

# LA FORZA NORMATIVA DEI PRINCIPI

*Il contributo del diritto ambientale  
alla teoria generale*

*a cura di*

DOMENICO AMIRANTE

CEDAM

|               |        |
|---------------|--------|
| Premessa..... | Pag. 5 |
|---------------|--------|

## PARTE I

### LO STATUS TEORICO DEI PRINCIPI NEL DIRITTO CONTEMPORANEO

#### I PRINCIPI GENERALI NELL'EVOLUZIONE DEL DIRITTO CONTEMPORANEO: NOTE MINIME INTRODUTTIVE (Domenico Amirante)

|   |        |
|---|--------|
| 1. Principi generali e "diritto per principi".....                        | Pag. 9 |
| 2. Il diritto ambientale come disciplina-simbolo del diritto post-moderno | » 12   |
| 3. Alcuni problemi definatori ed applicativi dei principi generali.....   | » 13   |

#### I PRINCIPI AMBIENTALI FRA DIRITTO MODERNO E POST-MODERNO (Nicolas De Sadeleer)

|   |         |
|---|---------|
| 1. Introduzione.....  | Pag. 17 |
| 2. Il diritto moderno.....  | » 18    |
| 3. Il diritto post-moderno.....   | » 20    |
| 3.1. Il decentramento della produzione normativa.....   | » 21    |
| 3.2. La frammentarietà del diritto.....   | » 22    |
| 3.3. L'accelerazione dei tempi.....   | » 23    |
| 3.4. Il declino dell'autorità statale.....  | » 23    |
| 3.5. La progressiva dipendenza del diritto da ambiti extragiuridici.....                                      | » 24    |
| 3.6. L'erosione delle basi del diritto moderno.....   | » 25    |
| 4. I Principi ambientali come elementi di collegamento tra il diritto moderno ed il diritto post-moderno..... | » 25    |
| 4.1. Una funzione di stimolo.....   | » 27    |
| 4.2. Una funzione di guida.....   | » 28    |
| 4.3. Una funzione interpretativa.....   | » 29    |
| 4.4. Il bilanciamento tra interessi contrastanti.....   | » 30    |
| 5. Conclusioni.....   | » 31    |

#### LO STATUTO TEORICO DEI PRINCIPI FRA NORME E VALORI (Giuseppe Limone)

|  |         |
|--|---------|
| 1. La questione dei "principi". Un caso illuminante..... | Pag. 33 |
| 2. Un quesito.....                                       | » 37    |
| 3. Per un'impostazione.....                              | » 39    |
| 4. Il "valore".....                                      | » 41    |

# I PRINCIPI AMBIENTALI TRA DIRITTO MODERNO E POST-MODERNO

Nicolas De Sadeleer

SOMMARIO 1. Introduzione; 2. Il diritto moderno; 3. Il diritto post-moderno; 3.1. Il decentramento della produzione normativa; 3.2. La frammentarietà del diritto; 3.3. L'accelerazione dei tempi; 3.4. Il declino dell'autorità statale; 3.5. La progressiva dipendenza del diritto da ambiti extragiuridici; 3.6. L'erosione delle basi del diritto moderno; 4. I Principi ambientali come elementi di collegamento tra il diritto moderno ed il diritto post-moderno; 4.1. Una funzione di stimolo; 4.2. Una funzione di guida; 4.3. Una funzione interpretativa; 4.4. Il bilanciamento tra interessi contrastanti; 5. Conclusioni.

## *1. Introduzione*

I principi ambientali stanno progressivamente diventando denominatori comuni intorno a cui si organizzano il diritto e la politica in materia ambientale. L'obiettivo del presente lavoro è confrontare i paradigmi del diritto moderno e post-moderno, al fine di evidenziare il ruolo svolto da taluni principi ambientali nell'evoluzione di tali modelli.

In un mio recente libro, pubblicato dalla Oxford University Press<sup>1</sup>, ho analizzato le finalità dei principi "chi inquina paga", di prevenzione e del principio precauzionale, spiegando in che modo ciascuno dei suddetti principi si rapporta agli altri e quali implicazioni giuridiche essi comportano. Intendo porre l'accento in tal modo sulla specificità e sul valore di questo gruppo di nuovi principi ambientali che, pur non essendo simili ai tradizionali principi generali del diritto internazionale, sono comunque necessari a garantire la regolamentazione e la gestione dei rischi ambientali. Di qui la distinzione operata tra i principi generali del diritto, che sono tipici del diritto moderno, e l'insieme dei nuovi principi ambientali, particolari modalità che caratterizzano il diritto ambientale contemporaneo o, per meglio dire, post-moderno. Dimostrerò, peraltro, che i principi chi inquina paga, di prevenzione e

<sup>1</sup> N. DE SADELEER, *Environmental Principles: from Political Slogans to Legal Rules*, Oxford, 2002.

precauzione non comportano una completa rottura con la modernità, in quanto in fin dei conti ripristinano la razionalità nel diritto.

Non mi cimenterò nell'ardua impresa di dare una definizione dei termini "modernità" e "post-modernità", in quanto eccederei i limiti di spazio imposti dalla presente analisi; peraltro, di recente, un noto giurista ha sintetizzato i vari significati che assumono i suddetti termini<sup>2</sup>. Dopo una breve disamina del diritto moderno e post-moderno e dei principi connessi a ciascuno dei due modelli in esame, mi concentrerò sulle funzioni del nuovo *corpus* di principi ambientali, che contrassegna il passaggio dalla centralità attribuita un tempo alla completezza e coerenza del sistema giuridico all'affermazione di un processo di regolazione normativa più complesso.

## 2. *Il diritto moderno*

Il diritto moderno, che si basa sulle regole fisse disposte dal tradizionale procedimento di produzione delle norme, riflette il carattere delle società moderne. Viene rappresentato come un sistema indipendente, composto da norme generali ed astratte, in altri termini un sistema che aspira ad essere razionale, completo e coerente.

Secondo la visione liberale, la funzione del diritto moderno è garantire la coesistenza tra diverse libertà individuali: ogni individuo ha diritto di godere della massima libertà nel perseguire i propri interessi fintanto che non rechi danno alle libertà altrui. Al fine di garantire ad ogni individuo il massimo grado di libertà, il diritto moderno concentra il potere politico nelle mani dello Stato. In tale contesto, il bisogno di certezza e prevedibilità del diritto ha fatto sì che i rapporti tra gli individui siano vincolati da norme generali, le quali fanno riferimento a concetti astratti racchiusi in categorie generali. Tanto la generalità quanto l'astrattezza garantiscono l'imparzialità, postulando una netta differenza fra le norme e le fattispecie concrete. Secondo la prospettiva kelseniana, inoltre, il diritto moderno si presenta come una costruzione a piramide, con le regole generali al vertice e sembra pertanto costituire un *unicum* coerente, ovvero un sistema di regole gerarchiche connesse tra loro da nessi logici e necessari. E' tale sistematizzazione che conferisce al diritto moderno gli attributi di chiarezza, semplicità e certezza.

<sup>2</sup> P.Y. EDGEWORTH, *Law, Modernity, Postmodernity*, Aldershot, 2003.

Il diritto moderno è caratterizzato inoltre dalla sua neutralità assiologica. Invero, il diritto moderno intende chiaramente distinguersi dagli altri ambiti non giuridici. La norma di diritto va vista, nella prospettiva moderna, come un qualcosa di completamente autonomo e a sé stante rispetto a discipline extragiuridiche quali economia e scienze politiche.

Identificati con diversi nomi, *principes généraux du droit*, *principios general del derecho*, *Rechtsbeginselen* o *Rechtsprinzipien*, i principi generali del diritto hanno svolto un ruolo centrale per il diritto moderno. I principi generali del diritto sono infatti spesso chiamati a colmare eventuali lacune dell'ordinamento<sup>3</sup>. Sia a livello di ordinamento giuridico internazionale e comunitario, che a livello degli ordinamenti giuridici nazionali, le corti si trovano regolarmente di fronte a carenze nelle fonti scritte. Quando si chiede ai giudici di sopperire a tali vuoti normativi per risolvere una controversia, essi procederanno deducendo da un insieme di regole un principio generale. Una volta enunciato, il principio sarà applicato come norma autonoma per dirimere la controversia. Quello stesso principio potrà successivamente essere applicato ad altri casi. In tal modo, le corti fanno del diritto un sistema coerente, in quanto garantiscono l'unità sistematica del diritto nel disordine delle norme positive. Questa funzione è ancor più evidente nella comunità internazionale, dove non esiste un organo legiferante a livello centrale. Secondo A. Cassese, "in questo contesto, i principi generali rappresentano sia l'ossatura del *corpus* di leggi che disciplina i rapporti internazionali, che il potente cemento che tiene insieme i diversi meccanismi normativi che caratterizzano la comunità internazionale"<sup>4</sup>.

Per di più, i principi del diritto consuetudinario svolgono un ruolo significativo come fonte autonoma del diritto internazionale, anche se le corti internazionali possano invocarli solo in presenza di condizioni specifiche. In effetti, soltanto una ripetuta utilizzazione nella prassi da parte degli stati, accompagnata dalla *opinio iuris*, possono trasformare una norma emergente in un principio consuetudinario. Taluni principi consuetudinari, come quello di cooperazione internazionale non sono altro che l'applicazione dei principi generali del diritto internazionale

<sup>3</sup> M. TRINIDAS, *The General Principles of EC Law* 2000, p. 9; P. BIRNIE - A. BOYLE, *International Environmental Law*, Oxford, 2002, p. 19.

<sup>4</sup> A. CASSESE, *International Law*, Oxford, 2002, p. 151.

alle problematiche ambientali<sup>5</sup>. Altri, quali l'obbligo a non arrecare danni all'ambiente, sono invece specifici principi di diritto ambientale internazionale. D'altro canto, principi non ancora suffragati da una prassi consistente, cioè da un loro ripetuto uso in un contesto giuridico internazionale, non possono dare origine ad un istituto giuridico (ad esempio, il diritto ad un ambiente sano, i principi di responsabilità comune ma differenziata e di sussidiarietà). Ne consegue che finora esiste un numero limitato di principi generali o principi consuetudinari del diritto internazionale. Birnie e Boyle sostengono ad esempio che, nella prassi, l'uso più frequente dei principi generali da parte delle corti internazionali "consiste in analogie con istituti di diritto interno riguardanti regole procedurali di formazione della prova e di riparto di giurisdizione, aspetti, questi, di relativa utilità in ambito ambientale<sup>6</sup>".

### 3. *Il diritto post-moderno*

J.F. Lyotard ha definito la postmodernità nel suo libro "La condizione postmoderna" come incredulità verso le meta-narrative<sup>7</sup>. Da ciò deriverebbe un costante sospetto nei confronti di tutti i meta discorsi sia nel campo delle scienze sociali che di quelle naturali. Tuttavia, dopo oltre un ventennio di discussioni tra i sociologi, il postmodernismo rimane ancora un costrutto intellettuale incompleto, all'interno del quale si fanno concorrenza un gran numero di ipotesi, ora divergenti, ora anche convergenti tra loro.

Applicata al diritto, la teoria della postmodernità pone l'accento sulla natura pragmatica, gradualistica e mutevole del diritto contemporaneo. Noi sposiamo la tesi secondo cui la postmodernità, applicata al campo giuridico, non va intesa in chiave decostruzionista, come amano invece fare i sociologi. Essa va piuttosto vista come un metodo per analizzare il processo di formazione di una nuova cultura giuridica. Diversamente da altre discipline giuridiche, il diritto ambientale ha assunto una chiara identità postmoderna. In effetti, nell'ultimo ventennio, questa nuova disciplina giuridica ha conosciuto più trasformazioni di ogni altro settore, trasformazioni che hanno

<sup>5</sup> P. SANDS, *Principles of International Environmental Law*, Cambridge, 2003, p. 232.

<sup>6</sup> P. BIRNIE - A. BOYLE, op. cit., Oxford, 2002, p. 24.

<sup>7</sup> J. F. LYOTARD, *The Postmodern Condition. A Report on Knowledge*, Minneapolis, 1984.

portato il diritto ambientale ad allontanarsi notevolmente dai presupposti del diritto moderno, così come lo abbiamo appena definito.

In questo capitolo indicherò i vari fattori che hanno contribuito a far perdere al diritto moderno gli attributi di generalità, sistematicità e autonomia, accelerando in tal modo il passaggio del diritto ambientale contemporaneo alla sfera postmoderna. La problematica delle funzioni dei principi ambientali sarà affrontata nel capitolo successivo.

### 3.1. *Il decentramento della produzione normativa*

Nell'era postmoderna, lo Stato sovrano ha ceduto il passo ad una pluralità di istituzioni, di livello sia sovranazionale che regionale, tanto più numerose in quanto nell'ultimo trentennio è considerevolmente aumentato il numero dei poteri normativi. A monte, istituzioni intergovernative, quali OMC, CE e NAFTA, influenzano direttamente l'elaborazione delle norme ambientali nazionali. Per di più, visto che i problemi ambientali sono aumentati d'intensità, si è ravvisata la necessità di sviluppare a livello internazionale un *corpus* giuridico-normativo volto a contrastare in modo più efficace il degrado ambientale. A valle, le politiche pubbliche in materia di educazione ambientale, sanità, assetto territoriale, risorse naturali e conservazione della natura sono generalmente di competenza di vari soggetti nazionali (regioni, province, länder, comunità, ecc.), i quali sono più strettamente coinvolti e più vicini ai territori oggetto della regolamentazione, andando in tal modo ad ingrossare ulteriormente le fila dei soggetti di regolamentazione. Inoltre, gli enti di standardizzazione (ISO, CEN<sup>8</sup>, *Codex alimentarius*) hanno stabilito proprie norme e procedure funzionali, dando luogo, in tal modo, ad una sorta di diritto non statale, in competizione con le leggi dello Stato. Tali norme possono, in un certo senso, essere incorporate nella cosiddetta "*hard law*"<sup>9</sup>. Pertanto, come sottolinea Sands, "il processo di formazione delle norme risulta decentrato, con iniziative legislative che si sviluppano letteralmente in decine e decine di organizzazioni diverse a livello mondiale, regionale e

<sup>8</sup>Comitato europeo di standardizzazione.

<sup>9</sup>In base alla nuova impostazione della standardizzazione tecnica, gli enti di standardizzazione (CEN, CENELEC) possono trovarsi nella condizione di ricevere l'incarico di mettere a punto specifiche tecniche "*necessarie alla produzione e all'immissione sul mercato di prodotti conformi ai requisiti essenziali stabiliti dalle direttive*" adottate ex art. 95 del Trattato CE.

sub-regionale. Il coordinamento tra le varie iniziative non è adeguato, con provvedimenti che sono spesso ridondanti e talvolta incoerenti<sup>10</sup>.

### 3.2. *La frammentarietà del diritto*

La carenza di tempo e mezzi, la complessità e la mutevolezza delle questioni da affrontare, la pressione esercitata dalle *lobby*, il mancato interesse per le questioni giuridiche: tutte queste difficoltà stanno alla base di una vera e propria proliferazione di leggi specifiche, approvate in modo superficiale e colme di lacune e contraddizioni, la cui validità e durata si riduce, in maniera direttamente proporzionale alla loro mediocrità. La necessità di adottare una nuova legislazione spesso deriva dalla necessità di dare coerente applicazione alla legislazione già vigente. Pertanto, nella maggioranza dei paesi, il diritto ambientale brulica di leggi, che lasciano molto a desiderare in termini di efficacia, in ragione della loro natura precaria e confusa.

Il diritto ambientale, inoltre, fa saltare quelli che sono i confini prestabiliti tra diritto pubblico e diritto privato<sup>11</sup>, tra diritto internazionale e diritto nazionale<sup>12</sup>. Non ha infatti un unico ed omogeneo centro di interesse né un obiettivo univoco. Al contrario, è stato sviluppato in maniera fortuita e casuale, rispondendo a necessità specifiche del momento, alla luce delle nuove emergenze ecologiche sorte di volta in volta. In base allo stesso ragionamento, il confine tra *soft law* e *hard law* sta diventando sempre meno netto, in quanto i meccanismi previsti dai trattati tendono progressivamente a diventare obblighi meno vincolanti (*soft*)<sup>13</sup> e, a loro volta, gli strumenti non

<sup>10</sup> P. SANDS, *Environmental Protection in the XXIst century : Sustainable Development, International Law*, in Revesz et al. *Environmental Law, the Economy and Sustainable Development*, Cambridge, 2000, p. 372.

<sup>11</sup> Si veda ad esempio la direttiva sulla responsabilità ambientale, che prevede principalmente obblighi di natura amministrativa piuttosto che istituti di responsabilità civile.

<sup>12</sup> Il diritto comunitario e la Corte Europea dei Diritti dell'Uomo tendono ad intrecciarsi con gli ordinamenti giuridici degli Stati membri della Comunità europea e del Consiglio d'Europa. Grazie al cosiddetto effetto diretto, molti obblighi previsti in quegli accordi internazionali possono essere invocati di fronte ai tribunali nazionali. Conseguentemente, è diventato difficile in Europa affrontare le questioni di diritto ambientale seguendo un approccio puramente nazionale e senza tener conto degli obblighi fissati nei due suddetti accordi internazionali.

<sup>13</sup> Si veda, ad esempio, la Convenzione del 1992 sulla diversità biologica, che prevede l'emanazione di una serie di raccomandazioni e decisioni.

vincolanti prevedono meccanismi che si riscontrano tradizionalmente in testi di *hard law*. Inoltre, il diritto ambientale talvolta si presenta più ampio e a volte più ristretto rispetto al diritto dello sviluppo sostenibile e, anche se i rispettivi obiettivi non sono del tutto identici, “si assiste ad una notevole sovrapposizione di norme, principi e tecniche”<sup>14</sup>. Per tali motivi il diritto ambientale non costituisce un *unicum* coerente.

### 3.3. *L'accelerazione dei tempi*

Il diritto ambientale ha intrapreso una vera e propria corsa contro il tempo e si è notevolmente accelerato il ritmo di produzione delle sue norme. La scarsa efficacia delle leggi vigenti costringe i legislatori ad adottare continuamente nuove norme. Il tempo non rappresenta più l'indice di misura della durata, ma l'accelerazione degli eventi fa sì che il lungo termine si riduca a breve termine e la continuità ad immediatezza. Il legislatore preferisce sempre più spesso la flessibilità alla staticità. Di conseguenza l'universo giuridico è divenuto una costellazione di programmi a breve termine ed in costante cambiamento.

La legittimità dello Stato non è più riconosciuta a priori, ma in funzione della pertinenza dei programmi attuati dallo Stato stesso. Inoltre le politiche postmoderne, incentrate sui programmi, sono concepite per conseguire finalità concrete secondo modalità che non si addicono a norme generali e impersonali.

### 3.4. *Il declino dell'autorità statale*

Come già accennato in precedenza, a livello internazionale le misure di *soft law* stanno sostituendo gradualmente quelle di *hard law*, collegate all'approccio tradizionale di “comando e controllo”. A livello nazionale, ma anche comunitario, i meccanismi classici di *command and control* possono essere sostituiti da strumenti più flessibili, incentivanti e consensuali. L'approccio repressivo viene così rimpiazzato da nuove forme di co-regolamentazione. Ad esempio, la partecipazione volontaria dei soggetti che lo Stato in genere sottoponeva a regolamentazione tende oggi a sostituire le forme

<sup>14</sup> P. BIRNIE - A. BOYLE, op. cit., p. 2.

classiche di intervento statale, in nome della “responsabilità comune e condivisa”<sup>15</sup>. I meccanismi di autoregolamentazione (etichette ecologiche acquisite su base volontaria, certificazioni ambientali, “permessi” di inquinare), rispetto ai quali gli amministrati sono considerati veri e propri protagonisti, svolgono un ruolo di primaria importanza in gran parte delle nuove politiche ambientali. Tale tendenza si è già consolidata, sia per quanto riguarda gli enti locali, che a livello comunitario. Nel complesso tale approccio concede maggiore autonomia alle imprese private, tende a sminuire il ruolo della legislazione e a ridurre il monopolio delle autorità pubbliche sulla formulazione e sulla attuazione delle politiche pubbliche.

Al declino dell'autorità statale si accompagna spesso una maggiore presenza politica della società civile. Vengono garantiti ai cittadini nuovi diritti, quali quello all'informazione, alla partecipazione e il diritto di accesso alla giustizia, sia per coinvolgere i cittadini stessi nelle procedure di definizione ed attuazione delle politiche pubbliche, che per facilitare l'accettazione delle norme negoziate. Di conseguenza i legislatori nazionali e internazionali sono progressivamente diventati sempre più sensibili alle richieste dei sostenitori dei diritti umani, delle associazioni ambientaliste e di altri gruppi di attivisti.

### *3.5. La progressiva dipendenza del diritto da ambiti extragiuridici*

Mentre il diritto moderno cercava strenuamente di differenziarsi dalle scienze non giuridiche, nella prospettiva postmoderna le norme di diritto non sono più viste come completamente autonome rispetto alle discipline extragiuridiche. Al contrario, il diritto post-moderno è caratterizzato da una grande apertura nei confronti dell'economia, dell'etica e della politica. A tal riguardo, Sands è del parere che “negli ultimi decenni, le norme di diritto internazionale sono diventate progressivamente più complesse e tecniche, in quanto le problematiche ambientali vengono collegate in misura sempre maggiore in relazione ai fattori economici e sociali”<sup>16</sup>.

<sup>15</sup> P.Y. EDGEWORTH *Law, Modernity, Postmodernity*, Aldershot, 2003, p. 153.

<sup>16</sup> P. SANDS, *Principles ...*, op. cit., p. 69.

### 3.6. *L'erosione delle basi del diritto moderno*

A seguito di questi radicali cambiamenti, possiamo osservare come il diritto post-moderno stia assumendo forme profondamente diverse da quelle che caratterizzavano il diritto moderno. La rigidità (*hard law*) ha ceduto il passo alla flessibilità (contratti), l'astrazione (norme di portata generale) a decisioni prese caso per caso (accordi ambientali stipulati per casi specifici con le imprese interessate); la stabilità (che si fonda su norme astratte e generali) alla congiunturalità (obbligo di aggiornare costantemente la normativa, programmi di breve durata) e l'autorità (strumenti di comando e controllo) alla regolazione collaborativa (contrattazione con i titolari di interessi).

Inutile dire che questi notevoli cambiamenti stanno progressivamente minando le fondamenta del diritto moderno, vale a dire, la gerarchia tra norme legislative e norme attuative, l'autonomia dell'ordinamento giuridico e l'identità dei soggetti giuridici.

### 4. *I principi ambientali come elementi di collegamento tra il diritto moderno e il diritto post-moderno*

Se il diritto moderno non deve necessariamente darsi obiettivi specifici, il diritto contemporaneo, al contrario, è un diritto per obiettivi. Pertanto, la maggior parte degli accordi internazionali sull'ambiente e dei codici ambientali nazionali sono caratterizzati non solo dalla proclamazione di obiettivi giuridici, ma comprendono altresì dei principi volti a mobilitare una serie di soggetti sociali e politici (come i principi precauzionale, di prevenzione, chi inquina paga, di sostenibilità, di sussidiarietà, di autosufficienza, di prossimità, di integrazione, di partecipazione, di riduzione dell'inquinamento alla fonte, di cooperazione, o la clausola di *standstill*).

Rispetto ad altre discipline giuridiche, il diritto ambientale rappresenta l'esempio più calzante di disciplina orientata per obiettivi e pertanto contrassegnata dalla presenza di un gran numero di principi. Ad esempio i principi chi inquina paga, di prevenzione e precauzione, anche se si basano su slogan politici di portata generale, sono stati recentemente inseriti in svariati strumenti giuridici, dai codici ambientali di Svezia e Francia, rispettivamente del 1998 e del 2000, a vari protocolli internazionali. Al contrario di altre sezioni del Trattato

CE, quella sull'ambiente (Titolo XIX) elenca almeno cinque principi (prevenzione, precauzione, chi inquina paga, correzione alla fonte, elevato livello di tutela), alcuni dei quali hanno avuto un'influenza decisiva su sentenze rese dalla Corte dei Diritti dell'Uomo e dalla Corte di Giustizia delle Comunità europee su casi molto difficili<sup>17</sup>. Nel processo di codificazione delle leggi nazionali, i legislatori spesso enunciano principi che sono già contenuti negli accordi internazionali.

Tali principi sono molto diversi dai principi generali del diritto cui abbiamo fatto riferimento in precedenza. Se questi ultimi sono applicati dalle corti attraverso un processo induttivo, i primi sono invece previsti direttamente da disposizioni di legge e devono essere applicati direttamente dai pubblici poteri. La presenza di questi principi sia negli strumenti di *soft law* che in quelli di *hard law* è dovuta proprio al fatto che il diritto ambientale è il settore del diritto maggiormente caratterizzato da elementi postmoderni. I principi chi inquina paga, di prevenzione e di precauzione, in particolare, sono emblematici delle funzioni che i principi devono assumere nel contesto del diritto post-moderno, che trova come suoi elementi fondanti la flessibilità, l'adattabilità ed il pluralismo. In particolare, proprio perché contengono orientamenti innovativi, questi principi arricchiscono la formulazione e l'attuazione del diritto ambientale da parte delle autorità statali, in una prospettiva postmoderna.

In altri termini, i principi possono svolgere una funzione di stimolo di nuove politiche pubbliche (par. 4.1). Inoltre, precisando con maggiore chiarezza i limiti entro cui le pubbliche amministrazioni esercitano i loro poteri discrezionali offrono, alle autorità stesse un quadro orientativo più coerente e, di conseguenza, ne legittimano l'azione (par. 4.2). Sollevando le corti dall'obbligo di procedere ad un'interpretazione troppo letterale dei testi, essi svolgono anche una funzione interpretativa (par. 4.3). Infine, vedremo come questi principi possono svolgere un ruolo determinante nella conciliazione di interessi diversi. Si tratta di un'attività di grande importanza nel diritto post-moderno, in quanto è volta a chiarire ai giudici l'esatta portata delle misure di tutela ambientale (par. 4.4). I principi del diritto ambientale si atteggiavano quindi come tipiche norme del diritto post-moderno.

<sup>17</sup> N. DE SADELEER, op. cit., pp. 119-124.

#### 4.1. Una funzione di stimolo

I principi non sono mai autosufficienti. Nessun legislatore può infatti limitarsi ad enunciare dei principi-obiettivo, senza prevedere in concrete modifiche legislative. Al contrario, deve attivarsi, nei vari settori e nei vari procedimenti, per dare piena applicazione a questi principi<sup>18</sup>.

Pertanto, i principi sono in primo luogo da intendersi come elementi di stimolo per il legislatore, che è chiamato a farli vivere, adottando specifiche misure attuative. A livello nazionale, quindi, il legislatore rende operativi i principi attraverso una specifica legislazione. Lo stesso vale per il diritto ambientale internazionale, che è formato da protocolli guidati e orientati da principi di base, fissati in convenzioni quadro. In diritto comunitario, varie direttive e regolamenti sono chiamate ad attuare i principi sanciti all'art. 174 (c. 2) del Trattato CE. Ad esempio, laddove vi sia incertezza sull'esistenza o sulla portata di rischi per la salute umana, il principio precauzionale consente alle istituzioni comunitarie di adottare misure di tutela "senza necessità di attendere fino a quando l'effettività e la gravità dei rischi si manifestino in tutta la loro evidenza"<sup>19</sup>. Il principio di integrazione svolge inoltre un ruolo di primaria importanza nella scelta delle basi giuridiche più opportune per i provvedimenti in materia di ambiente<sup>20</sup>. Da ultimo, tale funzione di stimolo ha consentito di giustificare lo sconfinamento del diritto ambientale nella sfera di alcuni diritti fondamentali, come il diritto di proprietà<sup>21</sup>. Il principio chi inquina paga, ad esempio, che impone la riduzione dei nitrati derivanti dalle attività di agricoltura intensiva, può giustificare un'interferenza con i diritti di proprietà, sempre che essa non sia sproporzionata e intollerabile<sup>22</sup>. In base alla stessa logica, in relazione all'art. 30 del Trattato CE, si è riconosciuto il principio precauzionale come fondamento e giustificazione per la

<sup>18</sup> N. DE SADELEER, *Les principes du pollueur-payeur, de prévention et de précaution*, Bruxelles, 1999.

<sup>19</sup> Causa C-157/96, *NFU*, 1998, in CGCE-2265.

<sup>20</sup> N. DHONDT, *Integrating EC Environmental Protection to other EC Policies*, Groeningen, 2002, p. 170.

<sup>21</sup> G. WINTER, *Environmental Principles in Community Law*, in *JANS, The European Convention and the Future of EC Environmental Law*, Groeningen, 2003.

<sup>22</sup> Causa C-293/97, *Standley*, 1999, in CGCE-2603.

restrizione dei diritti fondamentali, nel caso del libero commercio di agenti chimici pericolosi per la salute umana<sup>23</sup>.

La flessibilità dei principi ambientali consente inoltre al legislatore di elaborare norme meno dettagliate<sup>24</sup>. Detto in altri termini, i principi consentono al legislatore di realizzare un'economia di mezzi, evitando il ricorso ad una tecnica normativa frammentaria, che si è spesso tradotta in un numero eccessivo di norme particolareggiate. Tale flessibilità ha l'ulteriore vantaggio di favorire l'adeguamento delle norme a fatti in continuo mutamento, garantendo in tal modo ai principi quell'uso permanente che le norme troppo complete e puntuali non sono in grado di garantire. Grazie alla loro "malleabilità" i principi non devono essere continuamente modificati al mutare delle circostanze. In tal senso, i principi servono a ridurre la precarietà giuridica che caratterizza il diritto post-moderno. Flessibili e adattabili per natura, i principi svolgono un'importante funzione in un'ottica di lungo termine, colmando le lacune delle norme puntuali, che devono invece essere formalmente modificate ogni volta che mutano le condizioni di fatto. Mentre le norme vengono continuamente modificate, i principi restano immutabili.

#### 4.2. *Una funzione di guida*

Quando il legislatore applica i principi chi inquina paga, di prevenzione e di precauzione, si rivolge non solo alle amministrazioni centrali, ma anche a quelle territoriali: le disposizioni di legge, ma anche le decisioni dei singoli soggetti dovranno da quel momento conformarsi ai principi sanciti dal diritto. Tali principi fungeranno pertanto da guida per l'uso dei poteri discrezionali da parte delle autorità amministrative. Winter sottolinea, ad esempio, che ai principi di cui all'art. 174 del Trattato CE può attribuirsi una "funzione direttiva"<sup>25</sup>. Detta funzione comporta, tra le altre cose, l'obbligo di affrontare i problemi ambientali secondo un approccio olistico e non frammentario<sup>26</sup>. Nel mio libro sui principi ambientali, ho scelto di usare il termine "principi direttivi" in luogo dell'abituale termine "principi

<sup>23</sup> Causa C-473/98, *Toolex*, 2000, in CGCE-5702.

<sup>24</sup> N. DE SADELEER, *Environmental..*, op. cit., p. 302; J. VERSCHUUREN, *Principles of Environmental Law*, Baden-Baden, 2003, pp. 40 e 134.

<sup>25</sup> G. WINTER, op. cit., p. 11.

<sup>26</sup> ID, pp. 7-8.

politici” che, a mio avviso, non rende l’idea di questa particolare funzione giuridica.

Tale fenomeno è diretta conseguenza dell’affermarsi del diritto post-moderno. I poteri pubblici hanno infatti sempre più bisogno di essere “orientati”, trovandosi a dover bilanciare interessi che richiedono nel quotidiano l’uso di ampi poteri discrezionali. Citerò solo qualche esempio. Quando si trovano a decidere se autorizzare un progetto che comporta un considerevole impatto su un’area naturale protetta, le autorità nazionali sono tenute, in conformità alla direttiva 92/43/CE, a cercare di controbilanciare da un lato “i motivi imperativi di rilevante interesse pubblico” i quali giustificano il progetto e, dall’altro, la necessità di prevenire danni irreversibili alla biodiversità. L’obbligo di utilizzare le migliori tecniche disponibili, ai sensi della direttiva 96/61/CE (detta IPPC) porta anch’esso ad una valutazione comparativa degli interessi ambientali, da un lato, e di quelli economici, dall’altro. Quando la Commissione europea è chiamata ad esaminare le singole richieste di deroga rispetto alla normativa sulla concorrenza, ai sensi dell’art. 81 c. 3 del Trattato CE, non può concedere deroghe per attività che avrebbero conseguenze dannose sull’ambiente; nel contempo dovrebbe adottare maggiore flessibilità nei confronti di progetti che recano benefici all’ambiente.

#### *4.3. Una funzione interpretativa*

I principi possono essere visti come ciò che collega gli ideali con le norme<sup>27</sup>. In effetti, i principi differiscono dalle norme per il fatto che queste ultime possono essere applicate più facilmente ai casi concreti. Tuttavia, i principi possono essere usati allo stesso modo da amministrazioni e giudici per interpretare norme di legge applicabili a casi concreti, segnatamente quando si tratta di norme imprecise ed aperte<sup>28</sup>. Un esempio interessante è rappresentato dalla differenza tra rifiuto e residuo, che è stata oggetto di un dibattito dottrinale molto acceso e di numerose controversie in diritto comunitario. Secondo la Corte di Giustizia delle Comunità europee, il concetto di rifiuto va interpretato in base alle finalità della direttiva 75/442/CEE, che impone di tutelare la salute umana e l’ambiente dagli effetti nocivi dei rifiuti.

<sup>27</sup> J. VERSCHUUREN, op. cit., p. 25.

<sup>28</sup> ID., pp. 38 e 131.

La Corte di Giustizia ha inoltre puntualizzato che, ai sensi dell'art. 174 c. 2 del Trattato CE, la politica comunitaria in materia ambientale deve mirare a garantire un elevato livello di tutela e deve basarsi in particolare sul principio precauzionale e sul principio di prevenzione<sup>29</sup>. Ne consegue l'impossibilità di dare un'interpretazione restrittiva del concetto di rifiuto.

Se è vero che alcuni principi ambientali, come quello precauzionale, accrescono la libertà interpretativa delle istanze giurisdizionali, queste sono comunque vincolate a trovare soluzioni che siano in armonia con lo spirito dell'ordinamento giuridico. Per di più, i giudici possono ricorrere a principi come quello di prevenzione o di precauzione solo ove vi siano necessità di carattere interpretativo. I principi, infine, sono sempre applicati in combinazione con norme più precise, circostanza che riduce ulteriormente i rischi di incertezza del diritto.

#### *4.4. Il bilanciamento tra interessi contrastanti*

Come si è visto in precedenza, in base alla concezione "moderna" del diritto, sia i giudici nazionali che le corti internazionali svolgono un ruolo importante nell'elaborazione di principi generali del diritto, colmando le lacune esistenti negli ordinamenti giuridici. Secondo la prospettiva del diritto post-moderno, le corti ed i giudici sono certamente chiamati ad applicare prevalentemente i principi enunciati in testi di legge quali convenzioni o leggi quadro (principi direttivi), piuttosto che principi desunti dalla giurisprudenza (principi generali del diritto). Il ruolo dei giudici è pertanto mutato: si è passati dall'attuazione dei principi stabiliti dal giudice a quella dei principi emanati dal legislatore.

Il ricorso a tali principi è quindi auspicabile in quanto, a differenza delle norme puntuali, i principi rendono possibile la coesistenza di interessi divergenti, offrendo la flessibilità necessaria per trovare soluzioni in grado di conciliare tutti gli interessi da prendere in considerazione nei singoli casi. Norme eccessivamente puntuali finiscono infatti per essere troppo rigide per potersi conciliare con politiche pubbliche che molto spesso sono in contraddizione tra loro. Se si considera la loro portata generale si può affermare che i principi

<sup>29</sup> Cause C-418/97 e C-419/97, *ARCO Chemie Nederland*, 2000, in CGCE I-4512, considerando 39.

chi inquina paga, di prevenzione e precauzione consentono ai giudici di bilanciare e conciliare interessi anche molto divergenti tra loro col massimo della flessibilità. Inoltre, guardando ai provvedimenti ambientali sotto un profilo diverso, quando si tratta di dirimere controversie fra interessi in conflitto si può notare come i principi ambientali possano far pendere la bilancia con maggiore forza dalla parte della tutela ambientale. In breve, i principi ambientali rappresentano uno strumento fondamentale attraverso cui stemperare contraddizioni e antagonismi.

### *5. Conclusioni*

I principi del diritto ambientale segnano il passaggio dal diritto moderno, fondato sugli *standards* fissati dal processo normativo, al diritto post-moderno, basato invece sulla natura pragmatica, graduale, instabile e reversibile delle norme. Se la prospettiva moderna comportava una netta distinzione tra il diritto e le altre discipline, oggi non è più così. In chiave postmoderna, infatti, il diritto ambientale dovrà essere organizzato intorno ad una serie di principi, che rappresentano degli strumenti per conciliare interessi contrastanti. Ovviamente, l'affermazione del diritto post-moderno nella storia contemporanea non è tanto un fenomeno di cui si possa individuare con esattezza l'inizio, quanto un processo che si è realizzato gradualmente, grazie ad un progressivo superamento dell'ordinamento giuridico moderno. Va detto inoltre che il passaggio dalla modernità alla postmodernità non è radicale e, per il momento, i due modelli continuano a convivere fianco a fianco. Infine, va riconosciuto che i principi che caratterizzano il diritto ambientale contemporaneo, anche se sono enunciati da leggi, mostrano una relativa fragilità. Difatti, anche quando sono esplicitamente riconosciuti da convenzioni quadro o codici ambientali, i principi non sono mai al riparo da modifiche, in quanto nulla vieta al legislatore di intervenire su di essi. Analogamente, possono in qualunque momento essere contraddetti dai loro stessi protocolli o regolamenti attuativi, in quanto sono sullo stesso livello gerarchico delle altre norme. Per consentire ai giudici di svolgere un significativo ruolo guida per i legislatori, sarebbe quindi preferibile collocarli al massimo livello nell'ordinamento giuridico, ovvero, nel

caso dei regimi giuridici del continente europeo, al livello occupato dalla Costituzione.