

## LA RESPONSABILITÀ DELLO STATO PER I DANNI AI BOSCHI (\*) (\*\*)

REINER SCHMIDT

SOMMARIO: I. Introduzione. — II. I fondamenti della pretesa al risarcimento. — II.1. Il « diritto di vicinato » di natura privatistica. — II.2. Violazione dei doveri d'ufficio. — II.3. Pretese derivanti dall'espropriazione. — III. L'obbligo del legislatore.

I. Dopo la decisione del *Bundesverfassungsgericht* del 14 settembre 1983 <sup>(1)</sup>, dopo le sentenze pronunciate dagli *Oberlandesgerichte* di Colonia <sup>(2)</sup> e Monaco <sup>(3)</sup>, dopo la pubblicazione dei pareri di Leisner <sup>(4)</sup> e Suhr <sup>(5)</sup> e dopo numerosi contributi al tema della responsabilità dello Stato per danno ai boschi è opportuno tracciare un bilancio provvisorio <sup>(6)</sup>.

(\*) Gli *Oberlandesgerichte* di Colonia e Monaco hanno respinto una richiesta di risarcimento per danno di 'nuovo genere' al manto boschivo. Ciò è comprensibile, nonostante il « sacrificio speciale » sostenuto dai proprietari di boschi, perché il diritto vigente in materia di responsabilità non garantisce alcuna compensazione. L'autore mostra che il legislatore è obbligato da un punto di vista costituzionale a porre rimedio a questa situazione. In caso di violazione da parte sua del dovere di tutela, sono i tribunali civili che, facendo direttamente riferimento all'art. 14 GG, devono garantire un risarcimento.

(\*\*) Traduzione di Giuseppe Sanviti e di Ute Spanrad.

<sup>(1)</sup> *NJW* 1983, 2931.

<sup>(2)</sup> *NJW* 1986, 589, con nota di v. Hippel.

<sup>(3)</sup> *JZ* 1987, 88 con nota di Schwabe.

<sup>(4)</sup> *Waldsterben-öffentlichrechtliche Ersatzansprüche*, 1983.

<sup>(5)</sup> *Immissionschäden vor Gericht*, 1986, 19 ss.

<sup>(6)</sup> BENDER, *VerwArch.* 1986, 335 ss.; v. DÖRNBERG, *NuR* 1986, 45 ss.; EBERSBACH, *NuR* 1985, 165 ss.; FELDHAUS, *UPR* 1987, 1 ss.; v. HIPPEL, *NJW* 1985, 30 ss.; Id., *ZRP* 1986, 23 ss.; Id., *NJW* 1986, 592 s.; J. HOFMANN, *ZRP* 1985, 164 ss.; LAUDER, *NJW* 1987, 1236 ss.; Id., *DÖV* 1986, 545 ss.; LANGER, *NVwZ* 1987, 195 ss.; MURSWIEK, *WuV* 1986, 179 ss.; Id., *NVwZ* 1986, 611 ss.; Id., *NVwZ* 1987, 481 ss. (risposta a LANGER); v. USSLAR, *NuR* 1983, 289 ss. Inoltre vedi BAUMAN (a cura di)

Mentre la giurisprudenza fino ad oggi ha respinto all'unanimità una responsabilità della Repubblica Federale di Germania per i danni di nuovo genere provocati ai boschi dall'inquinamento atmosferico<sup>(7)</sup>, la dottrina, a dire la verità con motivazioni diverse, perviene in modo prevalente al risultato opposto<sup>(8)</sup>. Vista la tendenza al formarsi di una giurisprudenza consolidata che sembrò delinarsi in materia di responsabilità dello Stato dopo lo shock della decisione del *Bundesverfassungsgericht* in merito alla « estrazione di ghiaia bagnata »<sup>(9)</sup> in un primo momento questo fatto può sorprendere<sup>(10)</sup>; se d'altra parte però si confronta il fenomeno — vale a dire danni provocati da una serie di trasporti di sostanze dannose effettuati da più committenti che non possono più essere individuati — con uno dei principi fondamentali in materia di risarcimento da parte dello Stato, quello della imputabilità di un danno ad un concreto danneggiante, questa diversa interpretazione diventa ovvia. In ordine cioè al problema relativo alla forma in cui lo Stato viene in rilievo come danneggiante e del modo in cui, in un caso del genere, esso ha violato dei doveri che danno luogo ad un obbligo di risarcimento, emergono insicurezze e margini di valutazione che la dottrina interpreta a favore del danneggiato. Visto il sacrificio speciale sostenuto dai proprietari dei boschi, ciò è comprensibile; occorre tuttavia esaminare se spetta alla *giurisprudenza* attribuire un compenso<sup>(11)</sup> ritenuto comunemente necessario.

---

*Rechtsschutz für den Wald*, 1986, con articoli di Schütt, Krems, Suhr, H.-G. Hofmann, Gündling, Altner e Baumann.

(7) Vedi oltre alle decisioni citate precedentemente nelle note 1, 2 e 3, *Landesgericht* di Bonn, *NJW* 1985, 71; *Landesgericht* di Stoccarda, *VersR* 1986, 249.

(8) Se gli autori citati nella precedente nota 6 non presuppongono già, in base al diritto vigente, una responsabilità dello Stato, essi ritengono perlomeno necessaria, in riferimento a profili generali di giustizia, se non addirittura ad un fondamento costituzionale, una indicazione al legislatore in ordine ad un dovere di tutela.

(9) *BVerfGE*, 58, 300 = *NJW* 1982, 745 = *NVwZ* 1982, 242.

(10) Una rinuncia alle pretese di risarcimento per « intervento simile alla espropriazione » o per « intervento espropriativo nel senso esatto del termine » non è motivata; in tal senso, in luogo di molti altri, v. MAURER, *AllgVerwR*<sup>5</sup> 1986, 576 ss.

(11) Anche autori che in base al diritto vigente non danno per scontate pretese di diritto pubblico al risarcimento del danno e all'indennizzo, ritengono, sul piano giuridico-politico, che i proprietari di bosco danneggiati siano « meritevoli di risarcimento » e non solo « bisognosi di risarcimento »; così ad es. BENDER (v. prec. nt. 6), 371.

Ciò sarebbe accettabile soltanto se questo compito potesse essere risolto *lege artis*, vale a dire nell'ambito delle usuali possibilità di interpretazione.

Per quanto riguarda la fattispecie, regna ampia concordia. La fattispecie può essere riferita in questo luogo nella dovuta concisione. In base all'attuale stadio di conoscenze i danni ai boschi che sono stati riconosciuti come di nuovo genere, non possono essere spiegati in modo moncausale, per esempio essere ricondotti soltanto alla « pioggia acida ». Fattori naturali di stress e monoculture hanno certamente, a seconda della posizione, con intensità diversa, contribuito ai danni. Tuttavia non esiste alcun dubbio che l'inquinamento atmosferico causato da anidride solforosa e ossido d'azoto e dai loro prodotti di trasformazione fotoossidanti) siano un fattore essenziale<sup>(12)</sup> all'interno dei complessi eventi di causa ed effetto. La parte principale di acido solforico viene prodotta dalle centrali elettriche e dalle industrie; per quanto riguarda l'ossido di azoto la responsabilità primaria riguarda sempre le centrali elettriche ed il traffico. Per lo spostamento delle sostanze tossiche contenute nell'aria a grandi distanze e la loro combinazione con effetti additivi o anche con effetti iperadditivi (sinergici) si manifestano danni anche nelle aree c.d. ad aria pura. A causa di un equilibrato bilancio dei danni « con effetti di esternalità » (il 50% dell'inquinamento atmosferico rilevante per i danni ai boschi viene esportato, il 50% importato) i provvedimenti presi a livello nazionale per limitare la presenza di sostanze dannose riescono ad incidere positivamente soltanto per la metà<sup>(13)</sup>.

II. Un breve esame delle condizioni che possono dar luogo a pretese al risarcimento, seguendo le sentenze degli *Oberlandesgerichte* di Colonia e Monaco ed includendo le opinioni divergenti della dottrina, deve chiarire quali ostacoli i tribunali dovrebbero superare per poter corrispondere un risarcimento ai proprietari di boschi.

II. 1. Il tentativo di far leva sul § 14 del *Bundesimmissionsschutzgesetz* come fondamento<sup>(14)</sup> per le pretese nei confronti dello Stato, si deve considerare un fallimento. Ambedue gli *Oberlandesgerichte* sotto-

(12) Delle numerose ricerche e comunicazioni si veda solo lo specifico parere del consiglio di esperti per questioni ambientali « *Waldschäden und Luftverunreinigung* » del marzo 1983, *Bundestags-Drucksache* 10/113 e la delibera del Governo Federale del 19 novembre 1985, *Bundestags-Drucksache* 10/4284.

(13) Notizie più particolareggiate in BENDER (v. preced. nt. 6), 337 ss.

(14) A tale riguardo come punto fondamentale vedi anche il parere di SUHR (v. preced. nt. 5), 53 ss e v. DÖRNBERG (nt. 6 precedente), 45 ss.

lineano che siamo in presenza di una norma del diritto privatistico « di vicinato » che trasforma l'originaria pretesa di difesa contro una costruzione autorizzata, in un diritto di risarcimento con completa compensazione in denaro. Questa pretesa di risarcimento del *danno* si rivolge contro il danneggiante, cioè contro il titolare della costruzione, già favorito dal « dovere di tolleranza » dell'altro. La Repubblica Federale, tuttavia, non è titolare della costruzione, anche se essa resta con un ruolo determinante dietro i titolari di imprese industriali; l'idea di una « responsabilità per garanzia » dello Stato è stata rigettata da entrambi i tribunali, perché esulava dalla fattispecie del § 14 del *Bundesimmissionsschutzgesetz*, contraddiceva allo scopo di tale legge e rendeva infinitamente vasta la cerchia di coloro che potevano vantare pretese. In conclusione nessun proprietario di boschi potrebbe essere considerato « vicino » nel senso del § 14 proposizione 1 del BImSchG del titolare di una costruzione comunque coinvolto. A ragione l'*Oberlandesgericht* di Colonia<sup>(15)</sup> non ha intravisto alcuna possibilità per una corrispondente integrazione conforme alla Costituzione, perché il *Bundesimmissionsschutzgesetz* può essere compatibile con l'art. 14 I 2 Gg o essere invece invalido e quindi inapplicabile.

Complessivamente non desta meraviglia che i tribunali non abbiano seguito l'argomentazione dei ricorrenti in ordine al § 14 del BImSchG. In caso contrario, una norma sul « diritto di vicinato » avrebbe comportato, come ha formulato in modo appropriato l'*Oberlandesgericht* di Monaco<sup>(16)</sup>, che lo Stato in generale « avrebbe dovuto essere responsabile per i danni in quanto non aveva contribuito ad evitarli ». I confini per un perfezionamento a livello giurisdizionale sarebbero con ciò stati superati. In conclusione, bisogna rilevare che il § 14 BImSchG, anche se si accetta la sua applicabilità a rapporti riguardanti ampi spazi, offre soltanto una tutela incompleta. Esso infatti, vale soltanto per costruzioni autorizzate e quindi, per esempio, non vale per inquinamento derivante da traffico o da riscaldamento di abitazioni private<sup>(17)</sup>.

---

<sup>(15)</sup> NJW 1986, 589 (590).

<sup>(16)</sup> JZ 1987, 88 (89).

<sup>(17)</sup> SCHWABE (v. preced. nt. 3), 91, non considera affatto applicabile il § 14 BImSchG a causa del § 906 BGB « anteposto » al primo, perché nessun dovere di tolleranza compensato da pretese al risarcimento ha avuto come esito il danno ai boschi. Con ciò coglie però soltanto il fondamento portante delle decisioni degli *Oberlandesgerichte* di Colonia e Monaco, la mancanza cioè di un rapporto di vicinato.

II. 2. Per una pretesa di risarcimento di danni rivolta contro la Repubblica Federaale di Germania in base al § 839 I BGB in collegamento con l'art. 34 Gg è di importanza decisiva se oggetto del ricorso è un'azione o un'omissione del legislatore, poiché per ognuna di queste forme di attività valgono differenti principi di responsabilità.

a) Innanzitutto si deve accertare se la fissazione di valori di immissione ritenuti troppo alti ricade soprattutto nella cerchia di problemi dell'«ingiustizia normativa» poiché la regolamentazione decisiva, in definitiva, si trova nella *Technische Anleitung zur Reinhaltung der Luft*, quindi in una norma amministrativa che in conformità al § 48 BImSchG, è stata rilasciata dal governo federale con l'approvazione del *Bundesrat* (art. 84 II Gg). L'*Oberlandesgericht* di Colonia cerca di risolvere la questione con un notevole impiego di citazioni<sup>(18)</sup>, ivi compreso il *Bundesverfassungsgericht*<sup>(19)</sup>, e mettendo le disposizioni amministrative generali sullo stesso piano dei regolamenti, nonostante che le citazioni adottate non diano chiarimenti in merito. Esse infatti trattano soltanto del rapporto tra regolamenti secondo l'art. 80 Gg ed altri atti normativi. L'*Oberlandesgericht* di Monaco, invece, trascura il problema completamente quando parla in una frase delle «*disposizioni amministrative per la purezza dell'aria*» e nell'altra dice che «in fondo si tratta di una omissione dell'autore del regolamento»<sup>(20)</sup>.

Limitandosi al modello di responsabilità relativo alla violazione dei doveri d'ufficio, sembra perlomeno sostenibile la possibilità di porre sullo stesso livello le norme e le disposizioni amministrative, ai sensi del § 48 BImSchG, poiché nel caso di regole generali ed astratte (fatta eccezione per il raro caso della legge individuale) e delle disposizioni amministrative di cui al § 48 BImSchG manca di regola la riferibilità ai terzi precisamente individuabili che si ha invece quando vengono in rilievo doveri d'ufficio. Mentre per gli atti legislativi si ha una giurisprudenza stabile in tal senso<sup>(21)</sup> e mentre per gli atti normativi dell'esecutivo esiste su ciò un consenso generale<sup>(22)</sup> — il che può essere giustificato, vista la difficoltà dell'imputazione causale dell'illecito al deputato o al membro

<sup>(18)</sup> *NJW* 1986, 589 (591); vengono citati Herzog, Maunz-Zippelius, Leibholz-Rinck e Wolff-Bachof.

<sup>(19)</sup> *BVerfGE*, 18, 59.

<sup>(20)</sup> *JZ* 1987, 88 (90).

<sup>(21)</sup> Così, per es., *BGHZ*, 24, 302 = *NJW* 1957, 1235; *BGHZ* 35, 83 = *NJW* 1966, 877; *BGHZ* 56, 40 = *NJW* 1971, 1172.

<sup>(22)</sup> M. MEYER in: v. MÜNCH, *GG*, 2ª ediz. (1983), vol. 2º, art. 34, nt. 51.

del governo <sup>(23)</sup> — in ordine alle disposizioni amministrative subentra un argomento ulteriore ed essenziale: esse comunque non regolano rapporti con l'esterno e quindi, già per la loro natura, un riferimento generale a terzi va escluso in linea di principio.

b) Se quindi per il provvedimento della *Technische Anleitung zur Reinhaltung der Luft* la figura giuridica di una violazione degli obblighi d'ufficio, anche se non senza incertezze, può venire in rilievo dal punto di vista della «ingiustizia normativa», occorre poi ulteriormente indagare se si tratta di un fare o di un non fare legislativo. Mentre entrambi gli *Oberlandsgerichte* ritengono che gli attori non si siano rivolti contro il provvedimento della *Technische Anleitung zur Reinhaltung der Luft* in quanto tale, ma contro il fatto che il provvedimento in questione non sia stato emesso col contenuto più rigoroso <sup>(24)</sup> che essi desideravano, dal punto di vista degli attori, il governo federale, con i limiti che ha posto per i valori di immissione, non ha impedito i danni alla vegetazione ma li ha *provocati*. Questa tesi <sup>(25)</sup> è stata sviluppata, o meglio, sostenuta dalla dottrina, si basa sull'idea che con la determinazione da parte dello Stato dei valori di immissione, non soltanto ci si è intromessi nella libertà di colui che causa l'immissione, ma che anzi, nello stesso tempo, sono stati limitati i diritti fondamentali di coloro che ne sono stati danneggiati, poiché questi, a causa di tali norme sono stati obbligati a tollerare l'impatto di tutte le immissioni che sono così permesse. Questa idea della «duplicità di effetti» di ciascuna norma giuridica <sup>(26)</sup>, con cui si delimitano reciprocamente le sfere di libertà dei cittadini, è «di per sé» giusta e incontestabile. Essa è tuttavia troppo astratta e radicale per poter essere utilizzabile da un punto di vista giuridico. Tra l'altro implica infatti l'eliminazione in generale della distinzione tra fare e non fare e semplifica quindi in modo inammissibile differenziazioni finora giuridicamente rilevanti che dovrebbero rendere possibile un obiettivo equilibrio degli interessi. I rapporti giuridici non nascono mai per forza propria, ma solo quando vengono *giuridicamente* previsti <sup>(27)</sup>. Se il legisla-

<sup>(23)</sup> v. OSSENBÜHL, *Staatshaftungsrecht*<sup>3</sup>, (1983), 63.

<sup>(24)</sup> *Oberlandesgericht* di Colonia, *NJW* 1986, 589 (591) *Oberlandesgericht* di Monaco, *JZ*, 1987, 88 (90).

<sup>(25)</sup> Così soprattutto MURSWIEK, *Die staatliche Verantwortung für die Risiken der Technik*, 1985, 62 ss. (89 ss); analogamente SUHR, che parla di una posizione privilegiata del titolare della costruzione (v. preced. nt. 5, 37 ss.).

<sup>(26)</sup> MURSWIEK, *NVwZ*, 1986, 611.

<sup>(27)</sup> «Quasi quasi si ha timore di sottolineare che l'obbligo di tolleranza possa

tore con l'emanazione del *Bundesmissionsschutzgesetz* vuole tutelare da pericoli, occorre stabilire se intende agire nei confronti della generalità, nei confronti del titolare di una costruzione che è sottoposto agli obblighi che nascono da una autorizzazione o(e) nei confronti del « vicino ». La determinazione di valori di immissione significa omettere nello stesso tempo di fissare valori più severi nei confronti di tutti coloro che il legislatore non ha incluso nella sua regolazione in modo esplicito. Murswiek aggira tale conclusione quando afferma che di volta in volta ad ogni proprietario possono essere imposti doveri di tolleranza. Questo però vale soltanto per il vicino al quale il § 14 BImSchG nega il diritto di richiedere la cessazione dell'attività di un impianto o per colui che viene direttamente chiamato in causa in base all'art. 14 Gg. In senso giuridico non esistono doveri di tolleranza per terzi qualsiasi che si trovano al di fuori del rapporto di vicinato e che sono colpiti da immissioni; o perlomeno gli altri doveri non possono essere messi sullo stesso piano dei doveri di tolleranza propri di quei danneggiati che sono espressamente presi in considerazione dal legislatore <sup>(28)</sup>. Se si volesse vedere la questione in modo diverso, il concetto di intervento autoritativo perderebbe qualsiasi dimensione giuridicamente utilizzabile. Ciò vale per Murswiek. Per lui l'intervento autoritativo consiste nel fatto « che le persone colpite dall'immissione sono obbligate a tollerare le immissioni concretamente esistenti e non possono tutelarsi da colui che le causa » <sup>(29)</sup>. Collegando il concetto di intervento autoritativo ad un generico dovere di tolleranza che nel caso singolo non può essere circoscritto, questo alla fine viene a perdere ogni consistenza. Per motivi sistematici è perciò senz'altro esatto rimanere fermi alla distinzione tra fare e non fare, tra doveri di tolleranza del cittadino genericamente considerato e doveri di tolleranza del « vicino » specificamente preso in considerazione.

La connessione, che è importante per la distinzione tra fare e non fare, è cercata dall'*Oberlandesgericht* di Colonia « sul piano del § 839 BGB, che qui viene in rilievo, come violazione dei doveri d'ufficio » <sup>(30)</sup>; l'*Oberlandesgericht* di Monaco però, alla fine delle sue considerazioni sulla responsabilità per doveri d'ufficio, esamina la possibile violazione di un obbligo di tutela a causa di un'omissione *ex art. 21, II 1 Gg e art. 14*

---

risultare soltanto dall'ordinamento giuridico », osserva esattamente SCHWABE, *DVBl.* 1973, 104.

<sup>(28)</sup> Analogamente SCHWABE, *JZ* 1987, 92.

<sup>(29)</sup> *NVwZ* 1986, 613.

<sup>(30)</sup> *NJW* 1986, 589 (592).

I 1 Gc, come se si trattasse di una causa autonoma di responsabilità<sup>(31)</sup>. Su questo punto bisognerà ancora tornare.

c) Affermando la possibilità di una violazione dei doveri d'ufficio, posta in essere tramite «ingiustizia normativa» nella forma di comportamento omissivo, è già stabilito l'ulteriore decorso dell'indagine, ossia bisogna indagare più a fondo la riferibilità ai terzi dei doveri d'ufficio e, nel caso concreto, l'omissione da parte della *Technische Anleitung zur Reinhaltung der Luft* di stabilire valori di immissione più severi. Entrambi i tribunali sottolineano, a ragione, che le autorità competenti operano esclusivamente nell'interesse pubblico quando emanano norme giuridiche, senza tuttavia sempre salvaguardare il riferimento alla concreta problematica e cioè all'agire in base a disposizioni amministrative. Invece, si trovano argomentazioni, in ampia misura ovvie, sull'efficacia dei §§ da 5 a 7 BImSchG che, oltre a tutelare la generalità dei consociati, si proporrebbero di tutelare il «vicino»; non però il concreto proprietario di terreni e in modo particolare non il proprietario di boschi. Più decisiva è l'affermazione che la *Technische Anleitung zur Reinhaltung der Luft* sia stata emanata nell'interesse pubblico. Essa conterebbe in linea di principio solo direttive per le autorità incaricate dell'esecuzione del *Bundesimmissionsschutzgesetz* ma non si riferirebbe alle particolari esigenze dei proprietari di boschi. Anche se i doveri d'ufficio mancano di un riferimento a terzi, ciò non è di ostacolo ad ammettere una responsabilità statale in conformità al § 839 BGB in riferimento all'art. 34 Gc, se nell'ambito dell'esercizio di doveri generali d'ufficio si vengono ad intaccare i diritti fondamentali<sup>(32)</sup>. L'*Oberlandesgericht* di Monaco tratta questo problema con alcune brevi disposizioni. Già concettualmente non è possibile alcun intervento autoritativo nei confronti dei diritti dei ricorrenti. È ovvio «che non tutti coloro che sono durevolmente colpiti in un proprio bene giuridico (proprietà, salute, ecc.) da gas di scarico industriali, solo per questo possono avanzare pretese contro lo Stato che non li ha protetti interamente»<sup>(33)</sup>. Proprio questo però convincerà poco i proprietari di bosco danneggiati che, con i danni subiti dal bosco, hanno perduto o sono sul punto di perdere la «base stessa della loro esistenza». Sicuramente nessuno si aspetta una tutela «totale» contro i danni ambientali; ma sarà sufficiente per convincere colui i cui alberi si sfrondano e si disseccano senza dire che non ha luogo nessun intervento pubblico perché «qualche

<sup>(31)</sup> JZ 1987, 88 (90).

<sup>(32)</sup> Così l'*Oberlandesgericht* di Colonia, NJW 1986, 589 (591) con rinvio alla dottrina « Bundesgerichtshof, WM 1973, 491 (497).

<sup>(33)</sup> *Oberlandesgericht* di Monaco, JZ 1987, 88 (90).

interesse giuridico alla fin fine viene in qualche modo colpito indirettamente»<sup>(34)</sup>? Un più accurato apprezzamento dei danni sarebbe stato in questo caso auspicabile.

d) Mentre l'*Oberlandesgericht* di Monaco dopo la negazione di un intervento autoritativo nei confronti della proprietà dei ricorrenti esamina separatamente se, mediante un'omissione, non sia stato violato in modo evidente un dovere costituzionale di tutela, l'*Oberlandesgericht* di Colonia procede con un sistema diverso. Esso infatti esamina la tematica riguardante la violazione dei doveri di tutela nel quadro del § 839 BGB ed indaga se l'omissione compiuta dal legislatore — che potrebbe consistere anche nell'omissione di un miglioramento — si configura come violazione di doveri d'ufficio. Ci si ricollega quindi alla giurisprudenza del *Bundesverfassungsgericht* in materia dei doveri costituzionali di tutela, che si è sviluppata soprattutto in base ai casi rilevanti in materia ambientale<sup>(35)</sup>.

Questo modo di procedere dell'*Oberlandesgericht* di Colonia è più convincente sul piano sistematico. Nell'ambito di una istanza di risarcimento dei danni, bisogna infatti esaminare accuratamente i fondamenti della pretesa che vengono in rilievo, in questo caso soprattutto il § 839 BGB in collegamento con l'art. 34 Gg, perché l'oggetto della controversia sottoposta al *Bundesverfassungsgericht* « violazione di doveri costituzionali di tutela », se non si vuole urtare contro la regola della divisione dei poteri, può portare solo all'ammissibilità del risarcimento del danno da parte dei tribunali civili, qualora esso venga posto in relazione con una norma che prevede in via principale tale risarcimento.

Anche se il giudice ordinario, nell'ambito dell'accertamento di una violazione dei doveri d'ufficio, in astratto può stabilire autonomamente la misura della violazione, egli si richiama, per il problema della violazione dei doveri d'ufficio generata da omissione, alla giurisprudenza del *Bundesverfassungsgericht*, come se questa fosse vincolante per l'applicazione del § 839 BGB in riferimento all'art. 34 Gg. In tal modo la giurisprudenza del *Bundesverfassungsgericht*, originata dalla decisione a favore dell'« abolizione dei termini »<sup>(36)</sup> e riguardante la violazione da

<sup>(34)</sup> Così tuttavia l'*Oberlandesgericht* di Monaco, JZ 1987, 88 (90).

<sup>(35)</sup> BVerfGE, 49, 89 = NJW 1979, 359 (Kalkar) BVerfGE 53, 30 = NJW 1980, 759 (Mühleim-Kärlich); BVerfGE 56, 54 = NJW 1981, 1655 (Düsseldorf-Lohausen); BVerfG, NJW 1983, 2931 (danni ai boschi). V. anche BVerfGE 39,1 = NJW 1975, 573 (interruzione di gravidanza) e BVerfGE 46, 160 = NJW 1977, 2255 (Caso Schleyer).

<sup>(36)</sup> BVerfGE 39, 1 = NJW 1975, 573.

parte del legislatore di doveri di tutela compiuta mediante omissione (ivi compresa l'omissione di miglioramenti in riferimento all'obbligo di correzioni)<sup>(37)</sup>, viene fatta rientrare nei problemi della responsabilità per violazione dei doveri d'ufficio. Questo è esatto in riferimento a leggi formali che, in caso di loro incostituzionalità, il giudice ordinario, dovrebbe sottoporre al BVerfG in conformità all'art. 100 Gg. Un diverso ruolo della giurisdizione dei tribunali civili e di quella del BVerfG, rispetto alle leggi formali, non avrebbe infatti senso dopo l'orientamento che emerge dalle ultime decisioni di quest'ultimo. Diversamente potrebbe però essere in ordine al riesame di regolamenti e quando si ha a che fare con disposizioni amministrative pertinenti a casi concreti. In questo caso i tribunali civili avrebbero senz'altro la possibilità di variare i principi sviluppati dal BVerfG in riferimento alla violazione, tramite leggi formali, dei doveri di tutela. Richieste più severe, per esempio per quanto riguarda il dovere di miglioramento da parte dell'esecutivo, potrebbero quindi essere giustificate; anche perché è del tutto ragionevole pretendere dall'esecutivo un operato più flessibile, una reazione più veloce al variare delle circostanze.

La limitazione del riesame del giudice costituzionale a violazioni palesi da parte del legislatore delle scelte di fondo che si esprimono nei diritti fondamentali, può essere motivata in riferimento al principio fondamentale della divisione dei poteri, secondo cui deve rimanere in facoltà del legislatore decidere come egli intenda rispondere, nell'ambito di questioni altamente complesse, al suo dovere di tutela ed intervento; anche la richiesta aggiuntiva riguardo ad un dovere di miglioramento che poi deve sussistere soltanto quando una « regolamentazione in origine valida è diventata insostenibile a causa delle variazioni intervenute nel frattempo nel contenuto »<sup>(38)</sup>, sembra pertinente. Tuttavia è poco convincente quando il BVerfG nella sua sentenza sui danni ai boschi<sup>(39)</sup> mette in evidenza in questa difficile questione quali sforzi gli organi statali hanno analiticamente intrapreso nella lotta contro l'inquinamento atmosferico a partire dagli anni settanta. Il lungo elenco, in cui ci si imbatte, dell'attivismo statale a favore dell'ambiente difficilmente riesce a convincere colui che ha visto la morte dei boschi in vaste aree. Non sulla enumerazione delle ricerche fatte d'ufficio sui danni ai boschi, non sulle relazioni e norme al riguardo dovrebbe vertere il punto cruciale degli accertamenti giudiziari, ma sulla valutazione della loro efficacia.

<sup>(37)</sup> BVerfGE 56, 54 (81) — NJW 1981, 1655; BVerfG NJW 1983, 2931 (2932).

<sup>(38)</sup> BVerfGE 56, 54 (81) = NJW 1981, 1655.

<sup>(39)</sup> NJW 1983, 2932.

Se in base allo stato delle conoscenze dell'anno 1983 poteva ancora essere sostenibile considerare una violazione dei doveri di tutela del legislatore *chiaramente* immotivata <sup>(40)</sup>, questo potrebbe essere da giudicare diversamente per il futuro <sup>(41)</sup>.

II. 3. Pretese al risarcimento dal punto di vista di un intervento « espropriativo » o « simile alla espropriazione » e da quello dell'« imposizione di sacrificio », attualmente naufragano ancora sul criterio dell'intervento, se si parte, come la giurisdizione, dal fatto che viene valutata negativamente una omissione dell'autorità. Questa infatti, potrebbe essere qualificata soltanto « in via eccezionale come una intromissione autoritativa nella sfera giuridica del destinatario » <sup>(42)</sup>. Un'eccezionalità di tale genere, viene respinta da entrambi gli *Oberlandesgerichte*, che in questo modo aderiscono alla giurisprudenza consolidata del *Bundesgerichtshof* in merito alla differenza tra fare e non fare e mettono questa in relazione con il punto di vista « dell'evidenza » del BVerfG. Alle voci nella dottrina che prendono lo spunto da un intervento autoritativo nei confronti del diritto di cui all'art. 14 Gg, tramite omissione <sup>(43)</sup>, viene così opposta la tesi che il legislatore ha fatto il necessario e non si può quindi constatare una aperta violazione di doveri.

III. Una soluzione si può attendere soltanto dal legislatore. Al riguardo egli è obbligato anche costituzionalmente. Il dovere di dar vita ad una regolamentazione per garantire un indennizzo può essere dedotto dall'art. 14 Gg senza che per questo sia necessario un intervento autoritativo da parte dello Stato, una colpa o una semplice norma legislativa a tutela dei terzi. Sui proprietari dei boschi che dai danni a questi sono colpiti in maniera tale da minacciare la loro esistenza gravano oneri più pesanti in confronto ad altri e sono esposti ad un particolare sacrificio a favore della generalità. Come è stato mostrato non fanno presa le usuali motivazioni a fondamento della pretesa. Senza dubbio ricade sullo Stato, come ha esattamente stabilito il BVerfG, una corresponsabilità a causa della creazione dei presupposti delle varie autorizzazioni e con il conferimento delle autorizzazioni stesse <sup>(44)</sup>. Questa corresponsabilità non si può qualificare

<sup>(40)</sup> Così il BVerfG, NJW 1983, 2931 (2932).

<sup>(41)</sup> V. in generale anche R. SCHMIDT-H. MÜLLER, *Einführung in das Umweltrecht*, 1987, 13 ss.

<sup>(42)</sup> BGHZ 56, 40 = NJW 1971, 1172.

<sup>(43)</sup> Così per es. v. USSLAR (v. prec. nt. 6).

<sup>(44)</sup> BVerfGE 56, 54 (79) = NJW 1981, 1655 con rinvio a BVerfGE, 53, 30 (58) = NJW 1980, 759.

come « intervento autoritativo » nel senso della responsabilità dello Stato, ma essa ingenera nel legislatore un dovere di tutela obiettivo, cui si affianca una pretesa secondo la quale è dovere del legislatore prendere provvedimenti per adempiere a tale dovere di tutela <sup>(45)</sup>.

Tuttavia non può essere dedotta una lesione soggettiva del diritto da ogni violazione di un dovere di tutela basato sui diritti fondamentali. Bisogna invece esaminare attentamente nel caso specifico se il dovere di tutela è configurato in modo tale che sia possibile accertarne una violazione individuale, concreta e palese <sup>(46)</sup>. Per la funzione di protezione che i diritti fondamentali hanno in materia ambientale bisognerà partire da una « soglia di reazione più alta » di quanto invece non sia necessario fare per la loro classica funzione difensiva perché « a causa del diffuso carattere di violazioni dei diritti fondamentali in materia ambientale ... l'ordinamento giuridico deve reagire con maggiore distacco » <sup>(47)</sup>. Allo Stato quindi non può essere richiesto nessun comportamento specifico, per esempio l'istituzione di un fondo per risarcimenti <sup>(48)</sup>, anche se esistono motivi, in particolare tratti dall'economia di mercato, per parlare a favore di una tale soluzione <sup>(49)</sup>. In tal modo inoltre verrebbero soddisfatte le richieste di tributi speciali formulate dal BVerfG <sup>(50)</sup>. In via di ricorso costituzionale sarebbe soltanto possibile, sul piano processuale, far valere l'accertamento che il legislatore non ha adempiuto al suo dovere e quindi ha violato un diritto fondamentale; non sarebbe possibile però ottenere un determinato provvedimento legislativo <sup>(51)</sup>. Se poi il legislatore di fronte ad un tale accertamento del BVerfG non agisse di conseguenza, i tribunali civili avrebbero il dovere di attribuire risarcimenti direttamente ai sensi dell'art. 14 G6, a causa di una violazione normativa del dovere di tutela.

<sup>(45)</sup> Così pure ISENSEE, *Das Grundrecht auf Sicherheit*, 1983, 51 ss.; BADURA in: *Festschr. f. Eichenberger*, 1982, 491; SCHMIDT-AßMANN, *AöR* 106 (1981), 216 s.; MURSWIEK (v. prec. nt. 25), 216 ss.; Id., *WuV* 1986, 179 ss.

<sup>(46)</sup> Così soprattutto BADURA (v. prec. nt. 45), 491.

<sup>(47)</sup> Così, esattamente, SCHMIDT-AßMANN, *AöR* 106 (1981), 216.

<sup>(48)</sup> Vedi in proposito LUMMERT-THIEM, *Rechte des Bürgers zur Verhütung und zum Ersatz von Umweltschäden*, 1980; SHIGETOSURU-WEIDNER, *Ein Modell für uns. Die Erfolge der japanischen Umweltpolitik*, 1985.

<sup>(49)</sup> V. v. HIPPEL (v. prec. nt. 6).

<sup>(50)</sup> Rispetto al pagamento di conguagli con denaro proveniente dalle imposte sulla collettività, tale soluzione avrebbe il vantaggio che i potenziali autori verrebbero chiamati a pagare il danno e quindi il *Verursacherprinzip* verrebbe a prevalere sul principio di onere sulla collettività.

<sup>(51)</sup> Così anche BADURA (v. prec. nt. 45), 492.