



**IL PRINCIPIO DI PRECAUZIONE E IL SUO RUOLO NEL SINDACATO
GIURISDIZIONALE SULLE QUESTIONI SCIENTIFICHE CONTROVERSE***

di

Paola Savona

*(Dottore di ricerca in Diritto amministrativo –
Università degli studi di Roma Tre)*

28 dicembre 2011

Sommario: 1. *Premessa*. 2. *Prevenzione e precauzione nel diritto pubblico tedesco*. 3. *Il sindacato del giudice amministrativo sulle Risikoentscheidungen*. 4. *Il sindacato sulle misure finalizzate alla riduzione dei rischi in Italia*. 5. *Principio di precauzione “sostanziale” e paralisi del sindacato giurisdizionale*. 6. *Precauzione “procedurale” e sindacato di proporzionalità*.

1. Premessa

I principi di prevenzione e precauzione, cui, ai sensi dell’art. 191 TFU, deve informarsi la politica dell’Unione europea in materia ambientale, rinviano ad una coppia di concetti, fondamentale nel pensiero sociologico contemporaneo: il pericolo e il rischio.

Sia il rischio che il pericolo, spiega Niklas Luhmann, presuppongono un’incertezza in riferimento a dei danni futuri. “*Ci sono allora due possibilità: o l’eventuale danno viene visto come conseguenza della decisione, cioè viene attribuito ad essa, e parliamo allora di rischio, per la precisione di rischio della decisione; oppure si pensa che l’eventuale danno sia dovuto*

a fattori esterni e viene quindi attribuito all'ambiente: parliamo allora di pericolo.”¹ In altre parole, il rischio è la conseguenza di un atto decisionale, il pericolo proviene dall'esterno: dalla natura, ma anche da decisioni prese da altri (sotto questo profilo lo stesso potenziale evento dannoso può essere considerato un rischio o un pericolo a seconda che chi ne è colpito abbia partecipato o meno alla decisione)².

Luhmann individua un tratto (o forse *il*) tratto caratterizzante della società contemporanea nel passaggio dal pericolo al rischio, cioè nella tendenza a considerare rischi (effetti di una decisione umana) quelli che prima erano visti come pericoli (e perciò imputati alla natura, al fato o alla divinità).³

Ciò non significa che i pericoli naturali oggi non esistano più, ma in essi (*rectius* nelle conseguenze devastanti che da questi derivano) è percepito come decisivo il comportamento dell'uomo.⁴

Un esempio delle diverse reazioni, nel tempo, della società di fronte al verificarsi della catastrofe, ci è offerto dalla storia.

Nel 1755 un terribile terremoto distrusse Lisbona, la quarta città commerciale d'Europa facendo trentamila vittime. Il cataclisma scosse la fede nella giustizia divina e nel progresso della civiltà, divenendo l'infausto simbolo di un'epoca.⁵ Voltaire trasse dall'evento lo spunto per dileggiare, col *Candide*, l'idea di Leibniz che noi viviamo nel migliore dei mondi

*Il testo riproduce, con alcune modifiche e integrazioni, la relazione tenuta al XIV Convegno annuale AIDU, *La sicurezza del territorio*, Ferrara, 6-7 Ottobre 2011.

¹ N. LUHMANN, *Soziologie des Risikos*, Berlin 1991, trad. it. *Sociologia del rischio*, Milano 1996 p. 32 p. 3.

² La distinzione tra rischio e pericolo fondata sulla volontarietà del primo rispetto al secondo è accolta anche da W. SOFSKY, *Das Prinzip Sicherheit*, trad. it. *Rischio e sicurezza*, Torino 2005, p. 16 che afferma „ai pericoli si è esposti, ai rischi ci si espone“, il pericolo incombe, mentre il rischio è causato da un azione umana, è il risultato di un „azzardo consapevole.“

³N. LUHMANN, op. cit., p. 3. Secondo l'A., il fatto che nella società attuale si parli tanto di rischio porta a spiegare sotto una nuova luce la sua “forma normale”, non perché i rischi appartengano alla vita quotidiana, cosa vera oggi come ieri, ma più profondamente nel senso che la società spiega la disgrazia in termini di rischio e non ad esempio di magia, stregoneria o punizione divina. Il tema del rischio è dunque rilevante perché pone “la questione di quale idea di razionalità, di decisione, di tecnica, di futuro o semplicemente di tempo è presupposta quando si parla di rischio, oppure, in modo ancora più fondamentale, di come concepiamo la nostra società se rendiamo il rischio, che una volta riguardava soltanto i marinai, i raccoglitori di funghi e in genere persone che si esponevano ai pericoli, un problema che non si può né evitare né aggirare.” Sul mutamento nella percezione del rischio nella società contemporanea si vedano anche U. BECK, *Risikogesellschaft. Auf dem Weg zu eine andere Moderne*, Frankfurt 1986. Trad. it. a cura di PRIVITERA *La società del rischio. Verso una seconda modernità*, Roma 2000; A. GIDDENS *The consequences of modernity*, Cambridge 1990, trad. it. *Le conseguenze della modernità*, Bologna 2004; Z. BAUMAN, *Modus vivendi. Inferno e utopia del mondo liquido*, Bari 2007, W. SOFSKY, op. cit.

⁴ Cfr. J. AUBY, *Le droit administratif dans la société du risque*, in Conseil d'Etat, *Rapport Public 2005*, p. 351, J. ESTEVE PARDO *Privileged domain of risk treatment: Risk and Health*, cit. p. 110; G. CORSO, *La valutazione del rischio ambientale*, in G. ROSSI, *Diritto dell'ambiente*, II ed., Torino 2011., p. 161-2.

⁵ W. SOFSKY, op. cit., p. 3.

possibili. A nessuno però venne in mente, a quanto risulta dalle cronache del tempo, di considerare responsabili dei danni prodotti il re del Portogallo o gli uomini del suo governo. Molto diverse appaiono le reazioni dell'opinione pubblica di fronte al recente, disastroso, terremoto dell'Aquila. Qualcuno ha sostenuto che il terremoto poteva essere previsto e che, di conseguenza, ci sarebbe la responsabilità di coloro che avrebbero dovuto porre in essere le misure atte a contenerne gli effetti e a salvare la popolazione civile. Altri, forse più fondatamente, partendo dalla constatazione che certi edifici sono crollati mentre altri, ad essi vicini, chiamano sono stati semplicemente lesionati, traggono la conclusione che dei danni più gravi sono responsabili gli uomini: i privati che quegli edifici hanno costruito e, soprattutto, i titolari degli uffici pubblici (Comune, genio civile, Soprintendenza ai beni culturali, etc.) che non hanno adeguatamente vigilato sulla osservanza da parte dei progettisti della normativa antisismica.

L'esempio citato è emblematico del mutamento della percezione del rischio, cui fanno riferimento i sociologi. Ma lo è, altresì, degli effetti che tale mutamento ha nella sfera giuridica: l'ampliamento esponenziale delle responsabilità pubbliche e private, e l'arretramento della soglia dell'intervento dei pubblici poteri per venire incontro alla richiesta sempre crescente di sicurezza da parte dei cittadini.⁶ Effetti che, anche nel diritto, possono, riassumersi nel passaggio dal pericolo al rischio, dalla prevenzione alla precauzione.

2. Prevenzione e precauzione nel diritto pubblico tedesco.

La dottrina che per prima ha preso in considerazione in modo approfondito il fenomeno è quella germanica⁷: da questa occorre quindi partire per chiarirne gli aspetti essenziali.

⁶ Sull'anticipazione dell'intervento pubblico per fronteggiare i rischi sia consentito rinviare a P. SAVONA, *Dal pericolo al rischio: l'anticipazione dell'intervento pubblico*, in *Dir. Amm.*, 2010, p. 355 ss.

⁷ Sul rischio come problema giuridico si vedano, oltre al fondamentale lavoro di U. DI FABIO, *Risikoentscheidungen im Rechtsstaat*, Mohr Siebeck, Tuebingen 1994, A. SCHERZBERG, *Risiko als Rechtsproblem* in *Verw. Arch.*, 1993, p. 484 ss; H. SCHMIDT-ASSMANN, *Das allgemeine Verwaltungsrecht als Ordnungsidee*, 2. Auflage, Springer Berlin Heidelberg 2004, p.161 e ss.; W. KOECK, *Risikovorsorge als Staatsaufgabe*, in *AOR*, 1996, 1, p. 1ss; HOFFMANN – RIEM, *Risiko-und Innovationsrecht im Verbund*, in *Die Verwaltung* 2005, fasc. 2, p.145 ss; H. TRUTE, *From past to future risk- form private to public law*, in *Revue europeenne de droit public*, 2003, 73; A. TRENKLER, *Risikoverwaltung in Wirtschaftsverwaltungsrecht*, Carl Heymanns Verlag, Koeln 2010; BRENNER/NEHRIG, *Das Risiko im oeffentlichem Recht*, in *Die Oeffentliche Verwaltung* 2003, 24, p. 1024 ss.; e il volume collettaneo curato da BORA *Rechtliches Risikomanagement*, Duncker & Humblot GmbH, Berlin 1999. Sull'utilizzo del diritto amministrativo come strumento della *Risikosteuerung* si vedano le relazioni di Scherzberg e Lepsius dal titolo *Risikosteuerung durch Verwaltungsrecht: Ermoglichung oder Begrenzung von Innovationen?*, e i commenti alle stesse dei più autorevoli amminitrativisti raccolti in *Veroeffentlichungen der Vereinigung der Deutschen Staatsrechtslehrer*, Band 63, Berlin 2004, 214. Per una ricostruzione della letteratura citata mi permetto di rinviare a P. SAVONA, *Profili ricostruttivi della Risikoverwaltung*, in *Nuove Aut.*, n 2/2011.

I termini rischio e pericolo hanno nel diritto pubblico tedesco un significato diverso da quello proposto dai sociologi.

Il pericolo (*Gefahr*), nel significato consolidato del diritto di polizia a partire dal celebre *Kreuzberg Urteil* del 1882, è una situazione in cui, se non si interviene per cambiare il corso degli eventi, ci si può aspettare con ragionevole probabilità che si verificherà un danno a beni giuridici protetti dall'ordinamento⁸. Anche il rischio (*Risiko*), spiega Schmidt-Assmann, come il pericolo richiede di decidere in condizioni di incertezza (*Ungewissheit*), ma, mentre la prognosi relativa ai pericoli si può fondare su esperienze familiari di catene causali lineari (*auf vertraute Erfahrungen linearer Kausalketten*), il rischio si riferisce a situazioni, in cui non è valutabile la probabilità che certi eventi si verifichino (incertezza in senso ampio) o in cui non sono nemmeno valutabili i possibili sviluppi degli eventi e i loro effetti (incertezza in senso stretto).⁹ Detto in altri termini, mentre il pericolo rappresenta un evento dannoso futuro e incerto il cui verificarsi, alla luce dell'esperienza passata, può ritenersi ragionevolmente probabile, il rischio è un evento dannoso futuro e incerto, di cui non è possibile allo stato attuale delle conoscenze valutare in maniera sufficientemente sicura le probabilità (o anche solo le modalità) di avveramento. Il rischio ricorre pertanto in caso di sospetto di pericolo (*Gefahrenverdacht*), in situazioni di “non ancora pericolo” (*noch nicht Gefahr*)¹⁰, e può essere definito come il “pericolo della valutazione errata del pericolo” (“*Gefahr einer Fehleinschaetzung der Gefhar*”)¹¹.

Ai concetti di pericolo e di rischio corrisponde i principi di prevenzione (che nell'ordinamento tedesco si identifica con il principio di difesa dal pericolo – *Gefahrenabwehr*-) e di precauzione (*Risikovorsorge* o, più semplicemente, *Vorsorge*). Il principio di difesa dai pericoli impone l'intervento dei poteri pubblici in presenza di un pericolo nel senso sopra precisato, cioè di una ragionevole probabilità di danno; il principio

⁸ Cfr. BVerwGE,45, S.51 “*Lage, in der bei ungehindertem Ablauf del Geschehens ein Zustand oder ein Verhalten mit hinreichender Wahrscheinlichkeit zu einem Schaden fuer das bzw. die Schutzgueter der oeffentlichen Sicherheit (oder Ordnung) fuehren koennen*“. Questa definizione è riportata da C. CALLIESS, *Rechtsstaat und Umweltstaat*, Mohr Siebeck, Tuebingen 2001, p. 155. Sulla definizione di pericolo, e sul ruolo che il concetto gioca nel diritto pubblico tedesco cfr. H. SCHMIDT-ASSMANN, *Das allgemeine Verwaltungsrecht als Ordnungsidee*, cit., p. 166; U. DI FABIO, *Risikoentscheidungen im Rechtsstaat*, cit., p. 30 e ss.; HUBER, *Risk decisions in German constitutional and administrative law*, dattiloscritto provvisorio, p. 2-3.

⁹ Cfr. E. SCHMIDT-ASSMANN, *Das allgemeine Verwaltungsrecht als Ordnungsidee*, cit., p.161. Sulla distinzione tra rischio e pericolo si veda U. DI FABIO *Risikoentscheidungen im Rechtsstaat*, cit., p. 105 e ss; A. SCHERZBERG, *Risikosteuerung durch Verwaltungsrecht: Ermoeglichung oder Begrenzung von Innovationen?*, cit.; ID., *Risiko als Rechtsproblem in Verw. Arch.*, 1993, 495-9 dove si sottolinea la differenza qualitativa e non meramente quantitativa del rischio rispetto al tradizionale pericolo del diritto di polizia.

¹⁰ C. CALLIESS, *Rechtsstaat und Umweltstaat*, cit., p. 169.

¹¹ A. SCHERZBERG, *Risiko als Rechtsproblem*, cit, p. 498

di precauzione legittima invece l'azione statale quando un danno, alla luce delle conoscenze disponibili, non può essere né affermato né negato.

Le differenze tra *Gefahrenabwehr* e *Risikovorsorge* sono profonde.

In primo luogo, l'intervento a difesa dal pericolo da parte dell'amministrazione è sempre ammesso in virtù della cd. *Generalklausel* contenuta nel diritto di polizia dei *Laender*, mentre l'esercizio di poteri autoritativi da parte dell'amministrazione a fini precauzionali necessita *sempre* di un'esplicita base legislativa.¹² Né l'amministrazione dunque, né tanto meno i giudici, possono fare ricorso direttamente al principio di precauzione per giustificare l'adozione di provvedimenti che limitino le libertà individuali (anche quella di iniziativa economica), dovendo al contrario la misura precauzionale trovare il suo fondamento in una esplicita previsione di legge¹³. Un'attribuzione di potere all'amministrazione finalizzato alla riduzione dei rischi è rinvenibile, ad es., nel § 7, co 2, n. 3 AtomG, a norma del quale una centrale nucleare può essere autorizzata solo se, tra l'altro, è garantita “*la necessaria precauzione conforme allo stato della scienza e della tecnica (nach dem Stand von Wissenschaft und Technik) contro i danni causati dalla costruzione e dall'esercizio dell'impianto*”. E nel § 5 BImSchG (legge sulla protezione dalle immissioni), che, a garanzia di un alto livello di protezione dell'ambiente, prevede che gli impianti soggetti ad autorizzazione debbano essere costruiti e gestiti in modo da non provocare effetti dannosi e altri pericoli all'ambiente (co1, n. 1) e che sia inoltre garantita la *Vorsorge* contro effetti dannosi e altri pericoli attraverso misure conformi allo stato della scienza e della tecnica (co.1, n. 2).

In secondo luogo, il principio di difesa dal pericolo ha carattere generale mentre quello di precauzione trova applicazioni solo nel diritto dell'ambiente e della salute. Nessun rilievo ha pertanto la *Vorsorge*, ad es., in materia di ordine pubblico: ed anzi sono illegittime, secondo il giudice costituzionale, misure legislative che arretrino la soglia dell'intervento pubblico per

¹²Cfr. BVerwG 6 CN 8.01 del 3 luglio 2002, in cui, inequivocabilmente si afferma: “è compito del legislatore decidere, in relazione ad una determinata materia, se, con quale livello di protezione, e in quale modo, agire in via precauzionale contro possibilità di danno, che non sono provate allo stato delle conoscenze, ma neanche escluse. Solo il legislatore è legittimato, previo bilanciamento dei contrapposti interessi, a creare i presupposti giuridici dell'intervento sui diritti fondamentali, con cui devono essere ridotti rischi, per i quali – sia in ragione di un nuovo sospetto, sia in ragione di un mutamento sociale o di una mutata percezione da parte della popolazione- viene richiesta una regolamentazione. Ciò di solito avviene attraverso un abbassamento della soglia di pericolo nella legge che legittima l'intervento dalla “difesa dal pericolo” alla “precauzione” contro potenziali danni.” In dottrina cfr., tra gli altri, H. SCHMIDT-ASSMANN, *Das allgemeine Verwaltungsrecht als Ordnungsidee*, cit., p. 163; C. CALLIESS, op, cit. p. 211; BRENNER/NEHRIG, *Das Risiko im oeffentlichem Recht*, cit. p. 1025-6; A. TRENKLER, *Risikoverwaltung in Wirtschaftsverwaltungsrecht*, cit., p. 83; A. SCHERZBERG, *Risiko als Rechtsproblem*, cit, p. 498; W. KOECK, *Risikovorsorge als Staatsaufgabe*, cit, p. 19.

¹³ U. DI FABIO, *Gefahr, Vorsorge, Risiko: Die Gefahrenabwehr unter dem Einfluss des Vorsorgeprinzips*, cit., p. 571;

contrastare il rischio terroristico.¹⁴ In materia urbanistica, invece, il principio di precauzione ha una sua influenza, seppure indiretta. Il *Baugesetzbuch* (Codice urbanistico) pur dando un grosso peso nella pianificazione territoriale all'interesse ambientale e al principio dello sviluppo sostenibile, non menziona il principio di precauzione. Ma il § 1 del UVGB (*Umweltsverträglichkeitsprüfungsgesetz*) impone di assicurare nell'ambito della di v.a.s (*Umweltstrategischeprüfung*, o semplicemente, *Umweltprüfung*) un'efficace precauzione ambientale (*Umweltvorsorge*).

Ancora, le norme che garantiscono la precauzione contro i rischi, a differenza di quelle volte alla difesa dai pericoli, non fondano diritti soggettivi. Esse, secondo il *Bundesverwaltungsgericht*, proteggono l'interesse generale, non gli interessi di una cerchia identificabile di cittadini. Di conseguenza, l'accesso alla tutela giurisdizionale da parte dei terzi che si ritengano lesi da atti amministrativi contrari al principio di precauzione è escluso in virtù dell'art. 19, co. 4, GG che prevede possa adire il giudice "*chiunque venga lesa dal pubblico potere in un proprio diritto soggettivo*" e del § 42, co. II del *Verwaltungsgerichtsordnung*, che alla norma costituzionale dà attuazione.

Infine, sia il pericolo che il rischio sono concetti giuridici indeterminati (*unbestimmte Rechtsbegriffe*), ma lo sono, potremmo dire, in misura diversa. Il rischio, infatti, presenta, rispetto al pericolo, un grado maggiore di indeterminatezza, tanto da far dubitare parte della dottrina della conformità al principio dello stato di diritto (*Rechtsstaatsprinzip*) e a quello di certezza dei rapporti giuridici delle norme che anticipano l'intervento pubblico a situazioni di mero sospetto di pericolo, di non conoscenza (*Nicht-Wissen*).¹⁵ La questione è stata sottoposta al *Bundesverfassungsgericht*, in relazione al § 7, co 2, n. 3 AtomG, che, come si è visto, subordina il rilascio dell'autorizzazione all'impianto di un centrale atomica all'adozione della "*necessaria precauzione conforme allo stato della scienza e della tecnica.*" Il *Bundesverfassungsgericht* ha riconosciuto che la disposizione ha una formulazione aperta e realizza un'ampia delega dei poteri all'amministrazione. L'ha però giudicata non lesiva dei principi dello stato di diritto e della necessaria determinatezza delle norme attributive di poteri di *Eingriff* all'amministrazione, perché la formulazione "*aperta al futuro*" della disposizione impugnata deve ritenersi "*funzionale ad una protezione dinamica dei diritti fondamentali.*" Una protezione che, ci dice ancora il giudice costituzionale, in materie

¹⁴ BVerfG, 1 BvR 518/02 del 4 aprile 2006.

¹⁵ U. DI FABIO, *Risikoentscheidungen im Rechtsstaat*, cit., p. 109-110.

soggette a rapida evoluzione, il potere esecutivo è più “attrezzato” a fornire rispetto all’esecutivo.¹⁶

3. Il sindacato del giudice amministrativo sulle *Risikoentscheidungen*.

L’indeterminatezza, caratteristica delle disposizioni che affidano all’amministrazione il compito di eliminare o ridurre i rischi derivanti a breve o a lungo termine dall’utilizzo delle tecnologie, non è priva di effetti sul sindacato giurisdizionale delle decisioni amministrative che a quelle disposizioni danno attuazione, le cd. *Risikoentscheidungen* (decisioni rischiose). Per coglierne a pieno la portata è necessario premettere qualche breve cenno sui modi e sui limiti in cui si esercita il controllo del giudice sull’azione amministrativa nell’ordinamento giuridico tedesco.

Secondo la dottrina e la giurisprudenza prevalenti, il § 20 GG, che vincola l’amministrazione alla legge e il §19, co. 4, GG, che garantisce l’accesso alla tutela giurisdizionale a chiunque venga lesa dal pubblico potere in un proprio diritto soggettivo, richiedono un controllo pieno del giudice sull’attività amministrativa.¹⁷ Il giudice amministrativo, diversamente da quello civile, non prende una decisione “primaria”, ma verifica la legittimità di una decisione presa da altri.¹⁸ La legge fondamentale gli impone una verifica completa del rispetto della legge da parte dell’amministrazione, in cui rientra, secondo la dottrina dominante, il controllo della

¹⁶ Nelle parole del giudice costituzionale: “solo un adattamento continuo delle circostanze rilevanti per la valutazione del rischio agli sviluppi più recenti della conoscenza permette di soddisfare il principio della migliore *Gefahrenabwehr* e *Risikovorsorge*. L’affidamento di questa valutazione nelle mani dell’esecutivo, le cui forme giuridiche di azione consentono molto meglio che al legislatore il necessario adattamento, è funzionale anche in questo caso ad una protezione dinamica dei diritti fondamentali. Il grado di indeterminatezza, che rimane inevitabile in questo tipo di giudizi, si fonda sulla natura della conoscenza umana. (...)Una qualche incertezza del diritto, attenuata nel corso del tempo dai regolamenti dell’esecutivo, dalla prassi amministrativa e dalla giurisprudenza, deve in ogni caso essere accettata là dove il legislatore sarebbe altrimenti costretto o ad adottare regole impraticabili o ad astenersi completamente da adottare alcuna regola, ciò che andrebbe, in entrambi i casi, a detrimento della protezione dei diritti fondamentali.(...)” Tali affermazioni, contenute nella decisione Kalkar del 1978 (BVerfGE, 49, 89), sono state ribadite nella giurisprudenza successiva. Cfr. da ultimo, BVerfG, 1 BvR 1178/07 del 10 novembre 2009, in relazione alla disciplina dei depositi di scorie nucleari prevista dalla AtG. Sulla sentenza Kalkar si rinvia a P. BADURA, *Gestaltungsfreiheit und Beurteilungsspielraum der Verwaltung, bestehend aufgrund und nach Massgabe des Gesetz*, in *Festschrift fuer Otto Bachof zum 70. Geburtstag*, Muenchen 1984, p. 174 ss ; C. CALLIESS, *Rechtsstaat und Umweltstaat*, cit., p. 162; U. DI FABIO, *Risikoentscheidungen im Rechtsstaat*, cit., p. 69 e ss; W. KOECK, *Grundzuege des Risikomanagements im Umweltrecht*, cit., p. 137.

¹⁷ BVerfGE 15, 275; 78, 214; 103, 142. In dottrina, tra gli altri, E. SCHMIDT-ASSMANN, *Das allgemeine Verwaltungsrecht als Ordnungsidee*, cit., p. 216; P. BADURA, *Gestaltungsfreiheit und Beurteilungsspielraum der Verwaltung*, cit., p. 169-70; F. HUFEN, *Verwaltungsprozessrecht*, 6. Auflage, Verlag C.H. Beck Muenchen 2005, p. 437; H. MAURER, *Allgemeines Verwaltungsrecht*, 15. Auflage, Verlag C. H. Beck Muenchen 2004, p. 134 ss.

¹⁸ Cfr. P. BADURA, *Gestaltungsfreiheit und Beurteilungsspielraum der Verwaltung*, cit., p. 170.; sul punto F. OSSENBUHL, *Rechtsquelle und Rechtsbindungen der Verwaltung*, in ERICHSEN ELEHRS (a cura di), *Allgemeines Verwaltungsrecht*, 12. ed., Berlin 2002, p. 208, che efficacemente nota: “i giudici civili e penali decidono, i giudici costituzionali e amministrativi controllano”

correttezza della interpretazione e definizione della fattispecie normativa, dell'accertamento del fatto, nonché del processo di sussunzione del caso concreto nella fattispecie astratta compiuti dall'amministrazione¹⁹. In questo senso si parla di competenza del giudice per la cd. decisione ultima ("*Letztentscheidung*"), ad indicare il potere del giudice di dire l'ultima parola sulla corretta applicazione della legge²⁰.

La regola del sindacato pieno da parte del giudice sulle decisioni amministrative subisce eccezioni in presenza di disposizioni normative che attribuiscono all'amministrazione un potere discrezionale (*Ermessen*) o un ambito riservato di valutazione (*Beurteilungsspielraum*). L'allentamento del vincolo normativo inerente a tali previsioni comporta infatti necessariamente un'attenuazione del sindacato giurisdizionale che è sempre un sindacato di legittimità: il diritto di prendere la decisione ultima spetta in questo caso all'amministrazione²¹.

Com'è noto, la dottrina tedesca dominante distingue nettamente (anche ai fini del sindacato) la discrezionalità (*Ermessen*), che attiene alle conseguenze giuridiche di una previsione legislativa (*Rechtsfolgen*), cioè alle misure che l'amministrazione può adottare al ricorrere di determinati presupposti, dai concetti giuridici indeterminati, che si riferiscono invece alla fattispecie normativa, ai presupposti al ricorrere dei quali l'amministrazione può adottare un determinato atto.

Il sindacato sull'*Ermessen* è limitato, potendo il giudice accertare unicamente la presenza di un *Ermessensfehler* (vizio della discrezionalità). Un tale vizio ricorre quando l'amministrazione ha ommesso di esercitare il suo potere discrezionale (*Ermessensnichtgebrauch* mancato esercizio della discrezionalità), o ha adottato una misura che non è compresa nelle conseguenze giuridiche previste dalla norma (cd. *Ermessensueberschreitung* superamento dei confini della discrezionalità), quando la scelta dell'amministrazione non è conforme allo scopo indicato dalla previsione legislativa, o non sono stati presi in adeguata considerazione aspetti rilevanti ai fini della decisione, o, infine, quando l'autorità viola i diritti fondamentali o i principi generali del diritto amministrativo, primo tra tutti quello di proporzionalità (*Ermessensmissbrauch* cattivo uso della discrezionalità).

Più controversa è la questione del sindacato giurisdizionale, quando la previsione legislativa contiene concetti giuridici indeterminati (affidabilità, pubblico interesse, bene comune,

¹⁹ Cfr. , E. SCHMIDT-ASSMANN, *Das allgemeine Verwaltungsrecht als Ordnungsidee*, cit., p. 216;

²⁰ Cfr. H. MAURER, *Allgemeines Verwaltungsrecht*, cit., p. 134.

²¹ Cfr. E. SCHMIDT-ASSMANN, op. cit., p. 217-18; MAURER, op. cit., p. 134.

sicurezza, pericolo, bisogno, etc.)²². L'applicazione di tali concetti nel caso concreto richiede spesso valutazioni soggettive e giudizi prognostici da parte dall'amministrazione. Se, in teoria, è sempre prospettabile un'unica decisione giusta (una persona è affidabile o non lo è) nel caso concreto può essere estremamente difficile stabilire quale essa sia,²³ ciò che rende problematico il controllo da parte del giudice.

Secondo la teoria del *Beurteilungsspielraum* (spazio di valutazione), elaborata da Bachof nel 1953, i concetti giuridici indeterminati attribuirebbero all'amministrazione un ambito riservato di valutazione e decisione, soggetto ad un sindacato limitato del giudice amministrativo, che potrebbe verificare soltanto se l'amministrazione si è mantenuta all'interno dei confini dello spazio di valutazione ricavabili dalla norma²⁴. A un risultato simile approda anche la teoria della *Vertretbarkeit* (sostenibilità) proposta da Ule nello stesso periodo, secondo la quale, se, in applicazione di un concetto indeterminato, più soluzioni sono sostenibili, la decisione dell'amministrazione che rientra tra queste deve essere considerata legittima²⁵.

La teoria dello spazio riservato di valutazione ha avuto largo seguito, ma è oggi in parte ridimensionata dalla dottrina prevalente che sottolinea come le eccezioni al principio ricavabile dalla norma fondamentale del sindacato pieno del giudice sulle decisioni amministrative possono considerarsi costituzionalmente legittime soltanto se fondate su una previsione di legge. Secondo tali ricostruzioni, l'utilizzo da parte del legislatore di un concetto giuridico indeterminato non è elemento da solo sufficiente a fondare un potere riservato dell'amministrazione, ma è necessario che tale riserva sia desumibile dalla legge (cd. *normative Ermachtigungslehre*, teoria dell'attribuzione normativa).²⁶ Le decisioni dell'amministrazione che fanno applicazione di concetti giuridici indeterminati sono pertanto sempre pienamente controllabili dal giudice, a meno che la legge non attribuisca il potere di

²² Per una ricostruzione completa della dottrina tedesca sui concetti giuridici indeterminati si rinvia, nella dottrina italiana, al fondamentale lavoro di D. DE PRETIS, *Valutazione amministrativa e discrezionalità tecnica*, Padova 1992, p. 11-112.

²³ H. MAURER, op. cit., p. 143-144

²⁴ O. BACHOF, *Beurteilungsspielraum, Ermessen und unbestimmter Rechtsbegriff im Verwaltungsrecht*, JZ 1955, p. 97 ss.

²⁵ ULE, *Zur Anwendung unbestimmter Rechtsbegriffe im Verwaltungsrecht*, in *Gedächtnisschrift fuer W. Jellinek*, 1955, p. 309 ss. Sulle teorie in questione si rinvia a D. DE PRETIS, *Valutazione amministrativa e discrezionalità tecnica*, cit., p. 59 e ss.. Cfr. anche H. MAURER, op. cit., p. 144-5.

²⁶ Aderiscono alla teoria in questione tra gli altri E. SCHMIDT-ASSMANN, op. cit., p. 217-18; P. BADURA, *Gestaltungsfreiheit und Beurteilungsspielraum der Verwaltung*, cit., passim.

decisione ultima all'amministrazione²⁷. In questo secondo caso, il controllo del giudice non è escluso, ma si esercita in modi simili a quello sull'*Ermessen*.

Il riconoscimento da parte del giudice amministrativo di un *Beurteilungsspielraum* dell'amministrazione avviene, in genere, caso per caso. Dalla giurisprudenza si possono però enucleare alcuni tipi eterogenei di decisioni soggette ad un sindacato limitato: esami o atti a questi assimilabili; valutazioni dei dipendenti pubblici; valutazioni compiute da commissioni indipendenti dotate di particolare competenza tecnica o composte da rappresentanti di interessi; e infine, ed è il caso che ci riguarda, prognosi complesse e valutazioni del rischio nei settori del diritto dell'ambiente e dell'economia.

Un'attribuzione di potere riservato di valutazione all'autorità amministrativa può rinvenirsi, ad es., secondo il *Bunneverwaltungsgericht*, nel § 7, n.3 AtG. Tale disposizione, supera i confini della difesa dal pericolo propria del diritto di polizia, pienamente controllabile dal giudice. Al contrario, *“secondo la struttura della norma, la responsabilità dell'accertamento e della valutazione del rischio ricade sull'esecutivo, che deve avvalersi del parere degli esperti.”* Il giudice non può pertanto sostituire la valutazione degli aspetti controversi inclusi nell'analisi del rischio con la propria. Questa limitazione del sindacato, secondo il tribunale amministrativo, non solo è ricavabile dalla norma, ma è anche conforme alla Legge fondamentale, dal momento che, dato il particolare oggetto della disciplina, l'esecutivo è più attrezzato non soltanto del legislatore, ma anche del giudice per garantire la migliore precauzione conforme allo stato della scienza e della tecnica.²⁸

Nella giurisprudenza successiva il giudice amministrativo ha precisato i termini in cui può svolgersi il sindacato giurisdizionale. Da ultimo in una sentenza del 2008, in relazione ad un'autorizzazione al deposito di scorie nucleari che, secondo il ricorrente, non avrebbe tenuto in adeguata considerazione i rischi derivanti da un possibile attacco terroristico, si legge: *“sul livello di protezione necessaria contro attacchi terroristici ad un deposito di scorie nucleari l'autorità amministrativa decide sotto la sua responsabilità. Dalla struttura normativa del § 7 n. 3 AtG, si ricava che l'esecutivo è il solo responsabile per l'accertamento e la valutazione del rischio così come per la decisione del tipo e del livello dei rischi da correre o da non correre. (...) Non è compito del controllo giurisdizionale sostituire una valutazione demandata all'esecutivo con la propria. I giudici devono limitarsi a controllare se*

²⁷ E. SCHMIDT-ASSMANN, op. e loc. ult.cit, che chiarisce come l'attribuzione possa essere esplicita nella legge (attraverso l'utilizzo di clausole quali “ad avviso dell'autorità amministrativa”, “a giudizio dell'autorità amministrativa”), ma più spesso sia da ricercarsi in via interpretativa (attraverso un'interpretazione teleologica, sistematica o costituzionalmente orientata).

²⁸ Cd. Wyhl Urteil BVerwG 7 C65.82 del 19 dicembre 1985.

l'accertamento e la valutazione dei rischi su cui si fonda la decisione dell'autorità poggia su dati sufficienti, se essa tiene conto dello stato della scienza e della tecnica al momento in cui è stata presa e se, dalle risultanze del procedimento autorizzatorio può desumersi che l'autorità ha fondato il proprio convincimento su motivi di diritto."²⁹

Norma attributiva di *Beurteilungsspielraum* è, ancora, il § 48 del *Bundesimmissionschutzgesetz* che affida all'amministrazione il compito di determinare i livelli di immissione "evitabili allo stato della scienza e della tecnica." Dalla disposizione può infatti dedursi, secondo il giudice amministrativo, l'attribuzione all'amministrazione del potere di concretizzare i concetti giuridici indeterminati contenuti nella legge attraverso standard generali che garantiscono un'applicazione uguale e prevedibile della stessa. Tali standard costituiscono il risultato, al contempo, di una valutazione tecnico-scientifica complessa e di un bilanciamento generale e astratto dei valori in gioco.³⁰ Da ciò discende che essi sono vincolanti non soltanto per l'amministrazione che deve farne applicazione al caso concreto, ma anche per il giudice: costituiscono, in altre, parole parametro del controllo giurisdizionale non oggetto dello stesso.³¹

Ciò non significa che il sindacato del giudice amministrativo sui limiti di emissione sia radicalmente escluso. Il giudice infatti può controllare se tali limiti possono considerarsi superati alla luce del progresso tecnico-scientifico, e come tali non più vincolanti. In considerazione del particolare procedimento che ha portato alla adozione di detti limiti e del fatto che essi sono frutto non soltanto di una valutazione tecnica ma anche di un contemperamento degli interessi (desumibile dal coinvolgimento nel processo decisionale non soltanto di esperti ma anche di rappresentanti dell'economia e di portatori di interessi diffusi) uno standard può ritenersi superato soltanto in virtù di progressi scientifici certi e tali da sovvertire completamente le valutazioni e le prognosi su cui esso si fonda.³²

4. Il sindacato sulle misure finalizzate alla riduzione dei rischi in Italia.

Il sindacato del giudice italiano sulle decisioni amministrative finalizzate alla eliminazione o alla riduzione del rischio ambientale in materie che si pongono ai confini della conoscenza (decisioni in cui il principio di precauzione trova il suo naturale luogo di applicazione) è

²⁹ BVerwG n. 7 C 39 del 10 aprile 2008.

³⁰ BVerwG C 15. 06 del 26 aprile 2007.

³¹ Cfr. *ex multis*,; BVerwG C 21.00 del 21 giugno 2001; BVerwG /C15.98 del 20 dicembre 1999).

³² BVerwG C21.00 del 21 giugno 2001.

sicuramente influenzato dalle ricostruzioni che si sono avvicinate nel tempo nel nostro ordinamento sul tema della cd. discrezionalità tecnica (riflessioni fin troppo note per doverne dare conto in questa sede³³). Un esame della giurisprudenza amministrativa avente ad oggetto questioni scientifiche controverse,³⁴ che pure, come si vedrà, a quella categoria continua, in molte occasioni, a fare riferimento, offre, a mio avviso, utili spunti di riflessione per un ripensamento della cd. discrezionalità tecnica³⁵ così come del potere di valutazione tecnica nel quale la prima andrebbe, secondo autorevoli ricostruzioni,³⁶ più correttamente inquadrata.

Dalla giurisprudenza formatasi in tempi recenti sul cd. Codice dell'Ambiente (d. lgs. n. 152/2006 e s.m.) si intende quindi partire per tentare di ricostruire come si atteggia oggi il controllo del giudice su scelte dell'amministrazione che certamente sono, in misura maggiore nel diritto ambientale che in altri settori, massicciamente influenzate dalla tecnica e dalle

³³ Senza pretesa di completezza si v. F. CAMMEO, *La competenza di legittimità della IV sez. della IV sezione e l'apprezzamento dei fatti valutabili secondo criteri tecnici*, in *Giur. It.*, 1902, III, p. 280 ss.; Id, *Corso di diritto amministrativo*, Milano 1911 1914, ristampa a cura di G. Miele, Padova 1960, p. 195 ss.; E PRESUTTI, *Discrezionalità pura e discrezionalità tecnica*, in *Giur. It.*, 1910, 10 ss.; O. RANELLETTI, *Principii di diritto amministrativo, Voli I, Introduzione e nozioni fondamentali*, Napoli, 1912, M. S. GIANNINI, *Il potere discrezionale della pubblica amministrazione: concetto e problemi*, Milano 1939, Id. *Diritto amministrativo*, Milano 1988, p. 483 e ss.; C. MORTATI, *Potere discrezionale*, *Nuovo Dig. It*, Voli. X, Torino 1939, p. 178; P. VIRGA, *Appunti sulla cd. discrezionalità tecnica*, in *Jus* 1957, p. 96 e ss.; A. PIRAS, *Discrezionalità amministrativa*, in *Enc. Dir*, vol. XIII, Milano 1964, p. 69 ss.; V. BACHELET, *L'attività tecnica della pubblica amministrazione*, Milano 1967, p. 41 ss.; R. ALESSI, *Principii di diritto amministrativo*, IV ed., Milano 1978, p. 245 ss.; V. CERULLI IRELLI, *Note in tema di discrezionalità amministrativa e sindacato di legittimità*, in *Dir. proc. amm.*, 1984, p. 475 ss.; F. LEDDA, *Potere, tecnica e sindacato sull'amministrazione pubblica*, in *Dir. proc. amm.*, 1983, 423, ora in *Scritti giuridici*, Padova 2002, 178; MARZUOLI, *Potere amministrativo e valutazioni tecniche*, Milano 1985; V. OTTAVIANO, *Giudice ordinario e giudice amministrativo di fronte agli apprezzamenti tecnici dell'amministrazione*, in *Studi in memoria di Bachelet*, Milano, 1987, II, p. 405 sss.; D. DE PRETIS, *Valutazione amministrativa e discrezionalità tecnica*, Padova 1992; F. SALVIA, *Attività amministrativa e discrezionalità tecnica*, in *Dir. Proc. Amm* 1992, 684, Id., *Considerazioni su tecnica e interessi*, in *Dir. Pubbl.* 2002, 603; F. MERUSI, *Variazioni su tecnica e processo*, in *Dir. proc. amm.* 2004, 973 e ss; F. G. SCOCA, *La discrezionalità nel pensiero di Giannini e nella dottrina successiva*, in *Riv. Trim. Dir. Pubbl.*, 2000, 1045; CINTIOLI, *Tecnica e processo amministrativo*, in *Dir. proc. amm.* 2004, p. 983 ss.; A. TRAVI, *Il giudice amministrativo e le questioni tecnico- scientifiche: formule nuove e vecchie soluzioni*, in *Dir. Pubbl.* 2004, p. 438 ss; F. VOLPE, *Discrezionalità tecnica e presupposti dell'atto amministrativo*, in *Dir. Proc. Amm* 2008, p. 792 ss.; C. VIDETTA, *L'amministrazione della tecnica*, Napoli 2008

³⁴ L'espressione è entrata nell'uso comune degli amministrativisti grazie a L. VIOLINI, *Le questioni scientifiche controverse nel procedimento amministrativo*, Milano 1986

³⁵ Nota R. FERRARA, *La valutazione d'impatto ambientale tra discrezionalità dell'amministrazione e sindacato del giudice amministrativo*, in *Foro amm. TAR*, 2010, p. 3186, come la modulazione della nozione di discrezionalità amministrativa, "(una e tridimensionale, giacché si articola e scompone in discrezionalità pura, tecnica e mista) sembra in qualche modo abbisognare di una non più rinviabile operazione di aggiustamento." Ciò in ragione della considerazione, decisiva, per l'A., che "la tecnica e il diritto tendono a presupporsi e, soprattutto a integrarsi reciprocamente in forme e con caratteri assolutamente nuovi ed originali, per quantità e qualità, ed è anzi la tecnica, in ragione della perenne evoluzione che ne segna il percorso, a penetrare massicciamente nel mondo del diritto conformandone la sostanza e le regole fondative."

³⁶ Si qua qui riferimento, come è evidente, a quelle di C. MARZUOLI, *Potere amministrativo e valutazioni tecniche*, cit. e di D. DE PRETIS, *Valutazione amministrativa e discrezionalità tecnica*, cit, passim.

scienze cd. esatte,³⁷ ma che al tempo stesso (malgrado ciò, o magari anche a causa di ciò) sono autenticamente discrezionali.

Si può preliminarmente notare come del tutto assente sia nella nostra giurisprudenza il sindacato sui limiti di concentrazione o di emissione delle sostanze inquinanti, (cd. standard)³⁸, cioè sulla determinazione dei livelli di rischio contenuta in atti generali. Ciò diversamente da quanto avviene in Germania, dove, come si è visto, il giudice amministrativo, anche quando, eccezionalmente, considera tali atti “parametro e non oggetto del sindacato”, comunque valuta se essi possano ritenersi superati alla luce dello sviluppo tecnico scientifico. E diversamente anche da quanto accaduto negli Stati Uniti, in cui gli standard ambientali hanno costituito il banco di prova del sindacato del giudice su decisioni dell’amministrazione scientificamente controverse in materia di protezione della salute e dell’ambiente: un sindacato che è passato nel tempo dalla *deference* al cd. *hard look review*, ad una verifica di tipo procedurale, ad un controllo di ragionevolezza e proporzionalità.³⁹

Senza potere in questa sede approfondire l’argomento, si può incidentalmente osservare come la sottrazione di fatto di questi atti al controllo del giudice porti ad un grave deficit di tutela contro possibili decisioni arbitrarie dell’amministrazione, difficilmente compatibile con la nostra Costituzione, tanto più se si considera che le norme tecniche emesse dall’amministrazione sono, ai sensi della legge 241 del 1990, affrancate anche dalle regole sulla partecipazione e dall’obbligo di motivazione.⁴⁰

Sulle decisioni puntuali dell’amministrazione relative al controllo dei rischi la giurisprudenza è invece corposa. Dalla stessa possono, a mio avviso, trarsi due ordini di considerazioni.

³⁷ Come notava G. MORBIDELLI (*Profili giurisdizionali e giustiziali nella tutela dell’ambiente*, in GRASSI CECCHETTI ANDRONIO (a cura di) *Ambiente e diritto, Quaderni Fondazione Carlo Marchi* 1999, p. 325) „la gestione dell’ambiente postula il possesso di cognizioni scientifiche spesso estremamente sofisticate, sicché le grandi decisioni ambientali finiscono nel concentrarsi e nel refluire nell’anonima (per la stragrande maggioranza dei cittadini) figura dell’esperto.“

³⁸ Sugli standard ambientali si rinvia, tra gli altri, a M. RENNA, *Il sistema degli standard ambientali tra fonti europee e competenze nazionali*, in *Studi in onore di Giorgio Berti*, vol III, Napoli 2005; G. ROSSI, *Diritto dell’ambiente*, II ed., Torino 2011, p. 69 ss.; M. SIMONCINI, *La regolazione del rischio e il sistema degli standard*, Napoli 2010, passim.

³⁹ Nella dottrina italiana, sulla giurisprudenza americana in materia di rischio sanitario e ambientale resta sempre valido L. VIOLINI, *Le questioni scientifiche controverse nel procedimento amministrativo*, cit.. Sulle decisioni più recenti cfr. M. SIMONCINI, *La regolazione del rischio e il sistema degli standard*, cit.p. 282 ss.. Nella letteratura angloamericana si rinvia ai fondamentali studi di S. JASANOFF, *Science at the bar: law, science, and technology in America*, 1995., trad.it. *La scienza davanti ai giudici. La regolazione giuridica della scienza in America*. a cura di M. C. TALLACHINI, Milano 2001.; ID *Law’s Knowledge: Science for Justice in Legal Settings*, *American Journal of Public Health*, 95 2005, p. 49 e a E. FISHER, *Risk regulation and administrative constitutionalism*, Hart Publishing Oxford and Portland Oregon 2007.

⁴⁰ Cfr. G. MORBIDELLI, *Profili giurisdizionali e giustiziali nella tutela dell’ambiente*, cit, p. 342.

Il giudice amministrativo riconduce il potere esercitato prevalentemente al *genus* della discrezionalità tecnica (ad es. in materia di bonifica dei siti contaminati⁴¹, o in alcune decisioni sulla v.i.a⁴²), o, più raramente, della discrezionalità amministrativa o “mista” (in decisioni sull’a.i.a.⁴³, in altre decisioni sulla v.i.a⁴⁴). In ogni caso il giudice, nella maggior parte dei casi, non si arresta ad un controllo della correttezza logico-formale dei provvedimenti impugnati o dell’attendibilità del criterio tecnico impiegato dall’amministrazione per giungere alla decisione, ma esercita un controllo sulla ragionevolezza e proporzionalità degli stessi: con ciò implicitamente ammettendo che anche la cd. discrezionalità tecnica richiede una comparazione di interessi confliggenti.⁴⁵

⁴¹Cfr TAR Toscana, Firenze, sez. II, n. 2316 del 6 luglio 2010, che sanziona la prescrizione di costruire una misura di contenimento fisico degli inquinamenti “*per uso arbitrario della discrezionalità tecnica*”, nonché, *ex multis* TAR Toscana, Firenze, sez. II, n. 6610 del 24 novembre 2010; TAR Friuli Venezia Giulia, Trieste, n. 90 del 28 gennaio 2008; TAR Lazio Roma, sezione II bis, n. 4214 del 16 maggio 2011; TAR Puglia Lecce, sez. I, n. 2248 dell’11 giugno 2007; TAR Sardegna, sez. II, n. 1809 dell’8 ottobre 2007.

⁴² Cfr., ad. es., Cons. St., sez. VI, sentenza n. 562 del 19 febbraio 2008, in cui si afferma che le valutazioni di compatibilità ambientale “*costituiscono esplicitazione paradigmatica di discrezionalità tecnica*” (nello stesso senso già Cons. St., sez. V, n. 2460 del 17 maggio 2005, e, da ultimo, TAR Lombardia, Brescia, sez. I, n. 398 dell’11 marzo 2011).

⁴³ Cfr. TAR Puglia, Bari, sez. I, n. 3330 del 30 dicembre 2009; TAR Emilia Romagna, sez. I, n. 7892 del 20 settembre 2010; TAR Lombardia Brescia, sez. I, n. 211 del 22 gennaio 2011.

⁴⁴ Considerano la via un provvedimento discrezionale, ad es. TAR Puglia, Bari, sez. I, 14 maggio 2010, n. 1897 e TAR Toscana, sez. II, n. 986 del 20 aprile 2010. Parlano invece di discrezionalità “mista” TAR Veneto, sez. III, n. 2512 del 14 giugno 2010 e, in precedenza, Cons. St., sez. VI, n. 1462 del 4 aprile 2005. Paiono considerare la via un provvedimento discrezionale, tra gli altri, G. ROSSI, *Diritto dell’ambiente*, cit., p. 79, che parla di “*complessità orizzontale di difficile soluzione*” in relazione al fatto che “*il potere discrezionale dell’amministrazione ambientale è stretto tra due fattori di natura eterogenea quale la valutazione tecnico-scientifica espressa dagli organi tecnici e la volontà politica facente capo ad altre amministrazioni*”, con possibile conflitto di interessi “*diversi ma equiordinati nell’ordinamento*”; M. CAFAGNO, (*Principi e strumenti di tutela dell’ambiente*, Torino 2007, 357) che sottolinea come „*la meta che la via si ripromette*“ sia „*un bilanciamento di interessi funzionale alla prudente gestione delle risorse ambientali*“ R. FERRARA, *La valutazione d’impatto ambientale tra discrezionalità dell’amministrazione e sindacato del giudice amministrativo*, cit., che nota “*la discrezionalità (pura e/o tecnica, ed anzi la discrezionalità tout court) è davvero il baricentro di ogni discorso relativo al procedimento di valutazione di impatto ambientale e anzi relativo ad ogni più ampia e differenziata procedura di valutazione del previo impatto ambientale delle attività umane suscettibili di arrecare un vulnus all’ambiente, sia a quello naturalistico, che quello antropizzato*”; F. FRACCHIA, *I procedimenti amministrativi in materia ambientale*, in CROSETTI/FERRARA/FRACCHIA/OLIVETTI RASON, *Diritto dell’ambiente*, Torino 2008, p. 416.

⁴⁵Il tema è troppo complesso per essere affrontato in queste note. Mi permetto di rinviare ad un lavoro monografico sul rischio di prossima pubblicazione. Si può però incidentalmente notare come le affermazioni del giudice amministrativo appaiano in contrasto con le tesi oggi dominanti in tema di discrezionalità tecnica, (e di potere di valutazione tecnica). Pur nella varietà delle prospettive, è infatti assolutamente prevalente l’opinione che l’applicazione di un criterio tecnico scientifico, ancorché opinabile non richieda un apprezzamento di interessi: la scelta della soluzione da dare ad un problema tecnico, anche in mancanza di consenso della comunità professionale o scientifica di riferimento, è rimessa ad una valutazione dell’interprete che sceglie la soluzione tecnicamente preferibile (cfr. D. SORACE, *Diritto delle amministrazioni pubbliche. Una introduzione*, IV ed., Bologna 2005, p. 273). Su questa linea, tracciata come noto, da M. S. GIANNINI (*Diritto amministrativo*, Milano 1988, p. 483 e ss) si collocano, tra molti altri, F. LEDDA, *Potere, tecnica e sindacato sull’amministrazione pubblica*, cit.; C. MARZUOLI, *Potere amministrativo e valutazioni tecniche*, D. DE PRETIS, *Valutazione amministrativa e discrezionalità tecnica*, cit. Al contrario, i primi teorici della discrezionalità tecnica la consideravano una *species* del *genus*, *discrezionalità*, espressione dunque di un apprezzamento dell’interesse pubblico (cfr. F. CAMMEO, *Corso di diritto amministrativo*, cit., p. 495; O. RANELLETTI, *Principii*, cit., p. 365 ss).

5. Principio di precauzione “sostanziale” e paralisi del sindacato giurisdizionale

Nella giurisprudenza amministrativa in materia di provvedimenti a tutela dell'ambiente, il principio di precauzione è invocato con frequenza sempre maggiore, ma in termini tutt'altro che univoci.⁴⁶ Semplificando un quadro assai complesso, mi pare potersi affermare che il principio ricorre in due significati profondamente diversi: uno sostanziale e uno procedurale.⁴⁷

In alcune sentenze, il giudice lo considera una regola di decisione che obbliga l'amministrazione a dare assoluta prevalenza all'interesse ambientale, anche a fronte di rischi incerti dal punto di vista scientifico o meramente possibili allo stato attuale delle conoscenze. In altre parole, il principio viene inteso come una regola che impone al destinatario una condotta determinata: impedire un danno potenziale,⁴⁸ come “*un vincolo a interdire qualsiasi*

L'opinione seguita ancora, tra gli altri, da A. PIRAS, *Discrezionalità amministrativa*, in *Enc. Dir.*, vol. XIII, cit., p. 76 ss.; e da V. BACHELET, *L'attività tecnica della pubblica amministrazione*, cit., p. 41 ss., è stata poi definitivamente abbandonata con il prevalere della nozione di discrezionalità tecnica come atto di giudizio (Giannini).

⁴⁶ A conferma della intrinseca ambivalenza che connota il principio segnalata dalla più attenta dottrina: cfr. R. FERRARA, *I principi comunitari di tutela dell'ambiente*, in *Dir. Amm.*, 2005, p. 541, che parla di contraddizioni “*per così dire, in re ipsa, radicate nella formulazione stessa del principio*”; G. MANFREDI, *Note sull'attuazione del principio di precauzione in diritto pubblico*, in *Dir. Pubbl.* 2004, p. 1076, che osserva come uno dei pochi punti su cui pare concordare chi è intervenuto a proposito del principio di precauzione è “*l'incertezza che connota sia la nozione, sia l'efficacia giuridica che l'ambito di applicazione di questo principio*”, Id, *Cambiamenti climatici e principio di precauzione*, in R.Q.D.A., 2011, p. 28 ss. In modo non dissimile P. CRAIG, *EU Administrative Law*, Oxford University Press, New York 2006, p. 738, sottolinea come controversi siano sia il significato del principio che il suo ambito di applicazione; SCOTT E VOS, osservano che “*few legal concepts have achieved the notoriety of the precautionary principle. Praised by some, disparaged by others, the principle is deeply ambivalent and apparently infinitely malleable.*” (in *The juridification of uncertainty: observations on the ambivalence of the precautionary principle within the EU and the WTO*, in JOERGES/DEHOUSSE (a cura di) *Good governance in Europe's integrated market*, Oxford University Press, 2000, p. 253), mentre E. FISHER, *Risk regulation and administrative constitutionalism*, Hart Publishing Oxford and Portland Oregon 2007, p. 214, afferma che, almeno con riferimento alla giurisprudenza comunitaria, parlare del principio di precauzione “*seems foolishly naive*”.

⁴⁷ In dottrina distinguono tra una versione procedurale e una sostanziale del principio di precauzione, tra gli altri, EWALD, *L'Etat de précaution*, in *Conseil d'Etat, Rapport Public* 2005, p. 359; P. DELL'ANNO, *Principi del diritto ambientale europeo e nazionale*, Milano 2004, secondo il quale “*occorre chiedersi se il principio di precauzione costituisca un approccio di natura procedimentale ovvero si volto alla creazione di una (nuova) gerarchia di valori sostanziali*”; e M. CECCHETTI, *La disciplina giuridica della tutela ambientale come “diritto dell'ambiente”*, in www.federalismi.it, p.103. Distinguono invece tra versioni “forti” e “deboli” del principio di precauzione C. SUNSTEIN, *Laws of fears. Beyond the precautionary principle*, Cambridge 2005;. R. FERRARA, *I principi comunitari di tutela dell'ambiente*, in *Dir. Amm.*, 2005, 531 e ss. Su posizioni diverse SALVIA, *Considerazioni su tecnica e interessi*, in *Dir. Pubbl.* 2002, p. 614-615 rileva criticamente il proliferare di versioni contrastanti del principio di precauzione: nel significato più rigoroso (e “più aderente alla lettera dell'espressione”) esso prevede “*l'inibizione di tutte quelle attività di cui (non) sia provata la (non) nocività*”, nelle versioni “*molto addolcite*”, oggi prevalenti, esse implicano una valutazione costi benefici.

⁴⁸ EWALD, *L'Etat de précaution*, cit., p. 361.

operazione che presenti un rischio per la salute umana o per l'ambiente, anche se vi sia incertezza su entità e consistenza di tale rischio e perfino sulla sua concreta esistenza.”⁴⁹

In tale accezione il principio di precauzione è, mi pare, accolto in numerose decisioni in tema di v.i.a. in cui si afferma *“la valutazione di impatto ambientale comporta una valutazione anticipata finalizzata, nel quadro del principio comunitario di precauzione, alla tutela dell'interesse pubblico ambientale. Ne deriva che, in presenza di una situazione ambientale connotata da profili di specifica e documentata sensibilità, anche la semplice possibilità di un'alterazione negativa va considerata un ragionevole motivo di opposizione alla realizzazione di un'attività.”*⁵⁰

L'effetto sul piano del sindacato dell'applicazione del principio di precauzione, inteso in questa accezione che, potremmo definire massimalista⁵¹, è paralizzante: e infatti il giudice amministrativo ci dice: *“sfugge al sindacato giurisdizionale la scelta discrezionale della P.A. di non sottoporre beni di rango primario, qual è quello all'integrità ambientale, ad ulteriori fattori di rischio che con riferimento alle peculiarità dell'area, possono implicare l'eventualità, non dimostrabile in positivo ma neanche suscettibile di esclusione di eventi lesivi”*⁵²

Non potrebbe non essere così. Se, infatti, l'arretramento della soglia di intervento del pubblico potere si spinge fino al punto di consentire (*rectius* imporre) un'azione limitativa dell'altrui sfera giuridica anche in assenza di *“evidenze scientifiche conclamate che illustrino la certa riconducibilità di un effetto devastante per l'ambiente ad una determinata causa umana”*⁵³, il controllo dell'attendibilità della decisione amministrativa dal punto di vista scientifico diventa un vuoto simulacro: provare che un danno è possibile, senza dovere quantificarlo (anche con un margine di errore) è assai semplice e, dal momento che lo spettro delle possibilità è quasi infinito, difficilmente l'amministrazione potrà in ciò cadere in errore.

Escluso è anche il controllo del rispetto del principio di proporzionalità. Se non si conosce il rapporto di causa-effetto tra un atto (l'attività che si blocca in applicazione del principio di precauzione) e un fatto (la lesione che dall'attività sarebbe potuta derivare) non si può

⁴⁹ P.DELL'ANNO, *Principi del diritto ambientale europeo e nazionale*, cit., p. 95.

⁵⁰ Cons. St., sez. VI, n. 1462 del 4 aprile 2005 che ha ritenuto legittimo il giudizio negativo di via su un progetto di discarica pur “conforme alle regole dell'arte.”; Cfr. in termini Cons. St., sez. V, 18 giugno 2009 n. 384 ; TAR Toscana, sez. II, n. 986 del 20 aprile 2010; TAR Puglia, Lecce, sez. I, 14 luglio 2011, n. 1341 .

⁵¹ F. DE LEONARDIS, *Il principio di precauzione nella recente codificazione*, in M. P. CHITI R. URSI, (a cura di) *Studi su codice dell'ambiente*, Torino 2009, p. 83, chiama “verde” questa versione del principio. Alla luce della giurisprudenza citata, non mi sembra peraltro condivisibile l'opinione dell'A. che ritiene la cd. versione verde del principio oggi del tutto “superata.”

⁵² Cons. St., sez. VI, n. 1462/ 2005, cit.

⁵³ Così TAR Puglia, Lecce, n. 1341/ 2011, cit., in relazione alle possibili conseguenze delle vibrazioni prodotte dalla ricerca di idrocarburi al largo delle coste sul cd. spiaggiamento dei cetacei.

stabilire se la misura è davvero *necessaria* per tutelare l'interesse protetto (o il che è lo stesso, se lo è il sacrificio della sfera giuridica soggettiva del privato)⁵⁴. E, sotto altro aspetto, se l'interesse alla salute e all'ambiente devono *sempre e comunque prevalere*, un'equa comparazione degli interessi è in radice esclusa⁵⁵: ciò che impedisce il controllo sulla adeguatezza della misura, sulla cd. *proporzionalità in senso stretto*.

Rimane al giudice unicamente la possibilità di verificare se la misura adottata sia *idonea* allo scopo di tutela perseguito dalla norma⁵⁶: ma, anche qui, è difficile pensare che una misura precauzionale e, pertanto, per definizione, fortemente anticipatoria della soglia di tutela, possa essere inidonea a raggiungere lo scopo. Detto in altri termini, raramente il controllo delle idoneità della misura rispetto al fine di protezione perseguito porterà ad un accertamento negativo, dal momento che la precauzione può essere eccessiva o fondata su ipotesi irrealistiche ma raramente inidonea a raggiungere lo scopo di proteggere l'ambiente e la salute.⁵⁷

⁵⁴ Cfr. in tema, la dottrina tedesca che sottolinea come, in relazione alle decisioni prese in condizioni di incertezza, risulti problematico l'accertamento della violazione del principio di proporzionalità: è difficile valutare se una misura è proporzionata in presenza di sistemi causali multifattoriali o quando non vi è accordo tra gli scienziati sulla pericolosità di un prodotto o di un'attività (U. DI FABIO, *Risikoentscheidungen im Rechtsstaat*, cit. p. 97; H. TRUTE, *From past to future risk- from private to public law*, cit 90 e ss. E. SCHMIDT-ASSMANN, *Das allgemeine Verwaltungsrecht als Ordnungsidee*, cit., p.162-3).

⁵⁵ Non a caso, A. TRAVI, *Droit publique et risque: Italie*, in *Revue europeenne de droit public*, 2003, p. 496, ha affermato che se, in applicazione del principio di precauzione, l'amministrazione deve evitare tutti i pericoli, non esiste alcun potere discrezionale della stessa.

⁵⁶ Non a caso, questo è l'unico controllo operato dal Tribunale europeo di I grado, quando applica il "principio generale di precauzione" nei termini oggi fatti propri anche da una parte della giurisprudenza amministrativa italiana. Cfr. *ex multis*, Trib. I grado, sentt. 26 novembre 2002 causa t-74/00 *Artegodan/Commissione*,; 21 ottobre 2003 causa t-392/02 *Solvay*,; 11 luglio 2007 causa T-229/04 *Regno di Svezia/Commissione*. Né può essere considerata un'eccezione la sentenza *Pfizer* (Tribunale di I grado, sentenza dell'11 settembre 2002, in causa T-13/99 *Pfizer Animal Health SA/Consiglio*) pur citata da CRAIG, (*EU Administrative Law*, cit., p. 657 e 670) come esempio del fatto che anche il giudice europeo non si tira indietro quando gli è richiesto di compiere un controllo sul rispetto del principio di proporzionalità in senso stretto. In tale ultima sentenza, il Tribunale, premesso che "*l'analisi costi-benefici costituisce una particolare espressione del principio di proporzionalità*" (punto 410), afferma poi l'esattezza dell'analisi costi benefici operata dalla Commissione sulla base del principio dell'assoluta prevalenza della salute e dell'ambiente su interessi di tipo economico, ciò che di fatto equivale a dire che un bilanciamento, quando concorrono tali interessi, è in radice escluso. Sul controllo di proporzionalità da parte delle corti comunitarie si veda SCHWARZE, *The principle of proportionality and the principle of impartiality in european administrative law*, in *Riv. Trim Dir. Pubbl.*, 2003, p. 53 e D.U. GALETTA, *Il principio di proporzionalità comunitario e il suo effetto di "spill over" negli ordinamenti nazionali*, in *Nuove Autonomie* 4-5/2005, p. 541 ss.. In generale sul principio di proporzionalità si rinvia, tra gli altri, a S. COGNETTI, *Principio di proporzionalità. Profili di teoria generale e di analisi sistematica*, Torino 2011; D.U. GALETTA, *Il principio di proporzionalità*, in M. A. SANDULLI (a cura di), *Codice dell'azione amministrativa*, Milano 2011, p. 110 ss.; A. SANDULLI, *La proporzionalità dell'azione amministrativa*, Padova 1998; R. VILLAMENA, *Contributo in tema di proporzionalità amministrativa*, Milano 2008; VIPIANA, *Introduzione allo studio del principio di ragionevolezza nel diritto pubblico*, Padova 1993; G. MORBIDELLI, *Il principio di ragionevolezza nel procedimento amministrativo*, in *Studi in onore di Giuseppe Guarino*, Padova 1998, p. 89 ss.

⁵⁷ A meno che il giudice non voglia farsi carico dei cd. rischi di second'ordine, cioè dei rischi che derivano dalla stessa decisione amministrativa. Sui rischi di second'ordine cfr. A. SCHERZBERG, *Risikosteuerung durch Verwaltungsrecht: Ermoglichung oder Begrenzung von Innovationen?*, cit. 219 ss., che nota come in

Ha ragione pertanto Merusi quando afferma: “ nei casi in cui i concetti giuridici indeterminati che vincolano l’esercizio del potere fanno riferimento a questioni scientifiche controverse o addirittura non scientificamente verificabili” non vale la “ragionevolezza”, e “il giudice nulla può fare a meno di non emettere sentenze irrazionali, per loro natura contrarie ad un giudice di legittimità, per il quale è legale ciò che è razionale ed è illegale ciò che non lo è.”

58

Non si può però non notare come la regola dell’assoluta prevalenza in situazioni di incertezza scientifica della tutela dell’ambiente sugli interessi economici, pur affermata in diverse sentenze del Tribunale europeo di primo grado⁵⁹, cui si rifà il nostro giudice amministrativo, non è in alcun modo desumibile dai principi ricavabili dal TFU ed anzi si pone in contraddizione con gli stessi. L’art. 191 TFU, infatti, nel dettare i principi della politica dell’Unione in materia ambientale (e quindi quei principi, si può incidentalmente notare, che devono ispirare la legislazione e non l’amministrazione o il giudice⁶⁰) espressamente pone

relazione agli stessi il diritto debba “anticipare le proprie conseguenze,” e diventare riflessivo (*reflexiv*). Sulla cd. riflessività del diritto del rischio cfr., nella nostra dottrina, A. BARONE, *Il diritto del rischio*, Milano 2006. Sottolineano il fatto che i rischi prodotti da una decisione precauzionale si ripercuotono spesso in sistemi diversi dal contesto decisionale di riferimento G. MAJONE, *What price safety? The precautionary principle and its policy implications*, 40, J Common Mrk. Stdn 89, 106, 2002 e C. SUNSTEIN, *Laws of fears. Beyond the precautionary principle*, cit. Un esempio di attenzione del giudice amministrativo ai cd. rischi di second’ordine è una decisione del TAR Sicilia relativa alla bonifica della rada di Augusta, in cui il giudice siciliano rileva come una delle prescrizioni impartite, il drenaggio del fondale, avrebbe potuto sollevare e diffondere nelle acque le sostanze inquinanti presenti sullo stesso, con effetti sull’ecosistema probabilmente più gravi di quelli che si intendeva combattere (TAR Sicilia, Catania, sez. II, n. 1254 del 20 luglio 2007).

⁵⁸ “E – conclude l’A.- di ciò che non è scientificamente verificabile si nutrono le psicosi collettive che in ogni epoca hanno cercato nel giudice lo strumento per invertere paure collettive”. (F. MERUSI, *Variazioni su tecnica e processo*, cit., p. 979). Anche U. DI FABIO, *Risikoentscheidungen im Rechtsstaat*, cit., p. 277-289, ha segnalato la difficoltà di sottoporre i casi in cui vi è una relazione causa-effetto complessa a un controllo di razionalità. In particolare il sindacato di razionalità tipico del giudice trova un limite nelle decisioni dell’amministrazione che presentano i seguenti caratteri distintivi: 1. l’autorità amministrativa non è obbligata dalla legge a dimostrare la probabilità del verificarsi dell’evento dannoso, bastando il sospetto della possibilità dell’avverarsi dello stesso; 2. manca una chiara conoscenza della catena causale in relazione alla possibilità del verificarsi del danno; 3. tale deficit cognitivo è compensato da un bilanciamento politico-giuridico da parte dell’autorità decidente.

⁵⁹ Cfr tra le altre Trib. I grado, sentt. 26 novembre 2002, causa t-74/00 *Artegoda/Commissione*; 21 ottobre 2003, causa t-392/02 *Solvay*; 11 settembre 2002, causa T-13/99 *Pfizer Animal Health SA /Consiglio*; causa T- 158/03 *Industrias Químicas del Vallé SA/ Commissione*; 11 luglio 2007 causa T-229/04 *Regno di Svezia/Commissione*; 9 settembre 2008 causa T-75/06 *Bayer Crop science AG/Commissione*; Trib.di I grado ord. 28 settembre 2007 causa T- 527/07 *Francia/Commissione*. C. SUNSTEIN, *Laws of fears. Beyond the precautionary principle*, cit , p. 24 ss, definisce l’affermazione della assoluta preminenza della tutela della salute sugli interessi economici appare, secondo a , un argomento privo di senso “*an almost comically unhelpful statement.*” Secondo l’A., infatti, se una misura può incrementare la salute soltanto in misura minima allora non si dovrebbero spendere ingenti risorse: in parte perché le stesse risorse potrebbero essere impiegate per altri e più gravi problemi di salute, in parte perché lo spreco di risorse può essere direttamente causa di problemi per la salute pubblica. Se si volesse controllare ogni rischio, a prescindere dal grado di probabilità e dai costi, in breve tempo le risorse disponibili si esaurirebbero e ciò non farebbe diventare il nostro futuro più sicuro.

⁶⁰ Così G. CORSO, *La valutazione del rischio ambientale*, cit. p. 168, che nota che „è il legislatore che è tenuto ad essere cauto“;.. F. MERUSI, op. e loc. ult cit; G. ROSSI, *Diritto dell’ambiente*, cit., p. 48. Sottolineano la valenza programmatica del principio di precauzione anche P. DELL’ANNO, *Principi del diritto ambientale*

l'obbligo di tenere conto “dei vantaggi e degli oneri che possono derivare dall'azione o dall'assenza di azione” cioè dei costi della stessa. La disposizione del Trattato pare in tal modo speculare al principio dello sviluppo sostenibile⁶¹, ponendosi rispetto ad esso come una sorta di proiezione rovesciata: la tutela contro rischi deve essere economicamente sostenibile, lo sviluppo economico deve esserlo dal punto di vista dei rischi che produce per le generazioni presenti e future. Detto in altre parole, la protezione dell'ambiente dai rischi deve comportare costi accettabili, lo sviluppo economico rischi accettabili (per evitare di compromettere ciò che lasceremo ai posteri). Si tratta forse di diversi modi per esprimere lo stesso concetto, o forse, come autorevolmente sostenuto, di nozioni diverse.⁶²Ma, in ogni caso, sia la protezione dai rischi, che l'attuazione dello sviluppo sostenibile richiedono un ragionevole bilanciamento degli interessi in gioco. La precauzione e prevenzione infatti sono relativizzate dall'attenzione ai costi, allo stesso modo in cui lo sviluppo economico lo è dalla tutela dell'ambiente: interesse quest'ultimo (come la salute) sicuramente prioritario ma non sempre, nel caso concreto, assolutamente prevalente⁶³.

europo e nazionale, cit., p. 95 e R. FERRARA, *L'ordinamento della sanità*, Torino 2007, p. 25. Considerano invece la precauzione un principio generale del diritto amministrativo, tra gli altri, V. CERULLI IRELLI, *Lineamenti del diritto amministrativo*, Torino 2006, p. 253; M. PCHITI., *Il rischio sanitario e l'evoluzione dall'amministrazione dell'emergenza all'amministrazione precauzionale*, cit., p. 7 e ss.; F. DE LEONARDIS, *Il principio di precauzione nell'amministrazione di rischio*, cit.; A. MASSERA, *I principi generali dell'azione amministrativa tra ordinamento nazionale e ordinamento comunitario*, cit., 706; F.SALVIA, *Considerazioni su tecnica e interessi*, cit., 614-617; F. FRACCHIA, *Lo sviluppo sostenibile. La voce flebile dell'altro tra protezione dell'ambiente e tutela della specie umana*, Napoli 2010, p. 31 ss.; TRIMARCHI, *Principio di precauzione e « qualità » dell'azione amministrativa*, in *Riv. Trim. Dir. Pub. Com* 2005, 1684; G. MANFREDI, *Note sull'attuazione del principio di precauzione in diritto pubblico*, in *Dir. Pubbl.* 2004, 1075; F. FONDERICO, *Tutela dall'inquinamento elettromagnetico e amministrazione “precauzionale”*, in *Giorn dir. amm.*, 335; B. MARCHETTI, *Il principio di precauzione*, in M. A. SANDULLI (a cura di), *Codice dell'azione amministrativa*, Milano 2011, p. 149 ss.; ZEI, *Principio di precauzione*, Dig. disc. pubbl (agg.), 2008, III, p. 670.

⁶¹ Sul principio si rinvia a F. FRACCHIA, *Lo sviluppo sostenibile*, cit.; Id, *Il principio dello sviluppo sostenibile*, in G. ROSSI, *Diritto dell'ambiente*, cit., p. 170 ss.; Id, *Sviluppo sostenibile e diritti delle generazioni future*, in R.Q.D.A. 2010, p. 13 ss.; M. IMMORDINO N. GULLO (a cura di), *Sviluppo sostenibile e regime giuridico dei parchi*, Napoli 2008.

⁶²F. FRACCHIA, *Lo sviluppo sostenibile*, cit., p. 197 ss.

⁶³In altri termini, come nota F. FRACCHIA, op. ult. cit p. 229, “non necessariamente e non inevitabilmente l'interesse ambientale è destinato a prevalere su altre istanze; piuttosto, ove tale prevalenza non si verifichi, l'amministrazione deve puntualmente e adeguatamente motivare circa la sussistenza di interessi che, nel caso concreto, appaiono prevalenti.” Secondo l'A., “l'introduzione dello sviluppo sostenibile nel nostro ordinamento, se da un lato, conferisce ulteriore dignità all'ambiente, dall'altro lo ‘sdogana’ e ‘relativizza’ rendendolo confrontabile con altri valori e con differenti esigenze”. Sulla necessità di bilanciamento tra interesse ambientale e libertà economiche cfr. M. MAZZAMUTO, *Diritto dell'ambiente e sistema comunitario delle libertà economiche*, in *Riv.it. dir. Pubbl., com.* 2009, p. 1571 ss. Non contraddice il principio del necessario temperamento tra interessi contrastanti il cd. principio di integrazione (art. 11 TFU): l'obbligo di tenere in considerazione le esigenze connesse alla tutela dell'ambiente nell'ambito delle altre politiche dell'Unione non implica infatti che a tale interesse debba essere data incondizionata prevalenza. Sul principio di integrazione si rinvia a M. C. CAVALLARO, *Il principio di integrazione come strumento di tutela dell'ambiente*, in *Riv. It. Dir. Pubbl. Comun.*, 2007, p. 467 ss.

Il principio di precauzione, inteso quale regola che impone di dare assoluta preminenza all'interesse ambientale, è altresì incompatibile con la nostra Costituzione che, in una logica di compromesso, non postula una gerarchia tra gli interessi e i valori tutelati.⁶⁴ Ciò è stato da ultimo riconosciuto anche dalla Corte costituzionale che richiede un equilibrato bilanciamento degli stessi⁶⁵: emblematica è in tal senso, anche perché resa in relazione ad una fattispecie intrisa di incertezza scientifica, la nota sentenza n. 307/2003 sull'inquinamento elettromagnetico.

Né, infine, è questo il senso in cui intendono la *Vorsorge* i tedeschi: il giudice costituzionale ha chiarito che il dovere di protezione (*Schutzpflicht*) dei diritti fondamentali, (alla vita -art. 2, par. 2, GG-, alla dignità umana -art.1, par. 1, GG- e alla salute -art. 14, GG), che giustifica l'intervento dello Stato limitativo della sfera individuale in situazioni di incertezza non impone di realizzare un'impossibile sicurezza assoluta, ma consente l'assunzione del cd. rischio residuale (*Restrisiko*), cioè quel rischio che, secondo un criterio di ragion pratica (*praktisches Vernunft*) deve essere accollato alla collettività come contropartita dello sviluppo tecnologico (così la sentenza *Kalkar*, cit.).

In Italia, i disastrosi effetti del terremoto dell'Aquila, il crollo a Messina delle case costruite sul fango, i roghi di immondizia a Napoli, testimoniano, tristemente, come nel nostro ordinamento la prevenzione sia stata a lungo assente e prevalga una logica emergenziale. Piuttosto che prevenire i danni si è reagito *ex post* tentando di ridurre la portata. Il principio di precauzione, inteso nella sua accezione radicale, non è però un corretto antidoto all'emergenza. Nessuna attività umana può dirsi sicura in senso assoluto, il principio di

⁶⁴ Negano l'esistenza di una gerarchia tra gli interessi costituzionali, tra gli altri G. CORSO, *Interessi in conflitto e criteri di composizione*, in *Ambiente e mercato: quale gerarchia dei valori?*, Genova 2002, p. 23-25, ID, *Ordine Pubblico nel diritto amministrativo*, in *Digesto*, Vol. X. Pubblico, Torino 1995, p. 442 e R. BIN, *Diritti e argomenti. Il bilanciamento degli interessi nella giurisprudenza costituzionale*, Milano 1992, che afferma "sembra lecito chiedersi se sia configurabile un contenuto normativo del diritto la cui definizione possa compiersi in astratto, prescindendo dal bilanciamento con gli altri interessi che in ogni e diversa specifica circostanza si trovino a concorrere" e che "il peso del principio non può essere determinato in astratto in via generale ma è dato dalle condizioni fattuali e dalle limitazioni e dalle limitazioni derivanti dal concorso degli altri principi nel caso concreto" (rispettivamente a p. 4 e 32). Non diversamente R. GUASTINI, *Ponderazione. Un'analisi dei conflitti tra principi costituzionali*, in *Ragion Pratica* 26/2006, p.158, mette in luce come tra principi conflitto possa stabilirsi soltanto "una gerarchia assiologia mobile", cioè una gerarchia che non è fissata in abstracto, una volta e per tutte, ma "una gerarchia che vale per il caso concreto (o per una classe di casi concreti), ma che potrebbe essere rovesciata – e che spesso è rovesciata- in un caso concreto diverso". Del resto, come afferma A. FALZEA *Gli standard valutativi e la loro applicazione*, in *Ricerche di teoria generale del diritto e di dogmatica giuridica. I. Teoria generale del diritto*, Milano., p. 399 "una società complessa, pluralistica, mobile, lascia uno spazio limitato ad irrigidimenti assiologici persino nei valori apicali, sicché è tutt'altro che infrequente la necessità di rinviare al momento della realizzazione, quando diventa attuale l'adattamento dell'effetto al fatto, la identificazione della soluzione giuridica del problema posto dal fatto."

⁶⁵ Nota G. CORSO, *Ordine Pubblico nel diritto amministrativo*, cit. p. 442, che "la tecnica del bilanciamento presuppone l'inesistenza di una gerarchia costituzionalmente vincolante di interessi e valori. Se questa gerarchia vi fosse nessuna comparazione sarebbe possibile: si imporrebbe sempre e comunque il sacrificio dell'interesse e o del dovere sotto ordinato." *Ordine Pubblico nel diritto amministrativo*, cit. p. 442,

precauzione è, pertanto, esso stesso rischioso, risolvendosi nel blocco di ogni attività.⁶⁶ La sua applicazione apre la strada ad un atteggiamento che è irrazionale così come lo è l'assenza di prevenzione: la paralisi, figlia della paura.

6. Precauzione "procedurale" e sindacato di proporzionalità.

Diversamente si pone il sindacato giurisdizionale, io credo, quando (come avviene, ad es., in numerose decisioni in materia di bonifica dei siti contaminati) il principio di precauzione è invocato unicamente per giustificare la possibilità per l'amministrazione di decidere a favore della tutela dell'ambiente anche in situazioni di incertezza scientifica, senza la contestuale affermazione dell'obbligo di far prevalere necessariamente e "ad ogni costo" tale interesse sugli altri protetti dall'ordinamento (in un'accezione quindi che, con la migliore dottrina, potremmo definire "debole" o "procedurale"⁶⁷). In queste decisioni, l'incertezza scientifica che caratterizza la fattispecie, lungi dal determinare l'incondizionata prevalenza dell'interesse ambientale sugli altri, costituisce solo un fatto da valutare insieme alle altre circostanze del caso. Il giudice, non solo non si sottrae al controllo sul fatto, ma si spinge anche a valutare l'adequazione della composizione degli interessi in gioco operata dall'amministrazione rispetto al caso concreto. E, riconoscendo la pari dignità degli interessi tutelati dalla Costituzione, richiede all'amministrazione di motivare il sacrificio dell'uno a vantaggio

⁶⁶ Sull'effetto paralizzante del principio di precauzione inteso in senso forte si veda C. SUNSTEIN, *Laws of fears. Beyond the precautionary principle*, cit. ID, *Risk and Reason. Safety, Law and the Environment*, Cambridge 2002. Trad. it. *Quanto rischiamo. La sicurezza ambientale tra percezione e approccio razionale*, Milano 2004. Secondo l'A, qualsiasi azione (o non-azione) comporta dei rischi: anche la regolazione finalizzata a contrastare i rischi genera i suoi propri rischi e pertanto anch'essa si può rivelare, in ultima analisi, una decisione contraria al principio di precauzione. In breve, il principio non dà una guida per scegliere tra i rischi dell'azione e quelli derivanti dal non agire ma "condanna qualsiasi scelta possibile, compreso quella di non far nulla" (op. ult. cit., p. 124).

⁶⁷ Questa accezione del principio di precauzione ha trovato largo seguito in dottrina: cfr F. DE LEONARDIS, *Il principio di precauzione nell'amministrazione di rischio*, cit., p. 128, che considera il principio una regola "di discrezionalità ragionevole" che in caso di incertezza scientifica non impone né preclude in via assoluta nessuna decisione, purché essa sia frutto di una istruttoria adeguata e di un ragionevole bilanciamento; G. D. COMPARTI, *Contenuto e limiti del governo amministrativo dell'inquinamento elettromagnetico alla luce del principio di precauzione*, in *Riv. Giur. Ambiente*, 2005, p. 226, che individua in esso „un parametro procedurale che definisce le condizioni per il corretto dispiegamento delle potestà discrezionali”; P. DELL'ANNO, *Principi del diritto ambientale europeo e nazionale*, cit., p. 94, secondo cui esso è "una forma di tutela procedimentale, che si realizza mediante tecniche di bilanciamento dei valori coinvolti, che effettua una ponderazione tra entità dei rischi paventati ed efficacia delle misure per fronteggiarli;" M. CECCHETTI, *La disciplina giuridica della tutela ambientale come "diritto dell'ambiente"*, cit. 104, che lo considera una regola che "obbliga l'autorità normativa a prendere in considerazione l'incertezza scientifica nell'ambito della valutazione del rischio, a determinare il grado di accettabilità/inaccettabilità del rischio stesso e, solo a questo punto, ad individuare la misura regolativa più adatta a gestire nel tempo l'incertezza della scienza a riguardo, non senza acquisire alla decisione il parametro dell'analisi costi/benefici."

dell'altro.⁶⁸ Il controllo del rispetto del principio di proporzionalità, condotto attraverso l'esame della motivazione dei provvedimenti impugnati, giunge in tal modo fino al cuore, alla sostanza, della decisione amministrativa⁶⁹.

In tali decisioni, il principio di precauzione, quando non è una mera clausola di stile, rimane comunque confinato nella premessa dell'argomentazione, senz'altro ruolo che ricordarci l'incertezza del giudizio relativo a "fatti complessi"⁷⁰. Resta da chiedersi se la precauzione così intesa possa considerarsi davvero nuova nel nostro ordinamento, o se, al contrario, la storia tormentata della nozione di "discrezionalità tecnica", non sia indice della stessa difficoltà che incontra il diritto, oggi come ieri, quando si misura con l'incertezza del sapere tecnico- scientifico e con la precarietà della conoscenza umana.

Resta valido, oggi come ieri, il monito di Ledda che, a proposito del rapporto tra tecnica e diritto, osservava: *"la pretesa di razionalità, quando si tratti di problemi che coinvolgono la rilevanza causale di determinati fatti, può realizzarsi a propria volta solo attraverso l'applicazione delle tecniche che in un momento storico determinato sono sorrette dal comune consenso o suffragate dalle acquisizioni della scienza: in rapporto allo scopo perseguito dall'ordinamento siccome rispondente a una esigenza di giustizia, qualunque soluzione non conforme a quelle tecniche risulterebbe arbitraria e quindi ingiusta proprio perché irrazionale."*⁷¹

⁶⁸Cfr., *ex multis*, TAR Friuli Venezia Giulia, n. 90/ 2008; TAR Lazio n. 4214/ 2011; TAR Toscana, n. 1525 e n. 2316/2010 e n. 225/2011; TAR Puglia Lecce, sez. I, n. 2248/2007; TAR Sardegna, n. 1809/2007; TAR Sicilia 2007.

⁶⁹ Cfr. D. DE PRETIS, *La giustizia amministrativa*, in G. Napoletano (a cura di) *Diritto amministrativo comparato*, Milano 2007, p. 314-15, che nota come *"in Europa l'assunzione della proporzionalità come canone di sindacato della scelta discrezionale apre al giudice la strada per un apprezzamento diretto della sostanza della decisione amministrativa, anche al di là dello schermo del processo decisionale seguito e delle ragioni offerte dall'amministrazione."*

⁷⁰ La locuzione è, come noto, di F. CAMMEO, *Corso di diritto amministrativo*, cit.

⁷¹ F. LEDDA, *Potere, tecnica e sindacato sull'amministrazione pubblica*, cit. p. 193. Osservava ancora l'A. che *"indubbiamente il legislatore può disconoscere il valore della tecnica e porre prescrizioni ad essa non conformi"*, ma lo fa *"assumendosi il rischio dell'arbitrarietà"*(p.194)