si può

²⁶⁰ Cfr. la sentenza del Tribunale costituzionale federale in *BVerfGE*, 56, 110, 119, nonché *BVerfGE*, 20, 238, 251.

escludere che un codice ammetta in certi ambiti una disciplina dei *Länder*, o preveda espresse riserve regolative a loro vantaggio.

Al tempo stesso, l'introduzione di simili clausole può essere indicativa dell'inammissibilità di discipline differenziate al di fuori degli ambiti regolativi in cui esse sono espressamente ammesse.

Alla luce di questa giurisprudenza, il progetto di codice ambientale regola il rapporto fra disciplina codificata e discipline differenziate ad opera dei *Länder*.

5.2.1. La *konditionierte konkurrierende Gesetzgebung*.

La forma originaria di *konkurrierende Gesetzgebung*, già prevista prima della revisione del 2006, è disciplinata dall'art. 72, II comma, *GG*.

Questa tipologia di competenza si riferisce ad ambiti materiali nei quali le istanze unitarie possono manifestarsi in corrispondenza delle condizioni definite dal legislatore costituzionale attraverso la clausola di necessità, (*Erforderlichkeitsklausel*). Quindi, in questi stessi ambiti, «la Federazione ha il diritto di legiferare se, e nella misura in cui, la realizzazione di condizioni di vita equivalenti nel territorio federale, o la salvaguardia dell'unità giuridica o economica nell'interesse dello Stato unitariamente considerato, renda *necessaria* l'adozione di una disciplina legislativa federale».

Si tratta di una forma di *konkurrierende Gesetzgebung* denominata in dottrina *konditionierte konkurrierende Gesetzgebung*, legislazione concorrente condizionata, proprio perché è *condizione* della sua esistenza la *necessità* di una disciplina federale nel senso appena precisato²⁶¹.

Essa costituisce, come già anticipato, l'archetipo della nostra «chiamata in sussidiarietà», che, peraltro, presenta importanti differenze rispetto al modello originario.

La fondamentale differenza riguarda la straordinaria pervasività di questo criterio di ripartizione della competenza nel nostro ordinamento, dove, l'attrazione in sussidiarietà è capace di operare in qualsiasi ambito materiale. Nell'ordinamento tedesco, invece, è la Costituzione che predetermina gli ambiti normativi della corrispondente tipologia di competenza, valendosi del classico criterio della enumerazione delle competenze, che si combina, quindi, con un parametro fondato sulla concreta valutazione degli interessi.

In seguito alla revisione del federalismo tedesco, i settori materiali nei quali la potestà legislativa federale è vincolata alla clausola di necessità non sono più tutte le materie tassativamente elencate nel successivo art. 74 *GG*, ma soltanto alcune di quelle in precedenza previste. Esse sono enumerate all'art. 72, comma II, *GG*, attraverso il rinvio all'art. 74, I comma, n. 4, 7, 11, 13, 15, 19a, 20, 22, 25 e 26, *GG*.

Per quanto riguarda il diritto ambientale si tratta dei seguenti settori: la legislazione economica, con particolare riferimento alle miniere, al commercio, all'industria e all'energia, (74, I comma, n. 11); la promozione della ricerca scientifica, (74, I comma, n. 13); l'importazione e l'esportazione di prodotti

²⁶¹ Così, ad esempio, A. UHLE, *Art. 72 GG*, in W. KLUTH, *Einführung in Föderalismusreformgesetz*, cit., p. 110 ss., in particolare, p. 129, che ricorda l'uso della medesima formula in C. DEGENHART, *Art. 72*, in *Grundgesetz*, a cura di M. SACHS, IV ed., 2007.

agricoli e forestali, la pesca d'alto mare e costiera e la protezione delle coste, la legislazione relativa ai generi alimentari, compresi i derivati di animali, la circolazione di piante e semi agricoli e forestali, nonché la protezione di alberi e piante da malattie e parassiti e la protezione degli animali (74, I comma, n. 20); la circolazione stradale, gli autoveicoli, la costruzione e manutenzione delle strade nazionali di grande comunicazione, l'imposizione di pedaggi o tributi per l'uso delle strade pubbliche con veicoli (74, I comma, n. 22).

Esclusivamente nelle medesime materie, la sussistenza di tali condizioni continua a essere sottoposta al penetrante sindacato del Tribunale costituzionale federale, essendo invariato il tenore letterale della *Erfordlichkeitsklausel*, la clausola di necessità, già oggetto della ricordata revisione costituzionale del 1994, con la quale il rigore dei presupposti di questa potestà legislativa federale era stato inasprito, ed essi erano divenuti giustiziabili nel sindacato di costituzionalità, con onere della prova posto rigorosamente a carico della Federazione.

A tal proposito è opportuno evidenziare che la conferma della clausola di necessità anche nel nuovo sistema di ripartizione delle competenze, esclude che la contestuale riduzione del suo ambito materiale di operatività possa significare una contestazione sotto il profilo teorico della giurisprudenza del *Bundesverfassungsgericht* sulla giustiziabilità dei presupposti per l'esercizio della competenza in via sussidiaria. La riduzione delle materie in cui questa tipologia di competenza può essere esercitata, invece, conferma l'esattezza di quell'indirizzo giurisprudenziale, e una conseguente reazione ai già ricordati effetti indesiderati di quella giurisprudenza nella concreta dinamica dei rapporti fra Federazione e *Länder*, limitatamente agli ambiti materiali da essa liberati²⁶².

Per completare la disciplina della *konkurrierende Gesetzgebung*, resta da esaminare l'ultimo comma dell'art. 72 *GG*: «Con legge federale può essere stabilito che una disciplina legislativa federale, per la quale non vi sia più necessità ai sensi del comma II, può essere sostituita dal diritto del *Land*».

Si tratta di una previsione coerente con una concezione del principio di sussidiarietà nel suo aspetto dinamico di parametro diretto al legislatore ordinario per il concreto esercizio della competenza. Il principio di sussidiarietà così inteso, richiede, infatti, che sia il legislatore costituzionale a regolare non soltanto l'ipotesi nella quale dall'insorgenza di esigenze unitarie scaturisce la necessità di una disciplina federale, ma anche la situazione che si determina qualora tale necessità venga successivamente meno.

L'interpretazione dell'ultimo comma dell'art. 72 è, peraltro, controversa²⁶³.

Il criterio letterale depone nel senso di una certa discrezionalità del legislatore federale nel valutare il rilascio di una legge federale che sancisca il venir meno della necessità della disciplina unitaria già adottata, con conseguente autorizzazione di una legislazione sostitutiva dei *Länder*.

Tuttavia, è stata avanzata in dottrina anche l'idea che sia venuta meno ogni discrezionalità del legislatore sul punto, dato che è stata introdotta una nuova

²⁶² H.J. PAPIER, *Aktuelle Fragen der bundestaatlichen Ordnung*, cit., p. 2146.

²⁶³ Sul punto, A. UHLE, *Art. 72 GG*, cit., p. 138 ss., per una ricognizione delle diverse opinioni.

ipotesi di controllo di costituzionalità finalizzata ad accertare che non sussiste più la necessità di una legge federale ai sensi del 72, comma II, *GG*.

Precisamente, il secondo comma dell'art. 93 prevede che «Il Tribunale costituzionale federale decide inoltre su istanza del *Bundesrat*, di un Governo del *Land* o di una rappresentanza popolare di un *Land*, se nel caso dell'art. 72, comma IV, non sussista più la necessità di una disciplina federale secondo l'art. 72, comma II, o se la disciplina federale nei casi dell'art. 125a, comma II, prima frase, non potrebbe più essere emanata. L'accertamento che la necessità è venuta meno, o che la disciplina federale non potrebbe più essere emanata, sostituisce la legge federale secondo l'art. 72, comma IV o secondo l'art. 125a, comma II, seconda frase. L'istanza ai sensi della prima parte del presente articolo è ammissibile solo se un disegno di legge secondo l'art. 72, comma IV o secondo l'art. 125a, comma II, frase seconda è stato rigettato dal *Bundestag* o se su di esso il *Bundestag* non ha discusso entro un anno e non ha adottato una deliberazione, ovvero se un corrispondente disegno di legge è stato rigettato dal *Bundesrat*».

Esaminata la *konditionierte konkurrierende Gesetzgebung*, (legislazione concorrente condizionata), si intuisce che essa, e in particolare il titolo relativo alla legislazione economica, (72-74 n. 11 *GG*), costituisce il fondamento della disciplina del nucleo centrale del progetto di codice²⁶⁴, cioè delle disposizioni relative allo scopo, ai principi, alle definizioni legislative, alla valutazione ambientale strategica e alla disciplina relativa ai requisiti sostanziali per la autorizzazione integrata di progetto, nonché delle regole sulla sorveglianza degli impianti e delle attività autorizzate.

Una frammentazione giuridica negli ambiti normativi appena ricordati, infatti, è dannosa per il sistema giuridico e per quello economico.

Al riguardo è opportuno evidenziare che secondo la giurisprudenza del Tribunale costituzionale federale, una legislazione federale è necessaria ai sensi dell'art. 72 *GG* per la salvaguardia dell'unità giuridica soltanto «quando la frammentazione legislativa produce un frazionamento giuridico con conseguenze problematiche, che non può essere accettato nell'interesse sia della Federazione che anche dei *Länder*», perché la differenziazione legislativa minaccia «il bene giuridico dell'unità giuridica dello Stato unitario, concepito come conservazione di una comunità giuridica capace di funzionare»²⁶⁵.

Secondo il medesimo Tribunale, la salvaguardia dell'unità economica, invece, rende necessaria una legislazione federale quando si tratta di conservare «la capacità di funzionamento dello spazio economico della Repubblica federale attraverso l'emanazione di diritto unitario a livello federale». L'«unità economica presuppone pertanto un qualcosa di più rispetto alla realizzazione della unità giuridica.

²⁶⁴ Cfr. la motivazione che accompagna il progetto di codice, cit., p. 43 ss.

²⁶⁵ Si tratta della storica sentenza del Tribunale costituzionale federale, *BVerfG*, 24 ottobre 2002, in *BVerfGE*, 106, 62, disponibile in una traduzione in lingua italiana all'indirizzo web, www.issirfa.cnr.it.

Le due indicazioni di scopo avranno tuttavia frequentemente una zona in comune», anche perché l'unità economica si realizza tipicamente attraverso l'unificazione delle condizioni giuridiche²⁶⁶.

5.2.2. La *unkonditionierte konkurrierende Gesetzgebung* e la *Abweichungsgesetzgebung*: la doppia imputazione di una piena competenza alla Federazione e ai *Länder* nei medesimi ambiti materiali.

Una seconda forma di *konkurrierende Gesetzgebung* è prevista dall'art. 72, terzo comma, *GG*.

Si tratta dell'innovazione più significativa della riforma costituzionale delle competenze legislative.

Il nuovo modello di attuazione del principio di sussidiarietà prevede un doppio titolo di competenza piena della Federazione e dei *Länder* negli ambiti materiali nei quali è presumibile l'insorgenza di esigenze unitarie, ma non può escludersi la coesistenza di istanze di differenziazione²⁶⁷.

Queste ultime, peraltro, possono sussistere in tutti i *Länder*, ovvero insorgere soltanto in alcuni di essi per le particolari condizioni locali di tipo naturalistico, ovvero determinarsi in relazione al loro diverso grado di sviluppo socio-economico.

Il riconoscimento della coesistenza di entrambe le esigenze di unitarietà e di differenziazione, non determinabili *a priori* e strettamente dipendenti dalla disegualianza delle condizioni oggettive dei *Länder*, rende inopportuna un'aprioristica imputazione di competenza alla Federazione o ai *Länder*.

Sulla base di queste premesse, il nuovo doppio titolo di competenza si articola in due potestà legislative: la competenza federale, che negli ambiti materiali enumerati dall'art. 72, comma III, *GG*, è svincolata dalla clausola di necessità, e la competenza dei *Länder* di dettare una disciplina differenziata nei medesimi ambiti normativi.

La legge federale è perciò denominata in dottrina *unkonditionierte konkurrierende Gesetzgebung*, ma anche *Vorranggesetzgebung*, ad indicare la prevalenza di per sé della legislazione federale, che in seguito alla riforma è liberata negli ambiti materiali appartenenti a questa tipologia di competenza dall'onere di giustificare la propria «necessità»²⁶⁸, e, quindi, è esonerata limitatamente a questo profilo, anche dal corrispondente (eventuale) controllo del giudice costituzionale.

²⁶⁶ Si tratta della storica sentenza del Tribunale costituzionale federale, *BVerfG*, 24 ottobre 2002, in *BVerfGE*, 106, 62, disponibile in una traduzione in lingua italiana all'indirizzo web, www.issirfa.cnr.it.

²⁶⁷ Su questa tipologia di competenza, H. SCHULZE-FIELITZ, *Umweltschutz im Föderalismus –Europa, Bund und Länder*, in *NVwZ*, 2007, p. 249 ss., M. KOTULLA, *Umweltschutzgesetzgebungskompetenzen und <Föderalismusreform>*, cit.

²⁶⁸ Ancora per il concetto di *Vorranggesetzgebung*, utilizzato per indicare la *konkurrierende Gesetzgebung* negli ambiti materiali dove l'esistenza di interessi unitari è presunta, e, perciò, non occorre la prova della "necessità" di una disciplina unitaria, C. DEGENHART, *Die Neuordnung der Gesetzgebungskompetenzen durch die Föderalismusreform*, cit., p. 1210, nonché A. UHLE, *Art. 72 GG*, cit., in particolare, p. 129.

La potestà legislativa dei *Länder* in queste materie è denominata *Abweichungsgesetzgebung*, per indicare la potestà di dettare una disciplina legislativa differenziata²⁶⁹.

Di fronte alla potestà legislativa dei *Länder* di dettare una disciplina differenziata, si apre per la potestà legislativa federale nei medesimi ambiti, l'ulteriore alternativa denominazione della *unkonditionierte konkurrierende Gesetzgebung*, anche come *abweichungsoffene Vorranggesetzgebung*, cioè potestà legislativa prevalente e aperta alla differenziazione²⁷⁰.

Negli ambiti materiali compresi in questa tipologia di competenza, il *Grundgesetz* regola i rapporti fra legislazione federale e legislazione dei *Länder* nei termini seguenti.

L'art. 72, III comma, *GG* prevede che le leggi federali riconducibili alla *abweichungsoffene Vorranggesetzgebung* non entrano in vigore prima di sei mesi dalla loro pubblicazione, salvo quanto sia diversamente stabilito con l'adesione del *Bundesrat*.

Un'abbreviazione del termine può rendersi necessaria, ad esempio, per particolari urgenze, o anche per i tempi di attuazione imposti dal diritto comunitario.

La stessa disposizione precisa che nel rapporto fra disciplina federale e disciplina di un *Land*, prevale la legge di volta in volta successiva.

L'esercizio della *Abweichungsgesetzgebung* dà luogo a un fenomeno di mera prevalenza applicativa, ma non a una deroga in senso tecnico, ed è paragonabile, piuttosto, al rapporto che si instaura negli ordinamenti nazionali fra fonti statali e fonti comunitarie²⁷¹.

La liberazione della potestà legislativa federale dalla «clausola di necessità» rende la legge federale incapace di *Sperrwirkung*, cioè di quella efficacia di barriera nei confronti della legislazione dei *Länder* che essa possedeva prima della riforma in tutti gli ambiti materiali indicati nell'art. 74 *GG*, e possiede oggi, ancora, limitatamente ai settori in cui la clausola di necessità opera.

Siccome la legge posteriore ha una mera prevalenza applicativa, in caso di abrogazione della legge federale successiva, la legge del *Land* torna automaticamente ad essere applicata, e viceversa²⁷².

Il riferimento al criterio della *lex posterior* è stato percepito in dottrina come una deroga rispetto all'art. 31 *GG*, secondo il quale «il diritto federale <rompe> il diritto del *Land*»²⁷³. Peraltro, è preferibile la diversa interpretazione secondo la quale, in realtà, nel campo di applicazione dell'art. 73, III comma, *GG*,

²⁶⁹ Sottolinea che non si tratta di una deroga in senso tecnico, ma di una mera prevalenza applicativa, C. DEGENHART, *Die Neuordnung der Gesetzgebungskompetenzen durch die Föderalismusreform*, cit., p. 1212.

²⁷⁰ Cfr. A. UHLE, *Art. 72 GG*, cit., p. 141.

²⁷¹ C. DEGENHART, *Die Neuordnung der Gesetzgebungskompetenzen durch die Föderalismusreform*, p. 1212.

²⁷² Ancora sul punto, C. DEGENHART, *Die Neuordnung der Gesetzgebungskompetenzen durch die Föderalismusreform*, p. 1212.

²⁷³ C. DEGENHART, *Die Neuordnung der Gesetzgebungskompetenzen durch die Föderalismusreform*, cit., p. 1212.

non si può determinare una collisione fra diritto federale e diritto del *Land*, proprio perché questa disciplina della competenza previene l'insorgere di una vera e propria antinomia; dunque non viene in considerazione l'applicazione dell'art. 31 *GG*, e neppure una sua deroga²⁷⁴.

Prima di riflettere sul senso di questo nuovo modello di attuazione del principio di sussidiarietà legislativa, restano da fare alcune precisazioni.

Secondo il tenore letterale della disposizione, la competenza a dettare una disciplina differenziata deve essere esercitata attraverso una legge.

Ciò, in linea con il carattere compensativo di questa potestà legislativa, a vantaggio dei parlamenti dei *Länder*, cioè dei soggetti colpiti dallo spostamento di competenza legislativa a vantaggio della Federazione.

E' controverso, invece, in dottrina se i *Länder* possano fare uso di questa competenza anche soltanto a scopo «oppositivo», disponendo semplicemente la non applicazione nel rispettivo territorio della legge federale.

L'opinione negativa è motivata, condivisibilmente, sulla base del tenore letterale e tenuto conto dello scopo di questa competenza. Per le medesime ragioni, invece, si considera ammesso un contenuto negativo, ad esempio l'esclusione di un divieto stabilito dalla legge federale²⁷⁵.

I settori del diritto ambientale nei quali il *Grundgesetz* stabilisce questa doppia competenza piena della Federazione e dei *Länder* sono: la disciplina della caccia, (escluso il permesso di caccia), (art. 72, III comma, n. 1); la tutela della natura e la cura del paesaggio, (esclusi i principi generali della tutela della natura, la disciplina della tutela delle specie o della tutela della natura marina), (art. 72, III comma, n. 2); l'assetto del territorio, (art. 72, III comma, n. 4); la disciplina delle acque (escluse le discipline relative alle sostanze e agli impianti), (art. 72, III comma, n. 5).

5.2.2.1. La *unkonditionierte konkurrierende Gesetzgebung*, la *Abweichungsgesetzgebung*, i correlati procedimenti di negoziazione politica, e la corrispondente riduzione del sindacato di costituzionalità.

Delineato il quadro delle regole di esercizio della potestà legislativa nelle materie enumerate al 72, comma III, *GG*, è possibile riflettere sul significato di tale disposizione nei concreti rapporti fra Federazione e *Länder*.

Il riconoscimento di due titoli di competenza piena, (*doppelte Vollkompetenz*)²⁷⁶, ad entrambi i legislatori rimette la scelta della legislazione applicabile nel territorio federale ad un procedimento di negoziazione politica²⁷⁷.

La norma attributiva della competenze si limita a stabilire gli ambiti materiali di questa competenza, la regola della *lex posterior* come criterio fra

²⁷⁴ Per l'esclusione della configurabilità di una deroga dell'art. 31 *GG* con riferimento a queste ipotesi, H.J. PAPIER, *Aktuelle Fragen der bundestaatlichen Ordnung*, cit., p. 2147.

²⁷⁵ A. UHLE, *Art. 72 GG*, cit., p. 145 ss.

²⁷⁶ J. IPSEN, *Die Kompetenzverteilung zwischen Bund und Ländern nach der Föderalismusnovelle*, in *NJW*, 2006, p. 2801 ss., in particolare p. 2804.

²⁷⁷ Cfr. H. SCHULZE-FIELITZ, *Umweltschutz im Föderalismus –Europa, Bund und Länder*, cit.; M. KOTULLA, *Umweltschutzgesetzgebungskompetenzen und <Föderalismusreform>*, cit.

legge federale e legge del *Land*, e il termine di entrata in vigore delle leggi federali.

Resta invece al legislatore federale, ovvero a quello di ciascun *Land* per il rispettivo territorio, la scelta sulla legge da applicare nel rispettivo ambito territoriale di riferimento. Ciascun *Land*, infatti, eserciterà la potestà di dettare con riferimento al proprio territorio una disciplina differenziata rispetto a quella federale soltanto se non condivide il contenuto di quella legge, assumendosi con ciò la responsabilità politica della disciplina differenziata nei confronti dei suoi destinatari. A sua volta, la Federazione potrà non condividere tale legislazione del *Land*, cosicché quest'ultima non sarà applicabile in forza della entrata in vigore della successiva legge federale.

In questa prospettiva, il termine dilatorio stabilito per la entrata in vigore della legge federale, salvo un minor termine con approvazione del *Bundesrat*, ha lo scopo di concedere ai *Länder* il tempo necessario per decidere sull'emanazione di una eventuale disciplina differenziata.

La nuova tipologia di competenza ha suscitato molte perplessità.

Si teme innanzitutto che la regola della prevalenza applicativa secondo il criterio della *lex posterior* possa determinare un deprecabile effetto *ping-pong* sul diritto vigente, con gravi incertezze del diritto e difficoltà applicative.

Si è ipotizzato che una legge federale emanata nell'esercizio di questa tipologia di competenza potrebbe non trovare mai applicazione, poiché tutti i *Länder* potrebbero in ipotesi dettare una disciplina differenziata²⁷⁸, con conseguente spreco di attività legislativa.

Un altro aspetto problematico è dovuto alla difficoltà di delimitare i settori normativi oggetto della potestà legislativa differenziata, con il connesso rischio di un crescente contenzioso costituzionale, e conseguente incertezza del diritto²⁷⁹.

Si teme anche, sotto questo profilo, che la nuova tipologia di competenza possa vanificare i vantaggi attesi dall'abrogazione della competenza cornice per una più adeguata attuazione del diritto comunitario.

Si teme, infine, che nel diritto ambientale la potestà legislativa differenziata possa legittimare un fenomeno di *Ökodumping*.

In una diversa prospettiva, più attenta alla concreta dinamica dei rapporti Federazione-*Länder*, le critiche verso questa nuova forma di *konkurrierende Gesetzgebung*²⁸⁰ sono attenuate dalla ragionevole speranza che non tutto ciò che teoricamente è possibile trova sempre, davvero, un corrispondente svolgimento, nonché grazie all'esistenza nell'ordinamento di istituti capaci di contrastare alcuni ipotetici sviluppi indesiderati nell'esercizio di questa tipologia di competenze²⁸¹.

²⁷⁸ M. KOTULLA, *Umweltschutzgesetzgebungskompetenzen und <Föderalismusreform>*, cit., p. 491.

²⁷⁹ L'audizione di A. EPINEY, nonché quella di H. J. KOCH, *Schriftliche Stellungnahme zur öffentlichen Anhörung des Rechtsausschusses des Deutschen Bundestages und des Ausschusses für Innere Angelegenheiten des Bundesrates zur Föderalismusreform Teil III: Bereich Umweltschutz/Landwirtschaft*.

²⁸⁰ Così, M. KOTULLA, *Umweltschutzgesetzgebungskompetenzen und <Föderalismusreform>*, cit., p. 491.

²⁸¹ Così, M. KOTULLA, *Umweltschutzgesetzgebungskompetenzen und <Föderalismusreform>*, cit., p. 491.

Innanzitutto è apparso più probabile che esse costituiranno il punto di riferimento di una contrattazione politica sui contenuti della legge per pervenire a soluzioni unitarie condivise, anziché essere irresponsabilmente utilizzate. Non sarebbero, dunque, realistici i timori di sprechi della funzione legislativa, ovvero di effetti *ping-pong* intollerabili per la conoscibilità e la certezza del diritto. In altri termini, con questa nuova tipologia di competenza si intende valorizzare la responsabilità politica delle scelte di tutela dell'ambiente della Federazione e dei *Länder*, nell'interesse di entrambi, e in linea con la fondamentale innovazione che caratterizza questo modello di attuazione del principio di sussidiarietà legislativa: l'esclusione del sindacato di costituzionalità sull'esistenza in questi ambiti di interessi unitari²⁸².

Conseguentemente, l'aspirazione ad una disciplina unitaria può realizzarsi soltanto attraverso la condivisione dei contenuti della legge federale da parte dei *Länder*, che naturalmente si fonderà su soluzioni di compromesso.

Tuttavia, il potere della Federazione di pervenire comunque all'approvazione di una disciplina in mancanza di un accordo considerato ragionevole, e, il potere di ciascun *Land* di dettare un'autonoma disciplina differenziata, ovvero di allinearsi alla disciplina federale, dovrebbe scongiurare la costrizione a compromessi che rendono insensata la disciplina o comunque inadeguata al progetto politico che si intende realizzare, e, al tempo stesso, consentire adeguata espressione alle istanze di differenziazione che rispondono ad esigenze obiettive.

D'altra parte si ritiene improbabile che il nuovo criterio di ripartizione delle competenze presti l'occasione per una deroga peggiorativa degli *standard* di tutela ambientale, aprendo fra i *Länder* una competizione nell'*Ökodumping*, tenuto conto innanzitutto dell'esperienza storica.

La possibilità di differenziazione rispetto al diritto federale è stata già sperimentata in diverse leggi federali, secondo la formula *Das Nähere regeln Landesgesetz*, (la legislazione del *Land* disciplina il dettaglio), e ha consentito di promuovere a livello locale la sperimentazione di soluzioni politiche innovative che, come è storicamente dimostrato, hanno talora rappresentato efficaci esperienze pilota, poi generalizzate dalla legislazione federale.

Per di più, siccome le materie oggetto di *abweichungsoffene Vorranggesetzgebung* sono fortemente condizionate dal diritto comunitario, quest'ultimo offre una «rete di sicurezza» contro il rischio di un uso irresponsabile della potestà di differenziazione²⁸³, e scongiura il paventato pericolo che la potestà legislativa differenziata presti l'occasione per una deroga peggiorativa degli *standard* di tutela ambientale, aprendo fra i *Länder* una competizione orientata all'*Ökodumping*.

²⁸² Fermo naturalmente il sindacato sui presupposti esterni della contrattazione, come ad esempio sulla ricorrenza dei nuclei sottratti alla differenziazione, eventualità, questa, temuta dalla dottrina, data la formulazione eccessivamente indeterminata della disposizione; sul punto H. SCHULZE-FIELITZ, *Umweltschutz im Föderalismus –Europa, Bund und Länder*, cit

²⁸³ Sul punto di particolare interesse l'audizione sulla riforma del federalismo di M. KLOEPFER, reperibile sul sito www.bundestag.de.

A tal proposito si deve tenere presente che con la revisione del federalismo la responsabilità interna per violazione del diritto comunitario è stata formalizzata anche sul piano finanziario²⁸⁴.

L'art. 104 a *GG*, infatti, nella versione oggi vigente dispone che: «Federazione e *Länder* sopportano le conseguenze di una violazione di obblighi sovranazionali o internazionali della Germania secondo la ripartizione infrastatale della competenza e dei compiti. Nei casi di correzioni finanziarie dell'Unione europea che interessano più di un *Land*, la Federazione e i *Länder* sopportano queste conseguenze in rapporto di 15 a 85. La totalità dei *Länder* sopporta in questi casi solidalmente il 35% degli oneri totali corrispondentemente ad una chiave generale; il 50% degli oneri totali sono sopportati dai *Länder* che hanno provocato questi oneri, *pro quota*, corrispondentemente al livello dei mezzi finanziari conseguiti. I particolari sono regolati da una legge federale che necessita dell'approvazione del *Bundesrat*».

Si tratta di uno strumento di sicura efficacia repressiva ma che può esplicare anche una significativa funzione di prevenzione delle violazioni del diritto comunitario attraverso la legislazione differenziata.

Alla sanzione finanziaria che consegue all'inosservanza del diritto comunitario si accompagna, d'altra parte, una corrispondente responsabilità politica.

Quest'ultima dovrebbe comunque orientare verso un uso ragionevole della potestà differenziata, tenuto conto delle esigenze di armonizzazione che si profilano sia nel diritto comunitario, sia nel diritto interno in relazione alle opportunità di sviluppo economico e industriale.

Infine, si ritiene che i costi finanziari dell'istruttoria legislativa in materia ambientale dovrebbero contenere il rischio di un ampio esercizio della potestà di differenziazione legislativa dei *Länder*²⁸⁵.

In linea con l'interpretazione del nuovo modello di attuazione del principio di sussidiarietà legislativa come «cornice» della contrattazione politica sui contenuti della legge federale, si sono svolti i lavori preparatori del codice ambientale.

Nelle intenzioni del Ministero dell'ambiente, il progetto discusso in un apposito gruppo di lavoro con i rappresentanti dei *Länder* dovrebbe rendere superfluo l'esercizio della potestà di differenziazione, per la razionalità delle soluzioni elaborate con l'ampio consenso dei *Länder*.

Tenuto conto di questo quadro costituzionale, nonché della giurisprudenza sulla rilevanza dello scopo di codificatorio nell'attuazione del principio di sussidiarietà legislativa, il progetto di codice ha utilizzato il titolo di competenza federale previsto dall'art. 72, terzo comma, *GG* per dettare una disciplina sostanziale uniforme non limitata alle disposizioni cornice, ma piena, per la protezione della natura (contenuta nel secondo libro del codice) e per la gestione delle acque, (contenuta nel terzo libro del codice).

²⁸⁴ Sul punto, A. GRAGNANI, *La riforma del federalismo tedesco*, in www.issirfa.cnr.it, maggio 2006, per ulteriori approfondimenti G. PARODI, *Integrazione europea e rapporti fra Federazione e Länder*, in *Diritto pubblico comparato ed europeo*, 2007, p. 135 ss.

²⁸⁵ Cfr. L'audizione al *Bundestag* di M. KLOEPFER, cit.

Questa disciplina è soggetta alla differenziazione eventualmente stabilita dai *Länder*, salvo gli ambiti riservati alla disciplina federale dallo stesso art. 72, terzo comma, (ad esempio i principi generali per la tutela della natura).

Tuttavia, il legislatore costituzionale ha voluto proteggere l'obiettivo della codificazione dettando, come vedremo, un'apposita disciplina transitoria che in certa misura congela la potestà legislativa differenziata fino a quando il codice ambientale sarà approvato.

Prima di accennare alla disciplina costituzionale transitoria, occorre esaminare la competenza legislativa per le regole del procedimento amministrativo, che assumono nel diritto ambientale un'importanza centrale e che sono anch'esse oggetto della medesima disciplina costituzionale transitoria.

5.2.3. La disciplina del procedimento amministrativo nel nuovo art. 84 GG e il diritto ambientale come tipico «caso eccezionale» per «un particolare bisogno di disciplina unitaria federale».

Alla disciplina del procedimento amministrativo sono affidati obiettivi fondamentali della codificazione: la semplificazione normativa e amministrativa.

La conformazione del procedimento amministrativo riveste generalmente un significato decisivo per gli obiettivi di tutela dell'ambiente.

Le regole costituzionali sulla competenza relativa alla disciplina del procedimento amministrativo e all'organizzazione degli uffici sono stabilite dall'art. 84 GG, primo comma, che rinvia al modello della potestà legislativa differenziata disciplinata dall'art. 72, III comma, GG.

Nella versione oggi vigente l'art. 84, primo comma, GG dispone che²⁸⁶: «Qualora i *Länder* diano esecuzione alle leggi federali come materia di propria competenza, spetta loro disciplinare anche l'istituzione di uffici e il procedimento amministrativo. Qualora leggi federali dispongano diversamente, i *Länder* possono adottare discipline differenziate. Se un *Land* ha adottato una disciplina differenziata ai sensi della seconda proposizione, le successive leggi federali relative alla istituzione di uffici e al procedimento amministrativo non entrano in vigore in tale *Land* prima di sei mesi dalla loro promulgazione, a meno che non sia diversamente stabilito con l'approvazione del *Bundesrat*. Si applica in modo corrispondente l'art. 72 comma III, frase terza. In casi eccezionali, a causa di un particolare bisogno di disciplina unitaria federale, la Federazione può disciplinare il procedimento amministrativo ed escludere la possibilità di disciplina differenziata da parte dei *Länder*. Queste leggi necessitano dell'approvazione del *Bundesrat*. Attraverso legge federale non possono essere trasferiti compiti a Comuni e associazioni di Comuni».

A queste regole di competenza la riforma affida un obiettivo fondamentale: ridurre da circa il 60% a circa il 40% o il 35% le ipotesi per le quali l'approvazione di una legge federale richiede l'approvazione, *Zustimmung*, del *Bundesrat*²⁸⁷. Secondo la versione previgente l'art. 84, primo comma, GG nel

²⁸⁶ Sul tema, M. GERMANN, *Art. 84 GG*, in W. KLUTH, *Einführung in Föderalismusreformgesetz*, cit., p. 179 ss.

²⁸⁷ La stima è indicata nel documento di sintesi, *Föderalismusreform, Übersicht über die wesentlichen Punkte*, che può leggersi all'indirizzo web <http://www.educlu.de>.

caso di esecuzione di leggi federali come materia di competenza dei *Länder*, una disciplina federale degli uffici e del procedimento amministrativo richiedeva, infatti, l'approvazione del *Bundesrat*. Peraltro, il necessario coinvolgimento della camera rappresentativa degli interessi territoriali non aveva funzionato come strumento di tutela degli interessi delle autonomie, ma si era piuttosto prestato ad un uso ostruzionistico da parte delle maggioranze politiche in ragione di interessi partitici, bloccando l'adozione di riforme necessarie, o, comunque, imponendo soluzioni di compromesso non coerenti²⁸⁸.

Attraverso questa nuova disciplina, e la corrispondente riduzione del potere di *Zustimmung*, cioè di approvazione della legislazione federale da parte del *Bundesrat*, la riforma si propone di migliorare la capacità decisionale e, al tempo stesso, di rendere più chiare e trasparenti, secondo il principio democratico, le responsabilità delle forze politiche di fronte ai cittadini.

Peraltro, dei casi eccezionali nei quali per esigenze unitarie sussiste un particolare bisogno di disciplina unitaria federale, come precisato nell'accordo di coalizione²⁸⁹, è destinata a far parte con relativa frequenza la disciplina dei procedimenti riconducibili al diritto ambientale.

Sulla base di quest'ultimo titolo di competenza federale capace di precludere la legislazione differenziata dei *Länder*, previsto dall'art. 84, primo comma, *GG*, il §140 *UGB I* dispone l'inderogabilità della disciplina federale del procedimento amministrativo stabilita dal medesimo libro primo del codice, nonché l'inderogabilità della disciplina emanata sulla base delle disposizioni dello stesso libro, salvo quanto previsto dal precedente § 6, comma quarto, (tale disposizione prevede che le regole relative al procedimento amministrativo stabilite nella sezione seconda del capitolo primo, relative alla valutazione ambientale strategica, si applicano nella misura in cui disposizioni federali o dei *Länder* non stabiliscano prescrizioni più dettagliate o non corrispondenti a questa legge).

L'intreccio fra tutela sostanziale e tutela procedimentale dell'ambiente rende coesistente all'attuazione dei requisiti materiali unitari, corrispondenti regole procedurali uniformi²⁹⁰.

Tuttavia, l'uniformità della disciplina non può essere conseguita attraverso la unilaterale imposizione della disciplina federale del procedimento amministrativo quando la coesistenza di interessi unitari e interessi alla differenziazione sia ineliminabile. D'altra parte, la straordinaria estensione del diritto ambientale, che secondo una felice espressione copre l'intero ordinamento senza mai nascondere, in mancanza di adeguati strumenti di raccordo e composizione dei contrapposti interessi finirebbe per comprimere eccessivamente le autonomie territoriali svuotando di significato la struttura federale.

Pertanto, la complessità del rapporto fra interessi unitari ed esigenze di differenziazione nella disciplina dei procedimenti ambientali frappone un limite all'aspirata semplificazione delle interferenze fra competenze federali e dei

²⁸⁸ Per queste considerazioni, in particolare, p. 15 e p. 17 della relazione illustrativa del disegno di legge di revisione BT 16/813, reperibile al sito www.bundestag.de.

²⁸⁹ Cfr. *Koalitionsvertrag*, allegato 2, nota 31, reperibile all'indirizzo web, www.bunderegierung.de.

²⁹⁰ Così, M. KLOEPFER, audizione sul disegno di riforma del federalismo, cit.

Länder, e, quindi, per un importante nucleo della legislazione codificata il loro intreccio permane.

La medesima esigenza si riscontra, inoltre, per la disciplina relativa agli aspetti tecnici, che, non prestandosi per questi suoi contenuti ai tempi del dibattito parlamentare, il codice affida a *Rechtsverordnungen* federali, che il Governo federale è autorizzato ad emanare con l'approvazione del *Bundesrat*, come abbiamo visto nell'esame del progetto di codice.

5.2.4. La *abweichungsfeste Vorranggesetzgebung*.

Un'ulteriore forma di *konkurrierende Gesetzgebung* è prevista in materie nelle quali la possibile ricorrenza di interessi unitari è presunta in modo assoluto dal legislatore costituzionale in presenza di un corrispondente esercizio di potestà legislativa da parte della Federazione. Il rilascio di una disciplina federale di questo tipo è svincolata, quindi, dall'onere di provare l'esistenza delle esigenze unitarie riassunte dalla «clausola di necessità», e preclude l'adozione di una disciplina differenziata dei *Länder* nello stesso ambito.

Essa riguarda gli ambiti materiali enumerati nell'art. 74 *GG* attraverso il richiamo dell'art. 72, II comma, *GG*, e comprende, inoltre, i nuclei delle materie indicate all'art. 72, III comma, *GG*, per i quali non è ammessa la differenziazione legislativa ad opera dei *Länder*.

Per il diritto ambientale si tratta della disciplina relativa alla gestione dei rifiuti, all'inquinamento atmosferico, alla lotta ai rumori, esclusa la tutela dai comportamenti rumorosi, (74, I comma, n. 24), nonché per i collegamenti con il diritto ambientale, il diritto civile, il diritto penale e la disciplina dei processi giurisdizionali, (74, I comma, n. 1); la disciplina del permesso di caccia; i principi generali della tutela della natura, la disciplina della tutela delle specie o della tutela della natura marina; in materia di gestione delle acque, la disciplina relativa alle sostanze e agli impianti, (come previsto dall'art. 72, III comma, nn. 1, 2, 5).

La forma di competenza in questione è denominata in dottrina *unkonditionierte konkurrierende Gesetzgebung*, o in alternativa *abweichungsfeste Vorranggesetzgebung*²⁹¹, cioè legislazione prevalente e incondizionata, resistente a discipline differenziate da parte dei *Länder*.

Negli ambiti di competenza che dalla Legge Fondamentale non sono attribuiti alla Federazione, e che spettano pertanto alla potestà legislativa dei *Länder*, secondo la regola stabilita dall'art. 70, I comma, *GG*, non assumono rilevanza ai fini delle regole di competenza, eventuali altri interessi unitari.

Per l'elaborazione del progetto di codice ambientale, le competenze sopra indicate costituiscono titolo di legittimazione per la disciplina dell'autorizzazione integrata di progetto contenuta nel libro primo del codice, nonché per i libri secondo e terzo, dedicati, come già detto, alle acque e alla tutela della natura e cura del paesaggio.

²⁹¹ Cfr. A. UHLE, *Art. 72 GG*, cit., p. 140.

6. La mancanza di un titolo unitario di competenza federale per la tutela dell'ambiente e la codificazione del diritto ambientale: timori e aspettative.

L'assetto delle competenze resta caratterizzato, pur dopo la revisione costituzionale, dalla mancanza di un titolo unitario di competenza per la tutela dell'ambiente²⁹², da tempo auspicata, invece, dalla dottrina.

A ciò si aggiunge l'attribuzione ai *Länder* del potere di adottare in determinate materie una legislazione differenziata.

Queste scelte hanno suscitato valutazioni divergenti in dottrina, come sopra anticipato.

Un'opinione fortemente critica ritiene che la mancanza di un titolo unitario di competenza federale per la tutela dell'ambiente, e l'eccessiva ampiezza dei poteri di differenziazione attribuiti ai *Länder*²⁹³, non consentano l'approvazione di un codice ambientale, sacrificando con ciò un obiettivo imprescindibile per il progresso e il futuro sviluppo di questa disciplina.

In particolare, si è rilevato che la frammentazione delle competenze, spezzando l'unitarietà della fonte di disciplina di ambiti "ecologicamente interdipendenti" ostacola, se addirittura non impedisce, la piena realizzazione del modello regolativo comunitario di tutela integrata dell'ambiente.

Sarebbero oltretutto con ciò vanificati i vantaggi attesi dall'abrogazione della competenza cornice per una più adeguata attuazione del diritto comunitario.

Si osserva poi, che i settori normativi oggetto della potestà legislativa differenziata sono in concreto difficilmente delimitabili, ciò che potrebbe alimentare un crescente contenzioso e determinare incertezza del diritto, nonché rendere difficile l'esatta individuazione sul piano politico delle relative responsabilità²⁹⁴.

Si teme, come si è detto, che la successiva differenziazione, secondo la regola della *lex posterior*, possa produrre un effetto *ping-pong* con grave pregiudizio alla certezza del diritto.

La potestà legislativa differenziata potrebbe prestare l'occasione per una deroga peggiorativa degli *standard* di tutela ambientale, aprendo fra i *Länder* una competizione nell'*Ökodumping*, con l'ulteriore rischio di violazione degli *standard* prescritti dal diritto comunitario. Ciò soprattutto nei settori relativi alla tutela della natura, alla pianificazione urbanistica e ai procedimenti amministrativi.

Sarebbe stata piuttosto auspicabile la previsione di un titolo unitario di competenza per la tutela dell'ambiente con l'attribuzione alla Federazione del

²⁹² M. KLOEPFER, *Föderalismusreform und Umweltgesetzgebungskompetenzen*, cit.; M. KOTULLA, *Umweltschutzgesetzgebungskompetenzen und <Föderalismusreform>*, cit.

²⁹³ Le audizioni di C. ZIEHM, per la Deutsche Umwelthilfe, *Stellungnahme zur beabsichtigten Föderalismusreform, insbesondere zum Gesetzentwurf der Fraktionen der CDU/CSU und SPD vom 7 März 2006, BT-Drs. 16/813*; BDI, *Zum Entwurf eines Gesetzes zur Änderung des Grundgesetzes vom 7 März 2006 (Föderalismusreform)*.

²⁹⁴ L'audizione di A. EPINEY, nonché quella di H. J. KOCH, *Schriftliche Stellungnahme zur öffentlichen Anhörung des Rechtsausschusses des Deutschen Bundestages und des Ausschusses für Innere Angelegenheiten des Bundesrates zur Föderalismusreform Teil III: Bereich Umweltschutz/Landwirtschaft*.

potere di autorizzare una disciplina legislativa differenziata dei *Länder* attraverso una clausola di apertura contenuta in singole leggi federali.

Si sarebbe trattato, secondo quest'opinione, di una soluzione meglio rispondente all'idea del federalismo amministrativo, che caratterizza il disegno originario del sistema costituzionale.

Secondo una diversa tesi²⁹⁵, sebbene la previsione di un titolo unitario di competenza federale «diritto dell'ambiente» sarebbe stata preferibile, (anche in vista della costante espansione del diritto ambientale a nuovi ambiti di disciplina), occorre prendere atto che, per ragioni storiche collegate alla radicata competenza legislativa in questi ambiti dei *Länder*²⁹⁶, non è stato possibile ottenerla. Peraltro, ciò non impedisce di ritenere che la Federazione possieda comunque, oggi, attraverso la somma dei singoli titoli di competenza, la potestà legislativa per l'approvazione di un codice di diritto dell'ambiente.

In altri termini, considerato il carattere trasversale del diritto ambientale, che comprende sia il diritto ambientale in senso stretto, sia la legislazione rilevante per l'ambiente, la disponibilità di un titolo unitario di competenza, peraltro, non è di per sé decisiva per la soluzione delle problematiche di ripartizione e delimitazione delle competenze all'interno di uno stato federale.

D'altra parte, secondo questa impostazione, l'attribuzione ai *Länder* della potestà legislativa differenziata non deve far temere l'abbassamento degli *standard* di tutela dell'ambiente, innanzitutto perché la storia del diritto ambientale testimonia che il loro contributo alla tutela dell'ambiente è stato decisivo.

In ogni caso, come anticipato, il timore di un abbassamento del livello di tutela dell'ambiente non è fondato poiché tale potestà sussiste nei limiti che residuano dai vincoli discendenti dal diritto comunitario, che funziona al riguardo come rete di sicurezza.

Alla sanzione finanziaria che consegue all'inosservanza del diritto comunitario, si accompagna d'altra parte una corrispondente responsabilità politica. Quest'ultima dovrebbe comunque orientare verso un uso ragionevole della potestà differenziata, tenuto conto delle esigenze di armonizzazione che si profilano sia nel diritto comunitario, sia nel diritto interno in relazione alle esigenze dello sviluppo economico e industriale.

La possibilità di differenziazione rispetto al diritto federale è del resto stata già contemplata in diverse leggi federali, secondo la formula *Das Nähere regeln Landesgesetz* (la legislazione del *Land* disciplina il dettaglio) e ha consentito di promuovere a livello locale la sperimentazione di soluzioni politiche innovative che, come è storicamente dimostrato, hanno talora rappresentato efficaci esperienze pilota poi generalizzate dalla legislazione federale.

Si ritiene poi che i costi finanziari dell'istruttoria legislativa in materia ambientale dovrebbe contenere il rischio di un ampio esercizio della potestà di differenziazione legislativa dei *Länder*²⁹⁷.

²⁹⁵ Cfr. l'audizione di M. KLOEPFER, già citata.

²⁹⁶ E' da ricordare che per le revisioni costituzionali occorre secondo l'art. 79, comma II, GG, l'approvazione del *Bundesrat*.

²⁹⁷ Cfr. L'audizione al *Bundestag* di M. KLOEPFER, cit.

Sulla base di queste considerazioni, si afferma che in concreto l'esercizio della potestà differenziata non rappresenti un pericolo di frammentazione della legislazione ambientale, capace di pregiudicare le aspettative di stabilizzazione e razionalizzazione del quadro normativo riposte nella codificazione.

Tuttavia, il legislatore non ha voluto rischiare di mancare l'obiettivo, così ha previsto una disciplina costituzionale transitoria, stabilita dall'art. 125 b, primo comma, *GG*, che sarà esaminata nel paragrafo successivo.

7. La disciplina costituzionale transitoria per l'approvazione del codice ambientale.

Il legislatore costituzionale ha dettato anche una disciplina costituzionale transitoria, contenuta nell'art. 125 b, primo comma, *GG*, la cui approvazione è stata sollecitata dal Ministro federale dell'ambiente per agevolare l'approvazione del codice ambientale.

Tale disposizione prevede che in relazione alla protezione della natura, alla cura del paesaggio e alla disciplina delle acque, i *Länder* possono esercitare la potestà legislativa differenziata, che loro compete ai sensi del 72 comma III, *GG* soltanto se e nei limiti in cui, a partire dal primo settembre 2006, la Federazione abbia fatto uso della sua potestà legislativa e, comunque, al più tardi a partire dal 1 gennaio 2010.

In relazione alla potestà differenziata dei *Länder* prevista, come visto, dall'art. 84 *GG* per la disciplina del procedimento amministrativo, l'art. 125 b, II comma, *GG* stabilisce che fino al 31 dicembre 2008, i *Länder* possono farne uso solo se è modificata la disciplina federale del procedimento amministrativo.

Scopo della disciplina transitoria è quindi posticipare l'eventuale esercizio della potestà legislativa differenziata dei *Länder* al momento in cui il codice ambientale sarà approvato.

Come dichiarato dal Ministro federale dell'ambiente²⁹⁸, la moratoria costituzionale intende consentire alla Federazione di procedere alla redazione del codice, restando indisturbata da parallele attività legislative dei *Länder*.

Secondo questo disegno, la razionalità della disciplina e il consenso politico sui contenuti del codice, formatosi anche attraverso gli opportuni confronti con le associazioni ambientaliste, con le associazioni degli industriali con i rappresentanti dei *Länder*, confineranno ad ipotesi davvero eccezionali l'interesse di questi ultimi all'esercizio della potestà legislativa differenziata, poiché solo in rari casi sarebbero scelte politicamente convenienti e accettabili. Indirizzo, quest'ultimo, che avvalorava l'interpretazione del nuovo doppio titolo di competenza piena di Federazione e *Länder* nel diritto ambientale, come cornice alla negoziazione politica per una disciplina unitaria negli ambiti in cui coesistono interessi unitari e istanze di differenziazione.

8. Le competenze non scritte della Federazione.

²⁹⁸ Cfr. le dichiarazioni del Ministro Sigmar Gabriel, in *FAZ*, 21.11.2006, p. 14, nonché il documento interno del *Bundesministerium für Umwelt, Naturschutz und Reaktorsicherheit*, relativo al programma di codificazione, del 5 luglio 2006.

Per completare il quadro dell'assetto costituzionale delle competenze legislative occorre, infine, accennare al fenomeno delle competenze non scritte della Federazione, (*ungeschriebene Gesetzgebungskompetenzen des Bundes*), che nell'esperienza tedesca non assume un significato paragonabile alla recente evoluzione del nostro ordinamento²⁹⁹, dove un titolo implicito³⁰⁰ di competenza pervade e governa l'intero sistema delle competenze.

La categoria delle competenze non scritte della Federazione elaborata dal Tribunale costituzionale federale, per la stessa dimensione del fenomeno³⁰¹, assolve piuttosto a un autentico compito di integrazione di regole scritte, ovvero di esplicitazione di una regola di competenza, pur in mancanza di una sua espressa attribuzione, in casi nei quali essa è inequivocabilmente desumibile dal testo della Legge Fondamentale.

Con riferimento alla prima delle due ipotesi appena delineate, si tratta innanzitutto della c.d. *Bundeskompentenz kraft Sachzusammenhangs*, cioè di una «competenza per connessione», in forza della quale spetta alla Federazione la potestà legislativa di dettare le regole incidenti su una materia non espressamente attribuita quando tali regole sono un presupposto imprescindibile per una disciplina sensata della materia espressamente attribuita.

In questo primo gruppo di casi, rientra anche la c.d. *Annex-Kompentenz*, cioè la competenza a dettare puntuali regole integrative della disciplina riconducibile ad una materia espressamente attribuita, anche quando ciò comporti una fuoriscita dall'ambito di competenza espressamente assegnato. Così, ad esempio, la competenza per l'adozione di regole di difesa dai pericoli, correlati agli ambiti materiali espressamente assegnati alla competenza della Federazione, (profilo quest'ultimo rilevante nell'ambito della codificazione).

Appartiene, invece, al secondo gruppo di ipotesi, la c.d. *Kompentenz aus der Natur der Sache*, competenza secondo la natura delle cose, che riguarda i casi in cui, pur in mancanza di una espressa attribuzione di potestà legislativa, essa non può che spettare alla Federazione, in virtù della necessaria corrispondenza fra la attribuzione di un compito costituzionale e l'esercizio della potestà legislativa ad esso funzionale.

9. La disciplina del procedimento legislativo: cenni.

Tenuto conto dei criteri di allocazione della competenza, la dinamica federale è sempre stata determinata nei suoi concreti sviluppi, dalla disciplina del procedimento di iniziativa e di approvazione delle leggi federali, che prevede sempre il coinvolgimento del *Bundesrat*, la camera rappresentativa dei governi

²⁹⁹ J. IPSEN, *Staatsrecht I Staatsorganisationsrecht*, Köln, Heymann, XIX ed. aggiornata, p. 178 ss., p. 190 ss.

³⁰⁰ Ci si riferisce al fenomeno della chiamata in sussidiarietà inaugurato dalla già ricordata sentenza della Corte costituzionale 303/2003, cit.

³⁰¹ Sul punto, ancora J. IPSEN, *Staatsrecht I Staatsorganisationsrecht*, cit., p. 191, per l'orientamento restrittivo assunto dal Tribunale costituzionale in riferimento alla disciplina nel settore dell'edilizia.

regionali, nonché dai diversi istituti che connotano il modello tedesco come modello di federalismo cooperativo³⁰².

In particolare, secondo l'art. 77 GG, nel procedimento di approvazione di ogni legge federale, il *Bundesrat* può richiedere la convocazione di una commissione composta di membri del *Bundestag* e del *Bundesrat* per un esame comune del progetto. La commissione può proporre una modifica del progetto di legge che costringe il *Bundestag* a una nuova deliberazione.

In alcuni casi, come si è detto, il *Grundgesetz* prevede che la legge federale necessita dell'approvazione, (*Zustimmung*), del *Bundesrat*. Se il *Bundesrat* la nega, la legge federale non può essere approvata.

Anche nei casi nei quali l'approvazione non è necessaria, il *Bundesrat* può comunque presentare opposizione nei confronti della legge federale.

Tale opposizione può essere superata attraverso una nuova deliberazione del *Bundestag*, con le maggioranze previste dalla Costituzione.

E' evidente che in questo procedimento trovano espressione e occasione di composizione i dissensi fra *Länder* e Federazione in merito alla sussistenza delle esigenze unitarie, determinati sia da questioni attinenti da esigenze territoriali, sia –come spesso accade- da divergenze fra forze politiche contrapposte, ma si intuisce anche che ciò può complicare e rallentare i processi decisionali.

10.I riflessi del nuovo ordine delle competenze sulla giurisdizione costituzionale.

Un ultimo profilo della riforma che pare opportuno evidenziare, riguarda l'attenta valutazione che il legislatore costituzionale ha riservato all'imprescindibile nesso fra tecniche di ripartizione della potestà legislativa e definizione dell'ambito della giurisdizione costituzionale.

Si è già detto della reazione del legislatore agli effetti sgraditi della rigorosa giurisprudenza costituzionale sulla giustiziabilità della clausola di necessità, attraverso la riduzione dei relativi ambiti materiali di riferimento, e, quindi, senza smentite per quello stesso indirizzo giurisprudenziale che rimane, allora, incontestato nelle sue premesse teoriche, nonché nelle sue conseguenze applicative rispetto ai meno numerosi settori dove la clausola di necessità ancora opera³⁰³.

Sui presupposti di esercizio della potestà legislativa federale, resta da precisare che lo svincolo di determinati ambiti normativi dal sindacato sull'esistenza degli interessi unitari, che rendono necessaria la legislazione federale, rappresenta il risvolto della concorde anticipata valutazione della Federazione e dei *Länder* sulla sussistenza in tali ambiti di esigenze unitarie, con conseguente inopportunità della previsione di un accertamento giurisdizionale. Quest'ultimo, infatti, esporrebbe inutilmente la disciplina del settore a quell'incertezza del diritto connaturale alla difficoltà di prevedere in tali ambiti l'esito del giudizio costituzionale, senza che qui effettivamente sussistano

³⁰² Per un quadro istituzionale, H. MAURER, *Grundlagen, Verfassungsorgane, Staatsfunktionen*, München, Beck, 2007, V ed. Per un'analisi delle concrete dinamiche istituzionali su questo aspetto, si veda il contributo di D. SCHEFOLD, *Federalismo, regionalismo e riforma del federalismo tedesco, Id., Riflessioni di fine-anno sulla riforma del federalismo*, cit.

³⁰³ H.J. PAPIER, *Aktuelle Fragen der bundestaatlichen Ordnung*, cit., p. 2146 ss.

corrispondenti esigenze di garanzia, come invece negli ambiti dove questo tipo di controllo è stato mantenuto.

Circa i rapporti fra tecniche di ripartizione delle competenze e giurisdizione costituzionale, una significativa novità riguarda poi, come si è pure anticipato, la previsione, all'art. 72, III comma, *GG*, di un doppio titolo di competenza piena, con corrispondente riduzione dell'ambito della giurisdizione costituzionale.

Il nuovo criterio di ripartizione della competenza è stato percepito come un corpo estraneo alla «cultura legalistica tedesca»³⁰⁴. Tuttavia, la parziale estromissione del sindacato di costituzionalità che ne consegue, non pregiudica il principio fondamentale sancito nella giurisprudenza del Tribunale costituzionale, secondo il quale in uno stato federale non è ammesso che lo stato centrale proceda alla autodeterminazione delle regole che definiscono la propria sfera di competenza. Proprio l'attribuzione di una doppia imputazione di una piena competenza rende in questi casi superflua per i legislatori la garanzia del sindacato di costituzionalità, potendo curare come credono i rispettivi interessi in via legislativa.

Resta, infine, da illustrare la modificazione stabilita dal legislatore costituzionale con riferimento all'art. 93 *GG*, II comma, che ora prevede un nuovo procedimento: «Il Tribunale costituzionale federale decide inoltre su istanza del *Bundesrat*, di un Governo del *Land* o del Parlamento di un *Land*, se nel caso dell'art. 72, comma IV non sussista più la necessità di una disciplina federale secondo l'art. 72, comma II o se la disciplina federale nei casi dell'art. 125a, comma II, prima frase non potrebbe più essere emanata. L'accertamento che la necessità è venuta meno, o che la disciplina federale non potrebbe più essere emanata sostituisce la legge federale secondo l'art. 72, comma IV o secondo l'art. 125a, comma II, seconda frase. L'istanza ai sensi della prima parte del presente articolo è ammissibile solo se un disegno di legge secondo l'art. 72, comma IV o secondo l'art. 125a, comma II, frase seconda, è stato rigettato dal *Bundestag* o se su di esso il *Bundestag* non ha discusso entro un anno e non ha adottato una deliberazione, ovvero se un corrispondente disegno di legge è stato rigettato dal *Bundesrat*».

Si conferma e si perfeziona, con questa disposizione, la giustiziabilità della c.d. «clausola di necessità».

La medesima disposizione, peraltro, significativamente subordina, in questo caso, il ricorso al Tribunale costituzionale al necessario previo tentativo di composizione, in sede politica, del contrasto circa i presupposti della necessità delle legge federale.

Da segnalare, infine, che con tale procedimento il Tribunale costituzionale è chiamato – assai singolarmente – a sindacare la costituzionalità di una disciplina che non c'è, una *Nicht-Regelung*³⁰⁵.

³⁰⁴ Così, H. SCHULZE-FIELITZ, *Umweltschutz im Föderalismus –Europa, Bund und Länder*, cit., p. 253 ss.

³⁰⁵ Sul punto, H.J. PAPIER, *Aktuelle Fragen der bundestaatlichen Ordnung*, cit., p. 2147.

CAPITOLO III
LA CODIFICAZIONE DEL DIRITTO AMBIENTALE NELLA PROSPETTIVA
ITALIANA

1. Il lungo disinteresse per la codificazione nel dibattito italiano, la sua improvvisa sperimentazione legislativa con il d.lgs. 152/2006, le altre attuali proposte per il riordino del diritto ambientale.

L'ipotesi di codificare il diritto ambientale non è stata oggetto di particolare interesse nella nostra dottrina, e, solo raramente, essa ha incontrato un sostegno aperto e convinto³⁰⁶.

Per la razionalizzazione della legislazione ambientale, invero, si è pensato soprattutto all'elaborazione di testi unici e a leggi generali di principi³⁰⁷.

Ciò nonostante, repentinamente, nell'ambito di una rinnovata tendenza alla codificazione di diversi settori dell'ordinamento giuridico³⁰⁸, la sperimentazione

³⁰⁶ Per la necessità di un codice ambientale, P. DELL'ANNO, *Principi del diritto ambientale europeo e nazionale*, Milano, Giuffrè, 2004, p. 10 ss., nonché del medesimo Autore, *Perché non fare un unico codice ambientale?*, in *L'Ambiente è sviluppo <L'Attuazione della Delega ambientale>*, in *Rass. Avv. Stato*, 2005, p. 21 ss., p. 101 ss.; F. FONDERICO, *La 'codificazione' del diritto dell'ambiente in Italia: modelli e questioni*, in *Riv. trim. dir. pubbl.*, 2006, p. 613 ss. Per un'analisi in una prospettiva comparata, *Ambiente, attività amministrativa e codificazione, Atti del primo colloquio di diritto dell'ambiente, Teramo, 29-30 aprile 2005*, a cura di D. DE CAROLIS, E. FERRARI, A. POLICE, Milano, Giuffrè, 2006; sul tema un quadro approfondito e aggiornato è offerto dal volume *Diritto dell'ambiente*, a cura di G. ROSSI, Torino, Giappichelli, 2008.

³⁰⁷ All'epoca in cui le prime proposte in tal senso furono avanzate, esse rappresentavano comunque un utile strumento per il progresso del diritto ambientale, cfr. F. GIAMPIETRO, *Luci e ombre delle leggi sull'ambiente*, in *Corr. giur.*, 1986, p. 1190 ss. Per un quadro puntuale dei primi tentativi di riordino della legislazione ambientale, G. FIENGO, *Una cronistoria ragionata sui testi unici per l'ambiente*, in *Gazzetta ambiente*, 1994, p. 71 ss.; S. GRASSI, *Una legge-quadro per l'ambiente*, in *Impresa Ambiente*, 1994, p. 35 ss.; B. CARAVITA, *Diritto dell'ambiente*, Bologna, il Mulino, I ed. 1990, III ed., 2005.

di una sedicente codificazione del diritto ambientale è iniziata direttamente in via legislativa, attraverso il d.lgs. 152/2006, che in sede politica si è cercato di accreditare come codice³⁰⁹.

L'improvvisazione attraverso tale decreto legislativo ha determinato effetti «sconvolgenti» per l'ordine giuridico³¹⁰, che hanno condizionato il successivo percorso di riordino del diritto ambientale intrapreso con il d.lgs. 4/2008³¹¹.

Ancora, proprio in parallelo ai lavori preparatori dei decreti correttivi del c.d. codice ambientale, sono state avanzate altre proposte per la razionalizzazione della legislazione ambientale, e, fra queste, l'idea di procedere innanzitutto facendo riferimento a una legge di rango costituzionale. Quest'ultima sarebbe l'«unica risposta plausibile» rispetto all'obiezione frapposta al ricorso soltanto ad una fonte ordinaria: la «impossibilità di rendere i suoi contenuti vincolanti rispetto all'azione di sistematizzazione e razionalizzazione dell'esistente, nonché rispetto alla produzione legislativa successiva»³¹².

³⁰⁸ Sul tema *Codificazione, semplificazione e qualità delle regole*, a cura di M. A. SANDULLI, Milano, Giuffrè, 2005, pubblicati anche in questa *Rivista*; per i successivi sviluppi, S. DE FELICE, *La semplificazione del diritto: la codificazione recente in Italia*, in questa *Rivista*.

³⁰⁹ Così, ad esempio, nella relazione, presentata al Parlamento il 23 marzo 2006, ai sensi dell'art. 1 della legge 8 luglio 1986, n. 349, che può leggersi all'indirizzo web <http://minambiente.it>.

³¹⁰ Sul fallimento del primo tentativo di riordino attraverso il d.lgs. 3 aprile 2006, n. 152, recante norme in materia ambientale, emanato in attuazione della delega contenuta nella legge 15 dicembre 2004, n. 308, F. GIAMPIETRO, *Né Testo Unico Ambientale né Codice dell'Ambiente ... ma un unico contenitore per discipline differenziate*, in www.giuristiambientali.it. Sugli obiettivi della legge 308/2004 e sugli schemi dei decreti di attuazione, S. GRASSI, *L'attuazione della legge delega per il riordino, il coordinamento e l'integrazione della legislazione in materia ambientale: criteri pregiudiziali*, in questa rivista, 22 settembre 2005; F. FONDERICO, *<La muraglia e i libri>: legge delega, testi unici e codificazione del diritto ambientale*, in *Giornale dir. amm.*, 2005, p. 585 ss.; per riferimenti alle complicate questioni di diritto transitorio e all'instabilità del quadro giuridico di riferimento dovuto al rapido succedersi di discipline, M. MAZZOLENI, *La riforma della parte seconda – VAS e VIA – del D.lgs. n. 152/2006: novità e prospettive*, in *Ambiente e Sviluppo*, 2008, p. 305 ss.

³¹¹ Il d.lgs. 152/2006 è stato dapprima modificato dal d.lgs. 8 novembre 2006, n. 284, *Disposizioni correttive e integrative del D.lgs. 3 aprile 2006, n. 152, recante norme in materia ambientale*, emanato ai sensi dell'art. 1, comma sesto, della l. 308, cit., (con il quale sono state prorogate le autorità di bacino, ricostituito il Comitato per la vigilanza sull'uso delle risorse idriche e l'Osservatorio nazionale sui rifiuti); successivamente è stato modificato e integrato dal d.lgs. 16 gennaio 2008, n. 4, *Ulteriori disposizioni correttive ed integrative del decreto legislativo 3 aprile 2006, n. 152, recante norme in materia ambientale*.

³¹² M. CECCHETTI, *La disciplina giuridica della tutela ambientale come "diritto dell'ambiente"*, in www.federalismi.it, 20 dicembre 2006, p. 189 del testo stampato, per le frasi citate nel testo. L'Autore distingue fra un'opzione minimalista, cfr. p. 186 del testo stampato, e un'opzione più ambiziosa, rispetto alla quale l'Autore osserva che «gli spazi per un intervento normativo di riforma sul piano costituzionale sarebbero assai ampi», così, p. 185, e precisa che «la considerazione che la Carta costituzionale non può contenere tutto quello di cui c'è bisogno, soprattutto se si tengono presenti le complessità che dovrebbero caratterizzare la disciplina dei profili cui si è fatto riferimento nel paragrafo che precede, rende ragione di un'ulteriore opportunità di contenuto che un intervento di modifica del testo costituzionale potrebbe cogliere: l'introduzione nella Costituzione di un esplicito rinvio ad una apposita legge costituzionale», p. 189 ss. cit.

Per completare il quadro iniziale di riferimento, occorre naturalmente tenere presente gli orientamenti sul riordino del diritto ambientale della nuova maggioranza di governo.

A tal proposito, nel comunicato relativo al Consiglio dei Ministri n. 13 del primo agosto 2008, si legge che il Consiglio ha approvato un disegno di legge, di iniziativa del Ministro dell'Ambiente, contenente una «delega al Governo di riordino delle norme in materia ambientale in *un TU (testo unico)* che sarà composto nel rispetto delle norme di riferimento europee»³¹³. Sul sito *internet* del Ministero dell'Ambiente, con riferimento al medesimo Consiglio dei Ministri, si legge che esso «ha approvato un provvedimento che prevede la riapertura dei termini per revisioni ed *integrazioni del codice ambientale*. Sono numerose infatti le ragioni di opportunità che consigliano *ulteriori modifiche e revisioni del testo unico*»³¹⁴.

Questi pochi riferimenti al dibattito italiano rivelano diverse incertezze sugli obiettivi della razionalizzazione del diritto ambientale, e una certa confusione, quanto meno terminologica, della quale è sintomo l'indistinto riferimento in sede istituzionale al testo unico e al codice.

Si avverte anche nel dibattito politico che è mancato quell'approfondito esame sull'armonizzazione del diritto ambientale, iniziato in Germania con l'analisi delle cause della sua frammentazione, proseguito con un'attenta valutazione della forma legislativa più adeguata, e approdato all'elaborazione dei due importanti progetti di codice che hanno preceduto quello in corso di approvazione.

Tenuto conto di queste premesse, conviene iniziare la riflessione sulle prospettive di codificazione del nostro diritto ambientale, proprio da una sintetica ricognizione delle ragioni che sorreggono l'idea di procedere al suo riordino muovendo dalla elaborazione di una fonte costituzionale per la tutela dell'ambiente. In particolare occorre verificare le obiezioni che essa, implicitamente, solleva rispetto alla codificazione, attraverso il riferimento all'impossibilità per il legislatore ordinario di vincolare il legislatore ordinario successivo. Si tratta di un rilievo che attiene ad una questione fondamentale sollevata dalle odierne codificazioni, e, più in generale, alla definizione del ruolo della legge nel quadro dell'ordinamento costituzionale³¹⁵. Come vedremo, l'idea

³¹³ Così testualmente il comunicato relativo al Consiglio dei Ministri n. 13, del primo agosto 2008, reperibile all'indirizzo <http://www.governo.it/Notizie/Palazzo%20Chigi/dettaglio.asp?d=39886>, (corsivo aggiunto).

³¹⁴ Così testualmente il comunicato relativo al medesimo Consiglio dei Ministri all'indirizzo http://www.minambiente.it/index.php?id_doc=1205&id_oggetto=2&sid=1e5323278918130aaa0c7404ee156fc0, (corsivo aggiunto).

³¹⁵ Sulle trasformazioni della funzione legislativa, per un inquadramento generale si vedano i volumi della omonima opera curata da F. MODUGNO: *Vincoli alla funzione legislativa*, Milano, Giuffrè, 1999; *Crisi della legge e sistema delle fonti*, Milano, Giuffrè, 2000, nonché a cura del medesimo Autore insieme a P. CARNEVALE, *Rilevanti novità in tema di fonti del diritto dopo la riforma del Titolo V della seconda parte della Costituzione*, Milano, Giuffrè, 2003, sul tema, si vedano anche l'opera a cura di A. RUGGERI, *"Itinerari" di una ricerca sul sistema delle fonti*, Torino, Giappichelli, 1996-2008 e i volumi dell' *Osservatorio sulle fonti*, a cura di U. DE SIERVO e a partire dal 2003 a cura di P. CARETTI, Torino, Giappichelli, 1996-2007. Con particolare

di procedere al riordino del diritto ambientale facendo riferimento innanzitutto ad una legge costituzionale, ovvero ad «altra fonte in grado di vincolare la produzione ordinaria successiva», è, però, anche il frutto di una caratteristica impostazione della riflessione scientifica che ha accompagnato lo sviluppo del diritto ambientale italiano.

2.L'idea di una fonte costituzionale come premessa per il riordino del diritto ambientale.

Fra le attuali proposte dottrinali per il riordino del diritto ambientale quella più distante dall'idea di procedere direttamente attraverso una codificazione, quindi con legge ordinaria, è l'idea appena ricordata, secondo la quale si dovrebbe prendere in considerazione l'opportunità di una «legge costituzionale sulla tutela dell'ambiente» per un intervento di riforma costituzionale con spazi «assai ampi»³¹⁶, che «renderebbe possibile individuare e disciplinare in via generale, gli istituti trasversali ai vari settori della disciplina ambientale, tenendo conto delle peculiarità che li caratterizzano (VIA e tutela integrata degli inquinamenti; strumenti di programmazione e pianificazione; strumenti economici per la internalizzazione dei costi; sistema dei controlli; responsabilità e danni; sistema sanzionatorio)»³¹⁷, ovvero l'ipotesi suggerita in alternativa, di procedere con altre fonti «che condividono con la legge costituzionale la capacità di vincolare la produzione legislativa ordinaria successiva»³¹⁸. Si tratta, in particolare, della legge rinforzata destinata ad attuare il regionalismo differenziato, secondo l'art. 116, terzo comma, Cost., oppure degli statuti delle Regioni ordinarie, nonché delle leggi statutarie delle Regioni speciali³¹⁹, fonti supreme dell'autonomia regionale.

In una prospettiva simile, è stata nuovamente prospettata anche l'opportunità di una «condivisa precisazione in Costituzione dei principi su cui impostare la tutela dell'ambiente» e la «definizione concreta del contenuto e dei presupposti per l'applicazione di tali principi (in una legge quadro di principi)»³²⁰.

Ciascuna delle proposte appena ricordate è coerente con alcune premesse generali relative alla ricostruzione del sistema delle fonti del diritto e del sistema

riferimento alle implicazioni della codificazione nella ridefinizione del ruolo della legge come strumento dello Stato per «vincere la complessità», S. DE FELICE, *La semplificazione del diritto: la codificazione recente in Italia*, cit. Sul tema, anche C.A. MORAND, *Le droit néo-moderne des politiques publiques*, Paris, L.G.D.J., 1999.

³¹⁶ M. CECCHETTI, *La disciplina giuridica della tutela ambientale come "diritto dell'ambiente"*, in www.federalismi.it, 20 dicembre 2006, p. 185 del testo stampato.

³¹⁷ M. CECCHETTI, *La disciplina giuridica della tutela ambientale come "diritto dell'ambiente"*, in www.federalismi.it, 20 dicembre 2006, p. 189 ss.

³¹⁸ L'idea appartiene a M. CECCHETTI, *La disciplina giuridica della tutela ambientale come "diritto dell'ambiente"* cit., p. 191 ss.

³¹⁹ Così M. CECCHETTI, *La disciplina giuridica della tutela ambientale come "diritto dell'ambiente"* cit., p. 193. Queste proposte di procedere ad una razionalizzazione con gli Statuti regionali o con le leggi di attuazione dell'art. 116 Cost. non saranno qui esaminate dato che esse appaiono poco plausibili, quanto meno al loro stadio di formulazione.

³²⁰ S. GRASSI, voce *Tutela dell'ambiente (dir. amm.)*, in *Enc. dir.*, Milano, Giuffrè, 2007, p. 1114 ss.

giuridico di tutela ambientale, sulle quali conviene soffermarsi perché hanno riscosso un notevole credito, e perché rendono, o presuppongono, come problematici alcuni fondamentali presupposti della codificazione del diritto ambientale: la definizione del concetto giuridico di ambiente come oggetto di tutela, la definizione del settore giuridico di riferimento, l'opportunità di procedere al riordino soltanto con legge ordinaria.

Segnatamente si osserva che «i tentativi di individuare una nozione di “ambiente” che risultasse utile e apprezzabile in termini giuridici, sono sempre radicalmente falliti e da tempo tanto i legislatori quanto la giurisprudenza sembrano correttamente avervi rinunciato»³²¹.

Alla difficoltà di definire l'oggetto di tutela giuridica, la dottrina talora collega quella relativa all'individuazione del diritto ambientale come autonomo settore giuridico, accentuata ulteriormente dall'esigenza di integrare la tutela dell'ambiente in tutte le politiche pubbliche, secondo l'omonimo principio comunitario³²². Di qui la convinzione che «non si debba impostare l'autonomia della disciplina giuridica che si occupa della tutela dell'ambiente in termini di un “diritto dell'ambiente”, come disciplina giuridica a sé stante», e che «in realtà occorre parlare dell'utilizzazione del diritto per la tutela dell'ambiente, nel senso di una strumentalità di tutti i settori del diritto in funzione della garanzia dei valori e degli interessi ambientali»³²³.

Inoltre, la dottrina ha conferito un particolare rilievo alla classificazione dell'ambiente come «valore costituzionale», cui è pervenuta la Corte

³²¹ Così, M. CECCHETTI, *La disciplina giuridica della tutela ambientale come “diritto dell'ambiente”*, in www.federalismi.it, 20 dicembre 2006, p. 29 ss. Il medesimo Autore, p. 52, precisa che «la tutela dell'ambiente non può essere considerata «materia» in senso proprio solo perché non è soltanto una materia, in quanto l'attuazione di questo «valore costituzionale» deve necessariamente attraversare tutti i comportamenti umani e tutte le politiche pubbliche». Tuttavia nello stesso scritto l'Autore considera possibile individuare un nucleo essenziale del diritto ambientale, individuato in quelle attività dirette specificamente alla tutela dell'ambiente, cfr. p. 19. Sul punto, con riferimento alla dottrina tedesca che distingue al riguardo due funzioni specifiche del diritto ambientale in senso stretto, cioè la disciplina diretta a rendere possibile la protezione dell'ambiente e la disciplina diretta al contemperamento dell'interesse ambientale con altri interessi antagonisti, A. GRAGNANI, *Relazione annuale relativa all'assegno di ricerca Il concorso dello Stato e delle Regioni all'elaborazione e all'attuazione della disciplina internazionale e comunitaria per la tutela dell'ambiente*, depositata presso il Dip. Dir. Pubblico, Univ. Firenze, 18 settembre 2006, anche per la precisazione che la definizione della nozione giuridica di ambiente può essere colta come «sintesi delle diverse dimensioni del bene ambiente alle quali è riconosciuta una specifica rilevanza giuridica nell'ambito di un ideale progetto normativo» e che «il principio di integrazione non impedisce di individuare un nucleo essenziale del diritto ambientale relativo alla protezione dei singoli beni che compongono l'ambiente e di alcuni istituti di carattere generale, quali ad esempio il danno ambientale, la v.i.a., la v.a.s.». Nel senso che «non è possibile definire in termini univoci quale sia l'ambiente oggetto di tutela sul piano giuridico», S. GRASSI, voce *Tutela dell'ambiente (dir. amm.)*, cit.

³²² Sul principio di integrazione, S. GRASSI, *La Carta dei diritti dell'Unione Europea ed il principio di integrazione per la tutela dell'ambiente*, in *Diritti, nuove tecnologie e trasformazioni sociali. Scritti in memoria di P. Barile*, Padova, Cedam, 2003, p. 393 ss.

³²³ Così S. GRASSI, *L'attuazione della legge delega per il riordino, il coordinamento e l'integrazione della legislazione in materia ambientale: criteri pregiudiziali*, in www.federalismi.it 22 settembre 2005.

costituzionale sulla scorta di decisive intuizioni dottrinali³²⁴. Si tratta di intuizioni fondamentali per l'affermazione della tutela dell'ambiente nel nostro ordinamento. Tuttavia, come meglio vedremo, queste ultime, sono state successivamente oggetto di una eccessiva schematizzazione nel dibattito dottrinale.

Si è evidenziato che la qualificazione dell'ambiente come «valore costituzionale» «si rivela pienamente conforme alle caratteristiche peculiari dell'oggetto della tutela e, in particolare, alla accertata impossibilità di fornirne una compiuta e soddisfacente definizione giuridica»³²⁵. Tale qualificazione nel nostro ordinamento è stata poi ritenuta appagante pressoché a ogni fine, compresa, come vedremo, la cruciale questione dell'assetto costituzionale delle competenze legislative, dove essa è stata capace di offrire un criterio regolatore della ripartizione della potestà legislativa fra Stato e Regioni, che nella giurisprudenza costituzionale approda allo stesso risultato sia prima che dopo la revisione del Titolo V della Costituzione.

Si è sottovalutato però il rischio di desumere dalla giurisprudenza costituzionale indicazioni che difficilmente essa può contenere, evidenziato dalla dottrina che notava il carattere «quasi incidentale» e «non sempre di particolare pregnanza» delle affermazioni contenute nelle sentenze, dirette non tanto a risolvere questioni propriamente di diritto ambientale, quanto conflitti di competenza e questioni relative a rapporti fra le fonti³²⁶.

Sulla base della natura costituzionale del valore ambiente è stato naturale credere, invece, che sia possibile trovare nella giurisprudenza costituzionale anche quasi tutti i fondamenti per una ricostruzione sistematica del diritto ambientale.

Si ritiene allora «che il grado di vigenza» dei principi per la tutela dell'ambiente «può essere valutato solo facendo riferimento alla giurisprudenza costituzionale e al diritto comunitario». Sarebbe «il giudice delle leggi che, soprattutto attraverso il sindacato sulla ragionevolezza delle scelte operate dal legislatore, finisce per assumere un ruolo fondamentale nel garantire, *ex post*, razionalità e coerenza al sistema normativo rispetto al valore costituzionale della tutela dell'ambiente»³²⁷.

³²⁴ Cfr. Corte costituzionale, Corte costituzionale, sentenza 28 maggio 1987, n. 210. Sull'ambiente come valore costituzionale, A. PREDIERI, *Significato della norma costituzionale sulla tutela del paesaggio*, in *Urbanistica, tutela del paesaggio, espropriazione*, Milano, Giuffrè, 1969; dello stesso Autore, *Paesaggio*, in *Enc. dir.*, XXI, Milano, Giuffrè, 1981, p. 507 ss.; G. MORBIDELLI, *Il regime amministrativo speciale dell'ambiente*, in *Scritti in onore di Alberto Predieri*, II, Milano, Giuffrè, p. 1121 ss.

³²⁵ Le parole nel testo sono di M. CECCHETTI, *Principi costituzionali per la tutela dell'ambiente*, Milano, Giuffrè, 2000, p. 34.

³²⁶ L'esigenza di non sopravvalutare la qualificazione di valore costituzionale, in modo da non trarne indebite implicazioni, è segnalata da V. ONIDA, al quale appartengono le frasi citate nel testo, *Le fonti ed i criteri per il riordino della normativa ambientale*, in *Gazz. Amb.*, 1994, p. 126 ss; sul punto anche G. MORBIDELLI, *Il regime amministrativo speciale dell'ambiente*, cit., p. 1138; P. DELL'ANNO, *Principi del diritto ambientale europeo e nazionale*, Milano, Giuffrè, 2004, p. 12 ss.

³²⁷ Le parole nel testo sono di M. CECCHETTI, *La disciplina giuridica della tutela ambientale come "diritto dell'ambiente"*, in www.federalismi.it, 20 dicembre 2006, pp. 54-55.

La conclusione della necessità di una legge costituzionale come premessa per procedere al riordino del diritto ambientale è, dunque, perfettamente coerente con le premesse dell'impostazione appena ricordata, che non manca di evidenziarne «la natura anche “sostanzialmente” costituzionale» dei suoi contenuti³²⁸.

La ritenuta necessità di una fonte di rango costituzionale, ovvero di una fonte rinforzata rispetto alla legge ordinaria statale e regionale, si ricollega, come sopra precisato, anche alla preoccupazione per gli eventuali fortuiti sconvolgimenti del sistema ingenerati dal legislatore successivo, non vincolato dalla legge anteriore di pari grado.

Questa considerazione è in linea con la scarsa fiducia nelle clausole di sola abrogazione espressa, manifestata da autorevole dottrina, che le sospetta di incostituzionalità o inefficacia, ma che potrebbero evitare, invece, secondo una diversa impostazione, simili evoluzioni.

Conviene soffermarsi su questo aspetto, che ha un rilievo centrale nella scelta della tecnica legislativa per la razionalizzazione di ogni settore dell'ordinamento.

3. La stabilità del sistema giuridico di tutela dell'ambiente attraverso la codificazione, e le clausole di sola abrogazione espressa come disciplina speciale derogatoria rispetto al criterio generale della abrogazione anche implicita previsto dall'art. 15 prel. c.c.: critica della tesi della loro invalidità o inefficacia.

L'idea che per il riordino della legislazione ambientale sia necessaria una legge costituzionale, o comunque una fonte rinforzata come gli statuti regionali, che consentirebbe di individuare e disciplinare in via generale la disciplina generale degli istituti trasversali del diritto ambientale non convince.

Quello che non persuade è innanzitutto la ricerca della stabilità e della continuità giuridica del sistema di tutela dell'ambiente nella «superiorità» delle fonti e, quindi, la ritenuta insufficienza della legge ordinaria.

Un'autentica e ben riuscita codificazione può, invece, assicurare la stabilità del sistema giuridico di tutela dell'ambiente. Come raccolta sistematica tendenzialmente di tutta la disciplina del settore di riferimento, il codice, purché convincente nei suoi contenuti, si presta, infatti, a tracciare una cornice e una struttura fondamentale nelle quali collocare i successivi adeguamenti normativi senza stravolgere il quadro giuridico³²⁹. Significativa in proposito è l'esperienza tedesca, dove, come si è visto, per certi profili i progetti di codice hanno raggiunto questo obiettivo prima ancora di divenire legge.

Storicamente la tendenza del legislatore a conservare la continuità della successiva legislazione con i nuclei sistematici di discipline ben riuscite è confermata, così ad esempio per il codice civile.

³²⁸Le parole nel testo sono di M. CECCHETTI, *La disciplina giuridica della tutela ambientale come “diritto dell'ambiente”*, in www.federalismi.it, 20 dicembre 2006, p. 189 del testo stampato.

³²⁹Sulla costruzione di uno stabile sistema normativo attraverso la legge, M. KLOEPFER, *Sinn und Gestalt des kommenden Umweltgesetzbuchs*, cit.

Naturalmente, il sistema codificato non può essere posto totalmente al riparo da repentini stravolgimenti voluti dal legislatore successivo.

In ossequio al principio democratico, infatti, la legge non può sottrarsi alle modificazioni stabilite dal legislatore futuro, e, se politicamente indesiderata deve poter essere abrogata o modificata dal legislatore secondo le sue discrezionali determinazioni, salvo i limiti stabiliti dalla Costituzione³³⁰.

Attraverso il ricorso ad una fonte di rango superiore o rinforzata si vogliono evitare le «rotture» o le «erosioni» del sistema non intenzionali, ovvero insidiose perché contenute in leggi «fuggitive».

Tuttavia, proprio il medesimo obiettivo può essere conseguito attraverso l'inserimento nel codice di clausole di sola abrogazione espressa.

Al riguardo non è condivisibile la dottrina che sospetta di incostituzionalità simili clausole. In particolare, essa afferma che con il vincolo di sola abrogazione espressa la legge anteriore pretenderebbe «di possedere un'efficacia giuridica superiore a quella tipica della categoria delle leggi formali», la sovranità parlamentare sarebbe limitata in modo assai incisivo e «la libertà interpretativa dell'autorità giudiziaria verrebbe travolta», con conseguente incompatibilità di tale vincolo «con alcune caratteristiche di fondo del nostro sistema costituzionale»³³¹.

L'opinione, ampiamente condivisa, che giunge alla conclusione della validità ed efficacia di tali clausole è preferibile³³².

³³⁰ Sul tema dei vincoli al futuro legislatore e sulla categoria delle norme sulla produzione giuridica, A. PIZZORUSSO, *Delle fonti del diritto*, in *Commentario del codice civile Scialoja-Branca, Art. 1-9*, Bologna-Roma, Zanichelli, Soc. ed. Foro it., 1977, p. 6 ss., *Id. Comparazione giuridica e sistema delle fonti del diritto*, Torino, Giappichelli, 2005, p. 65 ss.; A. PACE, *Leggi di incentivazione e vincoli sul legislatore futuro*, in *Giur. cost.*, 1983, p. 2341 ss.; F. MODUGNO, *Fonti del diritto (gerarchia delle)*, in *Enc. dir.*, Aggiornamento, I, Milano, 1997, p. 561 ss., p. 578; P. CARNEVALE, *Riflessioni sul problema dei vincoli all'abrogazione futura: il caso delle leggi contenenti clausole di "sola abrogazione espressa" nella più recente prassi legislativa*, in *Dir. e soc.*, 1998, p. 407 ss. Per un inquadramento anche sotto il profilo storico della questione della modificabilità della legge ad opera delle leggi successive, A. CERRI, *Corso di giustizia costituzionale*, Milano, Giuffrè, 2007, V ed., p. 7 ss., in particolare per l'ammonimento ad evitare semplicistiche trasposizioni nello stato democratico, dell'idea del potere legislativo illimitato, propria dello stato assoluto; sull'opportunità delle clausole di sola abrogazione espressa con riferimento alla nuova fase di codificazione dell'ordinamento, S. DE FELICE, *La semplificazione del diritto: la codificazione recente in Italia*, cit.

³³¹ Le parole citate nel testo sono di U. DE SIERVO, *Contributo al dibattito sulle norme sulla produzione normativa contenute in fonti primarie: a proposito del c.d. statuto dei diritti del contribuente*, in *Osservatorio sulle fonti*, a cura del medesimo Autore, Torino, Giappichelli, 2002, p. 1 ss. Nel senso della costituzionalità ed efficacia della clausole di sola abrogazione espressa, P. CARNEVALE, *Riflessioni sul problema dei vincoli all'abrogazione futura: il caso delle leggi contenenti clausole di "sola abrogazione espressa" nella più recente prassi legislativa*, cit.

³³² Sulle clausole di sola abrogazione espressa P. CARNEVALE, *Riflessioni sul problema dei vincoli all'abrogazione futura: il caso delle leggi contenenti clausole di "sola abrogazione espressa" nella più recente prassi legislativa*, cit. L'Autore evidenzia che tali clausole si rivolgono al legislatore futuro, al quale pongono un onere, e all'interprete, del quale riducono lo spazio di apprezzamento, al fine di attuare il valore costituzionale della certezza del diritto. Esse, pertanto, sono legittime, e determinano l'inefficacia della legge futura che non osservi l'onere da esse previsto.

La valutazione della validità ed efficacia di queste clausole è tradizionalmente impostata come specifica questione relativa alla possibilità ed efficacia di una fonte del diritto di disciplinare la produzione degli effetti di future fonti di pari grado. Sulla base di questa premessa si afferma che la clausola di sola abrogazione espressa esprimerebbe la indebita pretesa di possedere un'efficacia giuridica superiore a quella tipica della categoria delle leggi formali³³³.

Sembra, tuttavia, possibile seguire una diversa impostazione.

A ben vedere, dalle clausole di sola abrogazione espressa scaturisce una compressione della discrezionalità del futuro legislatore assimilabile a quella potenzialmente insita in ogni pregresso atto di esercizio della funzione normativa.

A ciascun atto legislativo consegue, infatti, una riduzione della discrezionalità del legislatore successivo, nel senso che il previgente atto legislativo restringe le opzioni a disposizione del futuro legislatore per conseguire un determinato effetto regolativo³³⁴.

Attraverso le clausole che nell'ambito di un codice stabiliscono la vigenza delle sue disposizioni fino a quando esse non saranno espressamente abrogate, il legislatore intende conseguire il proprio scopo regolativo: raccogliere la disciplina di un settore e ordinarla secondo predeterminati criteri sistematici, in modo da contribuire alla continuità e alla certezza del diritto nella materia regolata, ed evitare quelle contraddizioni che non sono intenzionali, ma magari sono frutto di disattenzione ovvero di non meditate conseguenze di complesse soluzioni di compromesso.

La necessità di procedere in determinati ambiti normativi attraverso leggi *ad hoc* è talvolta prevista dalla stessa Costituzione.

Si tratta di settori particolarmente sensibili a queste esigenze, che sono riconducibili al valore costituzionale della buona qualità della legislazione³³⁵.

Ne sono esempi l'art. 21, terzo comma Cost., che consente il sequestro di stampati solo nei casi stabiliti dalla legge sulla stampa, l'art. 108 Cost. in materia di ordinamento giudiziario, nonché l'art. 137 Cost. in relazione alla disciplina ordinaria necessaria per la costituzione e il funzionamento della Corte costituzionale³³⁶.

Si deve poi considerare che l'ordinamento costituzionale riconosce come meritevoli di tutela anche alcuni autovincoli legislativi che determinano una compressione della discrezionalità del futuro legislatore assolutamente superiore a quella prevista dalle clausole di sola abrogazione espressa.

Si tratta di casi nei quali al legislatore successivo non è imposto semplicemente un onere da osservare per conseguire un certo contenuto

³³³ Così testualmente, U. DE SIERVO, *Contributo al dibattito sulle norme sulla produzione normativa contenute in fonti primarie: a proposito del c.d. statuto dei diritti del contribuente*, cit.

³³⁴ Sul più generale tema del rapporto fra fonti di pari grado si veda nella letteratura tedesca, la puntuale analisi di D. HECKMANN, *Geltungskraft und Geltungsverlust von Rechtsnormen*, Tübingen, Mohr Siebeck, 1997, nonché, T. BRANDNER, *Gesetzänderung*, Berlin, Berliner Wissenschafts-Verlag, 2004.

³³⁵ Per un efficace inquadramento del fondamento costituzionale della buona qualità della regolamentazione, di recente R. ROLLI, I. SIGISMONDI, *Valutazione dell'impatto della regolamentazione, teoria dell'interpretazione: alcune considerazioni*, in questa *Rivista*.

³³⁶ Per questi esempi, A. CERRI, *Prolegomeni ad un corso sulle fonti del diritto*, II ed., Torino, Giappichelli, 2005, p. 110 ss.

regolativo, ma è addirittura preclusa, transitoriamente, la possibilità di stabilire quel contenuto, proprio per effetto di un pregresso atto normativo, e in virtù di disposizioni costituzionali che tutelano il legittimo affidamento dei destinatari delle norme giuridiche da esso previste.

E' questo il caso, ad esempio, dei limiti costituzionali alle modifiche retroattive sfavorevoli per i destinatari, e dei limiti derivanti dalle leggi di incentivazione³³⁷, che tenuto conto del principio dello stato di diritto, non possono essere arbitrariamente modificate in senso sfavorevole ai destinatari nemmeno *pro futuro* quando ciò comporti una lesione del legittimo affidamento meritevole di protezione, ovvero, se si accoglie un'argomentazione particolarmente diffusa nella giurisprudenza costituzionale tedesca, se tale determinazione sia contraria alle specifiche garanzie previste per quei diritti costituzionali che non si realizzano istantaneamente, ma richiedono di potersi dispiegare nel tempo secondo una certa stabilità del quadro di riferimento³³⁸.

³³⁷ Cfr. A. PACE, *Leggi di incentivazione e vincoli sul futuro legislatore*, cit.

³³⁸ Il tema delle garanzie dei diritti nella successione di norme nel tempo è particolarmente rilevante nel diritto ambientale, dove sono ricorrenti modifiche legislative per l'adeguamento alle migliori tecnologie disponibili per la tutela ambientale, le quali, assai spesso, richiedono ingenti investimenti. Pertanto, conviene richiamare i passaggi fondamentali della giurisprudenza che smentisce l'idea di un'assoluta libertà del legislatore successivo nell'abrogazione della normativa previgente. Si farà un più ampio riferimento alla giurisprudenza tedesca, che ha offerto un modello alla giurisprudenza comunitaria sul legittimo affidamento, (poi penetrata nel nostro ordinamento), oltre che un riferimento soltanto sintetico alla giurisprudenza della Corte costituzionale italiana, essendo quest'ultima ampiamente nota. L'esperienza ha evidenziato che anche modifiche legislative soltanto *pro futuro* sono capaci di comprimere fortemente l'esercizio dei diritti e delle libertà costituzionali. Per la loro piena realizzazione, infatti, non è sempre sufficiente la garanzia che ai comportamenti e alle attività già svolte nel passato non siano ricollegate *ex post* conseguenze sfavorevoli non previste all'epoca del loro svolgimento. Alcuni diritti costituzionali non si realizzano invero in modo istantaneo, ma richiedono di potersi dispiegare in modo durevole nel tempo, così tipicamente la libertà di impresa. Essa si esprime infatti in iniziative economiche preordinate a realizzare un determinato progetto, che in virtù della sua proiezione temporale presuppone una tendenziale stabilità del quadro normativo di riferimento. L'improvviso sconvolgimento di quest'ultimo è potenzialmente capace di annientare la singola iniziativa economica già intrapresa. Si pensi al caso limite di una legge sopravvenuta che vieti lo svolgimento di un'attività prima consentita. Di qui la ricerca delle condizioni e dei limiti costituzionali alle modifiche *pro futuro* delle leggi vigenti e, correlativamente, la ricerca dei presupposti e delle condizioni che rendono meritevole di tutela l'aspettativa ad una certa stabilità dell'ordinamento giuridico, riconoscendola perciò come legittimo affidamento. In ambito europeo è al Tribunale costituzionale tedesco che si deve la prima tematizzazione del significato decisivo per l'effettiva garanzia dei diritti costituzionali dell'individuazione di limiti alle modifiche legislative disposte anche soltanto *pro futuro*, cfr. H. MAURER, *Kontinuitätsgewähr und Vertrauensschutz*, *HStR*, a cura di J. ISENSEE, P. KIRCHOF, 1988, p. 233 ss., K.-A. SCHWARZ, *Vertrauensschutz als Verfassungsprinzip*, Baden-Baden, 2001. Poiché, come anticipato, la giurisprudenza tedesca ha rappresentato un punto di riferimento fondamentale anche in altri paesi e specialmente per la giurisprudenza comunitaria, conviene riepilogare i passaggi fondamentali del suo sviluppo. In particolare nella giurisprudenza del *Bundesverfassungsgericht* il principio dello stato di diritto rappresenta il primo e più generale fondamento del principio costituzionale di tutela dell'affidamento. Particolarmente significativa al riguardo è la decisione del 19 dicembre 1961, in *BVerfGE* 13, 261 (271). Afferma il Tribunale costituzionale: «Fra gli elementi essenziali del principio dello stato di diritto rientra la certezza del diritto (...). Il cittadino deve poter prevedere i possibili interventi statali nei suoi confronti e potere comportarsi di conseguenza; egli deve poter prestare affidamento a che la sua attività conforme al

diritto vigente rimanga riconosciuta dall'ordinamento giuridico con tutti gli effetti giuridici originariamente ad essa ricollegati. Il cittadino viene leso in questo affidamento, qualora il legislatore ricollegli a fattispecie esaurite conseguenze più svantaggiose rispetto a quelle che egli poteva presupporre al tempo delle sue scelte. Per il cittadino certezza del diritto significa in prima linea tutela dell'affidamento».

A questa tradizionale catena logica, principio dello stato di diritto-certezza del diritto-tutela dell'affidamento, nella giurisprudenza, già a partire dal 1971, (cfr. *BVerfGE* 31, 275), talvolta si aggiunge, o si sostituisce come autonomo parametro, il richiamo a specifiche disposizioni costituzionali che riconoscono il diritto fondamentale di cui si lamenta la lesione per effetto della violazione del principio dell'affidamento. Fra queste disposizioni, è particolarmente significativa la giurisprudenza che fonda la tutela del legittimo affidamento sull'art. 14 *GG* relativo al diritto di proprietà. Tale parametro costituzionale assurge a vera e propria fonte e *lex specialis* di tutela dell'affidamento, (così espressamente K.-A. SCHWARZ, *Vertrauensschutz als Verfassungsprinzip*, cit., p. 172 ss.). L'assicurazione al cittadino della certezza del diritto riguardo alle posizioni giuridiche protette da tale disposizione e, quindi, la tutela dell'affidamento sulla disciplina della proprietà così come già conformata da leggi costituzionalmente legittime, rientrano, secondo il Tribunale costituzionale, nella funzione di garanzia di tale disposizione. Nell'ambito di questo indirizzo interpretativo è da ricordare la decisione del 15 luglio 1981, *BVerfGE* 58, 300, relativa alla legge modificativa dei poteri del proprietario del fondo in relazione alla falda acquifera. Precisa il Tribunale costituzionale: «Non sarebbe compatibile con il contenuto del diritto fondamentale, [di proprietà], se allo Stato fosse riconosciuto il potere di vietare improvvisamente e senza normativa transitoria, la prosecuzione dell'utilizzo del fondo, per il cui avvio sono stati necessari consistenti investimenti. Una tale disciplina svaluterebbe improvvisamente dall'oggi al domani il lavoro prestato e l'impiego del capitale. Essa scuoterebbe l'affidamento nella stabilità dell'ordinamento giuridico senza la quale non è possibile una responsabile pianificazione della vita nell'ambito patrimoniale». Nel caso di specie il *Bundesverfassungsgericht* giudica la disciplina impugnata compatibile con la Costituzione, poiché il legislatore aveva dettato una disciplina transitoria dei poteri di sfruttamento del fondo ritenuta sufficiente a tutela dell'affidamento del proprietario. Nella giurisprudenza del *Bundesverfassungsgericht* la definizione dei limiti costituzionali al potere del legislatore di modificare le leggi vigenti varia a seconda del carattere retroattivo o meno della legge sopravvenuta. In particolare, la giurisprudenza del *Bundesverfassungsgericht* distingue una retroattività autentica da una retroattività non autentica. Fondamentale al riguardo la decisione del 31 maggio 1960, in *BVerfGE* 11,139. Secondo il Tribunale, «si è in presenza di retroattività autentica della legge quando essa interviene successivamente su situazioni di fatto già svolte e appartenenti al passato; nel caso in cui essa opera *pro futuro* su fattispecie e relazioni giuridiche non ancora svolte, il problema della retroattività non sorge: si è in presenza solo di una retroattività non autentica». Un'ulteriore distinzione è stata introdotta con la decisione del 14 maggio 1986, (*BVerfGE*, 72, 200). Essa riguarda da un lato «la produzione retroattiva di effetti giuridici» e dall'altro «il collegamento retroattivo di effetti alla fattispecie». Si tratta peraltro di una mera variante terminologica della distinzione fondamentale. Infine, secondo una consolidata giurisprudenza del *Bundesverfassungsgericht*, è in linea di principio vietata al legislatore l'adozione di disposizioni legislative sfavorevoli autenticamente retroattive, secondo il principio dello stato di diritto e nell'interesse della tutela dell'affidamento. Tale esigenza non si pone quando la legge previgente ha un contenuto incerto, ovvero sia incostituzionale o quando il pregiudizio determinato dalla nuova disciplina non sia considerevole. Con riferimento alle leggi non autenticamente retroattive, secondo il Tribunale costituzionale, di regola, non può essere esclusa l'ammissibilità di modifiche della disciplina previgente sfavorevoli per i destinatari, ma il principio costituzionale di tutela dell'affidamento impone alcuni limiti. Si tratta in tali casi essenzialmente di rispettare il principio di proporzionalità fra il sacrificio imposto ai destinatari della sopravvenuta disciplina, che prevede conseguenze sfavorevoli, e i mezzi prescelti dal legislatore per conseguire i propri obiettivi, (cfr. ad esempio, la decisione del 15 ottobre 1996, *BVerfGE* 95, 64). In ogni caso, la modifica legislativa *pro futuro* non è conforme a Costituzione quando i motivi attinenti all'interesse generale sono recessivi dinanzi all'affidamento meritevole di tutela del soggetto colpito sfavorevolmente nei suoi diritti. Nell'apprezzamento di tale

Si deve poi tenere presente che dalla effettiva garanzia di alcuni diritti costituzionali scaturisce, in determinate circostanze, un'esigenza di continuità dell'ordinamento giuridico tale da esigere perfino la temporanea prosecuzione della efficacia e applicabilità di una legge anteriore sebbene essa sia stata riconosciuta contraria a Costituzione dalla Corte costituzionale³³⁹. Di volta in volta, dal principio di continuità dell'ordinamento giuridico, espressamente riconosciuto dalla nostra Corte³⁴⁰, possono scaturire limitazioni per il legislatore che nell'immediato intendesse disporre in senso contrario.

L'idea che non siano ammessi limiti al legislatore futuro, quindi, è ingannevole, e non risponde ai principi dell'ordinamento costituzionale.

La questione della legittimità costituzionale degli autovincoli legislativi rispetto all'inesauribilità del potere legislativo stabilita dalla Costituzione, in mancanza di una espressa disciplina costituzionale, deve essere affrontata verificando caso per caso la necessità di questi vincoli, nonché la loro congruità rispetto allo scopo perseguito dalla norma e alla rilevanza costituzionale di quest'ultimo³⁴¹.

circostanza ha un rilievo decisivo la natura dei beni giuridici colpiti, di regola diritti fondamentali, e l'intensità dei pregiudizi minacciati dalla nuova disciplina. La previsione di una disciplina transitoria è di regola idonea a neutralizzare la violazione del principio di affidamento, (cfr. ad esempio la decisione del 9 novembre 1976, *BVerfGE* 43, 242). Anche nella giurisprudenza della Corte costituzionale italiana il rilievo costituzionale del principio del legittimo affidamento è riconosciuto, e così alcune limitazioni alle modificazioni legislative dei rapporti di durata. Siccome si tratta di una giurisprudenza ampiamente nota ci si limita a ricordare, ad esempio, Corte costituzionale, 12 dicembre 1985, n. 349, in www.cortecostituzionale.it, secondo la quale «nel nostro sistema costituzionale non è interdetto al legislatore di emanare disposizioni le quali modifichino sfavorevolmente la disciplina dei rapporti di durata, anche se il loro oggetto sia costituito da diritti soggettivi perfetti, salvo, qualora si tratti di disposizioni retroattive, il limite costituzionale della materia penale (art. 25, secondo comma, Cost.). Dette disposizioni però, al pari di qualsiasi precetto legislativo, non possono trasmodare in un regolamento irrazionale e arbitrariamente incidere sulle situazioni sostanziali poste in essere da leggi precedenti, frustrando così anche l'affidamento del cittadino nella sicurezza giuridica, che costituisce elemento fondamentale e indispensabile dello Stato di diritto (v. sentt. n. 36 del 1985 e n. 210 del 1971). Se quindi - in via di principio - rispetto alla fattispecie in esame deve ritenersi ammissibile un intervento legislativo che, nel rispetto dell'autonomia negoziale privata, modifichi l'ordinamento pubblicistico delle pensioni, non può però ammettersi che tale intervento sia assolutamente discrezionale. In particolare non potrebbe dirsi consentita una modificazione legislativa che, «intervenendo in una fase avanzata del rapporto di lavoro, ovvero quando addirittura è subentrato lo stato di quiescenza, peggiorasse senza un'inderogabile esigenza, in misura notevole e in maniera definitiva un trattamento pensionistico in precedenza spettante, con la conseguente, irrimediabile vanificazione delle aspettative legittimamente nutrite dal lavoratore per il tempo successivo alla cessazione della propria attività». Qualche incertezza nella giurisprudenza costituzionale in materia di tutela dell'affidamento, è segnalata da A. MASARACCHIA, *Insegnamento in scuole di «montagna» e tutela dell'affidamento ingenerato: un nuovo arretramento della giurisprudenza costituzionale*, in *Giur. cost.*, 2007, p. 92 ss., nota alla sentenza 31 gennaio 2007, n. 11. Per un inquadramento teorico della tutela del legittimo affidamento nel nostro ordinamento, F. MERUSI, *Buona fede e affidamento nel diritto pubblico*, Milano, Giuffrè, 2001, e prima, *Id. L'affidamento del cittadino*, Milano, Giuffrè, 1970.

³³⁹ Sul tema, D. HECKMANN, *Geltungskraft und Geltungsverlust von Rechtsnormen*, cit.

³⁴⁰ Il principio di continuità nell'ordinamento che comporta la prosecuzione della vigenza di una norma incostituzionale è riconosciuto, ad esempio, da Corte costituzionale, sentenza 13 gennaio 2004, n. 13.

³⁴¹ Sul tema, D. HECKMANN, *Geltungskraft und Geltungsverlust von Rechtsnormen*, cit.

Proprio tenuto conto del fondamento costituzionale delle esigenze di certezza del diritto e, più in generale della buona qualità della normazione, le clausole di sola abrogazione espressa finalizzate a garantire la stabilità del sistema codificato non violano la libertà interpretativa del giudice, né devono ritenersi inefficaci, come invece ipotizzato da parte della dottrina.

A tal proposito, resta da precisare che l'interpretazione della disposizioni successive che prescrivono regole implicitamente incompatibili con le disposizioni anteriori coperte da clausola di sola abrogazione espressa deve essere condotta dai giudici considerando le disposizioni successive nella loro interrelazione con le altre disposizioni dell'ordinamento, e non isolatamente, cioè tenendo conto soltanto dello scopo del legislatore successivo.

Se con una clausola di sola abrogazione espressa, il legislatore ha stabilito un vincolo a mantenere la vigenza della disciplina fino a quando quest'ultima non sarà espressamente abrogata, egli ha derogato con una norma speciale a quella norma generale prevista dall'art. 15 prel. c.c., che contempla la possibilità dell'abrogazione implicita.

Proprio per il carattere speciale della disposizione di sola abrogazione espressa, sembra difficile sostenere che il medesimo legislatore, pur espressione di una diversa maggioranza di governo, senza una esplicita abrogazione, intenda comunque esprimere una sicura volontà difforme³⁴², come invece sarebbe possibile secondo la tesi che considera inefficaci tali clausole.

In particolare, non si può ritenere che il legislatore successivo abbia abrogato implicitamente la clausola che impone l'abrogazione espressa, dato che tale clausola introduce una norma speciale sull'abrogazione, che trova fondamento in una precisa esigenza costituzionale, quella della buona qualità della regolazione, e con ciò sottrae quella disciplina all'applicazione dell'art. 15 prel., che in via generale prevede l'abrogazione implicita.

In ipotesi, si potrebbe pure ipotizzare che il legislatore successivo abbia voluto disconoscere anche la regola (logica), secondo la quale le disposizioni speciali anteriori non sono derogate dalle disposizioni generali successive, ma non si capirebbe lo scopo per il quale si intende tutelare questa ipotetica arbitraria volontà del legislatore successivo, dato che di fronte al fondamento costituzionale della certezza del diritto e della buona qualità della regolazione, non è appagante il generico richiamo alla inesauribilità del potere normativo, peraltro non pregiudicato nella sua sostanza dall'onere di abrogazione espressa.

A tal proposito occorre ricordare che la Corte costituzionale ha riconosciuto la più ampia discrezionalità del legislatore nel disciplinare il fenomeno della successione di discipline nel tempo, ma con il limite della ragionevolezza³⁴³.

³⁴²Così invece U. DE SIERVO, *Contributo al dibattito sulle norme sulla produzione normativa contenute in fonti primarie: a proposito del c.d. statuto dei diritti del contribuente*, cit., secondo il quale le clausole di sola abrogazione espressa «non possono certo arrestare la volontà sicuramente difforme del legislatore che si esprima successivamente».

³⁴³ Così, Corte costituzionale, ordinanza 12 aprile 2002, n. 108, in materia di regime previdenziale.

La Corte costituzionale, peraltro, ha riconosciuto anche la possibile funzione di criterio di interpretazione adeguatrice alle norme sulla produzione di norme di pari grado, pur negando loro la qualificazione di norme interposte nel giudizio di costituzionalità³⁴⁴.

Lo stesso giudice riconosce la validità del criterio logico della non derogabilità di una norma speciale anteriore da parte di una norma generale successiva³⁴⁵.

In alcuni casi, tuttavia, il giudice costituzionale ha disconosciuto che da norme sulle fonti possano scaturire vincoli a norme di pari grado, poiché il legislatore successivo può implicitamente abrogare tali vincoli³⁴⁶.

La circostanza che spesso il legislatore abbia disatteso le clausole di sola abrogazione espressa³⁴⁷, nonché il rilievo che nella prassi siano mancate contestazioni giurisdizionali di scelte legislative che ignorano il vincolo da esse stabilito, non rileva per giudicare la legittimità e l'efficacia di tali clausole, ma la loro effettività.

Quest'ultima, peraltro, in mancanza di una disciplina costituzionale che sancisca espressamente la superiorità gerarchica e non solo logica³⁴⁸ delle fonti sulle fonti, può essere sollecitata se si interpreta la legge in conformità con i valori costituzionali conseguibili attraverso una buona qualità della regolazione, per la quale in specifici casi, ad esempio in quello della codificazione, le clausole di sola abrogazione espressa sono essenziali.

Per le ragioni appena illustrate, le clausole di sola abrogazione espressa possono ritenersi capaci di preservare la razionalità del sistema codificato da non meditate modificazioni future.

D'altra parte, la stabilità del sistema codificato, che naturalmente è suscettibile di modificazioni espresse, così come lo è la legge costituzionale, dipende soprattutto dalla razionalità dei suoi contenuti.

Ciò premesso, occorre valutare sotto altri profili la proposta di procedere ad una razionalizzazione del diritto ambientale attraverso una legge costituzionale.

³⁴⁴ Cfr. sentenza 6 luglio 2004, n. 216, relativa ai principi posti dalla l. 212/2000, il c.d. «statuto del contribuente».

³⁴⁵ Cfr. sentenza 19 luglio 2004, n. 240, la norma speciale era in questo caso una norma sul potere sostitutivo, che la Corte giudica non abrogata dalla generale disciplina del potere sostitutivo introdotta dalla l. 131/2003.

³⁴⁶ Cfr., sentenza 25 febbraio 2008, n. 41, dove la Corte afferma che una norma successiva è idonea ad abrogare implicitamente una norma della l. 212/2000, il c.d. «statuto del contribuente», in particolare, la norma che prescrive in via generale nella materia tributaria, per le norme di interpretazione autentica la necessità di una espressa qualificazione come norma di interpretazione autentica. Pertanto, secondo la Corte, una norma tributaria successiva priva di tale espressa qualificazione è valida ed efficace.

³⁴⁷ Ricorda questo profilo, U. DE SIERVO, *Contributo al dibattito sulle norme sulla produzione normativa contenute in fonti primarie: a proposito del c.d. statuto dei diritti del contribuente*, cit.

³⁴⁸ Sulla superiorità logica delle fonti sulle fonti, A. PIZZORUSSO, *Delle fonti del diritto*, cit.

4. Il codice come custode dei principi del diritto ambientale e il diritto comunitario come «rete di sicurezza»: confronto con l'ipotesi di riordino attraverso una fonte costituzionale.

La costituzionalizzazione di un ampio ambito normativo del diritto ambientale³⁴⁹ - quand'anche fosse realistico ipotizzare oggi una concentrazione dell'attività parlamentare su questo obiettivo - oltre a non essere necessaria al fine di garantire la stabilità del sistema giuridico di tutela dell'ambiente, non persuade.

Se tale legge fosse molto estesa, infatti, essa potrebbe incorrere nel rischio di irrigidire inopportunamente il diritto ambientale.

Se essa non fosse sufficientemente analitica, invece, sarebbe molto probabilmente incapace di costituire un utile riferimento per la razionalizzazione del diritto ambientale, come dimostrano i rilievi sulle cause della frammentazione di questo settore esaminati nel primo capitolo di questo contributo con riferimento all'esperienza tedesca, ma corrispondenti per molti aspetti all'evoluzione dell'esperienza italiana³⁵⁰.

Una tale normativa rischia di costituire per molti aspetti una ripetizione del diritto comunitario primario e derivato, che peraltro si è rivelato non soltanto nel nostro ordinamento, incapace di stabilire una cornice sufficiente ad un razionale sviluppo del diritto ambientale, tanto che in diversi paesi europei si è proceduto contestualmente a diversi tentativi di razionalizzazione in via legislativa.

D'altra parte, se davvero si ritiene insuperabile in via interpretativa la questione della controversa efficacia delle clausole di sola abrogazione espressa, ovvero se si ritengono simili clausole addirittura incostituzionali (sebbene opportune), sarebbe di sicuro più conveniente – e per quanto difficile, più realistico - intervenire con una disciplina costituzionale per regolare gli aspetti ancora controversi della disciplina delle fonti sulle fonti e, quindi, anche tali questioni. Per questa via, infatti, si guadagnerebbe certezza anche per tutti gli altri settori dell'ordinamento che condividono il medesimo problema.

Inoltre, a seguire l'impostazione qui criticata, si dovrebbe immaginare – ma si può farlo solo per assurdo – che per la razionalizzazione di ogni settore dell'ordinamento interessato dall'attuazione di valori costituzionali sia necessaria una sorta di «micro-costituzione» o comunque una disposizione costituzionale di riferimento.

L'ipotesi di una legge costituzionale per la disciplina delle fonti sulle fonti, ovvero di un'integrazione delle disposizioni già contenute nella Costituzione richiederebbe, peraltro, un'attenzione che non può esserle dedicata in questo contributo³⁵¹. E' qui sufficiente rilevare che difficilmente sarebbe immaginabile

³⁴⁹ Nel senso che gli spazi di riforma sul piano costituzionale sarebbero sicuramente assai ampi, M. CECCHETTI, *La disciplina giuridica della tutela ambientale come "diritto dell'ambiente"*, cit., p. 185 del testo stampato.

³⁵⁰ Con riferimento alle cause della frammentazione nell'ordinamento italiano, F. FONDERICO, *La 'codificazione' del diritto dell'ambiente in Italia: modelli e questioni*, in *Riv. trim. dir. pubbl.*, 2006, p. 613 ss.

³⁵¹ Sul tema A. PIZZORUSSO, *Comparazione giuridica e sistema delle fonti del diritto*, cit. p. 72, rileva lo sconcerto che deriva dall'incertezza che connota le questioni relative alle regole che dovrebbero presiedere alla produzione delle norme, e richiama l'opportunità di una disciplina

una generalizzata previsione del criterio di sola abrogazione espressa per tutte le leggi ordinarie, perché un'opzione così ampia sarebbe probabilmente contraria alle esigenze di flessibilità dell'ordinamento; stabilire per quali ipotesi, ad esempio in relazione ai codici, essa dovrebbe divenire necessaria, richiede quindi un'attenta valutazione.

Inoltre, la separazione dalla Costituzione in un'apposita legge costituzionale non si armonizza con la considerazione che i principi per la tutela dell'ambiente non hanno una vita separata dal resto dell'ordinamento, ma la loro portata è definita dal concorso con i principi che regolano la tutela di altri interessi costituzionali.

Un'ulteriore considerazione sostiene la stabilità di un riordino della normativa ambientale attraverso la legge ordinaria: una solida «rete di sicurezza» rispetto a repentine involuzioni nei fondamenti del sistema di tutela giuridica dell'ambiente è offerta oggi dal diritto comunitario³⁵².

Quest'ultima considerazione vale³⁵³ anche per l'idea di procedere alla costituzionalizzazione dei soli principi del diritto ambientale, che, peraltro, appare più realistica, dato che se la disciplina fosse limitata ai soli principi l'obiettivo sarebbe più facilmente conseguibile rispetto all'ipotesi di un intervento riformatore con spazi «assai ampi», e merita un'attenta considerazione³⁵⁴.

Essa potrebbe conseguire lo scopo di dare loro maggiore solennità, e risponde alla funzione propria delle disposizioni costituzionali di farsi veicolo dei valori fondamentali. Peraltro, sarebbe illusorio confidare oggi, per questa via, in una effettiva razionalizzazione del diritto ambientale. Sarebbe illusorio anche riporre nella costituzionalizzazione di questi principi la speranza di un sensibile innalzamento della tutela ambientale rispetto a quanto già conseguibile con la loro codificazione in una fonte ordinaria; mentre la complessità dell'operazione, per le ricadute che dalla costituzionalizzazione deriverebbero nell'intero ordinamento, non deve essere sottovalutata³⁵⁵.

organica della materia, nonché M. MALO, *Previsioni ed esperienze di consolidazione normativa*, in *Oss. Sulle fonti*, a cura di P. CARETTI, Torino, Giappichelli, 2007, p. 152 ss., anche per l'ipotesi di una legge costituzionale sulla codificazione, in particolare p. 165.

³⁵² Cfr. in tal senso l'art. 3 bis d.lgs. 4/2008.

³⁵³ Ciò indipendentemente dalla circostanza che i principi comunitari formulati nel Trattato non sono direttamente applicabili, dato che essi penetrano nell'ordinamento attraverso gli obblighi di attuazione del diritto derivato che ad esso si ispira.

³⁵⁴ Per l'idea di una costituzionalizzazione dei principi, S. GRASSI, voce *Tutela dell'ambiente (dir. amm.)*, cit., p. 1140, sui principi per la tutela dell'ambiente, del medesimo Autore, *Principi costituzionali e comunitari per la tutela dell'ambiente*, in *Scritti in onore di Alberto Predieri*, vol. II, cit., p. 907 ss.; successivamente anche, M. CECCHETTI, *Principi costituzionali per la tutela dell'ambiente*, cit., *La disciplina giuridica della tutela ambientale come "diritto dell'ambiente"*, cit., che peraltro prevede l'ipotesi che i principi siano contenuti in un'apposita legge costituzionale con spazi «assai ampi» di intervento, come sopra specificati, cfr. pp. 189-190; la distinzione fra un intervento costituzionale minimalista e uno più ampio, muove da una rigorosa e puntuale distinzione fra revisione costituzionale bilancio e revisione costituzionale programma, sulla quale si rinvia alle precisazioni dell'Autore.

³⁵⁵ Si pensi ad esempio alle ricadute sul sistema di tutela penale. Sul diritto penale dell'ambiente e sulle esigenze e problematiche di questa normazione, F. GIUNTA, *Ideologie punitive e tecniche di normazione nel diritto penale dell'ambiente*, in *Riv. trim. dir. pen. ec.*, p. 845 ss.

In relazione al primo profilo, è troppo tardi per ritenere che la costituzionalizzazione dei tradizionali principi di tutela dell'ambiente³⁵⁶ sia capace di dischiudere sul piano programmatico innovativi orizzonti di tutela in questo settore. Lo ha già fatto il diritto comunitario.

In secondo luogo, non si deve sottovalutare che nel complesso disegno di tutela dell'ambiente la costituzionalizzazione dei principi lascerebbe comunque al legislatore ordinario una discrezionalità molto forte per la loro attuazione. Le cause di frammentazione del diritto ambientale risiedono soprattutto nella attuazione di questi principi. Quindi la loro proclamazione senza un corrispondente analitico sistema normativo di attuazione non è risolutiva. D'altra parte, tenuto conto che le fondamentali, e difficilmente reversibili, linee di sviluppo del diritto internazionale e comunitario rendono assai improbabili, oggi, involuzioni del disegno astratto di tutela ambientale pur in assenza di una sua copertura costituzionale, non è chiaro oltre alla solennità della proclamazione, quale concreta utilità sarebbe aggiunta dalla costituzionalizzazione dei principi rispetto alla loro codificazione con legge ordinaria, considerati anche gli effetti che dalla codificazione conseguono nell'interpretazione delle disposizioni costituzionali relative ai diritti già garantiti dalla Costituzione, nonché nella definizione dei doveri da essa sanciti, sia per i soggetti pubblici che per i privati.

Così, ad esempio, sulla base dell'art. 32 Cost. si può ritenere già esigibile, entro determinati limiti, una tutela precauzionale del diritto alla salute, ovvero, sul piano dei doveri, gli articoli 41 e 42 Cost. contengono già le prescrizioni sufficienti a giustificare limitazioni alla libertà di impresa e alla proprietà privata, per fini di tutela ambientale³⁵⁷.

Naturalmente, con questo non si intende affatto negare il valore giuridico della positivizzazione dei principi, ma precisarne la portata, e soprattutto cercare di coglierne le concrete modalità di realizzazione³⁵⁸.

Si vuole dire che anche la formulazione dei principi generali per la tutela dell'ambiente nella legge ordinaria è sufficiente a conferire loro validità giuridica generale, anche indipendentemente dagli obblighi di attuazione del diritto comunitario derivato, in modo da vincolare ai modelli di tutela e alle scelte valoriali da essi espresse, l'esercizio del potere regolamentare, della discrezionalità amministrativa, e orientare la giurisprudenza, nell'interpretazione e applicazione della legge, nel superamento delle antinomie e delle lacune, (come previsto dall'art. 12 prel. c.c.), secondo i valori e i modelli di tutela racchiusi nei principi, limitando con ciò il rischio di decisioni arbitrarie.

Per i principi generali del diritto si può ipotizzare, infatti, secondo un'autorevole opinione, una posizione che nel senso appena ricordato può dirsi

³⁵⁶ Le proposte sopra ricordate sono infatti riferite ai principi di precauzione, prevenzione, chi inquina paga, dello sviluppo sostenibile e anche del principio antropocentrico.

³⁵⁷ Rinvio sul punto a A. GRAGNANI, *Il principio di precauzione come modello di tutela dell'ambiente, dell'uomo, delle generazioni future*, cit., p. 34 ss. e per cenni alla giurisprudenza costituzionale, civile e amministrativa p. 38 ss.

³⁵⁸ Nella letteratura italiana fra i fondamentali contributi sul tema, N. BOBBIO, *Contributi ad un dizionario giuridico*, Torino, Giappichelli, 1994, p. 257 ss.; A. FALZEA, *Teoria generale del diritto*, Milano, Giuffrè, 1999; L. FERRAJOLI, *Principia iuris*, vol. I e II, Bari, Laterza, 2007.

preminente in una ideale gerarchia sostanziale che si instaura fra le norme, (e che, naturalmente, resta distinta dalla gerarchia formale delle fonti del diritto³⁵⁹).

In collegamento con altri principi dell'ordinamento, e soprattutto attraverso il fondamentale canone dell'eguaglianza, la positivizzazione dei principi per la tutela dell'ambiente è capace di produrre, inoltre, anche un debole autovincolo del futuro legislatore, specialmente attraverso la fondamentale opera di concretizzazione della giurisprudenza, e indirizzare così il futuro sviluppo del diritto ambientale³⁶⁰.

Anche i principi enunciati con legge ordinaria possono svolgere, dunque, efficacemente le funzioni tradizionalmente loro ascritte: la funzione interpretativa delle norme esistenti, quella programmatica rivolta alla produzione di norme e quella integratrice nella fase dell'applicazione del diritto³⁶¹.

In questi termini, può allora utilmente essere affidato anche al codice il compito di custodire, attraverso i principi, i lineamenti fondamentali del sistema giuridico di tutela dell'ambiente³⁶².

Il confronto fra i risultati concretamente conseguibili attraverso la codificazione in legge ordinaria, ovvero attraverso la costituzionalizzazione, nell'attuale fase di sviluppo del diritto ambientale nazionale, internazionale e comunitario, non lascia presagire significative differenze in termini di concrete aspettative di garanzia.

Se è vero che la legge ordinaria non è capace di costringere (se non in minima misura attraverso il principio di eguaglianza) il legislatore successivo all'osservanza dei principi, è anche vero che il vincolo scaturente dalla loro costituzionalizzazione è comunque assai debole. In definitiva, quindi, la costituzionalizzazione dei principi non costituisce una premessa davvero necessaria per procedere ad uno stabile riordino del diritto ambientale.

Una riprova di questa convinzione è data dalla modesta incidenza, rispetto al riferimento ai principi in singole leggi ordinarie, rivelata nell'ordinamento

³⁵⁹ Sulla problematica questione della configurabilità di una gerarchia sostanziale fra norme nel senso indicato nel testo, M. S. GIANNINI, *Genesi e sostanza dei principi generali del diritto*, in *Scritti in onore di Alberto Predieri*, II, Milano, Giuffrè, 1996, p. 901 ss. Sui principi generali nel diritto amministrativo, A. MASSERA, *I principi generali dell'azione amministrativa tra ordinamento nazionale e ordinamento comunitario*, in *Dir. amm.*, 2005, p. 707 ss.

³⁶⁰ Sul debole autovincolo per il futuro legislatore che scaturisce attraverso il precetto costituzionale di eguaglianza, ancor prima della loro positivizzazione, già per un reiterato ricorso ai principi che esprimono una massima di azione politica, nonché sul ruolo fondamentale della giurisprudenza, U. DI FABIO, *Das Kooperationsprinzip – ein allgemeiner Rechtsgrundsatz des Umweltrechts*, in *Das Kooperationsprinzip im Umweltrecht*, a cura di M. HUBER, Berlin, Berlin Verlag, 1999, p. 129 ss. e *Id.*, *Voraussetzungen und Grenzen des umweltrechtlichen Vorsorgeprinzips*, in *Festschrift für Wolfgang Ritter*, a cura di M. D. KLEY, E. SÜNNER, A. WILLEMSSEN, Köln, 1997, 807 ss. Sul ruolo affidato dai moderni codici alla giurisprudenza attraverso la concretizzazione dei principi, S. DE FELICE, *La semplificazione del diritto: la codificazione recente in Italia*, cit.

³⁶¹ Su queste funzioni dei principi, oltre a M. S. GIANNINI, *Genesi e sostanza dei principi generali del diritto*, cit., F. VIOLA, G. ZACCARIA, *Diritto e interpretazione: lineamenti di teoria ermeneutica del diritto*, Bari, 1999.

³⁶² Sulla funzione dei principi di custodire i pensieri fondamentali di un sistema giuridico, nonché per il loro modo di operare nell'interpretazione giuridica, K. LARENZ, C.-W. CANARIS, *Methodenlehre der Rechtswissenschaft*, München, Springer, 1995, p. 133 ss., p. 302 ss.

tedesco dalla costituzionalizzazione, (risalente al 1994), del compito costituzionale di tutela dei fondamenti naturali della vita, anche nell'interesse delle generazioni future, che secondo autorevole opinione dà una copertura costituzionale al principio precauzionale³⁶³.

Necessita, invece, di ulteriore tempo la valutazione dell'impatto della *Charte de l'environnement*, che, in seguito alla modifica del preambolo della Costituzione francese intervenuta con la legge costituzionale del 2005, fa ora parte del c.d. «*bloc de constitutionnalité*», e che – secondo le solenni proclamazioni – intende completare il patto sociale che unisce la Nazione, ponendosi accanto alla *Dichiarazione dei diritti dell'uomo e del cittadino* del 1789, e ai diritti economici e sociali sanciti nel preambolo del 1946³⁶⁴.

Le prime applicazioni giurisprudenziali, peraltro, in parte sono state considerate deludenti in dottrina³⁶⁵, in parte hanno innescato un significativo contenzioso giurisdizionale, nel corso del quale è stata riconosciuta diretta applicazione al principio di precauzione³⁶⁶.

Proprio con riferimento al controllo sull'attuazione amministrativa del principio precauzionale, peraltro, è opportuno ricordare il saggio ammonimento del Tribunale costituzionale tedesco.

In un'importante decisione, il *Bundesverfassungsgericht* ha sottolineato che nelle situazioni di incertezza scientifica la scelta di adottare misure precauzionali è una decisione fondamentalmente politica, quindi, gli organi giurisdizionali non possono procedere ad un'autonoma valutazione del rischio attraverso l'esercizio dei poteri istruttori, che non sono finalizzati alla soluzione

³⁶³ Sulla giustiziabilità del principio precauzionale in Germania, A. GRAGNANI, *Il principio di precauzione come modello di tutela dell'ambiente, dell'uomo, delle generazioni future*, cit. Sull'implicito fondamento costituzionale del principio precauzionale nell'ordinamento tedesco, H.-W. RENGELING, *Bedeutung und Anwendbarkeit des Vorsorgeprinzips im europäischen Umweltrecht*, in *DVBf*, 2000, 1473 ss.; G. LÜBBE-WOLFF, *Ivu-Richtlinie und Europäisches Vorsorgeprinzip*, in *NVwZ*, 1998, 777 ss. Sull'esigenza di non sottovalutare né sopravvalutare la costituzionalizzazione del compito costituzionale di tutela dell'ambiente, M. KLOEPFER, *Umweltschutzrecht*, cit.

³⁶⁴ Si tratta della legge costituzionale 1 marzo 2005, n. 2005-205, in *JO*, 2 marzo 2005, in www.legifrance.gouv.fr. Sul significato della *Charte* indicato nel testo si vedano i lavori preparatori, in www.gouv.fr. I principi per la tutela dell'ambiente erano stati recepiti dapprima in una legge *ad hoc*, la legge n. 95-101 del 2 febbraio 1995, (sulla quale Y. JEGOUZO, *Les principes généraux du droit de l'environnement*, in *RFD adm.*, 1996, 209 ss.), e, successivamente, nel *Code de l'environnement*, dove restano oggi come principi generali del diritto ambientale, (cfr. il titolo primo del codice, in www.legifrance.gouv.fr). Il c.d. *bloc de constitutionnalité*, secondo la celebre espressione ideata da L. FAVOREU, *Legalité et constitutionnalité*, in *Cahiers du Conseil constitutionnel*, 1997, www.conseil-constitutionnel.fr, sintetizza il significato della giurisprudenza costituzionale francese inaugurata con la celebre decisione del *Conseil constitutionnel*, del 16 luglio 1971, n. 71-44, che considera le norme richiamate nel preambolo della costituzione come parametro del sindacato di costituzionalità.

³⁶⁵ Cfr. N. HAUTEN, M.A. COHENDET, *La Charte de l'environnement deux ans après: chronique d'une anesthésie au palais royal*, in *RJE*, 2007, p. 277 ss., anche per un quadro del dibattito che ha accompagnato l'approvazione della Carta, nonché dei medesimi Autori, *La Charte de l'environnement deux ans après: le Conseil d'État hésite, les autres juridictions tranchent*, in *RJE*, 2007, p. 425 ss. In particolare sono apparse riduttive, o comunque assai prudenti, la giurisprudenza del *Conseil constitutionnel* e quella del *Conseil d'État*.

³⁶⁶ Cfr. i due contributi citati alla nota precedente.

delle controversie scientifiche. Ne consegue che non spetta ai giudici nemmeno la valutazione secondo le conoscenze scientifiche disponibili dell'adeguatezza dei valori limite stabiliti dagli organi competenti, a meno che non sia evidente che «una disciplina protettiva della salute, originariamente conforme a diritto, è diventata incompatibile con la Costituzione a causa di nuove conoscenze o della modificazione della situazione di fatto»³⁶⁷.

Chiusa questa parentesi, resta da precisare che la *Charte de l'environnement* ha indotto una serie di «paradossi». Ad esempio, si è ritenuto che la qualificazione come principio del solo principio precauzionale avrebbe svuotato di senso e significato gli altri tradizionali principi, pur sempre scritti nel *Code*; è stata contestata la portata giuridica della *Charte*, sono state create, infine, antinomie fra disposizioni costituzionali di difficile soluzione³⁶⁸.

Premesso questo quadro, alla costituzionalizzazione dei principi per la tutela dell'ambiente sarà opportuno eventualmente procedere solo dopo una attenta verifica dell'impatto della loro recente codificazione attraverso il d.lgs. 4/2008, nonché previa un'approfondita valutazione delle potenziali «ricadute» dell'ipotizzata costituzionalizzazione sull'intero ordinamento.

Restano da valutare, in particolare, i possibili risvolti rispetto alla tutela penale dell'ambiente³⁶⁹, ancora una volta con riferimento al principio precauzionale. Al riguardo, infatti, non si deve sottovalutare che nelle ipotesi in cui i dati messi a disposizione dalla scienza non siano in grado né di affermare, né di escludere una correlazione causale, non ci troviamo in presenza di un pericolo né astratto, né concreto, ma semmai di un «pericolo ipotetico», con conseguente eventuale legittimazione di una anticipazione della soglia della punibilità ancora maggiore dei classici reati di pericolo³⁷⁰.

In conclusione, la scelta della costituzionalizzazione dei principi dispiegherebbe un sicuro effetto simbolico, ma non lascia oggi presagire un impatto in concreto più significativo della loro codificazione, mentre l'esperienza francese induce a riflettere sulla complessità dell'operazione. Si tratta comunque di una premessa non necessaria per una autentica e stabile codificazione del diritto ambientale.

Infine, si deve tenere presente che sarebbe capace di dispiegare equivalenti effetti positivi di solenne consacrazione della tutela dell'ambiente una espressa formulazione di questo valore attraverso una opportuna revisione dell'art. 9 Cost.³⁷¹.

³⁶⁷ *BVerfG*, 1 *BvR* 1676/01 del 28 febbraio 2002, in www.bverfg.de.

³⁶⁸ Per un'esame dei paradossi indotti dalla costituzionalizzazione, nonché per un quadro, cfr. M. PRIEUR, *L'environnement entre dans la Constitution*, in http://www.courdecassation.fr/IMG/File/intervention_prieur.pdf

³⁶⁹ Sul punto, F. GIUNTA, *Ideologie punitive e tecniche di normazione nel diritto penale dell'ambiente*, in *Riv. trim. dir. pen. ec.*, p. 845 ss.

³⁷⁰ La scelta di tenere fuori dal codice ambientale la tutela penale dell'ambiente, secondo l'impostazione tedesca, evita, invece, questo inconveniente.

³⁷¹ Cfr. S. GRASSI, voce *Tutela dell'ambiente*, cit., p. 1140.

5. La definizione del concetto giuridico di «ambiente» come presupposto della codificazione, le lontane origini del concetto di «equilibrio ecologico», e l'«ambiente futuro» come oggetto di tutela giuridica.

La definizione dell'oggetto di tutela giuridica costituisce un presupposto indefettibile di ogni codificazione. La stessa possibilità di individuare una adeguata nozione del concetto di «ambiente» è ancora controversa, come si è detto, nel nostro dibattito dottrinale, ed era stata lamentata anche agli inizi del dibattito tedesco, come possibile ostacolo per la codificazione, ma questo problema è stato presto superato in Germania³⁷².

Di recente, in particolare, nella nostra letteratura è stata ribadita l'idea che opportunamente il legislatore e la giurisprudenza vi avrebbero rinunciato per la ritenuta impossibilità di pervenire a risultati soddisfacenti. Tale convinzione non persuade, né l'esperienza conferma che il legislatore e la giurisprudenza vi avrebbero da tempo rinunciato³⁷³.

Sicuramente la dottrina italiana³⁷⁴ è da tempo appassionata dalla ricerca della esatta qualificazione giuridica del bene ambiente, e non è pervenuta a

³⁷² Per tutti, H.J. PAPIER, *Entwurf eines Umweltgesetzbuches – Vom Allgemeinen zum Besonderen Teil*, in *DVB1*, 1992, p. 1133 ss.

³⁷³ Afferma questo, invece, M. CECCHETTI, *La disciplina giuridica della tutela ambientale come “diritto dell'ambiente”*, in www.federalismi.it, 20 dicembre 2006, p. 29 ss. Sul punto cfr. M. CAFAGNO, *Principi e strumenti di tutela dell'ambiente come sistema complesso, adattativo, comune*, cit., p. 27 ss., anche per un quadro della giurisprudenza.

³⁷⁴ Fra i numerosi contributi sul tema, ci limitiamo a ricordare di seguito i classici della dottrina italiana e quelli più recenti che hanno sottolineato profili particolari rimasti in ombra nei precedenti scritti: A. PREDIERI, *Significato della norma costituzionale sulla tutela del paesaggio*, in *Urbanistica, tutela del paesaggio, espropriazione*, Milano, Giuffrè, 1969; dello stesso Autore, *Paesaggio*, in *Enc. dir.*, XXI, Milano, Giuffrè, 1981, p. 507 ss.; M. S. GIANNINI, <Ambiente>: *saggio sui diversi suoi aspetti giuridici*, in *Riv. trim. dir. pubblico*, 1973, p. 15 ss., il quale esclude all'epoca la possibilità di configurare una nozione unitaria di ambiente, ma non esclude che futuri sviluppi della disciplina conducano in futuro a tale conclusione; E. CAPACCIOLI, F. DAL PIAZ, *Ambiente (tutela del)*, in *App. Novissimo Dig. it.*, Torino, UTET, 1980, p. 1 ss.; F. GIAMPIETRO, *Diritto alla salubrità dell'ambiente*, Milano, Giuffrè, 1980; A. POSTIGLIONE, *Ambiente: suo significato unitario*, in *Riv. trim. dir. pubbl.*, 1985, p. 40 ss.; S. PATTI, *Ambiente (tutela dell')*, in *Dig. disc. Priv.*, 1987, I, p. 293 ss., che evidenzia accanto alla dimensione individuale di tutela, quella collettiva; S. NESPOR, *Ambiente 1973-1986*, in *Riv. giur. amb.*, 1986, p. 1 ss., con particolare attenzione all'evoluzione storica del concetto; V. ONIDA, *La ripartizione delle competenze per l'ambiente nella pubblica amministrazione*, in *Riv. giur. amb.*, 1986, p. 11 ss.; B. CARAVITA, *Diritto dell'ambiente*, cit., p. 22 ss., che approfondisce il concetto di equilibrio ecologico, distinguendosi per la valorizzazione dell'utilità di questa nozione sintetica del concetto, sul quale si rinvia alle successive precisazioni; P. MADDALENA, *Il danno all'ambiente tra giudice civile e giudice contabile*, in *Riv. crit. dir. priv.*, 1987, p. 445 ss., nonché del medesimo Autore, *Danno pubblico ambientale*, Rimini, Maggioli, 1990, *L'ambiente: prolegomeni per una sua tutela giuridica*, in *Foro amm. - Tar*, 2007, p. 1501 ss.; S. GRASSI, *Costituzioni e tutela dell'ambiente*, in *Costituzioni, razionalità e ambiente*, a cura di S. SCOVAZZI, Torino, Bollati Boringhieri, 1994, nonché, dello stesso Autore, *Introduzione*, in *Ambiente e diritto*, a cura di S. GRASSI, M. CECCHETTI, A. ANDRONIO, Firenze, Olschki, 1998, con particolare riferimento alla natura di valore costituzionale dell'ambiente, nonché alla sua polidimensionalità; G. MORBIDELLI, *Il regime amministrativo speciale dell'ambiente*, in *Scritti in onore di Alberto Predieri*, II, Milano, Giuffrè, 1996, p. 1121 ss., evidenzia il significato di sintesi del termine ambiente che evoca una pluralità di istituti giuridici connotati da uno speciale regime giuridico; F. FRACCHIA, *Sulla configurazione giuridica unitaria dell'ambiente: art. 2 Cost. e doveri di solidarietà ambientale*, in *Dir. ec.*, 2002, p. 215 ss.; F. GIUNTA, *Ideologie punitive e tecniche di normazione nel diritto penale*

conclusioni in assoluto condivise. Ne sono state evidenziate piuttosto diverse caratteristiche: bene immateriale, bene pubblico, interesse pubblico della comunità nazionale, oggetto di un diritto soggettivo, dominicale, civico o della personalità, dovere di solidarietà, equilibrio ecologico, valore costituzionale³⁷⁵.

Conclusioni, queste ultime, peraltro, che non necessariamente si escludono a vicenda, data la caratteristica di *Bündelungsbegriff*, («concetto a fascio»)³⁷⁶, dell'«ambiente», oggetto di una pluralità di misure di tutela riconducibili a diverse attività, a distinte situazioni giuridiche soggettive e competenze.

Ai fini della codificazione occorre, però, una diversa prospettiva.

Si tratta di precisare la nozione di ambiente per renderla capace di cogliere il collegamento fra diversi ambiti normativi che si ritiene opportuno assoggettare ad un peculiare regime giuridico, fondato su criteri razionali che costituiscono un punto di riferimento imprescindibile anche per il futuro legislatore nella costruzione e manutenzione del sistema normativo³⁷⁷.

Esemplifica quest'impostazione il parere di recente reso dal Consiglio di Stato sulla qualificazione di alcuni procedimenti relativi alla verifica e alla certificazione di progetti di risparmio energetico³⁷⁸. L'Adunanza perviene alla conclusione che si tratta di procedimenti in materia ambientale, in quanto tali sottratti all'istituto del silenzio-assenso, secondo l'art. 20 l. 241/1990, poiché la normativa comunitaria e nazionale assumono l'obiettivo dell'efficienza energetica fra gli scopi di tutela dal pericolo di compromissione delle capacità di prestazione dell'ambiente.

In una prospettiva che valorizza lo scopo pratico della definizione, e la distingue da altre possibili definizioni e qualificazioni adeguate a diverse e più ampie prospettive di conoscenza, a ben vedere, nonostante il persistente rilievo dell'impossibilità, o difficoltà, di definire il concetto giuridico di «ambiente», una

dell'ambiente, in *Riv. trim. dir. pen. econ.*, 2002, p. 845 ss., evidenzia «la condizionante valenza ideologica» del concetto di ambiente e segnala «le ricadute» nel delicato settore della tutela penale, delle diverse concezioni di ambiente; P. DELL'ANNO, *Principi del diritto ambientale europeo e nazionale*, cit., evidenzia diversi luoghi comuni correlati a talune definizioni del concetto giuridico di ambiente, quali ad esempio certe implicazioni che si pretende trarre dalla sua qualificazione di valore giuridico; valorizza la necessità di una storicizzazione del concetto e sottolinea l'esigenza di non trascurare i contributi che alla definizione di ambiente apporta la giurisprudenza comune, oltre a quella costituzionale; M. CAFAGNO, *Principi e strumenti di tutela dell'ambiente come sistema complesso, adattativo, comune*, cit., in particolare p. 25 ss. dopo una puntuale ricostruzione critica del dibattito dottrinale, l'Autore procede ad un'autonoma ricostruzione, con la conclusione che scopo della tutela giuridica dell'ambiente è il mantenimento delle sue capacità di prestazione come sistema complesso in continuo adattamento, valorizzando con ciò l'utilità sul piano giuridico di una nozione sintetica di ambiente.

³⁷⁵ Questo aspetto del dibattito è efficacemente sintetizzato nei termini riportati nel testo, da M. CAFAGNO, *Principi e strumenti di tutela dell'ambiente come sistema complesso, adattativo, comune*, cit., p. 17 ss., in particolare pp. 20-21.

³⁷⁶ Così, F. OSSENBÜHL, in *Bitburger Gespräche*, 1983, p. 5 ss., p. 9.

³⁷⁷ Sulla definizione del concetto giuridico di «ambiente» ai fini della codificazione, J. PEINE, *Zur praktischen Bedeutung der Kodifikationsidee – dargestellt am Umweltrecht und am Gewerberecht*, in *Festschrift für Dietrich Rauschnig*, Köln, Heymann, 2001, p. 669 ss.

³⁷⁸ Cfr. Consiglio di Stato, adunanza Sez. III, 18 dicembre 2007, n. 4389, in www.giuristiambientali.it.

sua definizione sintetica raccoglie, in realtà, ampi consensi anche nella nostra esperienza giuridica.

L'ambiente oggetto di tutela, infatti, è pressoché pacificamente considerato come comprensivo dei singoli beni ambientali e delle loro reciproche interrelazioni, il c.d. «equilibrio ecologico», cui è correlata la capacità di rigenerazione delle risorse³⁷⁹.

E' grazie alla sua elevata astrazione che questa sintesi del concetto giuridico di ambiente ha avuto una notevole fortuna e resiste nel tempo, a riprova della sua validità.

Secondo un'autorevole ricostruzione storica del concetto giuridico di ambiente, tale sintetica definizione ha anche una risalente tradizione legislativa, oltre che vari riconoscimenti in dichiarazioni di intenti proclamate in sede internazionale.

L'idea di considerare accanto ai fattori che lo compongono, la loro reciproca interrelazione, nonché il loro rapporto con tutti gli esseri viventi, infatti, compare già nella normativa statunitense degli anni Settanta, in particolare nel *Toxic Substances Control Act*³⁸⁰.

Anche la finalità di conservazione della capacità di prestazione dell'ambiente, che concorre a qualificarlo come oggetto di tutela sul piano giuridico, è risalente. Nello studio storico appena indicato, si ricorda, ad esempio, la legge svizzera sulla tutela dell'ambiente del 1983, *Umweltschutzgesetz*, dove al § 1 compare come determinazione di scopo, accanto alla protezione dell'ambiente, la conservazione della fertilità del suolo, cioè un aspetto particolare di quella che oggi è spesso definita la sua capacità di prestazione³⁸¹.

Si segnala, quindi, come importante coronamento della progressiva maturazione del concetto di ambiente oggetto di tutela giuridica, l'esplicito riferimento all'«equilibrio ecologico», *Naturhaushalt*, (letteralmente equilibrio della natura), nella legge tedesca sulla gestione delle acque, (*Wasserhaushaltsgesetz*)³⁸², concetto che ha sollecitato importanti contributi nella letteratura tedesca, ed è stato particolarmente valorizzato anche dalla dottrina italiana, nonché la prima definizione legislativa di ambiente nel diritto tedesco, risalente alla legge sui prodotti chimici, *Chemikaliengesetz*, che nella versione del dicembre 1981 comprendeva nel concetto giuridico di ambiente: l'acqua, l'aria, il suolo e l'interazione da una part e, fra questi fattori, dall'altra, interazione fra di essi e tutte le altre forme di vita³⁸³.

³⁷⁹B. CARAVITA, *Diritto dell'ambiente*, cit., per la valorizzazione del concetto di equilibrio ecologico, e M. CAFAGNO, *Principi e strumenti di tutela dell'ambiente come sistema complesso, adattativo, comune*, cit., per la precisazione relativa alla capacità di prestazione dell'ambiente.

³⁸⁰ Cfr. la ricostruzione storica del concetto giuridico di ambiente, dovuta a F.H. VON LERSNER, voce *Umwelt*, in *Handwörterbuch des Umweltrechts*, a cura di O. KIMMINICH, H. F. V. LERSNER, P.-C. STORM, II vol., I ed., Berlin, Schmidt Verlag, 1988, p. 550 ss., p. 551 l'Autore ricorda la definizione contenuta nel *Toxic Substances Control Act*, 11 ottobre 1976, che di seguito si riproduce: "The term «environment» includes water, air and land and the interrelationship which exists among and between water, air and land and all living things".

³⁸¹ Cfr., anche per questo dato, F.H. VON LERSNER, voce *Umwelt*, cit.

³⁸² Ancora F.H. VON LERSNER, voce *Umwelt*, cit.

³⁸³ Sulla definizione contenuta nella *Chemikaliengesetz*, M. KLOEPFER, *Umweltrecht*, cit., p. 17 ss., in particolare nota 66. Cfr., anche per ulteriori indicazioni bibliografiche, M. KLOEPFER,

Completa il quadro degli elementi che costituiscono oggi le premesse per lo sviluppo di un ulteriore profilo del concetto giuridico di ambiente, la sua proiezione nel futuro sotto forma di rilevanza giuridica degli interessi delle generazioni future.

Aspetto quest'ultimo, come abbiamo visto, teorizzato in Germania con l'elaborazione del principio precauzionale.

L'ambiente oggetto di protezione giuridica è così non solo *Umwelt*, l'ambiente che circonda l'uomo, ma anche *Mitwelt*, il mondo con il quale e nel quale l'uomo convive, ma anche il *Nachwelt*, l'ambiente, (letteralmente «il mondo dopo»)³⁸⁴.

Anche questa dimensione che proietta nel futuro le esigenze di tutela ambientale è già penetrata con il d.lgs. 4/2008 nel nostro diritto positivo³⁸⁵.

In termini sintetici, dunque, una definizione di ambiente è possibile, rilevante sul piano concreto, e generalmente condivisa in diversi ordinamenti e anche nel nostro.

La pretesa impossibilità di individuare una nozione di ambiente giuridicamente rilevante non frappone, quindi, nessuno ostacolo alla codificazione.

6. Il diritto ambientale come settore giuridico «aperto» e la ricognizione del suo «perimetro» come presupposto della codificazione.

Un'ulteriore questione può rendere controversa la possibilità di un'autentica codificazione del diritto ambientale: la intrinseca natura trasversale della tutela dell'ambiente impedirebbe di tracciare il «perimetro»³⁸⁶ della materia, presupposto essenziale di ogni opera codificatoria.

Presto superato nel dibattito tedesco³⁸⁷, il dubbio è ancora oggi oggetto di attenzione in quello italiano.

L'idea che per il carattere trasversale del diritto ambientale, che impone l'integrazione delle esigenze di tutela in ogni altra politica pubblica, «non si debba impostare l'autonomia della disciplina giuridica che si occupa della tutela dell'ambiente in termini di un «diritto dell'ambiente», come disciplina giuridica a sé stante» e che «in realtà occorre parlare dell'utilizzazione del diritto per la

K. MEBERSCHMIDT, *Innere Harmonisierung des deutschen Umweltrechts. Berichte des Umweltbundesamtes 6/86*, Berlin, E. Schmidt, 1987, ss., in particolare p. 12 ss. Per una ricostruzione storica del concetto di ambiente inteso anche come equilibrio ecologico, F.H. VON LERSNER, voce *Umwelt*, cit. Nella letteratura italiana, B. CARAVITA, *Diritto dell'ambiente*, cit.; M. CAFAGNO, *Principi e strumenti di tutela dell'ambiente come sistema complesso, adattativo, comune*, cit.

³⁸⁴ Queste tre dimensioni sono già segnalate ad esempio nella ricostruzione storica del concetto giuridico di ambiente dovuta a F.H. VON LERSNER, voce *Umwelt*, cit. Sul concetto di *Mitwelt*, utili precisazioni nel contributo di F. GÖTZ, *Vom Umweltschutz zum Mitweltrecht, Schritte zur Bewahrung der natürlichen Lebensgrundlagen im geltenden Recht*, in *DVBl*, 1989, p. 693 ss.

³⁸⁵ Cfr. art. 3-*quater*.

³⁸⁶ Su questo presupposto della codificazione, S. DE FELICE, *La semplificazione del diritto: la codificazione recente in Italia*, p. 5 ss., con riferimento anche alle indicazioni elaborate dal Consiglio di Stato Ad. Gen. 2/2004, cit.

³⁸⁷ Per tutti H.J. PAPIER, *Entwurf eines Umweltgesetzbuches – Vom Allgemeinen zum Besonderen Teil*, cit., in particolare p. 1134.

tutela dell'ambiente, nel senso di una strumentalità di tutti i settori del diritto in funzione della garanzia dei valori e degli interessi ambientali», di recente ribadita nella nostra letteratura³⁸⁸, non precostituisce, peraltro, argomenti capaci di indirizzare verso percorsi alternativi alla codificazione.

Occorre innanzitutto precisare che cosa si intende per autonomia di un settore giuridico.

Nell'opinione comune essa indica la capacità di esprimere e sviluppare una razionalità tipica, cioè corrispondente ad un modello ideale di disciplina di determinati interessi, secondo principi specifici che in un determinato momento storico sono reputati generalmente convenienti, senza che essa implichi l'assoluta novità, ma una caratteristica specificità dei bisogni di tutela e quindi dei contenuti della disciplina.

E' su questi principi, istituti e strutture che si può oggi fondare l'autonomia del diritto ambientale.

Resta da precisare che autonomia di un settore giuridico non significa anche tendenziale separatezza dagli altri settori che costituiscono l'ordinamento.

Qui il concetto di autonomia si ferma e inizia un'esigenza diversa: l'integrazione degli interessi alla tutela dell'ambiente con gli interessi propri di altri settori giuridici.

Il profilo esterno della tutela integrata non consente di configurare la legislazione ambientale come un settore normativo chiuso, circoscritto.

Si tratta di un aspetto che può essere avvertito come problematico rispetto alla struttura del codice, idealmente esaustiva della materia e quindi chiusa. Ma si tratta di un'aspirazione originariamente sottesa all'idea di codice, che tuttavia si è rivelata storicamente non coesistente a questo strumento. Esempio il caso del codice civile e delle c.d. leggi complementari.

Nulla esclude, d'altra parte, la configurabilità di un settore giuridico autonomo e aperto, nel senso che sia previsto un nucleo essenziale della disciplina ambientale, da racchiudere nel codice, i cui principi e istituti di tutela si prestano, se del caso, ad essere utilizzati anche nell'ambito di discipline che perseguono in via primaria altri interessi qualora perseguano anche finalità di tutela dell'ambiente³⁸⁹.

Del resto, la ripartizione dell'ordinamento in settori giuridici si svolge su un piano ideale secondo una tradizione ormai secolare, motivata anche

³⁸⁸ Così S. GRASSI, *L'attuazione della legge delega per il riordino, il coordinamento e l'integrazione della legislazione in materia ambientale: criteri pregiudiziali*, in www.federalismi.it 22 settembre 2005.

³⁸⁹ Nel senso che il carattere trasversale, *Querschnittcharakter*, non impedisce la qualificazione del diritto ambientale come specifico settore avente tale caratteristica, H.J. PAPIER, *Entwurf eines Umweltgesetzbuches – Vom Allgemeinen zum Besonderen Teil*, in *DVBl*, 1992, p. 1133 ss., in particolare p. 1134; l'Autore osserva che tale caratteristica rende solo più complicato individuare quali discipline aventi effetti rilevanti per l'ambiente debbano essere ricondotte al diritto ambientale come specifico settore giuridico. Sul punto più ampiamente, A. GRAGNANI, *Il concorso dello Stato e delle Regioni all'elaborazione e attuazione della disciplina internazionale e comunitaria per la tutela dell'ambiente. Relazione annuale*, depositata presso il Dip. Dir. Pubblico, Univ. Firenze, 18 settembre 2006.

dall'impossibilità per qualunque studioso³⁹⁰ di dominare il fenomeno giuridico nel suo complesso, ma come è stato osservato, in relazione alla distinzione capostipite di tutte le altre, cioè quella fra diritto pubblico e diritto privato, ogni distinzione «è suscettibile di oscillazione e non può mai assumere caratteri logicamente rigorosi: ciò consiglia di utilizzare la distinzione per quello che è», con la consapevolezza quindi, per l'intrinseca natura dell'ordinamento giuridico, della pratica impossibilità di trovare fondamenti razionali validi in assoluto³⁹¹.

Inoltre, sul piano teorico una medesima disciplina può essere inquadrata a seconda degli aspetti presi in considerazione, in più settori normativi, mentre nel diritto positivo – come già osservato – le intersezioni fra diversi ambiti normativi oggi non sono rare³⁹². Si tratta di un fenomeno già conosciuto nell'ordinamento, ma particolarmente accentuato nel diritto ambientale.

Circa i rapporti del diritto ambientale con gli altri settori dell'ordinamento, due ulteriori precisazioni sono opportune.

In primo luogo, il principio di integrazione non può condurre alla necessaria prevalenza dell'interesse ambientale sugli altri³⁹³.

Esso si limita a prescrivere la necessità di valutare in ogni procedimento pubblico l'interesse alla tutela dell'ambiente, con la conseguenza che di fronte alla eventuale preminenza di altri interessi secondo i normali criteri di bilanciamento, devono tuttavia essere adottate le misure possibili per compensare i danneggiamenti inevitabili in modo da ottenere il minor sacrificio possibile e quindi la maggior tutela dell'ambiente, eventualmente attraverso le opportune misure di compensazione, secondo l'idea sottesa al già ricordato omonimo principio teorizzato dalla letteratura tedesca³⁹⁴.

In secondo luogo, se l'individuazione del nucleo forte della legislazione ambientale può ritenersi agevole³⁹⁵, altrettanto non può dirsi per la definizione dei suoi confini. Ciò che dipende in parte da fattori di origine storica.

Altri profili richiedono scelte ancora più impegnative. Si pensi, ad esempio, alla decisione di inserire o meno nel codice ambientale la disciplina delle fonti energetiche.

7. Le esigenze di «razionalizzazione» normativa e il senso del codice come «forma legislativa» per una «buona qualità» del moderno diritto ambientale.

Superati gli ostacoli talora sollevati, come abbiamo visto per lo più implicitamente, nel dibattito italiano rispetto alla possibilità della codificazione

³⁹⁰ Si ricorda l'insegnamento di A. PIZZORUSSO, *Lezioni di diritto costituzionale*, Roma, Il Foro it., 1981, p. 9 ss.

³⁹¹ Così, A. PIZZORUSSO, *Lezioni di diritto costituzionale*, cit., p. 9 ss.

³⁹² Sul punto, R. SPARWASSER, R. ENGEL, A. VOBKUHLE, *Umweltrecht - Grundzüge des öffentlichen Umweltschutzrechts*, Heidelberg, Müller, V ed. riv., 2003, p. 9 ss.

³⁹³ Sul punto, P. DE LISE, *Gli strumenti della pianificazione territoriale ed ambientale*, in questa *Rivista*, 2006.

³⁹⁴ Cfr. A. VOBKUHLE, *Das Kompensationsprinzip*, cit.

³⁹⁵ Si tratta delle materie che costituiscono il nucleo essenziale della legislazione ambientale, il c.d. diritto ambientale in senso stretto, quindi quello preordinato alla tutela dei fattori che compongono l'ambiente, sul punto M. KLOEPFER, *Umweltrecht*, cit.; R. SPARWASSER, R. ENGEL, A. VOBKULE *Umweltrecht*, cit.

del diritto ambientale, per dare una risposta all'interrogativo da cui muove questo contributo, cioè valutare l'opportunità di un'autentica codificazione del diritto ambientale e il contributo che tale forma legislativa può dare, a certe condizioni, a una buona qualità della disciplina, si devono tenere presenti le cause che hanno reso la legislazione del settore inadeguata e bisognosa di razionalizzazione. Infatti, l'esistenza di un esteso processo di codificazione dell'ordinamento non è da sola ragione sufficiente per giustificare il ricorso a questa tecnica legislativa, ma soprattutto non è sufficiente per orientare la scelta dei contenuti e della struttura di un'ipotetica codificazione.

In sintesi, si registra un generale consenso sul rilievo che alcune fonti di disarmonia del diritto ambientale attengono a difficoltà di coordinamento fra discipline emanate in periodi diversi e ispirate a logiche diverse³⁹⁶, altre sono dovute a lacune legislative³⁹⁷, sono poi numerosi gli inadempimenti ai vincoli derivanti dal diritto comunitario, sebbene spesso il nostro diritto ambientale si sia sviluppato (talvolta anche d'urgenza) a ridosso delle esigenze di attuazione del diritto europeo, piuttosto che come espressione di autonome strategie di politica ambientale³⁹⁸.

Si tratta di aspetti fra loro collegati.

La frammentazione normativa, infatti, ostacola la realizzazione del modello comunitario della tutela integrata ambientale, come già si è argomentato nel corso dell'esame della codificazione tedesca.

Un collegamento fra discipline particolari è richiesto proprio da questo mutamento di prospettiva che contraddistingue il moderno diritto ambientale, orientato alla protezione dell'ambiente come bene unitario, considerato quale insieme di fattori interdipendenti, quindi come entità più ampia della «mera somma» di singole componenti³⁹⁹.

Questa interrelazione fra i singoli beni ambientali acquista rilevanza sul piano giuridico:

-grazie all'ispirazione a comuni principi⁴⁰⁰;

³⁹⁶ Per un quadro, F. FONDERICO, *L'evoluzione della legislazione ambientale*, relazione al Convegno *La tutela ambientale venti anni dopo l'istituzione del Ministero dell'ambiente*, pubblicata all'indirizzo www.giuristiambientali.it.

³⁹⁷ Prima del d.lgs. 4/2008 mancava nel nostro ordinamento un'esplicita formulazione dei principi per la tutela dell'ambiente, peraltro secondo una certa interpretazione, già efficaci sulla base dell'art. dell'art. 1 della legge 7 agosto 1990, n. 241; per i principi comunitari di prevenzione, precauzione e «chi inquina paga» il legislatore si è limitato alla loro enunciazione, diversamente da quanto previsto in uno schema di decreto correttivo approvato dal Consiglio dei Ministri nel luglio 2007, reperibile sul sito www.lexambiente.it.

³⁹⁸ S. DE FELICE, *La semplificazione del diritto: la codificazione recente in Italia*, cit. Un percorso di adeguamento al diritto comunitario è stato iniziato, peraltro, con il secondo correttivo al d.lgs. 152/2006; per un quadro, M. MAZZOLENI, *La riforma della parte seconda – VAS e VIA – del D.lgs. n. 152/2006: novità e prospettive*, cit.

³⁹⁹ La distinzione fra mera somma dei singoli fattori ambientali e il più ampio concetto espresso dal loro insieme sono stati messi a fuoco con chiarezza dalla dottrina tedesca. Sul punto, con riferimento alla tutela integrata e alla forma giuridica più adeguata per la tutela dell'ambiente, G. BUCHHOLZ, *Integrative Grenzwerte im Umweltrecht*, Berlin, Erich Schmidt Verlag, 2001.

⁴⁰⁰ Sul significato della codificazione dei principi, S. DE FELICE, *La semplificazione del diritto: la codificazione recente in Italia*, cit., p. 5.

-per mezzo di appositi procedimenti, ovvero fasi di un procedimento, finalizzati alla considerazione globale dei parametri di tutela (in particolare la valutazione ambientale strategica, la valutazione di impatto ambientale e la autorizzazione integrata ambientale), che sono diversi, nella loro essenza, rispetto alla sommatoria di separate valutazioni di ciascuno di essi;

-attraverso gli istituti comuni ai singoli beni ambientali, (ad esempio il procedimento di produzione delle norme tecniche, la disciplina relativa all'informazione ambientale, alla tutela dell'ambiente nelle imprese, alle associazioni ambientaliste, al danno ambientale).

Come è stato dimostrato dalla dottrina tedesca, già all'inizio degli anni Novanta anche attraverso l'elaborazione di concreti progetti, il codice offre una struttura normativa ottimale per la realizzazione di un modello di tutela così concepito, poiché si tratta di una forma legislativa che consente di sostituire alla somma di singole discipline tra loro non collegate, (corrispondenti all'idea dell'ambiente come mera somma di singoli fattori ambientali), un sistema normativo che, secondo l'idea della tutela integrata, traduce sul piano giuridico, e intende preservare imitandolo, quel collegamento fra i diversi fattori che compongono il bene ambiente stabilito dalle leggi della natura che regolano l'ecosistema.

E' proprio il collegamento sistematico di una pluralità di ambiti normativi, infatti, la finalità caratteristica del codice come forma legislativa, particolarmente nella sua classica ripartizione fra una parte generale contenente i principi e gli istituti comuni, e una parte speciale contenente la disciplina di specifici ambiti normativi.

Per questa fondamentale ragione il codice si presenta come forma legislativa ottimale per il riordino del diritto ambientale, nonché per conseguire gli obiettivi di semplificazione normativa e amministrativa di una buona qualità normativa, qualità che dipende ancor prima che dalla formulazione della legge, dalla sua struttura e dai suoi contenuti.

Alcune premesse per una codificazione così concepita sono state poste dal secondo decreto correttivo del d.lgs. 152/2006, sebbene l'opera di codificazione sia lontana dall'essere compiutamente progettata⁴⁰¹.

Contestualmente, nel parere reso dal Consiglio di Stato sul medesimo decreto correttivo sono state tracciate ulteriori coordinate per la futura costruzione di una struttura normativa potenzialmente capace di realizzarsi in una compiuta codificazione, pur essendo a tal fine necessarie altre scelte e molto lavoro⁴⁰².

Proprio per la constatazione che una codificazione del diritto ambientale può dirsi soltanto avviata dal d.lgs. 4/2008, non è apparso utile per l'oggetto di questo studio condurre qui un esame puntuale del merito della disciplina, che,

⁴⁰¹ Il d.lgs. 16 gennaio 2008, n. 4, *Ulteriori disposizioni correttive ed integrative del decreto legislativo 3 aprile 2006, n. 152, recante norme in materia ambientale*, ha innovato profondamente la disciplina dettata dal d.lgs. 152/2006, emanato in attuazione della legge 15 dicembre 2004, n. 308, *Delega al Governo per il riordino, il coordinamento e l' integrazione della legislazione in materia ambientale e misure di diretta applicazione*.

⁴⁰² Si tratta del parere del Consiglio di Stato, Sez. Consultiva Atti normativi, Adunanza 5 novembre 2007, n. 3838, cit.

peraltro, la nuova maggioranza di governo ha appena annunciato di voler rivedere⁴⁰³.

Si procederà, invece, ad un'analisi mirata ad evidenziare su un piano generale le accennate premesse, che, se adeguatamente sviluppate potrebbero segnare una svolta nella costruzione del sistema italiano di tutela dell'ambiente.

Sono prima necessarie alcune ulteriori precisazioni.

Come anticipato, il percorso di riordino del diritto ambientale intrapreso durante la XV legislatura sotto forma di esercizio del potere delegato integrativo e correttivo del d.lgs. 152 è stato condizionato dalla specifica natura di questo potere, sia dalle modificazioni della disciplina sostanziale in parte solo programmate dal d.lgs. 152/2006, (prima attuazione della legge delega 308/2004), in parte divenute efficaci, nonché dalla situazione di incertezza che la rapida successione di discipline, in parte realizzata, in parte soltanto preannunciata, ha prodotto nel settore.

Il quadro è stato ulteriormente complicato da un incidente di percorso, segnatamente dal noto ritardo⁴⁰⁴ con cui il Dipartimento Rapporti con il Parlamento ha trasmesso alle Camere, secondo la procedura prevista dalla l. 308/2004, il testo di un precedente decreto correttivo.

In questo contesto sono sorte numerose fondamentali questioni relative al procedimento legislativo e alla natura dei decreti legislativi correttivi risolte dal Consiglio di Stato nel parere sopra ricordato, sulle quali non ci soffermeremo poiché non rientrano direttamente nell'oggetto di questo contributo, sebbene ad esso siano correlate, e il loro esame richiederebbe uno spazio che qui non è possibile dedicare loro.

8. Le parziali premesse per l'avvio di un'autentica codificazione del diritto ambientale italiano nel d.lgs. 4/2008, e i possibili sviluppi tracciati dal Consiglio di Stato.

Con il d.lgs. 4/2008, cioè il secondo correttivo al d.lgs. 152/2006, e con il parere 3838/2007 reso dal Consiglio di Stato sul medesimo decreto⁴⁰⁵, sono stati mossi, o per certi aspetti sono stati soltanto prefigurati, alcuni primi passi per la codificazione del diritto ambientale lungo tre linee direttrici:

-la costruzione del diritto ambientale come autonomo sistema giuridico governato da suoi principi;

-la disciplina procedimentale;

-la definizione dei rapporti fra legislazione statale e autonomie regionali.

Anche nella disciplina speciale il secondo decreto correttivo ha introdotto profonde innovazioni⁴⁰⁶.

⁴⁰³ Cfr. comunicato relativo al Consiglio dei Ministri n. 13/2008, cit.

⁴⁰⁴ Sul punto, F. GIAMPIETRO, *La sorte del secondo decreto correttivo del Testo Unico ambientale: prime riflessioni*, in www.giuristiambientali.it

⁴⁰⁵ Per un quadro delle più significative innovazioni, Consiglio di Stato, parere 3838/2007, cit.

⁴⁰⁶ Sul tema, *Diritto dell'ambiente*, a cura di G. ROSSI, cit., nonché i diversi contributi pubblicati sulla rivista *Ambiente e Sviluppo*, 2008. In particolare, il d.lgs. 4/2008 ha innovato la disciplina delle acque e dei rifiuti; per un esame della disciplina, A. QUARANTA, *Secondo decreto correttivo del TUA: i ritocchi sulla tutela delle acque*, in *Ambiente e Sviluppo*, 2008, p. 316 ss.; S.

Tuttavia, come già anticipato, manca ancora un disegno compiuto, anche perché il lavoro intrapreso nel difficile contesto creato dalla preannunciata entrata in vigore di un sedicente codice –cioè il d.lgs. 152/2006 nella versione originaria– poi smentita nei concreti sviluppi, è stato in seguito spezzato dalla prematura fine della legislatura.

L'incompiutezza del disegno di codificazione rende talvolta difficile anche l'immediata percezione della positiva evoluzione che le innovazioni introdotte dal d.lgs. 4/2008 sollecitano nell'ulteriore sviluppo del diritto ambientale italiano, con il rischio che esse restino infruttuose se sottovalutate, e se il lavoro non sarà completato.

Si procederà di seguito ad un sintetico esame di alcune disposizioni contenute nella parte prima della nuova versione del d.lgs. 152/2006, per cercare di evidenziare queste innovazioni, e allo scopo di saggiare le premesse che potrebbero costituire il punto di partenza di una futura codificazione.

8.1. La «materia ambiente» e i principi generali del diritto ambientale.

La «materia ambiente»⁴⁰⁷ è riconosciuta dal d.lgs. 4/2008 come autonomo settore giuridico destinato a realizzarsi secondo propri principi, (artt. 3 *bis*-art. 3 *quater*), vincolanti per l'ulteriore produzione del diritto e per l'attività amministrativa, compresa l'emanazione di provvedimenti di natura contingibile ed urgente⁴⁰⁸. Ad essi devono conformarsi i soggetti pubblici e privati nelle attività preordinate alla tutela dell'ambiente⁴⁰⁹.

Si tratta di principi penetrati nel nostro ordinamento attraverso il diritto comunitario: il principio di prevenzione, il principio di precauzione, il principio della correzione in via prioritaria alla fonte dei danni cagionati all'ambiente, il principio «chi inquina paga»⁴¹⁰, e il principio dello sviluppo sostenibile⁴¹¹.

Nella formulazione dei principi contenuta nello schema di decreto legislativo correttivo approvato dal Consiglio dei Ministri il 27 luglio 2007⁴¹², il legislatore ne aveva precisato il contenuto, opportunamente, tenuto conto del loro alto grado di astrazione, e considerato che essi non sono il frutto di un'autonoma elaborazione della nostra esperienza giuridica, ma sono stati recepiti dal diritto

MAGLIA, M.V. BALOSSI, *Il nuovo concetto di scarico, con particolare riferimento alla nozione di acque reflue industriali*, in *Ambiente e Sviluppo*, 2008, p. 322 ss.; V. GIAMPIETRO, *Terre e rocce da scavo: prime considerazioni tecniche sul secondo decreto correttivo del TUA*, in *Ambiente e Sviluppo*, 2008, p. 357 ss.; A. PIEROBON, *Prime riflessioni sul d.lgs. 16 gennaio 2008, n. 4*, in www.lexambiente.it.

⁴⁰⁷ Il riferimento alla materia ambientale contenuto nell'art. 3-*bis* assume un particolare significato nel contesto italiano segnato dalla controversa questione della possibilità di individuare una nozione giuridica di ambiente e definire il relativo settore, con significativi riflessi nella connotazione dell'ambiente come «materia non materia», secondo una ricorrente qualificazione utilizzata dalla giurisprudenza costituzionale, che peraltro registra oggi significative evoluzioni, che saranno esaminate nel quarto capitolo di questo contributo.

⁴⁰⁸ Così l'art. 3 *bis*.

⁴⁰⁹ Cfr. art. 3 *ter*.

⁴¹⁰ Cfr. art. 3 *ter*.

⁴¹¹ Cfr. art. 3 *quater*.

⁴¹² Il testo di questo schema di decreto è reperibile sul sito www.lexambiente.it.

comunitario, e considerato che neppure sul piano comunitario e internazionale il loro significato può sempre dirsi in ogni profilo generalmente condiviso⁴¹³.

Tuttavia il legislatore si è poi limitato nel testo definitivamente approvato, e divenuto il secondo decreto correttivo, alla sola enunciazione dei principi medesimi, salvo che per il principio dello sviluppo sostenibile.

Una loro sintetica definizione, secondo il modello tedesco, peraltro, offrirebbe sia all'amministrazione che alla giurisprudenza un utile termine di riferimento per la loro applicazione.

Una definizione assai articolata, come anticipato, è data, invece, dall'art. 3^{quater} al principio dello sviluppo sostenibile.

Da segnalare, in particolare, per la sua rilevanza nella definizione dei rapporti fra sistema codificato e gli altri settori dell'ordinamento, l'art. 3-*quater*, secondo comma, che per l'integrazione delle esigenze ambientali rispetto alle altre politiche pubbliche stabilisce il criterio della prioritaria considerazione degli interessi ambientali nelle attività amministrative discrezionali, che, non conduce necessariamente alla prevalenza delle esigenze di tutela dell'ambiente, ma ha lo scopo di minimizzarne il sacrificio, ad esempio, attraverso misure di compensazione.

Considerata l'origine comunitaria dei principi ambientali, il diritto europeo è richiamato dall'art. 3^{bis}, terzo comma, accanto ad alcune disposizioni costituzionali, come «rete di sicurezza» rispetto a ipotetici propositi di una loro soppressione, o a ipotetiche pretese di una loro implicita modificazione in via legislativa.

I principi per la tutela dell'ambiente sono ora qualificati come principi generali della tutela ambientale nel nostro ordinamento, ma anche come «regole generali» della materia ambientale secondo una formulazione di antica tradizione nella scienza amministrativa⁴¹⁴.

⁴¹³ Si ricorda l'esempio del principio di precauzione, per il quale accanto ad un nucleo incontestato relativo alla tutela dal rischio in caso di incertezza scientifica, si profila nell'ordinamento tedesco un altro nucleo, relativo alla precauzione nel consumo di risorse ambientali, che non è pacificamente recepito nell'ordinamento comunitario, ovvero al diverso significato, cui sono collegate decisive conseguenze pratiche, attribuito al principio di precauzione nel diritto europeo e in quello americano, sul quale rinvio a A. GRAGNANI, *Principio di precauzione, libertà terapeutica e ripartizione di competenze tra Stato e regioni*, (Nota a C. Cost. 26 giugno 2002, n. 282), in *Foro it.*, 2003, c. 406 ss.

⁴¹⁴ Cfr. art. 3-*bis*, secondo comma. Sui principi come «regole generali», M. S. GIANNINI, *Genesi e sostanza dei principi generali del diritto*, cit., p. 90, nonché la giurisprudenza del Consiglio di Stato, cfr. Ad. Pl. 28 gennaio 1961, n. 3. Indipendentemente dalla formulazione prescelta, l'impiego di questa qualificazione non si contrappone alla distinzione fra principi e regole dovuta a R. DWORKIN, *Taking rights seriously*, London, Duckworth, 1978, secondo il quale, come noto, i principi non sono regole, nel senso che essi configurano in modo aperto le condizioni della loro applicazione, senza peraltro lasciare ai destinatari alcuna libertà di scelta sulla loro applicazione, e sono oggetto di ponderazione con altri principi di valore uguale o superiore; le regole, invece, in quanto disposizioni specifiche, secondo il medesimo Autore, collegano a determinati presupposti, predeterminate conseguenze; sia i principi che le regole sono comunque norme giuridiche. La qualificazione dei principi di tutela dell'ambiente come principi generali, *Allgemeine Prinzipien*, è ora contenuta, come abbiamo visto al § 1 del progetto di codice ambientale tedesco del 20 maggio 2008, che sul punto innova la semplice qualificazione come

Pertanto, essi vincolano ai modelli di tutela e alle scelte valoriali da essi stessi espresse, il potere regolamentare, la discrezionalità amministrativa e la giurisprudenza nell'interpretazione e applicazione della legge, offrendo loro uno strumento per superare le antinomie e le lacune in armonia con i supremi valori del sistema di tutela dell'ambiente, secondo quanto previsto dall'art. 12 prel. c.c.

Nei termini in precedenza indicati, la positivizzazione dei principi conferisce loro forza giuridica, indipendentemente dagli obblighi di attuazione del diritto comunitario derivato⁴¹⁵, e produce un debole autovincolo per il futuro legislatore, oltre che per la produzione del diritto regolamentare.

La portata giuridica di ciascun principio può essere colta, peraltro, più precisamente soltanto in correlazione con le altre norme dell'ordinamento, e con gli altri principi che rilevano nelle concrete circostanze, concorrendo a definirne la portata, ad esempio il principio di proporzionalità, il canone di eguaglianza⁴¹⁶.

La circostanza che per la pubblica amministrazione i principi comunitari di tutela dell'ambiente potessero eventualmente ritenersi già vincolanti per effetto dell'art. 1 della l. 241/1990⁴¹⁷ - il quale genericamente richiama i principi dell'ordinamento comunitario fra le fonti di disciplina delle «modalità» di svolgimento dell'azione amministrativa - non incide sul significato della loro formulazione nella parte prima del d.lgs. 152/2006, come modificato dal d.lgs. 4/2008.

Senza tale espressa formulazione, infatti, non sarebbe possibile affidare loro il compito di custodire i lineamenti fondamentali del sistema di protezione

principi utilizzata al §2 del progetto del 19 novembre 2007. Il termine principi senza altra qualificazione comprende, invece, accanto ai principi generali o principi in senso stretto, anche quelli che indicano una politica pubblica, una policy, (sul punto, F. MODERNE, *Légitimité des principes généraux et théorie du droit*, in *RFD adm.*, 1999, 722 ss., in particolare nota 5), proprio come erano in origine i principi del diritto ambientale, formulati quali massime di azione politica, come abbiamo visto, nel programma del governo federale tedesco del 1971, ma poi divenuti principi generali attraverso la loro incorporazione nel diritto positivo.

⁴¹⁵ Sulla mancanza di efficacia diretta dell'art. 174 Trattato C.E., cfr. Consiglio di Stato, parere 3838/2007, cit.

⁴¹⁶ Sul tema U. DI FABIO, *Voraussetzungen und Grenzen des umweltrechtlichen Vorsorgeprinzips*, cit., 828 ss. con particolare riferimento al principio di proporzionalità, come limite esterno al principio di precauzione, inteso innanzitutto nel suo nucleo originario di strumento di difesa delle libertà del cittadino da interventi statali non strettamente necessari e quindi applicato nelle ulteriori componenti di criterio di valutazione dell'adeguatezza del mezzo scelto e della sua proporzione rispetto allo scopo perseguito.

⁴¹⁷ Secondo il primo comma dell'art. 1 della legge 7 agosto 1990, n. 241, nella versione oggi vigente, "L'attività amministrativa persegue i fini determinati dalla legge ed è retta da criteri di economicità, di efficacia, di pubblicità e di trasparenza secondo le modalità previste dalla presente legge e dalle altre disposizioni che disciplinano singoli procedimenti, nonché dai principi dell'ordinamento comunitario". Nel senso che tale disposizione rende i principi comunitari formulati nell'art. 174 del Trattato vincolanti nel nostro ordinamento per l'attività amministrativa, Consiglio di Stato, parere 3838/2007 cit. Peraltro, siccome alcuni di questi principi, ad esempio il principio precauzionale o il principio «chi inquina paga», non indicano modalità di svolgimento dell'attività amministrativa, ma un'astratta finalità di tutela, un'interpretazione letterale di questa disposizione non conduce pacificamente alla medesima conclusione. Sul tema, A. MASSERA, *I principi generali dell'azione amministrativa tra ordinamento nazionale e ordinamento comunitario*, cit.

dell'ambiente⁴¹⁸ anche indipendentemente dalle sorti del generico rinvio contenuto nella legge 241/1990 rispetto all'azione amministrativa, né appagare il significato anche simbolico della codificazione come coronamento di una certa evoluzione di questo settore del diritto⁴¹⁹.

8.2. La disciplina procedimentale per la valutazione globale dei parametri di tutela come struttura portante di un futuro codice ambientale: le premesse soltanto parziali del d.lgs. 4/2008 e gli sviluppi prefigurati nel parere del Consiglio di Stato 3838/2007.

Il secondo passo intrapreso dal d.lgs. 4/2008 nella direzione di una autentica codificazione riguarda la disciplina dei procedimenti che secondo il disegno comunitario della tutela integrata costituiscono la struttura portante del moderno diritto ambientale.

Il d.lgs. 152/2006, come modificato dal d.lgs. 4/2008, detta una nuova disciplina della valutazione ambientale strategica, (v.a.s.), e della valutazione di impatto ambientale, (v.i.a.)⁴²⁰.

E' stato iniziato un significativo percorso di semplificazione amministrativa attraverso norme di coordinamento fra v.i.a. e a.i.a.

L'art. 10 prevede per i progetti di competenza statale previsti dall'allegato V del d.lgs. 59/2005, l'assorbimento nel provvedimento di v.i.a. della autorizzazione integrata ambientale, della quale il primo deve contenere tutti i requisiti sostanziali e formali.

Il secondo comma della medesima disposizione, inoltre, vincola le Regioni e le Province autonome al coordinamento fra procedimenti di v.i.a. e a.i.a. di loro competenza, ricadenti nell'allegato I del medesimo d.lgs. 59/2005.

Il terzo comma dello stesso articolo prevede l'integrazione nella v.i.a., ovvero nella v.a.s., della valutazione di incidenza, (che resta disciplinata dal decreto 357/1997).

La fondamentale disciplina dell'autorizzazione integrata ambientale, (a.i.a.), invece, non fa ancora parte del «codice», resta infatti nel d.lgs. 59/2005, parzialmente modificato. Il medesimo d.lgs. non ha recepito, sotto questo profilo, l'indicazione contenuta in tal senso nel parere 3838/2007 del Consiglio di Stato, che evidenziava l'opportunità di completare il decreto con la disciplina dell'autorizzazione integrata, destinata a divenire di un moderno codice ambientale il «punto focale» della disciplina⁴²¹.

Pertanto, il decreto correttivo 4/2008 non ha realizzato compiutamente una struttura normativa destinata a garantire il collegamento sistematico fra i diversi ambiti normativi del diritto ambientale.

⁴¹⁸ Sull'importanza dei principi a tal fine come vere e proprie «riserve» di contenuti per la protezione dell'ambiente, cfr. specialmente U. DI FABIO, *Das Kooperationsprinzip – ein allgemeiner Rechtsgrundsatz des Umweltrechts*, cit.

⁴¹⁹ Si tratta di un aspetto particolarmente valorizzato nella letteratura tedesca e francese; per le indicazioni bibliografiche si rinvia alle precedenti note.

⁴²⁰ Per un esame di questa disciplina, M. MAZZOLENI, *La riforma della parte seconda – VAS e VIA – del D.Lgs. n. 152/2006: novità e prospettive*, cit.

⁴²¹ Sulla tutela integrata come punto focale della disciplina, Consiglio di Stato, Sez. Consultiva Atti Normativi, parere 3838/2007, cit. in particolare C, 1e 2.1.

Il parere del Consiglio di Stato ha però individuato la traccia fondamentale sulla quale potrebbe essere compiuto il percorso di codificazione, operate tutte le scelte fra le molteplici alternative che sul piano procedimentale e sostanziale si prestano a realizzare il modello regolativo della tutela integrata, come si è visto nell'analisi del progetto di codice tedesco⁴²².

8.3. La codificazione e le esigenze unitarie nel d.lgs. 4/2008: rinvio.

Un terzo ambito di intervento del d.lgs. 4/2008 riguarda la definizione delle esigenze unitarie espresse dalla pretesa codificatoria rispetto alle istanze di differenziazione territoriale. Ci limiteremo qui a qualche osservazione generale dato che l'assetto delle competenze legislative sarà oggetto del successivo capitolo di questo contributo.

In particolare, l'art. 3 *quinquies*, *Principi di sussidiarietà e di leale collaborazione*, stabilisce che tutti i principi desumibili dal d.lgs. costituiscono condizioni minime ed essenziali della tutela ambientale valide per tutto il territorio nazionale; autorizza le Regioni e le Province autonome di Trento e Bolzano ad apprestare per l'ambiente forme di tutela più rigorose soltanto in correlazione a specifiche esigenze territoriali, e vieta loro arbitrarie discriminazioni e aggravii procedurali ingiustificati.

Il terzo comma, accanto alla tradizionale correlazione fra intervento in sussidiarietà e astratta tipologia dell'obiettivo da raggiungere, precisa che l'intervento statale è giustificato anche per assicurare l'effettivo conseguimento di obiettivi in astratto conseguibili dai livelli di governo inferiori, ma di fatto non conseguiti. Ciò che consente anche di tenere conto della disegualianza delle condizioni dei diversi enti territoriali.

Significativa, infine, è la espressa menzione della funzione di indirizzo e coordinamento al secondo comma dell'art. 3 *bis*.

Con le disposizioni generali appena ricordate, contenenti alcune regole di attuazione del principio costituzionale di sussidiarietà, oltre che con prescrizioni puntuali⁴²³ il d.lgs. 4/2008 ha opportunamente riaffermato il carattere esclusivo della competenza statale in materia di tutela dell'ambiente e dell'ecosistema, che sebbene scritta espressamente nell'art. 117 Cost., è stata ripetutamente svalutata dalla giurisprudenza costituzionale, (che peraltro ha introdotto di recente significative precisazioni, possibili premesse di una correzione del precedente orientamento⁴²⁴).

La disponibilità di un titolo unitario di competenza statale in materia ambientale rappresenta uno strumento essenziale per una codificazione incentrata sul modello regolativo della tutela integrata, se il legislatore intendesse proseguire il lavoro iniziato in questa direzione. Tuttavia, come meglio vedremo nel prossimo capitolo, l'assetto costituzionale delle competenze legislative presenta diversi profili problematici che tale disposizione non risolve, né potrebbe farlo,

⁴²² Sul punto si rinvia a quanto in precedenza detto nel corso dell'esame del progetto di codice tedesco. Nella letteratura italiana sul tema, P. DELL'ANNO, *Modelli organizzativi per la tutela dell'ambiente*, in *Riv. giur. amb*, 2005, p. 957 ss.

⁴²³ Ad esempio l'art. 10, II comma, per la disciplina del procedimento di v.i.a.

⁴²⁴ Ci riferisce a Corte costituzionale, sentenza 14 novembre 2007, n. 378 e sentenza 18 aprile 2008, n. 105.

essendo necessario un intervento di revisione costituzionale per rendere effettivo quel principio di leale collaborazione che l'art 3 *quinquies* si limita a enunciare nella sua rubrica.

9.Osservazione intermedia.

Il d.lgs. 4/2008 ha posto (soltanto) alcune iniziali premesse per un'opera di codificazione, il cui compimento richiederebbe la riunificazione nel codice ambientale tendenzialmente di tutta la legislazione sostanziale e procedimentale funzionale alla realizzazione di un preciso disegno di tutela perseguito dal legislatore, secondo le sue scelte discrezionali e tenuto conto dei vincoli di diritto comunitario.

Sarebbe necessaria, inoltre, l'armonizzazione di questa disciplina sul piano concettuale alla luce dei principi, delle definizioni e degli istituti comuni ai diversi settori della tutela ambientale.

Il percorso intrapreso con il d.lgs. 4/2008, merita di essere approfondito e dirigersi compiutamente verso l'obiettivo della tutela integrata come punto focale del sistema di tutela ambientale, che non può non diventare punto focale di un eventuale futuro codice, secondo l'indirizzo indicato, sia pure in termini ancora molto generali, dal Consiglio di Stato, alla luce del diritto comunitario, e analogamente alla strada seguita nell'ordinamento tedesco.

La codificazione dei principi che costituiscono la matrice della tutela ambientale integrata –in particolare il principio precauzionale e quello dello sviluppo sostenibile – la chiara identificazione anche dell'ambiente futuro come oggetto di protezione giuridica⁴²⁵, e l'inizio di un percorso di adeguamento al diritto comunitario della disciplina procedimentale che costituisce una parte significativa della struttura normativa necessaria per la realizzazione della tutela integrata, non sono, però, risultati trascurabili.

⁴²⁵ Cfr. art. 3 *quater*.

CAPITOLO IV
LA CODIFICAZIONE DEL DIRITTO AMBIENTALE E L'ASSETTO
COSTITUZIONALE DELLE COMPETENZE LEGISLATIVE
NELL'ORDINAMENTO ITALIANO

1. Premessa.

Il disegno di riordino del diritto ambientale italiano, sebbene ancora incompiuto, rivela nelle sue parziali premesse la caratteristica aspirazione del codice ad un'ampia unificazione della disciplina nell'intero territorio nazionale, senza tuttavia disconoscere alcune esigenze di differenziazione regionale.

Come in parte già anticipato, in tale direzione convergono le regole generali di attuazione del principio di sussidiarietà stabilite dall'art. 3-*quinquies*, «Principi di sussidiarietà e leale collaborazione», inserito con il secondo decreto correttivo fra i principi generali del d.lgs. 152/2006.

Secondo tale disposizione:

-i principi desumibili dalle norme del decreto legislativo 152/2006 costituiscono condizioni minime ed essenziali per assicurare la tutela dell'ambiente su tutto il territorio nazionale;

-l'unica ragione⁴²⁶ che giustifica l'adozione di forme di tutela giuridica dell'ambiente più restrittive da parte delle Regioni e delle Province autonome, è l'esigenza di provvedere a situazioni particolari del loro territorio;

-tali differenti forme di tutela non devono provocare arbitrarie discriminazioni, neppure attraverso ingiustificati aggravati procedimentali;

-lo Stato interviene per la tutela degli interessi ambientali quando gli obiettivi dell'azione prevista non possono essere adeguatamente conseguiti dai

⁴²⁶ Su questo aspetto, M. RENNA, *L'allocazione delle funzioni normative e amministrative*, in *Diritto dell'ambiente*, a cura di G. ROSSI, cit., p. 135 ss., pp.149- 151.

livelli territoriali inferiori in considerazione delle dimensioni o degli effetti di essa;

-lo Stato interviene non soltanto quando i livelli territoriali di governo inferiori non siano astrattamente idonei a conseguire gli obiettivi di protezione ambientale, ma anche quando essi non li abbiano effettivamente realizzati.

La disponibilità di un titolo unitario di competenza esclusiva statale agevola il compimento della codificazione e il conseguimento dei suoi obiettivi di semplificazione normativa e amministrativa.

Questa disciplina trova il suo fondamento nel titolo di competenza statale per la tutela dell'ambiente e dell'ecosistema, previsto dall'art. 117, secondo comma, lett. s), Cost., e si armonizza con il più recente orientamento della giurisprudenza costituzionale, che gradualmente ha abbandonato il proprio precedente indirizzo svalutativo del carattere esclusivo della competenza statale.

Il un nuovo indirizzo giurisprudenziale, condivisibile sotto quest'ultimo profilo, e pù in generale per il tentativo di restituire certezza a un quadro delle competenze divenuto assai confuso, presenta ancora, tuttavia, alcuni aspetti problematici.

In particolare, esso introduce un nuovo e, per diversi profili, equivocabile criterio di distinzione fra competenza statale e competenza regionale, fondato sulla astratta separazione dell'interesse alla conservazione dell'ambiente - la cui disciplina è ricondotta alla competenza prevista dall'art. 117, secondo comma, lett. s) - dagli interessi inerenti alle utilizzazioni del medesimo bene ambiente, interessi qualificati come «altri» rispetto all'interesse ambientale, e annoverati fra le competenze regionali⁴²⁷.

Inoltre, non è chiaro perché tale indirizzo giurisprudenziale resti ancorato alla tradizionale ma non convincente impostazione dei rapporti fra legislazione statale e legislazione regionale nei termini di un confronto fra *standard* di tutela ambientale⁴²⁸.

Il medesimo orientamento giurisprudenziale lascia poi irrisolta l'esigenza di un adeguato coordinamento fra la competenza statale per la tutela dell'ambiente e dell'ecosistema, e le competenze regionali nelle quali l'interesse alla tutela dell'ambiente assume una diretta rilevanza, ad esempio la tutela della salute, o il governo del territorio. Si tratta, come noto, di un profilo particolare di un più generale aspetto problematico del nuovo assetto di competenze delineato dalla revisione del Titolo V della Costituzione⁴²⁹.

⁴²⁷ Tale distinzione è già tracciata in Corte costituzionale, sentenza 378/2997, cit., punto 4 della motivazione, e trova una più chiara espressione nella sentenza della Corte costituzionale n. 104/2008, cit., punto 5 della motivazione.

⁴²⁸ Si veda ad esempio la sentenza n. 378 del 14 novembre 2007, che può considerarsi fra i più compiuti esempi del *revirement* giurisprudenziale. Nel senso che il richiamo della Corte al criterio di ripartizione delle competenze incentrato sul confronto fra *standard* costituisca una acritica trasposizione dei precedenti indirizzi giurisprudenziali, M. RENNA, *L'allocazione delle funzioni normative e amministrative*, cit., p. 148.

⁴²⁹ Sul tema, P. CARETTI, *L'assetto dei rapporti tra competenza legislativa statale e regionale, alla luce del nuovo Titolo V della Costituzione: aspetti problematici*, in *Le Regioni*, 2001, p. 1223 ss.

Infine, nonostante gli sforzi della giurisprudenza costituzionale⁴³⁰, restano prive di una soddisfacente soluzione le difficoltà di conciliare il sistema di ripartizione delle competenze legislative, ispirato al rigido criterio della separazione fra competenze statali e competenze regionali, con i principi di sussidiarietà, differenziazione e adeguatezza, che, invece, orientano la ripartizione delle funzioni amministrative ad una prospettiva tipicamente flessibile⁴³¹.

Si tratta della complessa questione delle forme giuridiche del principio di leale collaborazione che, in mancanza di una espressa disciplina legislativa, stenta ad avere nel nostro ordinamento una prevedibile e soddisfacente attuazione, e che, significativamente, ancorché menzionato nella rubrica dell'art. 3 *quinquies* del d.lgs. 152/2006 non trova nella medesima disposizione alcuna regola per la sua applicazione.

Nei successivi paragrafi di questo capitolo, premesso un sintetico quadro delle successive evoluzioni nei rapporti fra legislazione ambientale statale e regionale nel diritto ambientale, si procederà all'esame degli aspetti più problematici e alla ricerca delle possibili soluzioni. Un adeguato assetto delle competenze legislative costituisce naturalmente un presupposto essenziale per una stabile codificazione del diritto ambientale⁴³².

⁴³⁰ Ci si riferisce alla giurisprudenza costituzionale sulla «chiamata in sussidiarietà», inaugurata, come noto dalla sentenza 303/2003 cit., della Corte costituzionale.

⁴³¹ Su questo profilo problematico dell'intero Titolo V della Costituzione, si veda l'analisi A. CORPACI, *Attribuzione delle funzioni amministrative e titolarità della potestà legislativa di disciplina delle stesse*, in *Le Regioni*, 2004, p. 423 ss.

⁴³² L'esame sarà condotto con riferimento alla potestà legislativa delle Regioni ordinarie, tenuto conto che i limiti rispondenti ad esigenze unitarie inerenti alla tutela dell'ambiente, e discendenti dalla legislazione statale, valgono essenzialmente per le autonomie speciali, cfr. ad esempio, la sentenza 536/2002, cit., secondo la quale, «la disciplina statale rivolta alla tutela dell'ambiente e dell'ecosistema può incidere sulla materia caccia, pur riservata alla potestà legislativa regionale, ove l'intervento statale sia rivolto a garantire *standard* minimi e uniformi di tutela della fauna, trattandosi di limiti unificanti che rispondono a esigenze riconducibili ad ambiti riservati alla competenza esclusiva dello Stato. Entro questi limiti, la disciplina statale deve essere applicata anche nella Regione Sardegna, fermo restando che altri aspetti connessi alla regolamentazione dell'esercizio venatorio rientrano nella competenza di quest'ultima», mentre non rilevano nella prospettiva di questo contributo le particolari competenze previste dagli Statuti speciali. Sul punto si veda anche la sentenza sentenza 14 aprile 2008, n. 104, per l'affermazione che «Si deve innanzitutto rilevare che le due Province autonome sostengono l'illegittimità costituzionale dell'art. 1, comma 1226, della legge n. 296 del 2006, affermando, preliminarmente, di avere una competenza generale in materia di ambiente, come risulterebbe da una lunga serie di disposizioni dello statuto e (per quanto riguarda Bolzano) anche dalle relative norme di attuazione. Senonché la stragrande maggioranza delle elencate materie non ha niente a che vedere con la tutela ambientale, mentre altre («tutela del paesaggio», «caccia e pesca», «parchi per la protezione della flora e della fauna», e «foreste»), comprese nell'elenco dell'art. 8 dello statuto, *costituiscono semplici aspetti della materia della tutela ambientale. E da questi aspetti, evidentemente, non può farsi derivare una competenza generale in materia di ambiente.* La competenza delle Province autonome di Trento e di Bolzano si fonda, invece, nel caso specifico, sull'art. 8, numero 16, dello statuto, che attribuisce ad esse una potestà legislativa primaria in materia di «parchi per la protezione della flora e della fauna». Deve ribadirsi, quindi, come più volte affermato dalla giurisprudenza di questa Corte (vedi sentenze n. 425 del 1999 e n. 378 del 2007), che spetta alle Province autonome dare concreta attuazione per il loro territorio alla direttiva 92/43/CEE (Direttiva del Consiglio relativa alla conservazione degli habitat naturali e seminaturali e della flora e della fauna selvatica), la quale impone misure di salvaguardia sui siti di importanza

2. Il «valore ambiente» e il criterio della variazione degli *standard* minimi e uniformi di tutela come criteri regolatori del rapporto fra competenze statali e competenze regionali.

Nell'ordinamento italiano, il progressivo riconoscimento delle istanze unitarie correlate al diritto ambientale ha trovato, ancora prima della revisione del Titolo V della Costituzione, un complessivo e indistinto fondamento nella qualificazione dell'ambiente come valore costituzionale, a differenza di quanto è accaduto in Germania, dove, invece, le stesse istanze hanno trovato il loro riconoscimento costituzionale nella previsione di specifici titoli di competenza federale corrispondenti a determinati ambiti normativi del sistema giuridico di tutela dell'ambiente⁴³³, ovvero nella competenza per la tutela degli interessi giuridici colpiti dalla normativa ambientale, (specialmente la tutela della concorrenza).

Nelle iniziali teorizzazioni dottrinali e giurisprudenziali, il riferimento al «valore ambiente» nella definizione dell'assetto costituzionale delle competenze rivelava l'intento di promuovere il superamento dell'originario modello ispirato al principio della rigida separazione delle competenze, per realizzare nel diritto ambientale l'uniformità degli *standard* di protezione e l'unitarietà degli indirizzi fondamentali della disciplina⁴³⁴ nell'interesse della Nazione, poiché –come ben presto evidenziato dalla giurisprudenza costituzionale - la protezione dell'ambiente non ammette una concezione dei rapporti fra Stato e Regioni segnata «da una gelosa, puntigliosa e formalistica difesa di posizioni»⁴³⁵.

L'unità in nome del «valore ambiente» costituiva, allora, una particolare espressione dell'unità giuridica in nome dei valori costituzionali⁴³⁶. Essa, pertanto, era concepita in funzione della giustificazione di una possibile sovrapposizione di competenze nell'ambito di un medesimo ambito materiale, «con prevalenza tendenziale di compiti allo Stato», e anticipava in questo contesto il mutamento

comunitaria (SIC) e misure di conservazione sulle zone speciali di conservazione (ZSC) e sulle zone di protezione speciale (ZPS), a seguito della «definizione» di queste ultime di intesa con lo Stato (sentenza n. 378 del 2007)», corsivo aggiunto..

⁴³³ Si tratta di una scelta che caratterizza l'esperienza tedesca già con la trentaduesima legge di revisione del *Grundgesetz*, significativamente intitolata «Tutela dell'ambiente», *Dreißigstes Gesetz zur Änderung des Grundgesetzes (Artikel 74 GG – Umweltschutz)*, in *BGBI. I*, 593, che ha attribuito alla Federazione la potestà legislativa di tipo *konkurrierende* nei settori dello smaltimento dei rifiuti, della purezza dell'aria e della lotta all'inquinamento acustico, art. 74 n. 24. Per un esame dei riflessi delle prime fasi di sviluppo del diritto ambientale sull'assetto costituzionale delle competenze legislative, P.C. STORM, *Umweltrecht in Deutschland Entwicklungsstand und Entwicklungstendenzen*, cit. La stessa logica, come si è visto, è stata mantenuta con la riforma del federalismo del 2006.

⁴³⁴ Per tutti, G. MORBIDELLI, *Il regime amministrativo speciale dell'ambiente*, cit., p. 1138 ss.

⁴³⁵ Così Corte costituzionale, sentenza 28 ottobre 1987, n. 344, punto 10 della motivazione.

⁴³⁶ Sui diversi profili correlati all'idea dell'unità in nome dei valori costituzionali, benché non riferito specificamente al diritto ambientale, si veda il contributo di M. LUCIANI, *Corte costituzionale e unità in nome dei valori*, in *La Corte costituzionale a una svolta*, a cura di R. ROMBOLI, Torino, Giappichelli, 1991, p. 170 ss.

sostanziale del principio di concorrenza come criterio di ripartizione della competenza⁴³⁷.

La giurisprudenza e la dottrina si sono fatte sin da subito carico anche della necessità di accompagnare il conseguente potenziale spostamento di competenza legislativa a vantaggio del legislatore centrale, con adeguate forme di attuazione del principio di leale collaborazione «nel segno dei grandi interessi unitari della Nazione»⁴³⁸.

Un naturale corollario dell'evoluzione verso un modello complesso, caratterizzato dalla coesistenza⁴³⁹ di due diversi livelli di governo in un medesimo ambito normativo, nel diritto ambientale, così come in altri settori dell'ordinamento, è stata l'affermazione della necessità di *standard* minimi deputati a garantire su tutto il territorio un livello minimo di tutela del valore costituzionale. Il rispetto degli *standard* minimi, ma anche degli *standard* uniformi di protezione, stabiliti dallo Stato a tutela di interessi antagonisti alla protezione dell'ambiente, ad esempio la libertà di impresa, è stato poi considerato come vero e proprio criterio regolatore dei rapporti fra potestà legislativa statale e autonomia regionale nel perseguimento di finalità di tutela dell'ambiente⁴⁴⁰. Ad esso si è fatto riferimento anche dopo la revisione del Titolo V della Costituzione.

Nei successivi sviluppi dell'ordinamento, il «valore ambiente» è stato invocato sempre più spesso nel contenzioso costituzionale non soltanto per sostenere l'esigenza di una disciplina unitaria, condivisa dallo Stato e dalle Regioni nelle forme della leale collaborazione, ma anche per giustificare l'autonomo e differenziato esercizio dell'autonomia legislativa regionale⁴⁴¹.

Fra le pronunce successive alla riforma del Titolo V della Costituzione, è esemplare di quest'ultima tendenza la prima decisione della Corte costituzionale sull'art. 117 lett. s) Cost. La sentenza 407/2007⁴⁴², infatti, inaugura quell'indirizzo giurisprudenziale che proprio attraverso il riferimento alla qualificazione dell'ambiente come valore costituzionale ha svalutato il carattere esclusivo della competenza statale per la tutela dell'ambiente e dell'ecosistema, e lo ha reso

⁴³⁷ Così, G. MORBIDELLI, *Il regime amministrativo speciale dell'ambiente*, cit., p. 1140.

⁴³⁸ Ancora, G. MORBIDELLI, *Op. ult. cit.*, p. 1140, nonché Corte costituzionale, sentenza 344/1987, cit., punto 10 della motivazione.

⁴³⁹ Sulla coesistenza di due livelli di governo nel diritto ambientale già con riferimento al sistema anteriore alla riforma del Titolo V della Costituzione, G. MORBIDELLI, *Il regime amministrativo speciale dell'ambiente*, cit., p. 1140.

⁴⁴⁰ Sul riferimento a questo potere di variazione come criterio di ripartizione delle competenze anteriormente alla riforma del Titolo V della Costituzione, ad esempio, M. CECCHETTI, *Principi costituzionali per la tutela dell'ambiente*, cit.

⁴⁴¹ Per un quadro esaustivo della giurisprudenza costituzionale si veda lo studio pubblicato sul sito della Corte costituzionale, di M. BELLOCCI, P. PASSAGLIA, *La giurisprudenza costituzionale relativa al riparto di competenze tra Stato e Regioni in materia di ambiente e beni culturali*, ottobre 2006, dei medesimi Autori, anche *Ambiente e «dintorni» nella giurisprudenza costituzionale successiva alla riforma del Titolo V della parte seconda della Costituzione*, in *Riv. amm. Rep. It.*, 2005, p. 143.

⁴⁴² Corte costituzionale, sentenza 26 luglio 2002, n. 407, in *Le Regioni*, 2003, con note di M. CECCHETTI, *Legislazione statale e legislazione regionale per la tutela dell'ambiente: niente di nuovo dopo la riforma costituzionale del Titolo V?*, p. 318 e ss., e di S. MANGIAMELI, *Sull'arte di definire le materie dopo la riforma del titolo V della Costituzione*, p. 337 ss.

incapace di escludere l'esercizio della potestà legislativa regionale dal medesimo ambito normativo⁴⁴³.

Il quadro delle competenze delineato dalla Corte è, peraltro, sin da subito assai ambiguo. Il giudice costituzionale nega «che possa identificarsi una “materia” in senso tecnico, qualificabile come “tutela dell’ambiente”», e la descrive come «una sorta di materia “trasversale”, in ordine alla quale si manifestano competenze diverse»; afferma, inoltre, che la *ratio* del titolo di competenza esclusiva previsto dall’art. 117, secondo comma, lett. s) è di riservare allo Stato le determinazioni che rispondono ad esigenze meritevoli di disciplina uniforme. La Corte precisa poi, che «riguardo alla protezione dell’ambiente non si sia sostanzialmente inteso eliminare la preesistente pluralità di titoli di legittimazione per interventi regionali diretti a soddisfare contestualmente, nell’ambito delle proprie competenze, ulteriori esigenze rispetto a quelle di carattere unitario definite dallo Stato». Il giudice costituzionale si preoccupa anche di distinguere le finalità perseguite dal legislatore regionale, dagli interessi «propriamente ambientali», ai quali le prime sono funzionalmente collegate⁴⁴⁴. Nel merito della questione sottoposta al suo giudizio, la Corte classifica la disciplina che stabilisce gli *standard* di protezione relativi agli incidenti rilevanti come una questione di tutela della salute, materia regionale di competenza concorrente.

La distinzione fra interessi propriamente ambientali e interessi collegati nel caso di specie, ma lo stesso vale per molti altri casi decisi dalla Corte, si rivela, però, da un certo punto di vista, artificiosa, nel senso che la tutela della salute umana costituisce pacificamente una prioritaria finalità della protezione dell’ambiente. Del resto, nella medesima sentenza la Corte afferma riguardo alla protezione dell’ambiente, che si ha una pluralità di titoli di legittimazione, e ulteriormente rileva che la disciplina regionale impugnata non fa che elevare le garanzie per la protezione della popolazione e del territorio interessati, dettando una tutela più rigorosa di quella prevista dallo Stato, dunque provvedendo alla cura dei medesimi interessi, altrimenti non sarebbe concepibile la variazione di intensità di uno *standard* di tutela.

Nella storia del diritto ambientale, d’altra parte, l’incidente rilevante, cioè l’incidente tecnico che connota la pericolosità di certi impianti industriali, rappresenta tipicamente una di quelle nuove forme di pericolo, collegate all’industrializzazione, che hanno sollecitato un adattamento degli schemi classici

⁴⁴³ Così, P. CARETTI, *La disciplina dei diritti fondamentali è materia riservata alla Costituzione*, cit., p. 28.

⁴⁴⁴ Corte costituzionale, sentenza 407/2002, cit., punto 3.2 della motivazione.

del diritto amministrativo⁴⁴⁵, e hanno gradualmente condotto allo sviluppo del diritto ambientale come autonomo settore giuridico⁴⁴⁶.

L'ambiguità della motivazione impiegata dalla Corte è il sintomo della difficoltà di razionalizzare il sistema previsto dal nuovo art. 117, secondo comma, Cost., che esprime nella scelta di una competenza statale esclusiva l'intento di separare la legislazione statale in materia ambientale dalla legislazione regionale, ma, al tempo stesso, affida alla competenza concorrente ambiti normativi che fanno parte del diritto ambientale, o che sono comunque con esso strettamente connessi, senza, peraltro, prevedere adeguati meccanismi di coordinamento fra le diverse competenze⁴⁴⁷.

In successive decisioni, invece, coerentemente alla qualificazione del titolo di competenza previsto dall'art. 117, secondo comma lett. s), come materia trasversale finalizzata a legittimare la garanzia di *standard* minimi e uniformi, la Corte ha riconosciuto senza ambiguità la legittimazione del legislatore regionale al perseguimento di finalità di tutela dell'ambiente. Così, ad esempio nella sentenza 307/2003, dove la Corte ribadisce che «la "tutela dell'ambiente", più che una "materia" in senso stretto, rappresenta un compito nell'esercizio del quale lo Stato conserva il potere di dettare *standard* di protezione uniformi validi in tutte le Regioni e non derogabili da queste»; ma precisa anche che ciò «non esclude affatto la possibilità che leggi regionali, emanate nell'esercizio della potestà concorrente di cui all'art. 117, terzo comma, della Costituzione, o di quella "residuale" di cui all'art. 117, quarto comma, possano assumere fra i propri scopi anche finalità di tutela ambientale (cfr. sentenze n. 407 del 2002 e n. 222 del 2003)»⁴⁴⁸.

Un ulteriore elemento di complicazione del quadro dei rapporti fra legislazione statale e legislazione regionale nel diritto ambientale è dato dall'attuazione del principio di sussidiarietà legislativa, nella forma della c.d. «chiamata in sussidiarietà», introdotta nel nostro ordinamento dalla Corte costituzionale, che ha preso come modello di riferimento la *konkurrierende Gesetzgebung* tedesca⁴⁴⁹, pur in mancanza delle regole costituzionali necessarie per una sua integrale trasposizione. In particolare, sono differenze fondamentali rispetto al modello tedesco, come è ormai noto, la mancanza di una delimitazione

⁴⁴⁵ Ci si riferisce all'adattamento dello schema del divieto con riserva di autorizzazione, che viene integrato nel diritto ambientale attraverso la prescrizione di oneri e direttive specifiche, nonché con la previsione di fattispecie di revoca dell'autorizzazione, sul tema, nonché per un'analisi dell'evoluzione del diritto amministrativo classico nel diritto ambientale come settore speciale del diritto amministrativo, riferita all'ordinamento tedesco ma nei termini generali corrispondente alle evoluzioni del nostro ordinamento, F. GÖTZ, *Vom Umweltschutz zum Mitweltrecht, Schritte zur Bewahrung der natürlichen Lebensgrundlagen im geltenden Recht*, cit.

⁴⁴⁶ Per un'analisi di questi sviluppi con riferimento al nostro ordinamento, G. MORBIDELLI, *Il regime amministrativo speciale dell'ambiente*, cit., *Id.*, *Profili giurisdizionali e giustiziali nella tutela amministrativa dell'ambiente*, in *Ambiente e diritto*, vol. II, cit., p. 307 ss.

⁴⁴⁷ Sul tema, M. RENNA, *L'allocazione delle funzioni normative e amministrative*, cit.

⁴⁴⁸ Così, Corte costituzionale, sentenza 25 ottobre 2003, n. 307, punto 6 della motivazione.

⁴⁴⁹ La *konkurrierende Gesetzgebung* tedesca è espressamente richiamata dalla sentenza della Corte costituzionale 303/2003, cit., punto 2 della motivazione. Su questa decisione, A. D'ATENA, *L'allocazione delle funzioni amministrative in una sentenza ortopedica della Corte costituzionale*, cit.

dell'ambito di operatività della chiamata in sussidiarietà, attraverso il criterio delle materie abbinato al criterio relativo alla valutazione degli interessi, nonché l'assenza di una disciplina costituzionale sulla partecipazione delle autonomie legislative al procedimento legislativo statale.

Secondo quanto stabilito dalla Corte costituzionale con la sentenza 303/2003, il principio di sussidiarietà nel nostro ordinamento opera non solo sul piano amministrativo, per il quale esso è espressamente previsto dall'art. 118 Cost., ma, come in quello tedesco, anche su quello legislativo, e legittima, a vantaggio dello Stato, in presenza di comprovate esigenze unitarie, ciò che la medesima Corte qualifica come deroga ai normali criteri di riparto di competenze, purché la disciplina dettata dal legislatore sia logicamente pertinente, sia limitata a quanto strettamente necessario e sia adottata «a seguito di procedure che assicurino la partecipazione dei livelli di governo coinvolti attraverso strumenti di leale collaborazione o, comunque, deve prevedere adeguati meccanismi di cooperazione per l'esercizio concreto delle funzioni amministrative allocate in capo agli organi centrali»⁴⁵⁰.

Rispetto alla legislazione ambientale il giudice costituzionale ha talvolta ritenuto necessaria la procedura di chiamata in sussidiarietà al fine di legittimare la disciplina statale di protezione ambientale avente carattere di dettaglio nelle materie regionali di competenza concorrente ovvero residuale.

In altre pronunce, invece, secondo la Corte, il titolo di competenza esclusiva statale «tutela dell'ambiente e dell'ecosistema» è da solo sufficiente a legittimare la disciplina statale anche di dettaglio nelle materie di competenza regionale, concorrente ovvero residuale.

Esemplare del primo indirizzo giurisprudenziale è la sentenza 62/2005, nella quale la Corte ha precisato che «quando gli interventi individuati come necessari e realizzati dallo Stato in vista di interessi unitari di tutela ambientale, concernono l'uso del territorio, e in particolare la realizzazione di opere e di insediamenti atti a condizionare in modo rilevante lo stato e lo sviluppo di singole aree, l'intreccio, da un lato con la competenza regionale concorrente in materia di governo del territorio, oltre che con altre competenze regionali, dall'altro con gli interessi delle popolazioni insediate nei rispettivi territori, impone che siano adottate modalità di attuazione degli interventi medesimi che coinvolgano, attraverso le opportune forme di collaborazione, le Regioni sul cui territorio gli interventi sono destinati a realizzarsi (cfr. sentenza 303/2003)»⁴⁵¹.

Esemplare del secondo indirizzo giurisprudenziale è la sentenza 383/2005, dove la Corte afferma che quando lo Stato esercita la potestà legislativa prevista dall'art. 117, II comma lett. s), Cost. «non ricorre la necessità di quegli specifici meccanismi di collaborazione» che la Corte ha ritenuto «indispensabili nelle ipotesi della <chiamata in sussidiarietà>»⁴⁵².

Le ambiguità dell'assetto costituzionale dei rapporti fra legislatore statale e legislatore regionale in materia ambientale hanno pertanto alimentato un elevato

⁴⁵⁰ Cfr. Corte costituzionale sentenza 303/2003, cit.

⁴⁵¹ Così Corte costituzionale, sentenza, 13 gennaio 2005, n. 62, punto 16 della motivazione.

⁴⁵² Corte costituzionale, sentenza 19 ottobre 2005, n. 383, punto 17 della motivazione.

contenzioso costituzionale nel diritto ambientale, che ha trovato il suo apice proprio con il primo sedicente tentativo di codificazione, quando sotto la pressione temporale del termine di diciotto mesi previsto per l'esercizio del potere delegato, il Governo ha adottato il decreto legislativo 3 aprile 2006, n. 152, *Norme in materia ambientale*, nonostante il parere negativo rilasciato, ai sensi dell'art. 1, quarto comma, della l. 308/2004, dalla Conferenza unificata nell'interesse delle Regioni, delle Province, dei Comuni e delle Comunità territoriali⁴⁵³.

⁴⁵³ Tale parere può leggersi sulla rivista telematica www.federalismi.it. Sull'*iter* che ha condotto all'approvazione del decreto, M. G. COSENTINO, *Stato e Autonomie nel nuovo <Codice dell'Ambiente> (D.Lgs. n. 152/2005)*, in *Ambiente e sviluppo*, 2006, p. 605 ss. La Corte costituzionale con l'ordinanza 22 giugno 2006, n. 245 si è pronunciata sull'istanza di sospensione cautelare richiesta dalla Regione Emilia-Romagna per alcune delle disposizioni impugnate, fra le quali ad esempio gli articoli 63 e 64 del D.lgs. 152/2006, che prevedevano la soppressione delle Autorità di Bacino, nonché sugli articoli 181, commi 7-11, 183, comma 1, lettere g), h), m), n), q), u) in materia di rifiuti. Con una motivazione che non convince, ma che segnala l'esigenza di un approfondimento del significato e dei limiti del potere cautelare nel processo costituzionale, il giudice costituzionale ha pronunciato «il non luogo a provvedere sull'istanza di sospensione», considerato che la Corte «è stata chiamata a valutare esclusivamente la possibilità di disporre d'ufficio la sospensione dell'esecuzione delle disposizioni impugnate», poiché il ricorrente ha sollecitato «in maniera sostanzialmente assertiva la sussistenza dei relativi presupposti, omettendo di svolgere argomenti in grado di indurre questa Corte ad eventualmente adottare, d'ufficio, i provvedimenti di cui agli art. 35 e 40 della legge n. 87 del 1953 omettendo di svolgere argomenti in grado di indurre questa Corte ad eventualmente adottare, d'ufficio, i provvedimenti di cui agli art. 35 e 40 della legge n. 87 del 1953». La motivazione della decisione lascia perplessi. Innanzitutto resta da chiarire il collegamento affermato dalla Corte fra l'insufficienza degli argomenti addotti dalla parte a sostegno dell'istanza e il carattere officioso del potere di sospensione cautelare. L'officiosità del potere giurisdizionale, infatti, si concretizza proprio nell'integrazione degli elementi indicati dalla parte, nel rispetto del principio della domanda. Oltretutto il ricorso era ampiamente argomentato sia in relazione al *periculum in mora* che al *fumus boni iuris* e chiedeva, fra l'altro, la sospensione cautelare di disposizioni destinate ad introdurre delle modifiche giuridiche e materiali ad effetti durevoli, che possono avere un senso solo se la legge ha modo di operare per un periodo di tempo abbastanza lungo. Si trattava quindi di un caso nel quale tipicamente la sospensione cautelare non urta di per sé contro la discrezionalità del legislatore. E' evidente ad esempio, che la scelta di sopprimere le Autorità di Bacino non possedeva alcun carattere di urgenza, né d'altra parte potevano definirsi pretestuose le ragioni addotte a sostegno del ricorso. E' anzi interesse del medesimo legislatore statale, in simili casi, evitare il rischio di un inutile dispendio di funzioni amministrative e attività materiali necessarie a dare attuazione alla legge. Il ricorso della Regione Emilia-Romagna può leggersi all'indirizzo web, <http://issirfa.cnr.it>, *sub Osservatorio sulle Regioni, Il contenzioso Stato Regioni 2006*. Sulla sospensione cautelare della legge, rinvio a A. GRAGNANI, *La cognizione cautelare nel processo costituzionale: l'esperienza del Tribunale costituzionale federale tedesco*, in *Riv. dir. cost.*, 2005, p. 157 ss. La risposta della Corte si giustifica alla luce di una certa resistenza avverso l'introduzione della sospensione cautelare della legge nel nostro ordinamento, ulteriormente accentuata dall'interpretazione dei *pericula in mora* tipizzati dal legislatore. In particolare, la dottrina dubita della possibilità che le Regioni, data la loro limitata legittimazione processuale, possano chiedere la sospensione della legge facendo valere il pregiudizio per l'interesse pubblico, per l'ordinamento giuridico della Repubblica, ovvero la lesione di un diritto dei cittadini; per tale possibilità, e in particolare per la indebita svalutazione, diffusa in dottrina nell'interpretazione del *periculum* relativo all'ordinamento giuridico della Repubblica, e della circostanza che nel contesto dei rapporti Stato-Regioni il concetto di ordinamento giuridico della Repubblica assume un significato complesso, e indica un ordinamento unitario, ma a base pluralistica, A. GRAGNANI, *La cognizione cautelare nel processo costituzionale: l'esperienza del Tribunale costituzionale*

Nella concreta dinamica dei rapporti fra Stato e Regioni, dunque, né il ricorso al «valore costituzionale ambiente», né il criterio regolatore fondato sul parametro degli *standard* minimi e massimi di protezione, sono stati capaci di conseguire l'obiettivo di delineare uno stabile e prevedibile assetto delle competenze, e di preservare la legislazione ambientale da quel contenzioso che la Corte costituzionale già negli anni Ottanta sollecitava ad evitare in nome di una leale collaborazione e nell'interesse della Nazione.

Del resto, la qualificazione dell'ambiente come «valore costituzionale» può valere come criterio ispiratore di regole di ripartizione della competenza, ma non come criterio regolatore di tale ripartizione, dato che non indica nessuna regola per dirimire i conflitti potenzialmente discendenti da quella coesistenza di due livelli di governo in un medesimo ambito materiale che esso aspira a giustificare, come, peraltro, la dottrina aveva evidenziato già prima della riforma del Titolo V della Costituzione⁴⁵⁴.

Il criterio costituito dal potere legislativo regionale di variazione degli *standard* di protezione entro i limiti minimi e massimi stabiliti dallo Stato, come già altrove evidenziato⁴⁵⁵, invece, non solo non esaurisce, ma neppure imposta adeguatamente le potenzialità di diversificazione della disciplina nel diritto ambientale.

La fissazione di *standard* risponde all'esigenza di rendere prevedibile la concretizzazione dei concetti giuridici indeterminati e degli obiettivi di tutela stabiliti dalle regole e dai principi legislativi, e di semplificare la relativa attività di interpretazione e attuazione⁴⁵⁶. Tale predeterminazione è frutto di valutazioni di natura tecnica, ma anche di scelte politiche. Si tratta di regole dettagliate che definiscono il livello di protezione dell'ambiente, ma anche il temperamento fra interesse alla tutela dell'ambiente e interessi con esso in conflitto, e sono perciò decisive per l'attuazione degli scopi fissati dalla legge statale, aventi una notevole rilevanza per le esigenze di unità giuridica e per gli interessi economici correlati al diritto ambientale.

Inoltre, proprio perché frutto di valutazioni tecniche, ma anche politiche, gli *standard* di protezione non sono suscettibili di un sindacato di tipo giurisdizionale, se non nei limiti dell'evidente irragionevolezza.

Da queste premesse consegue che il potere di variazione degli *standard* statali, da una parte, non costituisce occasione di una significativa espressione dell'autonomia regionale, possibile, semmai, attraverso forme cooperative di determinazione dei medesimi *standard*, oppure attraverso la previsione di eventuali innovative forme e istituti giuridici di tutela dell'ambiente creati dalla

federale tedesco, in *Riv. dir. cost.*, 2005, p. 157 ss. Tale ipotesi interpretativa è presa in considerazione ma non del tutto condivisa da P. MILAZZO, *L'impugnativa regionale del "codice dell'ambiente": un'occasione per qualche riflessione sulla struttura e i limiti del potere di sospensione delle leggi nell'ambito dei giudizi in via d'azione introdotti dalle Regioni*, in *Le Regioni*, 2007, p. 153 ss.

⁴⁵⁴ V. ONIDA, *Le fonti ed i criteri per il riordino della normativa ambientale*, in *Gazz. Amb.*, 1994, p. 126 ss.

⁴⁵⁵ A. GRAGNANI, *Il nuovo progetto di riforma del federalismo tedesco*, in www.issirfa.cnr.it, maggio 2006.

⁴⁵⁶ Sugli *standard* ambientali, si veda la voce di H. JARASS, in *HdUR*, vol. II, cit., p. 2413 ss.

legislazione regionale; d'altra parte, spesso, la variazione degli *standard* determina una complicazione del quadro normativo di riferimento per l'esercizio delle libertà economiche, cosicché essa non può essere ammessa, pena il pregiudizio delle esigenze unitarie.

Sotto un diverso profilo, il criterio della variazione degli *standard* statali non si presta neppure come opportuna esplicazione dell'inquadramento dei rapporti fra legislazione statale e legislazione regionale nelle materie di competenza concorrente, tradizionalmente incentrato sulla riserva allo Stato dei principi fondamentali, e alle Regioni della legislazione anche di dettaglio. Infatti, gli *standard* ambientali costituiscono regole dettagliate che rendono operative le decisioni di principio fissate dalla legislazione statale, e, quindi, sono spesso decisivi per il conseguimento di entrambi gli scopi della legislazione ambientale, cioè rendere possibile la tutela dell'ambiente e contemperare l'interesse ambientale con gli interessi configgenti.

Come anticipato, in questo complesso e incerto quadro delle competenze, si registra un recente tentativo di chiarificazione della Corte costituzionale. Al nuovo indirizzo giurisprudenziale è dedicato il paragrafo successivo.

3. La valorizzazione del carattere esclusivo della materia «tutela dell'ambiente e dell'ecosistema», la distinzione fra «l'interesse alla conservazione del bene ambiente» e «gli interessi inerenti alle sue utilizzazioni», il persistente riferimento al potere di variazione degli *standard* ambientali come criterio regolatore della competenza.

Di recente, la Corte costituzionale ha introdotto nuovi elementi nella cornice delle opzioni interpretative che costituiscono i fondamentali termini di riferimento delle sue decisioni sui conflitti di competenza fra Stato e Regioni nel diritto ambientale. Nonostante la dichiarata continuità con i propri precedenti giurisprudenziali, il giudice costituzionale ha anche esplicitamente rinnegato alcune sue espresse affermazioni.

La sentenza 378/2007⁴⁵⁷ può essere considerata la capostipite del nuovo indirizzo, poi perfezionato in successive pronunce.

Punto di partenza dell'innovativo orientamento giurisprudenziale è la precisazione della nozione giuridica di «ambiente».

La Corte muove dall'idea, ormai generalmente condivisa, che oggetto di tutela giuridica sono i singoli fattori che compongono il bene ambiente e le loro reciproche interrelazioni, secondo la c.d. «nozione unitaria», e accenna anche al particolare significato che il riferimento dell'art. 117, secondo comma, lett. s) Cost. al concetto di ecosistema assume ai fini del riparto di competenze.

Si tratta, in effetti, di un'indicazione particolarmente significativa, attraverso la quale la Costituzione recepisce una precisa concezione del sistema

⁴⁵⁷ Si tratta di Corte costituzionale, sentenza 14 novembre 2007, n. 378. L'indirizzo giurisprudenziale esaminato nel testo è stato anticipato, ma non compiutamente, dall'ordinanza 27 aprile 2007, n. 144, e dalla sentenza 14 novembre 2007, n. 367.

giuridico di tutela ambientale orientata all'approccio olistico proprio della tutela integrata⁴⁵⁸.

Il giudice costituzionale ritiene opportuno precisare anche che l'ambiente «è un bene della vita, materiale e complesso», e non invece un bene immateriale, come esso è sovente considerato. La Corte, tuttavia, non esplicita immediatamente le ragioni che renderebbero rilevante la natura materiale o immateriale del bene giuridico ambiente, ai fini del riparto di competenze.

Il giudice costituzionale riconduce, invece, chiaramente, la distinzione fra competenze statali e competenze regionali, alla separazione fra l'interesse «alla conservazione dell'ambiente» e gli interessi che riguardano «l'utilizzazione dell'ambiente»⁴⁵⁹. Questi ultimi sono qualificati dalla Corte come «interessi diversi, giuridicamente tutelati»⁴⁶⁰.

In particolare, afferma la Corte che «sullo stesso oggetto insistono interessi diversi: quello alla conservazione dell'ambiente e quelli inerenti alle sue utilizzazioni» (vedi, ancora, la sentenza n. 378 del 2007). In questi casi, la disciplina unitaria di tutela del bene complessivo ambiente, rimessa in via esclusiva allo Stato, viene a prevalere su quella dettata dalle Regioni o dalle Province autonome, in materia di competenza propria, che riguardano l'utilizzazione dell'ambiente, e, quindi, altri interessi»⁴⁶¹.

Stabilita una netta distinzione concettuale fra interessi, finalizzata alla separazione delle competenze per la loro disciplina, il giudice costituzionale sembra confinare la connessione fra di essi, alla comunanza del bene nel suo aspetto materiale, cioè alla circostanza che essi insistono sulle medesime «componenti o aspetti del bene ambiente»⁴⁶². Acquista così un senso la sopra ricordata precisazione sul carattere materiale del bene ambiente.

Nella pronuncia capostipite del nuovo indirizzo, la Corte si ricollega anche al tradizionale criterio che impiega gli *standard* di protezione come termine di riferimento del potere regionale di dettare una disciplina differenziata per la tutela dell'ambiente. Il giudice costituzionale afferma infatti: «la giurisprudenza costituzionale è costante nel senso di ritenere che la circostanza che una determinata disciplina sia ascrivibile alla materia “tutela dell'ambiente” di cui all'art. 117, secondo comma, lettera s), della Costituzione, se certamente comporta il potere dello Stato di dettare *standard* di protezione uniformi validi su tutto il territorio nazionale e non derogabili in senso peggiorativo da parte delle Regioni, non esclude affatto che le leggi regionali emanate nell'esercizio della potestà concorrente di cui all'art. 117, terzo comma, della Costituzione, o di quella

⁴⁵⁸ Sul concetto di ecosistema nel diritto pubblico ambientale, è di particolare interesse il contributo di F. NIEDERSTADT, *Ökosystemschutz durch Regelungen des öffentlichen Umweltrechts*, Berlin, Duncker & Humblot, 1998.

⁴⁵⁹ Così sentenza 378/2007, cit., punto 4 della motivazione, nonché successivamente, Corte costituzionale, sentenza 104/2008, cit., punto 5 della motivazione, pronunciata nel giudizio promosso dalle Regioni Veneto e Lombardia, e dalle Province autonome di Trento e Bolzano, avverso la disciplina prevista della legge finanziaria 2007 per l'attuazione della direttiva 92/43/CE, c.d. direttiva *habitat*.

⁴⁶⁰ Così Corte costituzionale, sentenza 104/2008, cit., punto 5 della motivazione.

⁴⁶¹ Così sentenza 104/2008, cit., punto 5 della motivazione.

⁴⁶² Cfr. Corte costituzionale, sentenza 104/2008, cit., punto 5 della motivazione; nello stesso senso anche Così Corte costituzionale sentenza 378/2007, cit., punto 4 della motivazione.

“residuale” di cui all’art. 117, quarto comma, possano assumere tra i propri scopi anche finalità di tutela ambientale (si vedano, tra molte, le sentenze numeri 183 del 2006; 336 e 232 del 2005; n. 259 del 2004 e n. 407 del 2002)»⁴⁶³.

Un’ulteriore scelta del nuovo indirizzo giurisprudenziale merita di essere evidenziata. In particolare, di recente, la Corte tende a privilegiare⁴⁶⁴ l’impiego dell’espressione «interesse pubblico di valore costituzionale primario (sentenza n. 151 del 1986) ed assoluto (sentenza n. 210 del 1987)», anziché quella di «valore costituzionale ambiente», ricorrente in pressoché ogni precedente pronuncia del giudice costituzionale sull’art. 117, secondo comma, lett. s)⁴⁶⁵, con l’intento, o comunque con l’effetto, di allontanare quella carica di indeterminatezza che il sostantivo «valore» evoca nel diritto costituzionale, e che, nell’esperienza italiana ha costituito all’inizio la pietra miliare dello sviluppo del diritto ambientale⁴⁶⁶, ma che, successivamente ha talora perso il suo spessore originario e ha corso il rischio di essere stereotipato quasi come una clausola di stile capace di giustificare sul piano giuridico opposte soluzioni, ovvero di scansare le difficoltà incontrate nell’individuazione di più precise definizioni. Si tratta di un rischio tipico dell’impiego di concetti carichi di valore, e naturalmente dell’impiego del concetto stesso di valore, che nel diritto ambientale è invece assai frequente proprio per la loro capacità di armonizzarsi, sul piano ideale, con la complessità della realtà⁴⁶⁷.

La ristrutturazione della cornice interpretativa elaborata dal giudice costituzionale si completa con l’espresso disconoscimento della negazione del carattere di materia in senso tecnico al titolo di competenza statale esclusiva «tutela dell’ambiente e dell’ecosistema», previsto dall’art. 117, secondo comma, lett. s), contenuto in varie pronunce della Corte, a partire dalla fondamentale sentenza 407/2007.

In quest’ultima decisione si legge che «l’evoluzione legislativa e la giurisprudenza costituzionale portano ad escludere che possa identificarsi una "materia" in senso tecnico, qualificabile come "tutela dell'ambiente", dal momento che non sembra configurabile come sfera di competenza statale rigorosamente circoscritta e delimitata, giacché, al contrario, essa investe e si intreccia inestricabilmente con altri interessi e competenze. In particolare, dalla giurisprudenza della Corte antecedente alla nuova formulazione del Titolo V della Costituzione è agevole ricavare una configurazione dell'ambiente come "valore" costituzionalmente protetto, che, in quanto tale, delinea una sorta di materia "trasversale", in ordine alla quale si manifestano competenze diverse, che ben possono essere regionali, spettando allo Stato le determinazioni che rispondono ad

⁴⁶³ Cfr. Corte costituzionale, sentenza 378/2007, cit., punto 4 della motivazione.

⁴⁶⁴ Così, ad esempio, sentenza 104/2008, cit.; 378/2007, cit.

⁴⁶⁵ Cfr., ad esempio, Corte costituzionale sentenza, 407/2007, cit., che qualifica l’ambiente come «"valore" costituzionalmente protetto», punto 3.2 della motivazione; nello stesso senso, ad esempio, sentenza 18 dicembre 2002, n. 536, punto 4 della motivazione.

⁴⁶⁶ Sull’ambiente come valore costituzionale nello spessore e nel significato delle prime terrorizzazioni, G. MORBIDELLI, *Il regime amministrativo speciale dell’ambiente*, cit.

⁴⁶⁷ Sul rischio che questi concetti proprio nel diritto ambientale si esauriscano in «creazioni linguistiche», U. DI FABIO, U. DI FABIO, *Das Kooperationsprinzip – ein allgemeiner Rechtsgrundsatz des Umweltrechts*, cit.

esigenze meritevoli di disciplina uniforme sull'intero territorio nazionale (cfr., da ultimo, sentenze n. 507 e n. 54 del 2000, n. 382 del 1999, n. 273 del 1998)». Quindi, prosegue la Corte, «In definitiva, si può quindi ritenere che riguardo alla protezione dell'ambiente non si sia sostanzialmente inteso eliminare la preesistente pluralità di titoli di legittimazione per interventi regionali diretti a soddisfare contestualmente, nell'ambito delle proprie competenze, ulteriori esigenze rispetto a quelle di carattere unitario definite dallo Stato».

Oggi, invece, afferma la Corte nella sentenza 104/2008, «non può certo dirsi, come vorrebbero le Regioni Veneto e Lombardia, che «la materia ambientale non sarebbe una materia in senso tecnico». Al contrario, l'ambiente è un bene giuridico, che, ai sensi dell'art. 117, secondo comma, lettera s), della Costituzione, funge anche da discriminare tra la materia esclusiva statale e le altre materie di competenza regionale».

Sulle conseguenze collegate al riconoscimento dell'art. 117, lett. s) come materia in senso tecnico, peraltro, il nuovo indirizzo giurisprudenziale presenta ancora incertezze.

La Corte, infatti, da una parte, afferma che «la disciplina statale relativa alla tutela dell'ambiente «viene a funzionare come un limite alla disciplina che le *Regioni e le Province autonome* dettano in altre materie di loro competenza», salva la *facoltà di queste ultime di adottare norme di tutela ambientale più elevata* nell'esercizio di competenze, previste dalla Costituzione, che vengano a contatto con quella dell'ambiente», e che le Regioni non possono reclamare un loro coinvolgimento nell'esercizio della potestà legislativa dello Stato in materia ambientale⁴⁶⁸.

In una successiva pronuncia la Corte precisa, invece, che «Questa Corte ha più volte affermato che le Regioni, nell'esercizio di proprie competenze, possono perseguire fra i propri scopi anche finalità di tutela ambientale (sentenza n. 246 del 2006; sentenza n. 182 del 2006). Tuttavia, *il perseguimento di finalità di tutela ambientale da parte del legislatore regionale può ammettersi solo ove esso sia un effetto indiretto e marginale della disciplina adottata dalla Regione nell'esercizio di una propria legittima competenza e comunque non si ponga in contrasto con gli obiettivi posti dalle norme statali che proteggono l'ambiente* (sentenza n. 431 del 2007)» e che le Regioni e le Province autonome «*non possono in alcun modo derogare il livello di tutela ambientale stabilito dallo Stato* (sentenza n. 62 del 2008; sentenza n. 378 del 2007). *Spetta infatti alla disciplina statale tener conto degli altri interessi costituzionalmente rilevanti contrapposti alla tutela dell'ambiente*. In tali casi, infatti, una eventuale diversa disciplina regionale, anche più rigorosa in tema di tutela dell'ambiente, rischierebbe di sacrificare in maniera eccessiva e sproporzionata gli altri interessi confliggenti considerati dalla legge statale nel fissare i cosiddetti valori soglia (sentenza n. 246 del 2006; sentenza n. 307 del 2003)»⁴⁶⁹.

⁴⁶⁸ Così, Corte costituzionale sentenza 104/2008, cit., punto 5 della motivazione. Corsivo aggiunto. Sull'inesistenza di una pretesa delle Regioni alla partecipazione all'esercizio della potestà legislativa statale in materia ambientale, già Corte costituzionale, sentenza 383/2005, cit.

⁴⁶⁹ Così, Corte costituzionale sentenza 18 giugno 2008, n. 214, punto tre della motivazione, relativa ad una legge della Regione Emilia-Romagna relativa alla competenza dei Comuni per il procedimento di bonifica dei siti inquinati. Corsivo aggiunto.

Complessivamente, il senso del nuovo indirizzo giurisprudenziale è chiaro. La Corte intende opportunamente porre fine alle incertezze insite nell'impiego del «valore costituzionale ambiente» come criterio regolatore dell'esercizio delle competenze legislative, valido per giustificare sia il pieno esercizio della potestà legislativa statale in materie regionali di competenza concorrente e residuale, sia il perseguimento di finalità di tutela ambientale attraverso la legislazione regionale nel rispetto degli *standard* minimi e degli *standard* uniformi di protezione stabiliti dallo Stato.

Nella prospettiva appena delineata, il nuovo indirizzo della giurisprudenza costituzionale, inaugurato dalla sentenza 378/2007, ha proseguito la strada della valorizzazione del carattere esclusivo del titolo statale di competenza tutela dell'ambiente e dell'ecosistema, già intrapresa con minore evidenza e con minore decisione da alcune precedenti pronunce⁴⁷⁰.

Il quadro interpretativo di riferimento delineato dal giudice costituzionale richiede, però, ancora alcuni chiarimenti.

Conviene soffermarsi su tre profili.

Innanzitutto è equivoca la formulazione del criterio preordinato a distinguere le competenze statali da quelle regionali, incentrata sulla separazione fra «interesse alla conservazione del bene ambiente» e «interessi inerenti alle sue utilizzazioni».

Senza entrare nel merito della disputa dogmatica relativa alle fondamentali concezioni del diritto ambientale, che ha appassionato la letteratura tedesca, e che vede contrapposte la tesi dell'inquadramento del diritto ambientale come *Begrenzungsrecht*, cioè come «disciplina limitatrice», (della proprietà privata, dell'iniziativa economica, nonché delle altre situazioni di volta in volta interessate), ovvero, all'opposto, come *Bewirtschaftungsrecht*, cioè quale «disciplina della gestione», cioè come disciplina diretta a regolare la ripartizione provvisoria dei poteri di utilizzazione del bene pubblico «ambiente»⁴⁷¹, la distinzione operata dalla Corte non si addice, quanto meno sotto il profilo terminologico, all'individuazione di quelli che, pacificamente, anche dallo stesso giudice costituzionale, sono considerati i compiti della legislazione ambientale. La soddisfazione dell'«interesse alla conservazione dell'ambiente», infatti, presuppone oltre alla disciplina delle molteplici attività dirette al superamento dei differenti problemi ambientali, (quello che la letteratura tedesca nel profilare il doppio compito della legislazione ambientale, sintetizza come «rendere possibile la tutela dell'ambiente», *Umweltschutzmöglichkeit*), anche il temperamento con gli interessi antagonisti alla tutela ambientale, (*Umweltschutzausgleich*), quali, fra gli altri, gli «interessi inerenti all'utilizzazione del bene ambiente». Proprio per il conseguimento di quest'ultimo obiettivo, la Corte costituzionale ritiene vincolante per la legislazione regionale il livello di tutela ambientale fissato dallo Stato, salve le possibilità di deroga degli *standard* minimi statali di protezione, e purché sia garantita l'osservanza degli *standard* statali uniformi. Quindi, la disciplina delle utilizzazioni del bene ambiente, concepita come disciplina del suo sfruttamento, ovvero come limite a determinate situazioni

⁴⁷⁰ Cfr. ad esempio, la sentenza 383/2005, cit.

⁴⁷¹ Cfr. M. KLOEPFER, *Umweltrecht*, cit.

giuridiche soggettive, appartiene al nucleo essenziale della legislazione ambientale di competenza esclusiva statale.

D'altra parte, nel compito di tutela dell'ambiente e dell'ecosistema rientra senza dubbio anche il ripristino dei siti inquinati, e perciò anche sotto questo profilo il concetto di conservazione appare eccessivamente restrittivo, (ma si tratta qui sicuramente di una questione solo terminologica).

Un altro aspetto del nuovo indirizzo giurisprudenziale che merita un'attenta considerazione è l'affermazione che «*il perseguimento di finalità di tutela ambientale da parte del legislatore regionale può ammettersi solo ove esso sia un effetto indiretto e marginale della disciplina adottata dalla Regione nell'esercizio di una propria legittima competenza*»⁴⁷².

Nella sua astratta formulazione il limite sancito dalla Corte ha una portata talmente ampia da essere potenzialmente capace di determinare nell'assetto costituzionale delle competenze in materia ambientale, una radicale svolta verso una tendenziale uniformazione del diritto ambientale.

Sul piano della politica del diritto, si tratta di una direzione che, limitatamente ad alcuni ambiti materiali di questo settore, è coerente con il significato rivestito dal diritto ambientale per la garanzia dell'unità giuridica e per il sistema economico, ma in altri settori rischia di comprimere eccessivamente l'autonomia regionale, che si deve sempre ricordare, in mancanza di una camera delle Regioni, a differenza di quanto accade nell'ordinamento tedesco, non possiede strumenti di diretta partecipazione neppure collaborativa, al procedimento legislativo statale. Molte delle materie affidate alla competenza regionale concorrente o residuale, infatti, presentano una rilevanza ambientale tutt'altro che marginale, (si pensi alla tutela della salute, all'alimentazione, al governo del territorio, alla produzione dell'energia, alla valorizzazione dei beni ambientali, alla caccia, all'agricoltura).

Sul piano sistematico, allora, il senso dell'attribuzione di tali ambiti alla competenza regionale, senza alcuna espressa limitazione, (se non quella ricavabile in via generale dall'attribuzione allo Stato delle competenze per la tutela dell'ambiente e dell'ecosistema), è difficilmente comprensibile qualora il perseguimento di finalità di tutela ambientale fosse consentito alle Regioni soltanto in quanto effetto marginale e indiretto di discipline volte ad altri fini, specialmente se si tiene presente che secondo un indirizzo della Corte costituzionale, di recente ribadito, ma non privo di smentite, il carattere esclusivo della competenza statale «tutela dell'ambiente e dell'ecosistema» preclude ogni pretesa regionale ad un adeguato coinvolgimento nell'esercizio della potestà legislativa dello Stato quando essa investe ambiti di competenza regionale, concorrente o residuale⁴⁷³.

Peraltro, se si valuta in termini pragmatici il nuovo indirizzo giurisprudenziale, si deve anche riconoscere che esso potrebbe non avere un impatto dirompente nel concreto assetto delle competenze, ispirato tradizionalmente alla pluralità dei titoli di competenza per il perseguimento di scopi di tutela ambientale, e regolato dal criterio dell'osservanza degli *standard*

⁴⁷² Così Corte costituzionale sentenza 214/2008, cit.

⁴⁷³ Cfr. sentenza 104/2008, cit.

statali minimi e uniformi. Infatti, il carattere esclusivo della competenza statale, non impedisce che la disciplina statale continui a consentire al legislatore regionale il diretto perseguimento di finalità di tutela ambientale, nel rispetto degli obiettivi di tutela fissati dallo Stato.

Occorre, inoltre, tenere presente che secondo il precedente indirizzo della giurisprudenza costituzionale, non sempre per l'intervento statale anche con disciplina di dettaglio, in materie di competenza regionale è richiesta un'intesa come condizione della chiamata in sussidiarietà, e che il perseguimento di finalità di tutela ambientale da parte del legislatore regionale ha sempre incontrato il limite dell'osservanza degli *standard* minimi e uniformi di tutela ambientale stabiliti dallo Stato. Questo criterio, peraltro, non offre significative garanzie all'esercizio dell'autonomia regionale. Infatti, la fissazione degli *standard* tecnici di tutela ambientale è rimessa allo Stato, inoltre, la loro attendibilità difficilmente può essere oggetto di controllo giurisdizionale, se non eventualmente nei limiti dell'evidente irragionevolezza. Dunque, in concreto, la determinazione dell'ambito di esercizio dell'autonomia regionale in questo settore anche prima del nuovo indirizzo giurisprudenziale era ampiamente affidata allo Stato.

Il terzo rilievo riguarda la difficoltà di conciliare il persistente riferimento alla potestà regionale di variare gli *standard* statali di tutela ambientale, con l'affermazione che alle Regioni è consentito il perseguimento di finalità di tutela ambientale solo ove esso sia un effetto indiretto e marginale della disciplina adottata dalla Regione nell'esercizio di una propria legittima competenza.

In conclusione, il nuovo indirizzo giurisprudenziale, fondato sulla premessa, non del tutto convincente almeno nella sua formulazione letterale, della distinzione fra interesse alla conservazione dell'ambiente, (affidato alla competenza statale e costituente un limite all'autonomia regionale), e interessi alla sua utilizzazione, (affidati alle competenze regionali), rende meno confuso il quadro delle competenze nel diritto ambientale.

Tuttavia, esso lascia irrisolti il problema del coordinamento fra l'attribuzione allo Stato della competenza esclusiva per la tutela dell'ambiente e l'attribuzione alle regioni di competenze concorrenti o residuali in materie nelle quali l'interesse alla tutela ambientale ha una rilevanza per nulla marginale e indiretta, nonché l'esigenza di coordinare questa astrattamente rigida separazione delle competenze legislative, con il criterio flessibile dell'allocazione delle funzioni amministrative ispirate ai principi di sussidiarietà, differenziazione e adeguatezza. A tal fine, peraltro, nell'attuale quadro delle regole costituzionali, è difficile uscire dall'alternativa di escludere, dato il carattere esclusivo della competenza statale, le competenze regionali dal perseguimento dell'interesse ambientale, (se non quando è il legislatore statale a prevedere sia tale possibilità, sia i limiti dell'ammissibile deroga alla disciplina statale), ovvero ammettere la coesistenza di due titoli di competenza con notevoli difficoltà però di coordinarne l'esercizio, come dimostra la oscillante giurisprudenza sulle intese di volta in volta previste dal legislatore o imposte dalla Corte costituzionale, nonché con il

problema di assicurare gli interessi unitari inerenti alla tutela dell'ambiente nel caso in cui non sia in concreto possibile pervenire ad un'intesa⁴⁷⁴.

In conclusione, sulla base del titolo di potestà legislativa esclusiva per la tutela dell'ambiente e dell'ecosistema, e tenuto conto del nuovo indirizzo giurisprudenziale, lo Stato possiede sicuramente una competenza adeguata per la codificazione del diritto ambientale. Peraltro, per la sua eventuale realizzazione non si potrà procedere attraverso la unilaterale imposizione della disciplina statale, come è accaduto con il d.lgs. 152/2006, bensì attraverso adeguate forme di cooperazione con le autonomie regionali nelle sedi oggi disponibili, come è accaduto per la elaborazione dei decreti correttivi.

Il quadro delle competenze nel settore ambientale resta comunque bisognoso di una più chiara definizione attraverso regole costituzionali. Al riguardo, resta difficile credere che le Regioni accetteranno in futuro di limitare l'esercizio della autonomia legislativa nel diritto ambientale alla disciplina degli aspetti che hanno una rilevanza soltanto marginale e indiretta, e senza la pretesa di essere coinvolte nell'esercizio della competenza statale, secondo il più recente indirizzo della giurisprudenza costituzionale.

4. Le prospettive di una eventuale revisione del Titolo V della Costituzione: da un titolo implicito di competenza alla scelta di regole costituzionali per l'attuazione del principio di sussidiarietà.

Come si è visto, il diritto ambientale è uno dei settori che più risente di alcuni aspetti problematici della revisione del Titolo V della Costituzione⁴⁷⁵, e della impossibilità di una loro compiuta correzione attraverso la giurisprudenza creativa della Corte costituzionale.

⁴⁷⁴ Sul punto cfr. sentenza 383/2005 cit., con nota di Q. CAMERLENGO, *Autonomia regionale e uniformità sostenibili: principi fondamentali, sussidiarietà e intese forti*, in *Le Regioni*, 2006, p. 422 ss., (relativa alla questione di legittimità costituzionale dell'art. 1, comma 26, della legge n. 239 del 2004, *Riordino del settore energetico, nonché delega al Governo per il riassetto delle disposizioni vigenti in materia di energia*, che ha sostituito i commi da 1 a 4 dell'art. 1-sexies del decreto-legge n. 239 del 2003, quale convertito in legge, con modificazioni, dalla legge 290 del 2003, introducendovi altresì i nuovi commi 4-bis, 4-ter e 4-quater, secondo il quale in caso di mancato conseguimento dell'intesa con la Regione o le Regioni interessate nel termine prescritto per il rilascio dell'autorizzazione alla costruzione ed esercizio degli elettrodotti, «lo Stato esercita il potere sostitutivo ai sensi dell'art. 120 della Costituzione, nel rispetto dei principi di sussidiarietà e leale collaborazione ed autorizza le opere di cui al comma 1, con decreto del Presidente della Repubblica, su proposta del Ministro per le attività produttive previo concerto con il Ministro dell'ambiente e della tutela del territorio»). La Corte afferma che in caso di mancato raggiungimento dell'intesa necessaria per la chiamata in sussidiarietà, potrebbe essere utilizzato il conflitto di attribuzione fra Stato e Regioni. Si tratta peraltro di una soluzione insoddisfacente, data la assoluta infungibilità fra l'istituto dell'intesa e il conflitto di attribuzioni.

⁴⁷⁵ Per un quadro generale dei successivi sviluppi, G. FALCON, *Il nuovo Titolo V parte seconda della Costituzione*, in *Le Regioni*, 2001, p. 3 ss., *Id.*, *Inattuazione attuazione del nuovo Titolo V*, in *Le Regioni*, 2003, p. 3 ss., *Id.*, *Le Regioni e l'unità nelle politiche pubbliche*, in *Le Regioni*, 2004, p. 305 ss. Per le ipotesi di revisione, P. CARETTI, *Una seconda riforma peggiore della prima: note e critiche sulla riforma del Titolo V della Costituzione*, in *Le Regioni*, 2004, p. 775 ss., *Id.*, *Quale futuro per il nostro incerto regionalismo nella prossima legislatura?*, *Le Regioni*, 2006, p. 3 ss., R. BIN, *La leale collaborazione fra prassi e riforma*, in *Le Regioni*, 2007, p. 393 ss.; T. GROPPI, *Il Titolo V cinque anni dopo, ovvero la Costituzione di carta*, in *Le Regioni*, 2007, p. 421 ss.

Sicuramente, data la complessità dell'intreccio degli interessi coinvolti nella legislazione ambientale, l'assetto delle competenze legislative in questo settore può essere opportunamente ispirato al principio di sussidiarietà, (piuttosto che fondarsi, in astratto, su un titolo unitario di competenza esclusiva, ma incapace di escludere del tutto le competenze regionali, affiancato da competenze concorrenti, dove ormai solo nominalmente la disciplina statale si limita a stabilire disposizioni autenticamente di principio).

Tuttavia, le regole per l'attuazione del principio di sussidiarietà devono essere stabilite dalla Costituzione.

Costituisce, invero, un'anomalia cui sarebbe opportuno rimediare, la circostanza che oggi l'assetto costituzionale delle competenze legislative si regge nel nostro ordinamento, non solo negli ambiti direttamente o indirettamente collegati al diritto ambientale⁴⁷⁶, su un titolo implicito⁴⁷⁷ di attribuzione della competenza straordinariamente pervasivo: la c.d. «chiamata in sussidiarietà».

Esso vale sia per le materie attribuite alla competenza concorrente, sia per le materie di competenza residuale, nonostante la persistente mancanza di una sede di partecipazione delle autonomie regionali al procedimento legislativo statale, e, quindi, nonostante il mancato adeguamento dei metodi della legislazione alle esigenze dell'autonomia e del decentramento⁴⁷⁸.

⁴⁷⁶ Come sopra rilevato per quanto attiene all'interesse alla tutela dell'ambiente e dell'ecosistema, la Corte costituzionale ha talora ritenuto necessaria un'intesa per la c.d. chiamata in sussidiarietà, talvolta ha ritenuto prevalente la legislazione statale in forza del suo carattere esclusivo.

⁴⁷⁷ Afferma la Corte nella sentenza 303/2003, cit. al punto 2 della motivazione, «Un elemento di flessibilità è indubbiamente contenuto nell'art. 118, primo comma, Cost., il quale si riferisce esplicitamente alle funzioni amministrative, ma introduce per queste un meccanismo dinamico che finisce col rendere meno rigida, come si chiarirà subito appresso, la stessa distribuzione delle competenze legislative, là dove prevede che le funzioni amministrative, generalmente attribuite ai Comuni, possano essere allocate ad un livello di governo diverso per assicurarne l'esercizio unitario, sulla base dei principi di sussidiarietà, differenziazione ed adeguatezza. È del resto coerente con la matrice teorica e con il significato pratico della sussidiarietà che essa agisca come *subsidium* quando un livello di governo sia inadeguato alle finalità che si intenda raggiungere; ma se ne è comprovata un'attitudine ascensionale deve allora concludersi che, quando l'istanza di esercizio unitario trascende anche l'ambito regionale, la funzione amministrativa può essere esercitata dallo Stato. Ciò non può restare senza conseguenze sull'esercizio della funzione legislativa, giacché il principio di legalità, il quale impone che anche le funzioni assunte per sussidiarietà siano organizzate e regolate dalla legge, conduce logicamente ad escludere che le singole Regioni, con discipline differenziate, possano organizzare e regolare funzioni amministrative attratte a livello nazionale e ad affermare che solo la legge statale possa attendere a un compito siffatto», corsivo aggiunto. Si osserva solo per inciso il significato di garanzia che storicamente riveste la regola della possibilità di modificare la costituzione solo espressamente attraverso una modifica o un'integrazione del suo tenore letterale, secondo quanto previsto dall'art. 79 della Legge fondamentale tedesca.

⁴⁷⁸ Da ultimo sulla mancata attuazione di questo precetto dell'art. 5 Cost., con specifico riferimento all'obiettivo della buona qualità della legislazione, M. CARLI, *Le buone regole: il consenso c'è, ma i fatti seguiranno?*, in www.federalismi.it, 25 luglio 2007. In una prospettiva generale, P. CARETTI, *La Corte e la tutela delle esigenze unitarie: dall'interesse nazionale al principio di sussidiarietà*, cit., *Id.*, *La lenta nascita della "bicameralina", strumento indispensabile non solo per le Regioni, ma anche per il Parlamento*, in *Le Regioni*, 2003, p. 351 ss. *Id.*, *Le Regioni e l'unità nelle politiche pubbliche*, in *Le Regioni*, 2004, p. 305 ss.

Ovviamente un titolo implicito di competenza contrasta con la fondamentale esigenza di certezza e garanzia dei rapporti fra potestà legislative.

Il rinvio contenuto nella storica sentenza 303/2003 della nostra Corte costituzionale, alla *konkurrierende Gesetzgebung* tedesca come «clausola flessibile» di allocazione delle competenze, ispirata al principio di sussidiarietà, unito ad un'interpretazione creativa fondata sull'art. 118 Cost., non può essere considerato sufficiente per individuare le regole di attuazione del principio di sussidiarietà. Esso trascura che esistono diversi possibili modelli di attuazione di tale principio, che, ovviamente, non spetta stabilire alla Corte costituzionale, ma al legislatore costituzionale.

A tal proposito, nella prospettiva di una eventuale nuova revisione del Titolo V della Costituzione, conviene ripercorrere brevemente a titolo esemplificativo, sulla scorta del dibattito e dell'esperienza tedesca⁴⁷⁹, alcune delle scelte fondamentali che caratterizzano gli astratti modelli, e che possono essere tradotte in regole costituzionali che tengano specificamente conto dei rapporti fra interessi unitari ed esigenze di differenziazione, che si profilano nel diritto ambientale, (nonché negli altri ambiti normativi).

Una prima fondamentale scelta attiene all'ambito di operatività della c.d. «chiamata in sussidiarietà», che può essere limitata ad alcune materie predeterminate dal legislatore costituzionale, così come previsto nell'ordinamento tedesco, ovvero può avere un campo illimitato di applicazione, come accade oggi nel sistema italiano.

Un'ulteriore decisiva scelta attiene al controllo sui presupposti costituzionali cui è subordinata la «chiamata in sussidiarietà». In particolare, l'accertamento dell'esistenza di esigenze unitarie può essere rimesso ad un'apposita sede politica in via esclusiva, con l'eventuale ulteriore previsione di un'istanza giurisdizionale di controllo sul rispetto delle regole procedurali volte ad accertare l'esistenza, ed in ipotesi anche la persistenza, degli interessi unitari, oppure può essere previsto un sindacato, entro precisi limiti, anche sulla effettiva natura di tali interessi.

Un'altra variante riguarda il riconoscimento o meno dell'esigenza di dare rilevanza in sede di definizione delle istanze unitarie alle disequaglianze di fatto caratterizzanti i diversi enti autonomi che costituiscono l'ordinamento unitario. Tale esigenza è all'origine, come si è visto, di una nuova tipologia di competenza introdotta con la riforma del federalismo tedesco, la potestà legislativa differenziata dei *Länder*, la *Abweichungsgesetzgebung*.

Un'ulteriore fondamentale opzione è rappresentata dalla scelta di subordinare la persistenza della competenza del livello di governo superiore alla persistenza delle condizioni che ne hanno legittimato, inizialmente, l'esercizio, (così come previsto nell'ordinamento tedesco), rimettendo, o meno, la valutazione di tali condizioni al legislatore che ha esercitato tale competenza.

⁴⁷⁹ Sul principio di sussidiarietà nell'ordinamento tedesco, J. ISENSEE, *Subsidiaritätsprinzip und Verfassungsrecht, Die Zeitperspektive 2001, Subsidiarität- das Prinzip und seine Prämissen*, Berlin, Duncker & Humblot, II ed. ampliata, 2001. Per interessanti considerazioni sul tema si veda anche l'audizione di F.W. SCHARPF, sulla riforma del federalismo tedesco, reperibile all'indirizzo www.bundestag.de.

La mancanza nel nostro ordinamento di una disciplina costituzionale della c.d. «chiamata in sussidiarietà» ha ingenerato una notevole incertezza, e con essa ha alimentato un vasto contenzioso costituzionale, benché senza l'elaborazione di questo istituto ad opera della Corte costituzionale, il nuovo regionalismo probabilmente non avrebbe potuto funzionare.

Essa ha inciso perfino sulla concezione della funzione di garanzia della rigidità delle disposizioni costituzionali relative alla ripartizione delle competenze, sia con riferimento alla astratta conformazione del parametro del giudizio di legittimità costituzionale, sia in relazione al concreto ruolo svolto dalla Corte costituzionale.

Si è diffusa innanzitutto l'idea che, in seguito alla revisione del Titolo V e all'introduzione dell'istituto della «chiamata in sussidiarietà», rispetto alle disposizioni costituzionali sulla ripartizione delle competenze, occorra di nuovo «interrogarsi oggi sul significato del principio supremo di rigidità costituzionale», per concludere che la Costituzione «non delinea un ordine astratto ed assoluto di attribuzioni, perché altrimenti sarebbero negati altri principi, anch'essi costituzionali». La rigidità costituzionale dovrebbe, quindi, essere «declinata non tanto come predeterminazione puntuale delle singole competenze, ma come individuazione dei presupposti facoltizzanti la contrattazione legislativa»⁴⁸⁰.

Ciò che, nella terminologia corrente, corrisponde alla descrizione della chiamata in sussidiarietà come «deroga al normale riparto delle competenze stabilito nell'art. 117 Cost. », che – si osserva – sono divenute «negoziabili», con l'autorevole precisazione del giudice costituzionale, che «i principî di sussidiarietà e di adeguatezza convivono con il normale riparto di competenze legislative contenuto nel Titolo V e possono giustificare una deroga solo se la valutazione dell'interesse pubblico sottostante all'assunzione di funzioni regionali da parte dello Stato sia proporzionata, non risulti affetta da irragionevolezza alla stregua di uno scrutinio stretto di costituzionalità, e sia oggetto di un accordo stipulato con la Regione interessata»⁴⁸¹.

Il quadro appena descritto è però per diversi aspetti insoddisfacente, sia nei suoi concreti svolgimenti⁴⁸², sia sul piano sistematico.

In particolare, non è del tutto convincente l'idea della negoziazione delle competenze e della loro derogabilità, sebbene essa rispecchi fedelmente le affermazioni della giurisprudenza costituzionale.

Innanzitutto, la Costituzione, benché solo implicitamente, in tal caso attribuisce la competenza allo Stato, ma rimane una funzione alle Regioni, infatti, per la c.d. chiamata in sussidiarietà, e quindi per il concreto esercizio di quella

⁴⁸⁰ Le espressioni citate nel testo sono di F. BENELLI, *La <smaterializzazione delle materie>*, Milano, Giuffrè, 2006, rispettivamente p. 167 e p. 144 ss., che esprime efficacemente sul punto il pensiero condiviso da un'ampia letteratura. Per l'opportuno rilievo che, invece, «Sussidiarietà e adeguatezza non possono agire da sole per modificare a vantaggio della legge nazionale il riparto costituzionalmente stabilito, per non dover negare la stessa rigidità della Costituzione», M. PICCHI, *L'autonomia amministrativa delle Regioni*, Milano, Giuffrè, p. 515.

⁴⁸¹ Così, Corte costituzionale, sentenza 303/2003, cit., punto 2.2 del considerato in diritto.

⁴⁸² Assai frequenti sono le critiche rispetto al concreto funzionamento del nuovo assetto delle competenze, sul punto cfr. P. CARETTI, *Una seconda riforma peggiore della prima*, in *Le Regioni*, 2004, p. 1090 ss.

potestà legislativa, è sempre necessario un accordo, come precisato dalla Corte costituzionale, nonostante molte oscillazioni sul tipo di intesa necessaria⁴⁸³.

In secondo luogo, l'impiego del concetto di deroga⁴⁸⁴ non convince neppure rispetto alla scelta della tecnica di ripartizione delle competenze fondata sulla enumerazione delle materie statali, con il conseguente inquadramento delle Regioni come enti a competenza generale. Ciò specialmente se si tiene conto del significato che concretamente tale criterio riveste nel nostro ordinamento, secondo la giurisprudenza costituzionale. Segnatamente, la circostanza che una materia non figuri espressamente tra quelle comprese nei due elenchi di cui all'art. 117, II e III comma, Cost., non consente affatto di ricondurla alla competenza residuale regionale⁴⁸⁵.

In definitiva, quel criterio costituisce soltanto una tecnica di ripartizione delle competenze, mentre non esprime, almeno non sul piano sostanziale, (ma semmai su un piano davvero formalistico), un rapporto di regola eccezione fra competenze regionali e competenze statali.

Sarebbe allora preferibile tenere ben distinti da una parte, la rigidità delle regole di ripartizione delle competenze – fondate su un criterio combinato interessi-materie - dall'altra parte, i margini di flessibilità dei risultati che l'attuazione, e non la negoziazione o la deroga, di quelle medesime regole di competenza eventualmente produce, in dipendenza della valutazione degli interessi unitari o differenziati, rispetto ai settori di disciplina individuati tramite il criterio delle materie.

D'altra parte, se le competenze fossero autenticamente negoziabili sia lo Stato che le Regioni potrebbero disporre secondo valutazioni esclusivamente politiche.

Ciò, peraltro, non accade con la «chiamata in sussidiarietà» nel nostro ordinamento. È stato lo stesso giudice costituzionale a stabilire che, in caso di insanabile contrasto fra Stato e Regioni, se si determina una situazione di stallo e non è possibile addivenire al raggiungimento dell'intesa necessaria per la «chiamata in sussidiarietà» di una competenza legislativa, a garanzia degli interessi unitari, il rimedio ammissibile per superare l'impasse è il ricorso alla Corte costituzionale in sede di conflitto di attribuzioni⁴⁸⁶. Quest'ultima possibilità non può che dimostrare l'inesistenza di una piena competenza di entrambi i legislatori, e che le competenze costituzionali non sono propriamente negoziabili, non essendo plausibile che il giudice costituzionale sostituisca nella contrattazione uno dei due legislatori.

⁴⁸³ Cfr. Corte costituzionale, sentenza 303/2003, cit., punto 2.2 del considerato in diritto. Sul tema, P. CARETTI, *Le competenze in materia di spettacolo: la Corte <riscrive> il decreto legislativo in tema di cinematografia*, in *Giur. cost.*, 2005, p. 2834 ss.

⁴⁸⁴ Sulla nozione di "deroga", U. RESCIGNO, *Deroga (in materia legislativa)*, in *Enc. dir.*, vol. XII, Milano, Giuffrè, 1964, p. 303 ss., il quale precisa che "le due norme si ordinano in modo tale che la efficacia della norma derogata si estende fin dove le fattispecie concrete non rientrano nella previsione della norma derogante, di modo che l'una costituisce la regola valida in genere, l'altra l'eccezione valida solo per ipotesi specifiche e limitate".

⁴⁸⁵ Sul punto, ad esempio, Corte costituzionale, sentenza 303/2003, cit.; nonché sentenza 19 dicembre 2003, n. 359, punto 7 del considerato in diritto.

⁴⁸⁶ Così, espressamente, Corte costituzionale, sentenza 383/2005, cit., punto 30 del considerato in diritto.

A tal proposito, si deve tenere presente che in queste situazioni, nella concretezza dei rapporti fra legislatore statale e legislatore regionale, ciò che è veramente in discussione e oggetto di contrattazione, sono i contenuti delle leggi incidenti negli ambiti in cui vi è un intreccio di interessi statali e di interessi regionali tale da richiedere per la loro disciplina l'accordo di entrambi; non si ha però un negoziato propriamente e direttamente sulle competenze, che incide sul loro ordine costituzionale.

Una autentica contrattazione delle competenze presupporrebbe, infatti, una doppia piena competenza di entrambi i legislatori, cosicché in caso di mancato accordo ciascuno dei due legislatori potrebbe esercitare direttamente la propria competenza, senza necessità di rivendicarne la titolarità in sede di controllo di legittimità costituzionale⁴⁸⁷.

Sarebbe allora preferibile tenere ben distinti da una parte la rigidità delle regole di ripartizione delle competenze, dall'altra i margini di flessibilità dei risultati che *l'attuazione, e non la negoziazione o la deroga, di quelle medesime regole*, eventualmente produce, in dipendenza del riscontro degli interessi unitari, come presupposto di esercizio della competenza rispetto ai settori individuati tramite il criterio delle materie.

La classificazione della chiamata in sussidiarietà come deroga alla normale ripartizione delle competenze, per quanto equivoca, è però il segno premonitore del ruolo improprio che oggi, in questo ambito, il giudice costituzionale si è poi effettivamente trovato a ricoprire.

Quest'ultima deviazione è imputabile specialmente alla indebita - per quanto in certo senso inevitabile - «semplificazione»⁴⁸⁸ del modello della *konkurrierende Gesetzgebung* importato nel nostro ordinamento, rispetto al modello autentico, e alla persistente mancanza di una sua esplicita disciplina costituzionale.

In particolare, la mancanza di una graduazione delle condizioni che legittimano la chiamata in sussidiarietà, e specialmente delle modalità di accordo o collaborazione degli enti interessati sul contenuto della legge, che siano predeterminate dalla Costituzione in considerazione della diversa tipologia di interessi unitari che essa aspira a soddisfare, ha fatto sì che tali modalità siano state decise direttamente dal giudice costituzionale - ovviamente non in via generale e astratta, ma in relazione ai singoli casi sottoposti al suo giudizio - sebbene in ipotesi le soluzioni ipotizzabili fossero molteplici, e rendendo con ciò assai difficile prevedere l'esito del giudizio costituzionale.

Sulla base di queste premesse, è naturale, allora, che il nuovo modulo flessibile di ripartizione della competenza abbia inciso profondamente sul ruolo

⁴⁸⁷ Una simile situazione si produce, invece, come si è visto, rispetto ad una nuova tipologia di competenza introdotta nell'ordinamento tedesco: la *abweichungsoffene Vorrangsgesetzgebung* e, correlativamente, la *Abweichungsgesetzgebung*. Se la contrattazione non ha un esito positivo, ciascun legislatore può esercitare la propria competenza.

⁴⁸⁸ Ci si riferisce, ovviamente, alla semplificazione della regola di competenza, che è poi solo implicita, e non certo ad una semplificazione in termini di risultati dell'applicazione del nuovo Titolo V. Tale semplificazione è stata d'altra parte inevitabile, nel senso che non si sarebbe potuto pretendere dal giudice costituzionale una riformulazione completa delle disposizioni costituzionali mancanti, sebbene presupposte dal medesimo Titolo V.

svolto dalla Corte costituzionale, chiamata troppo spesso a fare da arbitro nelle contese sui contenuti sostanziali della legge, insorte nella già ricordata contrattazione legislativa, piuttosto che sull'osservanza di una regola costituzionale di competenza⁴⁸⁹.

Come è stato osservato, dopo aver definito il parametro del giudizio nella storica sentenza 303/2003, per la perdurante inerzia del legislatore che, oltre ad aver disatteso i ripetuti moniti al completamento della riforma regionale, ha spesso mostrato nella sua normativa scarsa sensibilità per l'autonomia regionale, il giudice costituzionale procede assai spesso alla riscrittura delle disposizioni sottoposte al suo sindacato, animato dal fine di individuare la soluzione ottimale per l'attuazione dei principi del nuovo Titolo V della Costituzione⁴⁹⁰.

Ciò con inevitabili incoerenze e contraddizioni, che hanno fatto guadagnare al giudice costituzionale ripetute critiche di incoerenza⁴⁹¹.

A tal proposito è infine da segnalare la sorprendente coesistenza dell'idea di una riduzione dell'area occupata da disposizioni costituzionali rigide, (sottesa all'opinione appena ricordata), con un altro effetto, di segno opposto, anch'esso innescato dall'ingresso nel nostro ordinamento della clausola di flessibilità nella allocazione delle competenze. Si tratta della straordinaria estensione della giurisdizione costituzionale a svantaggio della discrezionalità del legislatore, che si è prodotta per tutte le ragioni sopra ricordate.

Questa lunga parentesi sul principio di sussidiarietà costituisce la premessa delle prospettive di riordino delle competenze nel diritto ambientale.

La disciplina costituzionale di uno o più modelli di attuazione del principio di sussidiarietà legislativa sarebbe il punto di partenza per uno stabile assetto in questo settore, nel quale, accanto a un titolo unitario di competenza statale per la tutela dell'ambiente, (indispensabile per la garanzia delle esigenze unitarie che pervadono il diritto ambientale), potrebbe essere mantenuta limitatamente ad alcuni ambiti materiali la potestà legislativa regionale, in modo da valorizzare l'apporto delle autonomie allo sviluppo del diritto ambientale, che può essere collegato non soltanto alla specificità delle condizioni territoriali, ma anche al diverso grado di sviluppo locale.

Nella prospettiva di una revisione costituzionale sarebbe poi opportuna la eliminazione della attuale competenza concorrente. Valgono anche per il nostro ordinamento con riferimento agli ambiti di questa competenza rilevanti per il diritto ambientale, (ad esempio la tutela della salute, il governo del territorio), le considerazioni che in Germania hanno condotto alla soppressione della competenza cornice: il diritto ambientale nazionale è ampiamente determinato dal diritto comunitario, e la previsione di due procedimenti legislativi, uno statale per i principi fondamentali, e un altro per la ulteriore disciplina di ogni Regione,

⁴⁸⁹ Sul punto, V. ONIDA, *Il giudice costituzionale e i conflitti tra legislatori locali e centrali*, in *Le Regioni*, 2007, p.12 ss., in particolare p. 23 ss.

⁴⁹⁰ Così, P. CARETTI, *Le competenze in materia di spettacolo: la Corte <riscrive> il decreto legislativo in tema di cinematografia*, cit.

⁴⁹¹ Sono significative al riguardo le affermazioni rese da M. CECCHETTI, S. PAJNO, *Il diritto delle autonomie territoriali negli apporti "conformativi" della giurisprudenza costituzionale: la difficile ricerca del miglior equilibrio tra soluzioni del caso concreto e coerenze di sistema*, in www.federalismi.it, 26 settembre 2007.

costituiscono una inutile complicazione; inoltre, la distinzione fra legislazione di principio e legislazione di dettaglio perde nel diritto ambientale il significato che giustifica questa tipologia di competenza, dato che proprio la disciplina di dettaglio ha un significato decisivo per le scelte di politica ambientale, e per la garanzia degli interessi unitari.

Sintesi e rilievi finali

1. Il codice come forma legislativa ideale per un sistema giuridico ispirato al modello regolativo della tutela integrata dell'ambiente.

L'indagine svolta dimostra che la codificazione può essere considerata la forma legislativa ottimale per un sistema giuridico ispirato al modello regolativo della tutela integrata dell'ambiente.

Il senso della codificazione si coglie, innanzitutto, nella sua caratteristica aspirazione a realizzare il collegamento sistematico di una pluralità di ambiti normativi.

Il modello regolativo della tutela ambientale integrata, (che per gli Stati membri dell'ordinamento comunitario trova un imprescindibile punto di riferimento nelle direttive sulla valutazione ambientale strategica, sulla valutazione d'impatto ambientale e sulla prevenzione e la riduzione integrate dell'inquinamento), sollecita un collegamento sistematico fra le discipline finalizzate alla tutela dei diversi fattori che compongono il bene ambiente.

In tale direzione conduce l'idea ispiratrice di tale modello: rispettare, e per quanto possibile, imitare quel collegamento fra i fattori che compongono l'ambiente, stabilito dalle leggi della natura che regolano l'ecosistema.

La realizzazione di questo modello è complessa e presuppone un continuo intreccio fra valutazioni tecniche e decisioni politiche, fra loro interdipendenti.

Il collegamento fra di esse acquista rilevanza sul piano giuridico attraverso appositi procedimenti finalizzati alla considerazione globale dei parametri sostanziali di tutela, tenuto conto dell'apporto dei soggetti interessati.

Si instaura così uno stretto collegamento fra gli obiettivi sostanziali di protezione dell'ambiente e la conformazione del procedimento amministrativo deputato ad attuarla.

Sul piano giuridico il collegamento fra gli obiettivi di tutela acquista rilevanza anche attraverso l'ispirazione della disciplina sostanziale e procedimentale, a principi comuni, e a comuni strumenti giuridici che agevolano il conseguimento degli obiettivi di protezione.

La codificazione dei principi e degli istituti generali comuni ai diversi ambiti normativi del diritto ambientale, e della legislazione del settore, armonizzata sul piano concettuale e negli scopi regolativi, agevola il conseguimento degli obiettivi di semplificazione normativa propri di una buona qualità della legislazione. Essa consente, infatti, di «risparmiare» la ripetizione di discipline analoghe, e, attraverso la riunificazione della normativa, riduce l'eventualità di contraddizioni anche involontarie, e agevola la conoscibilità del diritto ambientale.

La costruzione di un sistema di protezione dell'ambiente ispirato al modello della tutela integrata, che trova i suoi capisaldi nei tradizionali principi per la tutela dell'ambiente, (precauzione, prevenzione, «chi inquina paga», sviluppo sostenibile), ma anche in nuovi principi in corso di affermazione, e di autonoma elaborazione, («management sostenibile», «approvvigionamento energetico sostenibile»), e nella disciplina procedimentale della valutazione ambientale strategica, della valutazione di impatto ambientale e della riduzione e prevenzione integrate degli inquinamenti, facilita, inoltre l'attuazione del diritto comunitario derivato, che oggi è difficilmente possibile al di fuori di un vero e proprio orientamento sistematico della legislazione nazionale.

Indipendentemente dalle affermazioni ancora ripetute nella nostra dottrina, nessun ostacolo per la codificazione deriva dalla pretesa impossibilità di pervenire ad una definizione dell'ambiente come oggetto di tutela giuridica. Esso infatti, è dalla medesima dottrina individuato nella tutela dei singoli fattori che compongono il bene ambiente considerati nella loro reciproca interrelazione, secondo la concezione c.d. «unitaria» del bene ambiente.

Inoltre, nessun ostacolo insuperabile è frapposto alla codificazione dal carattere trasversale del diritto ambientale, né dalla sua straordinaria estensione, che secondo una felice immagine, copre come una rete l'intero ordinamento,

senza mai nascondere, e non si limita alla considerazione dello stato attuale del bene ambiente, ma conferisce immediata rilevanza giuridica anche alla sua condizione futura. Infatti, come evidenziato dalla dottrina tedesca, è ben possibile individuare un nucleo essenziale del diritto ambientale in senso stretto, costituito da quella disciplina che ha specificamente per scopo la protezione dell'ambiente, e che comprende le attività dirette alla sua tutela e il temperamento con interessi antagonisti, presenti e futuri.

2. La codificazione e la continuità del sistema giuridico di tutela dell'ambiente.

Una disciplina capace di mantenere la stabilità del sistema di tutela dell'ambiente non può che ispirarsi a un insieme di principi e di regole analitiche. I principi, e con essi certe clausole generali, sono necessari perché la complessità della realtà da regolare da una parte, rende impossibile prevedere le regole analitiche necessarie per ogni possibile situazione, dall'altra, la medesima complessità rende talvolta inadeguata una disciplina estremamente rigida per disciplinare situazioni che richiedono valutazioni molto complesse. Ciò, infatti, può aumentare il rischio di decisioni arbitrarie, e sostanzialmente ingiuste o inadeguate, più di una regola flessibile.

Una sola disciplina di principi è, peraltro, insufficiente per garantire la stabilità del sistema di tutela dell'ambiente, potendo essi prestarsi ad attuazioni perfino contraddittorie, dato il loro alto grado di astrazione.

La stabilità e la continuità giuridica del sistema richiedono, perciò, anche una disciplina analitica ed estesa, che proprio per queste sue caratteristiche non si presta ad essere oggetto di «un intervento normativo di riforma sul piano costituzionale», sebbene con «spazi assai ampi», secondo l'opinione di accreditata dottrina.

D'altra parte, una efficace «rete di sicurezza» rispetto a ipotetiche radicali involuzioni nel sistema di tutela dell'ambiente è offerta dal diritto comunitario. La proposta normazione costituzionale finirebbe probabilmente per duplicare le disposizioni già dettate dal diritto comunitario, che peraltro, si sono dimostrate da sole incapaci di offrire le premesse per un razionale sviluppo dei diritti nazionali. Essa potrebbe però rivelarsi problematica di fronte ad esigenze di rapido adeguamento a sopravvenuti vincoli di diritto comunitario, o ad altre sopravvenute esigenze.

Proprio nello spazio che residua dalla disciplina comunitaria, acquistano un senso, secondo il fondamentale principio di sussidiarietà, le codificazioni nazionali.

I principi del diritto ambientale possono essere opportunamente custoditi in un codice, accanto alle regole analitiche che ne costituiscono l'attuazione, e agli istituti comuni ai diversi ambiti del diritto ambientale in una legge ordinaria. La continuità del sistema giuridico di tutela dell'ambiente può essere conseguita attraverso una fonte di legge ordinaria, perché la stabilità della struttura normativa fondamentale su cui si incentra il sistema di protezione dell'ambiente procede dalla razionalità dei suoi contenuti e dalla loro adeguatezza rispetto alle esigenze di protezione, salve le modifiche della normativa alle sopravvenute esigenze, che di volta in volta si rendono necessarie.

Comunque, la temuta minaccia di un occulto e repentino dissolvimento del sistema codificato ad opera della legislazione ordinaria successiva, fondata sulla ritenuta (ma non condivisibile) tesi della invalidità o inefficacia delle clausole di sola abrogazione espressa, può essere, se del caso, più opportunamente scongiurata attraverso una disciplina costituzionale delle fonti sulle fonti, (secondo la proposta di autorevole dottrina), e quindi attraverso una disciplina delle clausole di sola abrogazione espressa. In particolare, potrebbe essere riconosciuta da una fonte costituzionale al legislatore ordinario la (talora controversa) forza di imporre al legislatore ordinario successivo l'onere di un'abrogazione espressa, limitatamente ai casi in cui tale vincolo risponda ad obiettive esigenze di tutela dei valori costituzionali della certezza del diritto e del legittimo affidamento. Tale soluzione consentirebbe, così, di risolvere una questione comune a tutti i settori dell'ordinamento.

Per consacrare il valore costituzionale dell'interesse alla tutela dell'ambiente, legittimare ulteriormente il suo peso nel bilanciamento con altri interessi costituzionali, nonché per estendere la sua capacità di rafforzare la tutela dei diritti costituzionali, sarebbe, peraltro, opportuna la sua espressa formulazione nella Costituzione.

3. La codificazione come espressione di interessi unitari e l'esigenza di regole costituzionali di attuazione del principio di sussidiarietà.

Il modello regolativo della tutela integrata sollecita una ampia unificazione della legislazione sostanziale e procedimentale per gli interessi unitari ad essa correlati, e perché la frammentazione delle competenze ostacola la disciplina di ambiti ecologicamente interdipendenti.

In un ordinamento che al suo interno conosce ampie autonomie legislative, la codificazione del diritto ambientale non può essere realizzata attraverso la unilaterale imposizione di una disciplina statale, così come testimonia il contenzioso innescato dal primo sedicente tentativo di codificazione ad opera del d.lgs. 152/2006.

La disponibilità per lo Stato di un titolo unitario di competenza per la tutela dell'ambiente e dell'ecosistema è opportuna, ma probabilmente non, come prevista dall'art. 117, secondo comma, lett. s) Cost., nella forma della competenza esclusiva, se intesa nel significato autentico, o comunque originario, di questa tipologia di competenza.

Sarebbe opportuna, invece, la sua configurazione come competenza statale «concorrente», non nel senso tradizionale della legislazione cornice tipica della nostra esperienza giuridica, bensì secondo prestabilite regole di attuazione del principio di sussidiarietà, con una correlata potestà legislativa attribuita in predeterminati ambiti alle Regioni. Quindi una potestà «concorrente» secondo il modello della *konkurrierende Gesetzgebung* tedesca, già trapiantato nel nostro ordinamento dalla Corte costituzionale, ma soltanto parzialmente, per gli ovvi limiti discendenti dalla mancanza di una esplicita previsione costituzionale di tale tipologia di competenza.

In una prospettiva di revisione costituzionale che stabilisca la pluralità dei titoli di competenza per la tutela dell'ambiente, (secondo quanto oggi previsto dall'art. 3 *quinquies* d.lgs. 152/2006, e come affermato dalla giurisprudenza

costituzionale in base alla vigente disciplina che prevede un titolo esclusivo di competenza statale, e nonostante i recenti indirizzi restrittivi del medesimo giudice costituzionale, peraltro ancora bisognosi di ulteriori chiarimenti), sarebbe necessaria la chiara predeterminazione di spazi adeguati per l'espressione dell'autonomia regionale, in modo da tenere conto dell'esigenza di certezza del diritto nella ripartizione delle competenze costituzionali.

La potestà legislativa regionale potrebbe essere prevista, eventualmente, non solo per provvedere a discipline necessarie secondo le particolari condizioni territoriali, ma anche per valorizzare il diverso grado di sviluppo locale.

Una revisione costituzionale, d'altra parte, appare comunque necessaria non soltanto nel diritto ambientale, per superare l'anomala situazione di un assetto costituzionale delle competenze legislative che si incentra interamente e principalmente su una tipologia implicita di competenza, secondo la formula della «chiamata in sussidiarietà», ideata dalla Corte costituzionale.

Al riguardo, la riforma del federalismo tedesco richiama l'attenzione sull'opportunità di considerare, ed eventualmente combinare diversi possibili modelli di attuazione del principio di sussidiarietà legislativa, in relazione al diverso grado di prevedibilità e alla natura degli interessi unitari, delle esigenze di differenziazione, e della loro diversa natura. Si tratta di una distinzione opportuna nel diritto ambientale, dove si possono chiaramente distinguere ambiti normativi nei quali la ricorrenza di interessi unitari è prevedibile già sulla base di una valutazione astratta, e ambiti nei quali invece, la allocazione della competenza può essere più opportunamente rinviata a complesse valutazioni concrete, secondo regole predeterminate dalla Costituzione.

L'esperienza tedesca, e in particolare il *Referentenentwurf* richiamano poi l'attenzione sulla opportunità di prevedere adeguate forme di cooperazione fra Stato centrale e autonomie nella produzione della disciplina regolamentare e delle regole tecniche. Si tratta, infatti, di una disciplina decisiva per il conseguimento degli obiettivi del sistema giuridico di tutela dell'ambiente.

4. La difficoltà della codificazione.

L'esame dell'esperienza tedesca, dove la valutazione dell'opportunità di procedere ad una codificazione del diritto ambientale, e l'elaborazione di concreti progetti di codice hanno impegnato, con poche interruzioni, per circa trenta anni la dottrina e gli apparati ministeriali, evidenzia la complessità dell'operazione.

Si tratta di un aspetto ovvio, ma talora sottovalutato nel dibattito italiano, così come è stata sottovalutata la difficoltà di procedere contestualmente sia ad una profonda revisione della materia, che alla sua codificazione.

Per rendere percepibile una seria volontà politica di procedere ad un'autentica codificazione, senza intraprendere imprese difficilmente realizzabili, (considerati anche i punti di partenza del diritto ambientale italiano), il modello della «codificazione segmentata» offre una strategia meritevole di considerazione, a condizione che l'impostazione del lavoro accetti come premessa di sottrarre il progetto di codificare il diritto ambientale ad una logica di stretta maggioranza di governo, proiettandolo su successive legislature e valorizzando contestualmente il ruolo del Parlamento nel compimento delle scelte fondamentali del diritto ambientale.

5. La codificazione e il progresso del diritto ambientale.

Ancora, l'esperienza tedesca testimonia che ben prima dell'approvazione del codice, i lunghi lavori preparatori hanno conseguito importanti risultati di modernizzazione e progresso del diritto ambientale, e hanno costituito un punto di riferimento per il legislatore e per la giurisprudenza, proprio per la razionalità delle soluzioni proposte, frutto di una profonda cultura giuridica del diritto ambientale, di mirabile spessore. Presupposto, quest'ultimo, decisivo per un sapiente impiego dell'«arte di fare buone leggi» e delle più moderne tecniche della legistica che, in mancanza di quel sapere sostanziale che è per loro vera e propria «materia prima», sono destinate, per così dire, a «girare a vuoto».

Sotto questo profilo, come la dottrina ha evidenziato, si avverte particolarmente nella nostra esperienza l'esigenza di una maggiore attenzione in sede scientifica per il diritto ambientale.

Si avverte anche l'opportunità che la codificazione del diritto ambientale, come di altri settori, trovi sul piano tecnico giuridico uno stabile riferimento istituzionale che sia capace di progettare e mantenere la struttura fondamentale del sistema di protezione dell'ambiente, sottraendo questi aspetti alle logiche solo contingenti delle successive maggioranze di governo, attraverso la valorizzazione della ineliminabile componente di razionalità giuridica delle soluzioni che il codice come disciplina tendenzialmente stabile di un settore dell'ordinamento aspira a realizzare.