

Il principio di precauzione: il rapporto problematico tra diritto e incertezza scientifica

di Giovanni Aversente

Abstract: The precautionary principle: the problematic relationship between law and scientific uncertainty – The work analyses the precautionary principle and its consequences within our system. The principle is analysed from the point of view of the production of technical legislation and, more specifically, from the point of view of the evaluation of the legislation by the common and constitutional judge, also based on the latest procedural changes made by the Constitutional Court. Finally, the work tries to demonstrate how the problematic relationship between law and uncertain science can be solved by regulating the procedures that introduce scientific knowledge, also before the Constitutional Court.

Keywords: Environment; Precautionary principle; Scientific uncertainty; Sources of law; Constitutional Court.

3475

1. La formazione della regola tecnico-scientifica: quale fonte per la norma a contenuto precauzionale?

Le conoscenze tecniche e scientifiche rappresentano un fondamentale ausilio per predisporre una tutela completa e sufficiente all'interno della tematica del diritto ambientale.

Forse, mai come in questa sede, l'apporto della comunità scientifica e, anche, degli sviluppi tecnologici risultano essere essenziali. Difatti, molte volte, il diritto dell'ambiente richiede la previsione di una tutela anticipata rispetto al concreto verificarsi di un danno, che il solo organo rappresentativo, decisore politico, è incapace di disporre. La produzione di questa normativa cd. "tecnica" richiama, perciò, conoscenze appartenenti ad altri campi del sapere, tanto da far parlare in dottrina di "co-produzione" tra scienza e diritto¹.

Uno dei problemi principali del diritto dell'ambiente sembra inquadarsi proprio nello schema decisionale del principio di precauzione, rispetto al quale il decisore politico è tenuto a confrontarsi con un sapere tecnico e scientifico che non è incontrovertibile e, anzi, risulta essere incerto sia sull'*an* che sul *quomodo* del verificarsi del danno al bene giuridico tutelato.

¹ M. Tallacchini, *Evidenza scientifica e normazione ambientale: la "co-produzione" di scienza e diritto*, in S. Grassi, M. Cecchetti (a cura di), *Governo dell'ambiente e formazione delle norme tecniche*, Milano, 2004, 1 ss.

Proprio in tal senso, può ricavarsi un rapporto problematico tra diritto e scienza incerta, non solo, con riferimento alle fasi di formazione legislativa della normativa tecnica ma, anche, con riferimento alla fase di valutazione giudiziale delle scelte effettuate dal legislatore.

L'incertezza scientifica e la valutazione e la gestione del rischio, come fattori da considerare da parte dei pubblici poteri, si ritrovano già nella Comunicazione della Commissione europea del 2 febbraio 2000, fino a ritrovare nel Trattato CEE (art. 174, par 2) e, oggi, nel Trattato sul Funzionamento dell'Unione Europea (art. 191, par. 2) la precauzione come principio che informa le politiche dell'Unione in campo ambientale.

Nel nostro ordinamento, tuttavia, non esiste, al momento, una disciplina generale e dettagliata del procedimento di formazione delle regole tecniche² che possa essere orientata, in ipotesi, a rendere distinguibile e, perciò, giudicabile le componenti valutative della norma tecnica e delle scelte politiche che hanno presieduto alla sua produzione³.

Difatti, anche il cd. "Testo Unico dell'Ambiente" (d.lgs. 152 del 2006, *Norme in materia ambientale*) nulla dice con riferimento alla procedura di formazione della normativa tecnica: si richiama la precauzione, in generale, come principio che informa l'azione ambientale (art. 3-ter), con riferimento anche a specifici articoli (ad es. inerenti alla tutela e uso delle risorse idriche, art. 144, o la gestione dei rifiuti, artt. 178 e 179), e, in particolare, in attuazione del principio stesso (art. 301), prevede la facoltà del Ministro dell'ambiente di adottare, in qualsiasi momento, misure di prevenzione che risultino proporzionali rispetto al livello di protezione che si intende raggiungere, non discriminatorie nella loro applicazione, coerenti con misure analoghe già adottate, basandosi sull'esame dei potenziali vantaggi ed oneri, e, soprattutto, misure di prevenzione aggiornabili dinanzi a nuovi dati scientifici.

Alla luce di questo dato normativo, si è cercato di proporre una procedura di formazione della normativa tecnica con riferimento al principio di precauzione, prevedendo, in particolare, una *normazione procedimentale*, la cui disciplina sarebbe affidata alla legge, alla quale spetterebbe l'individuazione delle modalità di interazione tra scienza e diritto, e una *normazione sostanzialmente precauzionale* affidata, invece, a fonti di rango secondario, regolamenti governativi o ministeriali, ai quali spetterebbe la decisione e la gestione dei rischi incerti, e che sembra essere la sede idonea, altresì, a garantire il costante e tempestivo aggiornamento del prodotto normativo, oltre che sede da cui far emergere la responsabilità politica del decisore⁴.

Il bilanciamento tra molteplici interessi costituzionali, così facendo, sarebbe inserito in una fonte subordinata, con l'assemblea legislativa che risulterebbe

² Si v. A. Iannuzzi, *Il diritto capovolto. Regolazione a contenuto tecnico-scientifico e Costituzione*, Napoli, 2018, 134 ss.

³ S. Grassi, *Introduzione*, in S. Grassi, M. Cecchetti (a cura di), *Governo dell'ambiente e formazione delle norme tecniche*, cit., IX.

⁴ M. Cecchetti, *Principio di precauzione e produzione pubblica del diritto. La funzione normativa di fronte alle sfide del "governo" dell'incertezza scientifica*, in G. Guerra, A. Muratorio, E. Pariotti, M. Piccini, D. Ruggiu (a cura di), *Forme e responsabilità, regolazione e nanotecnologie*, Bologna, 2011, 121-158.

esclusa dall'attività di bilanciamento tra vari interessi richiesti dalla normativa precauzionale.

Se da un lato, è stata ritenuta legittima la scelta di riservare alla legge l'individuazione dei criteri generali in base ai quali emanare norme tecniche⁵, dall'altro, si dovrebbe assicurare, a parere di chi scrive, un più ampio livello di condivisibilità, in materia, nell'adozione delle scelte normative di fonte secondaria. È auspicabile che sia un regolamento governativo, capace di coinvolgere, difatti, il *plenum* del Consiglio dei ministri, a ricomprendere la normativa tecnica e ad effettuare i necessari bilanciamenti richiesti, piuttosto che rimettere l'intera scelta sostanziale ad un regolamento ministeriale. A ciò, si aggiunga una quanto più necessaria e rigorosa esigenza di osservare il principio di legalità nell'adozione dello stesso regolamento.

È importante sottolineare, inoltre, che il principio di precauzione non condiziona soltanto l'*iter* di approvazione di una fonte normativa: anche le decisioni amministrative, adottate a qualsiasi livello territoriale, devono informare il proprio contenuto al rispetto della precauzione, in base ai loro, più o meno ampi, spazi discrezionali e mirando al soddisfacimento primario dell'interesse pubblico, nella concreta adozione di atti.

2. Il problematico rapporto tra giudice (comune e costituzionale) e incertezza scientifica

3477

Le scelte inerenti al principio di precauzione possono far emergere ulteriori rapporti problematici tra diritto e scienza incerta, laddove sottoposte al vaglio giudiziale.

Come già la Corte costituzionale ha avuto modo di affermare, nessun giudice può sovrapporre le proprie valutazioni a quelle discrezionali del legislatore o della pubblica amministrazione, «anche se fondate su particolari interpretazioni dei dati tecnici a sua disposizione, [che] non possono sostituirsi alle valutazioni dell'amministrazione sulla tutela dell'ambiente, [...] attribuendo in partenza una qualificazione negativa alle condizioni poste [...] e neppure ancora verificate nella loro concreta efficacia»⁶.

La precauzione, difatti, a differenza del principio di prevenzione che rimanda a conoscenze scientifiche certe, induce il legislatore a confrontarsi con l'incertezza dei dati tecnico-scientifici e a decidere, pertanto, il livello di rischio che l'ordinamento è disposto ad accettare. Eppure, nel caso in cui vi sia un'incertezza scientifica e, al contempo, un'insufficiente disciplina legislativa, non può essere richiesta al giudice comune un'attività di bilanciamento tra interessi confliggenti. Si è sottolineato, tuttavia, come ci sia, in realtà, una differenza di posizione del giudice rispetto a tutti gli altri soggetti, che, in qualche modo, si trovano ad affrontare controversie scientifiche: un «punto dolente dell'intera problematica» si ha proprio quando il giudice si trova dinanzi all'assenza di una regola *juris*

⁵ Si v. Corte cost., sent. n. 512 del 1990.

⁶ Così Corte cost., sent. n. 85 del 2013, punto 10.3 del *Cons. in dir.*

specifica; in tal caso, secondo una dottrina, egli non potrebbe non emettere una decisione se questa gli venisse richiesta in modo rituale, così da dover stabilire lui, tramite un giudizio di prevalenza, quale rappresentazione della realtà appare preferibile⁷, non potendosi sottrarre dal rispondere alla domanda giudiziale. In casi come questi, il giudice si scoprirebbe stretto tra la necessità di garantire giustizia alle parti in causa e l'esigenza di non invadere sfere decisionali che non gli competono.

D'altra parte, ci si potrebbe altresì domandare quale sia la sede più idonea a garantire tutela giurisdizionale volta a sindacare la ragionevolezza delle scelte del decisore politico, incluse in una fonte secondaria.

A tal proposito, si è affermato che le norme tecniche, disciplinate in fonti sub-legislative, risultano dotate di maggiori garanzie giurisdizionali rispetto a quelle contenute in norme di rango primario, giacché il privato potrebbe ricorrere direttamente al giudice amministrativo per ottenerne l'annullamento⁸.

L'adozione della normativa tecnica in una fonte di rango secondario sembrerebbe così escludere, per lo meno a *prima facie*, il ruolo del Giudice delle leggi, *ex art. 134 Cost.* A fronte di ciò, il sindacato della Corte costituzionale potrebbe comunque essere previsto, laddove si ravvisi la sussistenza di uno stretto legame tra norma legislativa e fonte secondaria su di essa fondata, riconoscendo, pertanto, la possibilità di estendere, anche a quest'ultima, il sindacato di costituzionalità⁹.

Che si tratti di norma primaria o di fonte sub-legislativa, a cui venga riconosciuto questo stretto legame, la Corte costituzionale ben potrebbe valutare le scelte del legislatore e il rispetto del principio di precauzione, così come ha concretamente fatto con sentenza n. 58 del 2018, e utilizzare, in ipotesi, i propri strumenti processuali o operando informalmente, se non sotteraneamente¹⁰, per procedere alla valutazione delle scelte normative.

Con riferimento ai propri strumenti processuali, la Corte costituzionale, con deliberazione dell'8 gennaio 2020, intervenendo a ridefinire le Norme Integrative, ha introdotto - come noto - alcune modifiche.

In particolare, il nuovo articolo 14-bis consente al Giudice delle leggi, laddove ritenga necessario acquisire informazioni attinenti a specifiche discipline, di disporre, attraverso ordinanze, la possibilità di ascoltare esperti di chiara fama, in apposita adunanza in camera di consiglio alla quale possono assistere le parti costituite. La Corte costituzionale ha previsto, inoltre, che l'acquisizione di informazioni rese da parte di esperti in materie specifiche sia sottoposta ad

⁷ G. Silvestri, *Scienza e coscienza: due premesse per l'indipendenza del giudice*, in *Dir. pubbl.*, 2/2004, 412-413.

⁸ M. Cecchetti, *Prospettive per una razionalizzazione della "normazione tecnica" a tutela dell'ambiente nell'ordinamento*, in S. Grassi - M. Cecchetti (a cura di), *Governo dell'ambiente e formazione delle norme tecniche*, Milano, 2004, 52; Cfr. anche F. Salmoni, *Le norme tecniche*, Milano, 2001, 193.

⁹ Concetto affermato in Corte cost., sent. n. 200 del 2018, punto 4 del *Cons. in dir.* e ribadito, più di recente, nelle sentt. n. 3 e 241 del 2019.

¹⁰ Per utilizzare le parole di E. Malfatti, *Giurisprudenza costituzionale e "questioni tecniche": i poteri istruttori della Corte costituzionale*, in *Consulta online*, 27 gennaio 2020, 3.

autorizzazione resa dal Presidente, con possibilità di formulare domande ad opera delle parti e con l'avviso del cancelliere, di almeno dieci giorni prima l'adunanza in camera di consiglio¹¹.

Tale strumento, che si aggiunge a quelli già disponibili, sembra soddisfare le esigenze sottese all'esercizio del sindacato di ragionevolezza sulle scelte legislative basate sulla cd. scienza incertezza e sembra riferirsi, dunque, all'attuazione del principio di precauzione; diversamente, laddove si trattasse di materie con un elevato grado di certezza tecnico-scientifica, non avrebbe molto senso disporre l'acquisizione di informazioni specifiche.

L'audizione degli esperti, che può attivarsi ove il Giudice delle Leggi lo ritenga necessario (art. 14-bis N.I.) e che rischia, tuttavia, di allungare i tempi processuali del giudizio di costituzionalità, non rappresenta, tuttavia, l'assunzione di un mezzo di prova, ma solo l'acquisizione di un'opinione dalla quale i giudici potranno anche discostarsi: tale circostanza, pertanto, apporterebbe un vantaggio in termini di minor vincolo delle risultanze istruttorie, contrariamente a quanto avviene nel momento di attivazione dei poteri istruttori (previsti agli artt. 12-14 Norme Integrative)¹² che costringono la Corte in un percorso decisionale che di esse tenga conto¹³. Probabilmente, la scelta di non inserire l'audizione degli esperti tra questi ultimi strumenti conferma l'intento dei giudici costituzionali di non volersi legare, con maglie troppo strette, all'utilizzo di strumenti processuali, ma a garantirsi, piuttosto, la possibilità di far «leva sui propri poteri di gestione del processo costituzionale»¹⁴.

Un ulteriore *vulnus* da sottolineare riguarda la possibilità concreta di recepire soltanto parzialmente le conoscenze scientifiche, specie quando si tratti di questioni incerte e non univoche¹⁵, e, tra l'altro, soltanto in camera di consiglio e non in udienza pubblica.

A parte tali aspetti, è da apprezzare che la Corte, nel momento in cui ha utilizzato questo strumento per la prima volta in assoluto, ha reso noto, attraverso

¹¹ Parla di modifica assai chiara ma solo apparentemente soddisfacente M. C. Grisolia, *Le modifiche alle norme integrative per i giudizi davanti alla Corte costituzionale*, in *Osservatorio sulle fonti*, 1/2020, 10. Cfr., *ex multis*, anche P. Ridola, "La Corte si apre all'ascolto della società civile", in *Federalismi*, 1/2020.

¹² A. Iannuzzi, *La camera di consiglio aperta agli esperti nel processo costituzionale: un'innovazione importante in attesa della prassi*, in *Rivista AIC*, 2/2020, 24, che precisa che è prevedibile, così, che la Corte faccia maggior ricorso all'audizione degli esperti piuttosto che ai poteri istruttori. Di un'ampia applicazione concreta dell'audizione degli esperti, proprio, in materie tecniche e complesse ne parla C. Masciotta, *Note a margine delle nuove norme integrative per i giudizi davanti la Corte costituzionale*, in *Osservatorio sulle fonti*, 1/2020, 206.

¹³ E. Malfatti, *Giurisprudenza costituzionale e "questioni tecniche": i poteri istruttori della Corte costituzionale*, cit., 7-8, che sottolinea come le risultanze probatorie potrebbero, per l'appunto, imbrigliare la Corte costituzionale.

¹⁴ Corte cost., ord. n. 207 del 2018, punto 11 del *Cons. in dir.*

¹⁵ Cfr. P. Ridola, "La Corte si apre all'ascolto della società civile", cit., VIII, che auspica una ridefinizione dei criteri di scelta degli esperti, «al fine di garantire che si squaderni innanzi alla Corte ed alle parti del giudizio un quadro il più possibile ampio, contraddittorio e realmente inclusivo, delle controversie scientifiche sul tappeto». Questi rischi anche in M. C. Grisolia, *Le modifiche alle norme integrative per i giudizi davanti alla Corte costituzionale*, cit., 10 e richiamati da A. Sperti, *Alcune riflessioni sull'apertura della Corte alla società civile nella recente modifica delle Norme integrative*, in *Consulta online*, 23 marzo 2020, 9.

il Comunicato stampa del 28 febbraio 2020, gli “esperti” convocati con ordinanza: se è difficile conoscere di *cosa* viene informato il Giudice delle Leggi in camera di consiglio, per lo meno, la Corte rende conoscibile *chi* “entra” in camera di consiglio a rendere informazioni scientifiche e contribuisce ad arricchire il bagaglio conoscitivo dei giudici costituzionali.

3. Una possibile soluzione: la “procedimentalizzazione” delle decisioni legislative e giurisdizionali

Con riferimento alla precauzione, è evidente che solo la politica possa decidere dove porre il punto di caduta tra i vari interessi in gioco che di volta in volta il principio di precauzione presenta.

Secondo alcuni, dovrebbe farsi riferimento, altresì, al grado di accettazione del rischio percepito direttamente dai cittadini¹⁶. A tal riguardo, è auspicabile che associazioni ambientali e portatori di interessi arricchiscano il dibattito nelle fasi di formazione della normativa tecnica e, finanche, in seno al procedimento di valutazione della ragionevolezza della legge: sempre a seguito delle modifiche delle Norme Integrative del gennaio 2020, è ben possibile, tuttavia, che «le formazioni sociali senza scopo di lucro e i soggetti istituzionali, portatori di interessi collettivi o diffusi», purché «attinenti alla questione di costituzionalità, possono presentare alla Corte costituzionale un’opinione scritta»: pertanto, «con decreto del Presidente, sentito il giudice relatore, sono ammesse le opinioni che offrono elementi utili alla conoscenza e alla valutazione del caso, anche in ragione della sua complessità» (art. 4 ter)¹⁷. In questa sede, vi sarebbe, dunque, la possibilità di dar spazio a quanti non abbiano avuto modo di esprimere, *ex ante*, i loro interessi nel procedimento di formazione della normativa tecnica, ma senza per ciò riproporre, si badi bene, uno schema di procedimento legislativo, all’interno del giudizio costituzionale.

Si potrebbe dire, quindi, che dinanzi alla Corte si ha la parvenza di un procedimento per l’acquisizione di conoscenze scientifiche su questioni incerte, seppur con una disciplina scarna e, soprattutto, con finalità diverse rispetto alla procedimentalizzazione, proposta da una parte di dottrina¹⁸, per la formazione della normativa tecnica, e non ancora recepita nel nostro ordinamento:

¹⁶ S. Grassi, *Prime osservazioni sul “principio di precauzione” come norma di diritto positivo*, in *Dir. e Gest. Ambiente*, 2/2001, 41.

¹⁷ Si v. L. Violini, *Accesso alla Corte costituzionale: quale ruolo per gli enti di terzo settore*, in *Vita*, 5 febbraio 2020, la quale sottolinea come tale strumento possa mettere a disposizione della Corte conoscenze nuove che, in una società sempre più complessa, potrebbero «anche restare sottotraccia. Conoscere di più per giudicare meglio: questa pare essere la ratio delle nuove norme». Sottolinea, però, il rischio di possibili pressioni da parte di gruppi sociali nei confronti della Corte costituzionale A. Ruggeri, *La “democratizzazione” del processo costituzionale: una novità di pregio non priva però di rischi*, in *Giustizia insieme*, 24 gennaio 2020; nello stesso senso S. Finocchiaro, *Verso una giustizia costituzionale più “aperta”: la Consulta ammette le opinioni scritte degli “amici curiae” e l’audizione di esperti di chiara fama*, in *Sistema Penale*, 23 gennaio 2020; cfr. C. Masciotta, *Note a margine delle nuove norme integrative per i giudizi davanti la Corte costituzionale*, cit., 199, che individua, anche, il pericolo che la Corte sia, oltremodo, travolta da una ipertrofia normativa.

¹⁸ V. *supra* nota 4.

quest'ultima procedura sarebbe finalizzata a “creare” la normativa tecnica tramite l'apporto dell'*expertise* scientifico nel procedimento legislativo, di contro, la procedimentalizzazione dinanzi alla Corte mira a valutare la ragionevolezza delle scelte, adottate proprio in sede legislativa, e il rispetto del principio di precauzione.

Il problematico rapporto tra diritto e scienza incerta, perciò, può essere risolto disciplinando le procedure che introducono le conoscenze tecniche nelle varie fasi decisorie: non solo nel momento della nascita della normativa tecnica, ma, ugualmente, nel momento del giudizio sulla stessa scelta legislativa.

Tali procedure devono tener conto di conoscenze che, è bene dirlo, possono subire un repentino aggiornamento, in virtù dell'evoluzione tecnica e scientifica, che è sempre più in grado di anticipare la soglia del rischio, soprattutto, in tema ambientale.

Né il legislatore né il giudice (comune o costituzionale) possono richiedere, comunque, alla stessa comunità scientifica la fissazione di un grado minimo di tutela e di un livello minimo di accettazione del rischio: l'accettazione e la conseguente gestione del rischio non possono essere demandate ad organi tecnici, al contrario, «si finirebbe per demandare un problema che riguarda l'intera società a una sua sola frazione, ossia la comunità scientifica (o, meglio, il settore della comunità scientifica che si occupa della specifica questione che di volta in volta implica dei rischi)»¹⁹.

L'attuazione del principio di precauzione, in ultima analisi, rappresenta davvero la cartina di tornasole per meglio comprendere il grado di sensibilità e attenzione che un ordinamento ripone verso le tematiche ambientali: solo con un'attenta ponderazione e con un bilanciamento di tutti gli interessi coinvolti, ad opera del decisore politico, sarà possibile anticipare ragionevolmente la tutela dell'ambiente, rendendo così possibile la fruizione dei beni ad esso connessi.

Giovanni Aversente
Dip.to di Giurisprudenza
Università di Pisa
giovanni.aversente@phd.unipi.it

¹⁹ G. Manfredi, *Cambiamenti climatici e principio di precauzione*, in *Riv. Quad. Dir. Amb.*, 1/2011, 35.