

Premessa

Il principio di precauzione quale principio generale dell'attività amministrativa. Riflessioni preliminari

Glifosato, organismi geneticamente modificati (Ogm), batterio *Xylella*, M.u.o.s., (ma anche Ilva di Taranto, Thyssen Krupp, responsabilità per morte conseguente all'esposizione all'amianto) sono solo alcuni dei numerosi casi che hanno conquistato le prime pagine dei quotidiani e nella risoluzione dei quali il principio di precauzione ha giocato un ruolo centrale ¹.

¹ Da un punto di vista di teoria generale v. G. Zagrebelsky, *Decidere noi della scienza*, in www.repubblica.it, 21 febbraio 2012, afferma che il principio di precauzione deve essere “assunto come elemento con formativo dell'intero modo di concepire il diritto” come “un diritto prognostico, che guarda avanti, fin dove, nel tempo, le previsioni scientifiche permettono di gettare lo sguardo”, sicché il diritto “senza rinunciare alla sua aspirazione centrale di essere al servizio della resistenza all'arbitrio, deve scoprire i doveri ... come posizioni giuridiche autonome che vivono di vita propria, senza presupporre l'esistenza (attuale) delle corrispondenti situazioni di vantaggio dei relativi titolari”; chiaro appare il rinvio a H. Jonas, *Il principio responsabilità, un'etica per la civiltà tecnologica*, Einaudi, Torino, 2009 (titolo originale *Das Prinzip Verantwortung*, 1979); al riguardo vedi anche F. Borrelli, *Un'etica per la civiltà tecnologica. Intervista immaginaria a Hans Jonas*, in *Pensare la tecnica*, Roma, 1996; S. Jasanoff, *La scienza davanti ai giudici*, Giuffrè, Milano, 2001, 244 evidenzia che le vicende giudiziarie diventano la “strada maestra” per giungere ai “compromessi necessari a garantire l'accettazione sociale di una nuova tecnologia”, sicché “le corti

fungono in tal modo da indispensabili (anche se per alcune persone scomodi) *forum* pubblici sull'adattamento delle nuove tecnologie". Da ricordare inoltre che il principio di precauzione è stato inserito (nel 2005) nel testo costituzionale francese ed il *Conseil constitutionnel* ha prescritto al legislatore l'adozione di misure proporzionate, anche di natura "provvisoria" ove sussistano stato di incertezza (decisione del *Conseil constitutionnel* n. 2008-564 concernente la legge sugli organismi geneticamente modificati), in dottrina v. E. Di Stefano, *Nuove tecnologie e tutela dell'ambiente: l'esperienza della precauzione in Francia*, in *Riv. dir. cost.*, 2009, 278 ss.; A. Santosuoso, *Diritto, scienza, nuove tecnologie*, Cedam, Padova, 2011; S. Randazzo (a cura di), *Scienza, tecnologia e diritto. Percorsi interdisciplinari fra genomica, neuroetica e corporeità*, Amon, Roma, 2011; Per la dottrina amministrativa v. già A. Predieri, *Le norme tecniche come fattore di erosione e di trasferimento di sovranità*, in *Studi in onore di Feliciano Benvenuti*, vol. IV, Firenze, 1996, 1447 ss.; F. de Leonardis, *Il principio di precauzione nell'amministrazione di rischio*, Giuffrè, Milano, 2005; Id., *Il principio di precauzione*, in M. Renna, F. Saitta (a cura di), *Studi sui principi del diritto amministrativo*, Giuffrè, Milano, 2012, 413 ss.; Id., *Tra precauzione e ragionevolezza*, in *federalismi.it*; Id., *Coordinamento e sussidiarietà per l'amministrazione dell'emergenza*, in *Foro amm. CDS*, 2005, fasc. 10, 3118; S. Cognetti, *Potere amministrativo e principio di precauzione fra discrezionalità tecnica e discrezionalità pura*, in S. Cognetti, A. Contieri, S. Licciardello, F. Manganaro, S. Perongini, F. Saitta (a cura di), *Percorsi di diritto amministrativo*, Giappichelli, Torino, 2014, 142 ss.; R. Ferrara, *Emergenze e protezione dell'ambiente nella "società di rischio"*, in *Foro amm. - Tar*, 2005, 10, 3556 ss.; A. Barone, *Il diritto del rischio*, Giuffrè, Milano, 2006; G.D. Comporti, *Contenuto i limiti del governo amministrativo dell'inquinamento elettromagnetico alla luce del principio di precauzione*, in *Riv. giur. amb.*, 2005, 215 ss.; G. Manfredi, *Note sull'attuazione del principio di precauzione in diritto pubblico*, in *Dir. pubbl.*, 2004, 1075 ss.; D. Bevilacqua, *I limiti della scienza e le virtù della discrezionalità: il principio di precauzione nel diritto globale*, in G. Della Cananea (a cura di), *I principi dell'azione amministrativa nello spazio giuridico globale*, ES, Napoli, 2007; M.G. Stanzione, *Principio di precauzione, tutela della salute, e responsabilità delle P.A. Profili di diritto comparato*, in *www.comparazionediritto.civile.it*, 2016; C.I. Martini, *Gestione del servizio idrico e responsabilità civile della P.A. tra precauzione, prevenzione e risarcimento*, in *Contratto e impresa*, 2016, 663 ss.; G. Di Cosimo, *Corte Costituzionale, bilanciamento di interessi e principio di precauzione*, in *forumcostituzionale.it*, n. 3/2015; P. Savona, *Dal pericolo al rischio: l'anticipazione dell'intervento pubblico*, in *Dir. amm.*, 2010, fasc. 2, 355 ss.; L. Butti, *Principio di*

Nel presente lavoro si intende svolgere una preliminare riflessione sul principio di precauzione al fine di metterne in luce alcune peculiarità, ma anche la complessità e dunque le molteplici implicazioni che l'applicazione di tale principio comporta.

E così, dopo aver ripercorso l'*iter* storico di apparizione di tale principio nel panorama del diritto internazionale dell'ambiente (prima) e del diritto dell'Unione europea (in seguito), si cercherà di mettere in luce le questioni che l'applicazione di tale principio ha posto all'interno dell'Unione europea e il recepimento dello stesso nell'ordinamento italiano.

A questo proposito è facile evidenziare, sin da ora, che l'art. 1 della legge n. 241 del 1990 (come modificato dalla legge n. 15 del 2005) pone fra i "*Principi generali dell'attività amministrativa*" (insieme a quelli di economicità, di efficacia, di imparzialità, di pubblicità e di trasparenza) anche "i principi dell'ordinamento comunitario" fra cui (secondo l'insegnamento della giurisprudenza europea) va ricompreso an-

precauzione, Codice dell'Ambiente e giurisprudenza delle Corti comunitarie e della Corte costituzionale, in *Riv. giur. amb.*, 2006, fasc. 6, 809 ss.; M.P. Chiti, *Semplificazione delle regole e semplificazione dei procedimenti: alleati o avversari?*, in *Foro amm. CDS*, 2006, fasc. 3, 1057; F. Trimarchi, *Principio di precauzione e "qualità" dell'azione amministrativa*, in *Riv. it. dir. pubbl. com.*, 2005, fasc. 6, 1673 ss.; L. Marini, *Il principio di precauzione nel diritto internazionale e comunitario. Disciplina del commercio di organismi geneticamente modificati e profili di sicurezza alimentare*, Cedam, Padova, 2004; G. Galasso, *Il principio di precauzione nella disciplina degli OGM*, Giappichelli, Torino, 2006; T. Marocco, *Il principio di precauzione e la sua applicazione in Italia e in altri Stati membri della Comunità Europea*, in *Riv. it. dir. pubbl. com.*, 2003, 1233; R. Ferrara, *I principi comunitari della tutela dell'ambiente*, in *Dir. amm.*, 2005, 526 ss.; A. Gragnani, *Il principio di precauzione come modello di tutela dell'ambiente, dell'uomo, delle generazioni future*, in *Riv. dir. civ.*, 2003, II, 9 ss.; F. De Leonardis, *Responsabilità dell'amministrazione e risultati*, in M. Immordino-A. Police (a cura di), *Principio di legalità e amministrazione di risultati*, Giappichelli, Torino, 2004, 166 ss.

che quello di precauzione il quale impone “*alle autorità competenti di adottare provvedimenti appropriati al fine di prevenire taluni rischi potenziali per la sanità pubblica, per la sicurezza e per l’ambiente facendo prevalere le esigenze connesse alla protezione di tali interessi sugli interessi economici*”².

Questa massima giurisprudenziale è a sua volta debitrice di quanto illustrato dalla Commissione europea nella Comunicazione del febbraio 2000, secondo cui il principio di precauzione, quale principio avente portata generale (e che, in quanto tale, può essere applicato in tutti i settori d’intervento dell’Unione europea) può essere invocato ogni qualvolta, in base ad informazioni scientifiche incomplete (quali un fondato sospetto iniziale o valori sperimentali), vi sono motivi ragionevoli di preoccupazione circa il possibile sopravvenire di effetti potenzialmente pericolosi per l’ambiente o la salute umana, animale o vegetale. In questi casi il principio di precauzione impone una operazione di valutazione e di gestione del rischio. E l’individuazione e valutazione del rischio deve essere eseguita da “esperti indipendenti” riconosciuti dalla comunità scientifica internazionale e selezionati in base ad una procedura trasparente, mentre la gestione del rischio deve essere corrispondente al livello di protezione stabilito dalle norme europee o internazionali (come valori limite, raccomandazioni dell’Organizzazione Mondiale della Sanità) e dagli obiettivi di politica ambientale.

Il ricorso al principio di precauzione viene dunque a concretizzarsi nell’adozione del provvedimento che si rivela più idoneo alla luce dell’evoluzione scientifica e dei criteri di appro-

² Tribunale CE, sez. II ampliata, 26 novembre 2002, cause riunite T-74/00 e altre, *Artogodan*, punto 184 (in *Riv. it. dir. pub. com.*, 2004, 632); Corte di giustizia, 24 luglio 2003, C-39/03, *Artogodan*. La sentenza del Tribunale CE relativa al caso *Artogodan* è stata poi seguita da Tribunale CE, 21 ottobre 2003, T-392/02, *Solvay*, punto 121 (con espressioni identiche).

priatezza, proporzionalità, di non discriminazione, di coerenza e di esame dei benefici e degli svantaggi. E l'adozione di tale provvedimento (caratterizzato dalla provvisorietà in quanto sempre sottoposto a valutazione periodica, alla luce delle nuove conoscenze scientifiche) deve giungere a valle di un procedimento aperto e partecipato.

L'affermazione del principio di precauzione è generalmente riconosciuta come conseguenza dell'evoluzione scientifica e tecnologica che viene così (esplicitamente o implicitamente) a produrre i propri effetti anche sull'assetto e sull'azione della pubblica amministrazione. Nella "società del rischio" anche l'amministrazione viene ad essere definita "di rischio" e centrale è il ruolo rivestito dal principio di precauzione³.

³ Il principio di precauzione è definito "règle de droit" da C. Leben, *Le principe de précaution. Aspects de droit international et communautaire*, Edition Panthéon Assas, 2001, 9; e da G. Viney, *Bilan et propositions*, in AA.VV., *La prévention et la protection dans la société du risque: le principe de précaution*, Elsevier, Paris, 2001, 66. Per una panoramica della dottrina sul principio di precauzione v. In dottrina v. F. Acerboni, *Contributo allo studio del principio di precauzione: dall'origine nel diritto internazionale a principio generale dell'ordinamento*, in *Il diritto della Regione. Regione del Veneto*, 2000, 245 ss.; D. Amirante, *Il principio precauzionale tra scienza e diritto*, in *Dir. gest. amb.*, 2001, 16 ss.; M. Antonioli, *Precauzionalità, gestione del rischio e azione amministrativa*, in *Riv. it. dir. pubb. comun.*, 2007, 51 ss.; A. Barone, *Il diritto del rischio*, Giuffrè, Milano, 2006; A. Bianchi-M. Gestri (a cura di), *Il principio precauzionale nel diritto internazionale e comunitario*, Giuffrè, Milano, 2006; L. Butti, *Principio di precauzione, Codice dell'ambiente e giurisprudenza delle Corti comunitarie e della Corte Costituzionale*, in *Riv. giur. amb.*, 2006, 809 ss.; Id., *The Precautionary Principle in Environmental Law*, Giuffrè, Milano, 2007; M. Cecchetti, *Principi costituzionali per la tutela dell'ambiente*, Giuffrè, Milano, 2000, 169 ss.; G. Comandè (a cura di), *Gli strumenti della precauzione: nuovi rischi, assicurazione, e responsabilità*, Giuffrè, Milano, 2006; G.D. Comporti, *Contenuto e limiti del governo amministrativo dell'inquinamento elettromagnetico alla luce del principio di precauzione*, in *Riv. giur. amb.*, 2005, 219 ss.; C. Consolo, *Il rischio da «ignoto tecnologico»: un campo arduo per la tutela cautelare (seppur solo) inibitoria*, in AA.VV., *Il rischio da ignoto tecnologico*, Milano, 2002, 65 ss.; D.

Corradini H. Broussard, *Biodiritto e biotech. Il principio di precauzione, il problema della brevettabilità e i giuristi imperdonabili*, in *Materials per una storia della cultura giuridica*, 2003, 197 ss.; F. De Leonardis, *Il principio di precauzione nell'amministrazione di rischio*, Milano, 2005; N. De Sadeleer, *Le statut juridique du principe de précaution en droit communautaire: du slogan à la règle*, in *Cahiers de droit européen*, 2001, 79; P. Dell'Anno, *Principi del diritto ambientale europeo e nazionale*, Milano, 2004; U. Di Fabio, *Gefahr, Vorsorge, Risiko*, in *Jura*, 1996, 566 ss.; Id., *Risikoentscheidungen im Rechtsstaat*, Tübingen, 1997; F. Ewald-C. Gollier-N. De Sadeleer, *Le principe de précaution*, Paris, 2001; R. Ferrara, *I principi comunitari per la tutela dell'ambiente*, in *Dir. amm.*, 2005, 509 ss.; E. Fischer-R. Harding, *The precautionary principle and administrative constitutionalism: the development of frameworks for applying the precautionary principle*, in E. Fischer-J. Jones-R. von Schomberg, *The Precautionary Principle: Perspectives And Prospects*, Elgar, Cheltenham UK – Northampton MA Usa, 2006, 113 ss.; G. Galasso, *Il principio di precauzione nella disciplina degli OGM*, Giappichelli, Torino, 2006; S. Grassi, *Prime osservazioni sul principio di precauzione nel diritto positivo*, in *Dir. gest. amb.*, 2001, 45 ss.; S. Grassi-A. Gagnani, *Il principio di precauzione nella giurisprudenza costituzionale*, in *Biotechnologie e tutela del valore ambientale*, cura di L. Chieffi, Torino, 2003, 157 ss.; S. Grassi-A. Gagnani, *Il principio di precauzione come modello di tutela dell'ambiente, dell'uomo e delle generazioni future*, in *Riv. dir. cost.*, 2003, 9; A. Jordan-J. Cameron, *Interpreting the Precautionary Principle*, London, 1994; A. Kiss, *The Rights and Interests of Future Generations and the Precautionary Principle*, in D. Freeston-E. Hey, *The Precautionary Principle and International Law. The Challenge of Implementation*, The Hague, 1996, 19 ss.; L. Krämer, *Principi comunitari per la tutela dell'ambiente*, Milano, 2002; M.V. Lumetti, *Il principio di precauzione nella legislazione, nella giurisprudenza e nelle recenti sentenze della Corte Costituzionale*, in *Giur. amm.*, 2004, 42 ss.; G.E. Marchant-K.L. Mossman, *Arbitrary and Capricious. The precautionary principle in the European Union Courts*, London, 2005; L. Marini, *Il principio di precauzione nel diritto internazionale e comunitario*, Padova, 2004; T. Marocco, *Il principio di precauzione e la sua applicazione in Italia e in altri Stati membri della Comunità europea*, in *Riv. it. dir. pubb. comun.*, 2003, 1233 ss.; T. O'Riordan-J. Cameron-A. Jordan, *Reinterpreting the Precautionary Principle*, London, 2001; R. Pavoni, *Biodiversità e biotechnologie nel diritto internazionale e comunitario*, Milano, 2004; P. Pillitu, *Commento artt. 174-176*, in F. Pocar, *Commentario breve ai Trattati della Comunità e dell'Unione Europea*, Padova, 2001, 661 ss.; M. Tallacchini, *Am-*

Il collegamento del principio di precauzione con i progressi della scienza e della tecnologia apre la riflessione al tema dei rapporti fra scienza e diritto, ma anche al rischio di un ampliamento della discrezionalità dell'amministrazione.

E si presenta così un profilo altamente problematico relativo all'applicazione del principio di precauzione e rappresentato appunto dalla necessità di interrogarsi se l'esito finale corrisponda ad un ampliamento della tutela del singolo nei confronti dell'esercizio del potere pubblico (oltre che nei confronti degli eventi di pericolo) o se invece il richiamo al principio di precauzione finisca per operare in senso inverso, cioè nel consentire di fatto un ampliamento della discrezionalità del decisore (politico e/o amministrativo) con conseguenziale riduzione delle sfere di libertà e di tutela del singolo.

A questo proposito, emerge, oltre all'importanza della garanzia di un procedimento aperto, partecipato e trasparente (all'interno del quale anche l'acquisizione e valutazione dei dati avvenga nel rispetto dei predetti principi), la questione di fondo che ruota attorno al principio di precauzione e cioè se il contenuto dello stesso si riduca in fondo ad un "principio procedurale" o se invece debba individuarsi un contenuto sostanziale del principio medesimo.

biente e diritto della scienza incerta, in *Ambiente e diritto*, a cura di S. Grassi-M. Cecchetti-A. Andronio, Firenze, 1999, 57 ss.; Id., *Principio di precauzione e filosofia pubblica dell'ambiente*, in *Una nuova etica per l'ambiente*, Lecce, 2006, 95 ss.; F. Trimarchi, *Principio di precauzione e «qualità» dell'azione amministrativa*, in *Riv. it. dir. pubb. comun.*, 2005, 1672 ss.; K. Von Moltke, *The Relationship between Policy, Science, Economics and Law in the Implementation of the Precautionary Principle*, in D. Freestone-E. Hey (ed.), *The Precautionary Principle and International Law*, L'Aja, 1996, 106; G. Walker, *Dal pensare globale all'agire locale. Il diritto internazionale e la sua influenza sul diritto ambientale*, in *Riv. giur. amb.*, 2002, 924; A. Zei, *Il principio di precauzione: programma, regola, metodo*, in R. Bifulco-A. D'Aloia (a cura di), *Un diritto per il futuro*, Jovene, Napoli, 2008; Id., *Principio di precauzione*, in *Digesto. Discipline pubblicistiche*, 2008.

Il presente lavoro (che, come detto, intende essere una riflessione preliminare sulle ampie questioni che l'applicazione del principio di precauzione pone) ha scelto come specifico punto di osservazione quello degli esiti e delle argomentazioni della giurisprudenza (europea e nazionale).

L'esame della giurisprudenza europea è apparso necessario non solo perché è da tale ordinamento che il principio di precauzione permea nell'ordinamento italiano, ma anche perché è alle argomentazioni del giudice europeo che la giurisprudenza amministrativa italiana si richiama (e si conforma) in maniera quasi unanime.

Il principio di precauzione viene a porsi all'interno delle tradizionali problematiche che accompagnano da sempre la riflessione sull'azione amministrativa (dall'individuazione del fondamento e dei limiti del potere amministrativo alla determinazione degli ambiti del controllo di tale potere in sede giudiziale; dal tema dei rapporti fra valutazione amministrativa e valutazione tecnica nella assunzione delle decisioni al controllo della "proporzionalità" e "ragionevolezza" delle decisioni assunte)⁴, ma al

⁴ – In dottrina molteplici sono le posizioni sul principio di legalità: V. Crisafulli, *Principio di legalità e "giusto procedimento"*, in *Giur. cost.*, 1962; S. Fois, *La riserva di legge*, Milano, 1963, 19 ss.; Id., *Legalità (principio di)*, in *Enc. dir.*, vol. XXIII, Milano, 1973; F. Satta, *Principio di legalità e pubblica amministrazione nello Stato democratico*, I, *Premesse generali*, Padova, Cedam, 1967; C. Marzuoli, *Principio di legalità e attività di diritto privato della pubblica amministrazione*, Milano, Giuffrè, 1982; L. Carlassare, *Legalità (principio di)*, in *Enc. giuridica Treccani*, vol. XVII, Roma, 1990; G.U. Rescigno, *Sul principio di legalità*, in *Dir. pubbl.*, 1995; P. Siracusano, *Ruolo creativo del giudice e principio di legalità nella responsabilità civile da illegittimo esercizio del potere discrezionale*, in *Dir. pubbl.*, 2003, 533 ss.; S. Pajno, *Considerazioni su principio democratico e principio di legalità*, in *Dir. pubbl.*, 2005, 467 ss.; L. Cimellaro, *Il principio di legalità in trasformazione*, in *Dir. soc.*, 2006, 107 ss.; V. Gasparini Casari, *Il principio di legalità nel diritto amministrativo che cambia*, in *Il diritto dell'economia*, 2007; G. Morbidelli, *Il principio di legalità ed i c.d. poteri impliciti*, in *Dir. amm.*, 2007; B.

tempo stesso “arricchisce” tale riflessione di nuovi aspetti legati alle specificità connesse all’applicazione di tale principio e legate al rapporto con le evoluzioni scientifiche e tecniche (oltre che alla accresciuta sensibilità nei confronti di alcuni temi, oggi particolarmente “sensibili”, quali quelli relativi alla tutela della salute e alla protezione dell’ambiente).

Da questo punto di vista, potrebbe affermarsi che tendono così ad emergere, nell’ambito della assunzione delle decisioni pubbliche (e quindi nell’ambito delle complessive valutazioni che la pubblica amministrazione è chiamata a compiere – e conseguenzialmente anche nell’ambito della riflessione amministrativistica –), le problematiche proprie della contemporaneità “liquida”⁵.

E così l’indeterminatezza che l’affermazione del principio di precauzione sembra portare con sé viene ad essere, da un lato, espressione delle “non-certezze” (nel senso proprio di “mancanza di certezze”) del presente momento storico e, dall’altro lato, si riflette (nel senso che amplia) il potere di apprezzamento discrezionale di tutti gli attori istituzionali. Decisore politico, amministrazione e giurisdizione vengono tutti

Sordi, *Il principio di legalità nel diritto amministrativo che cambia. La prospettiva storica*, in *Dir. amm.*, 2008; per A.M. Sandulli, *L’attività normativa della pubblica amministrazione*, Milano, 1970, 8, nota 9: “Il principio di legalità negli ordinamenti democratici contemporanei comporta che la potestà di normazione in questione non possa svolgersi se non “sul fondamento” di una legge e “nel rispetto delle leggi” (a quest’ultimo riguardo v. l’art. 4 delle disposizioni sulla legge in generale: “i regolamenti non possono contenere norme contrarie alle disposizioni di legge”)

⁵ Il richiamo è ovviamente a Z. Bauman, *La società dell’incertezza*, Il Mulino, Bologna, 1999; *Liquid Modernity*, 2000, trad. it. *Modernità liquida*, Laterza, Roma-Bari, 2002; Id., *Il disagio della postmodernità*, B. Mondadori, Milano, 2002; Id., *La società individualizzata. Come cambia la nostra esperienza*, Bologna, Il Mulino, 2002; Id., *Società, etica, politica. Conversazioni con Zygmunt Bauman*, con R. Keith Tester, Cortina, Milano, 2002; Id., *Vita liquida*, Laterza, Roma-Bari, 2006; Id., *Paura liquida*, Laterza, Roma-Bari, 2008.

(ciascuno per quanto di propria competenza) chiamati a dare applicazione a «regole e principi spesso nobilissimi e seducenti, e tuttavia obiettivamente generali ed indeterminati, e, in quanto tali, forieri di molteplici, variegate ed anche antagoniste soluzioni interpretative»⁶.

In questo panorama (così ampio ed indeterminato) lo scopo di queste preliminari riflessioni sul principio di precauzione è appunto quello di avviare un percorso di ricerca che inizialmente affronti lo studio delle origini normative e giurisprudenziali di tale principio al fine di iniziare a metterne a fuoco il contenuto, le condizioni di applicabilità e le implicazioni con riguardo alle dinamiche del potere amministrativo.

Con riguardo alle origini di tale principio, in questo lavoro si cerca di dimostrare come il principio di precauzione non possa ridursi ad uno sviluppo delle esigenze della emergenza. In dottrina si è sostenuto che l'applicazione del principio di precauzione proviene (*rectius*, proverrebbe) proprio da una "logica emergenziale", giacché, per fronteggiare situazioni di rischio, mediante tale principio si sarebbe dato vita al passaggio dalla "amministrazione dell'emergenza" alla "amministrazione precauzionale".

L'analisi svolta nel presente lavoro conduce a ritenere non condivisibile tale "lettura" del principio di precauzione, in ragione innanzitutto della differenza concettuale esistente fra "emergenza" e "precauzione" (giacché quest'ultima tende ad evitare la prima) e soprattutto perché differente è il quadro normativo che disciplina i due principi. Infine va notato che la assimilazione dell'amministrazione precauzionale a quella emergenziale finisce per consistere in una operazione "al ribasso" che fa smarrire la ricchezza contenutistica del principio di precauzione.

⁶ R. Ferrara, *L'incertezza delle regole tra indirizzo politico e "funzione definitoria" della giurisprudenza*, cit.

Il riconoscimento al principio di precauzione del carattere di “criterio generale” dell’azione amministrativa conduce all’affermazione (e dunque alla necessità di studio) di una “amministrazione precauzionale” il cui *modus agendi* non può non produrre rilevanti conseguenze sul modello amministrativo e sul ruolo dell’amministrazione nelle dinamiche fra i poteri, giacché può condurre l’amministrazione ad assumere una posizione centrale svincolandola (in ragione della incertezza scientifica e dunque della impossibilità di una dettagliata ed esauriente regolamentazione normativa della materia) da una “stretta subordinazione” alla legge.

A quest’ultima considerazione bisogna inoltre aggiungere che all’amministrazione non viene ad essere conferito un potere senza limiti dovendo la stessa misurarsi (oltre che con i principi posti dalla legge) con le acquisizioni scientifiche (e dunque con gli organismi tecnici e scientifici), con tutte le posizioni (individuali e collettive) interessate dalla decisione (alle quali deve essere garantita la possibilità di partecipare al procedimento di formazione della volontà della amministrazione) ed essendo anche sottoposta al controllo giurisdizionale (che mira infatti a verificare la necessità, appropriatezza e ragionevolezza delle misure adottate).

E proprio grazie all’esame del procedimento di formazione della volontà poi contenuta nella misura precauzionale si prende pienamente consapevolezza del contenuto del principio di precauzione quale “principio-guida” nel percorso che, nelle situazioni caratterizzate da incertezza scientifica, porta dalla analisi del rischio alla decisione sulla gestione del rischio.

Bisogna infine notare che la riflessione sul principio di precauzione⁷ conduce lo studioso ad allargare lo sguardo sulle con-

⁷ Ulteriore aspetto affrontato nelle pagine che seguono è quello relativo alla distinzione fra principio di precauzione, principio di prevenzione e mero approccio precauzionale (v. *infra*, cap. IV).

temporanee dinamiche del diritto amministrativo e l'analisi sull'origine e sullo sviluppo di tale principio (da principio del diritto internazionale dell'ambiente a principio generale dell'ordinamento europeo) conduce a riconoscere lo stesso quale istituto di quel "diritto amministrativo globale" da tempo oggetto di osservazione della dottrina⁸.

⁸ G. Guarino, *Il governo del mondo globale*, Le Monnier, Firenze, 2000; Id., *Diritto ed economia. Una riflessione sull'Italia, l'Europa e il mondo*, in *Economia Italiana* n. 1/2009; Id., *L'Europa imperfetta. UE: problemi, analisi, prospettive*, in *Diritto ed economia. L'Italia, l'Europa, il Mondo*. Roma, 2011; S. Cassese, *Lo spazio giuridico globale*, Laterza, Roma-Bari, 2003; Id., *Il diritto amministrativo globale: una introduzione*, in *Riv. trim. dir. pubbl.*, 2005, n. 2, 331 ss.; Id., *Gamberetti, tartarughe e procedure. Standard globali per i diritti amministrativi nazionali*, in *Riv. trim. dir. pubbl.*, 2004, n. 3, 657 ss.; Id., *Oltre lo Stato*, Laterza, Roma-Bari, 2006; Id., *La croce di Lotario*, in C. Amato-G. Ponzanelli (a cura di), *Global Law v. Local Law. Problemi della globalizzazione giuridica*, XVII Colloquio biennale dell'Associazione Italiana di Diritto comparato (Brescia, 12-14 maggio 2005), Giappichelli, Torino, 2006, 391 ss.; Id., *Nel labirinto delle globalizzazioni*, in *Riv. trim. dir. pubbl.*, 2007, n. 4, 921 ss.; S. Cassese, *Lo Stato e il suo diritto*, scritto con P. Schiera e A. von Bogdandy, Il Mulino, Bologna, 2013, 136 ss.; S. Cassese (edited by), *Research Handbook on Global Administrative Law*, Edward Elgar Publishing Limited, Cheltenham, 2016; G. Anthony-J.B. Auby-J. Morison-T. Zwart (eds.), *Values in Global Administrative Law*, Hart Publishing, Oxford, 2011; G. Teubner, *Constitutional Fragments: Societal Constitutionalism and Globalization*, Oxford University Press, Oxford, 2012; S. Battini, *Le due anime del diritto amministrativo globale*, in AA.VV., *Il diritto amministrativo oltre i confini. Omaggio degli allievi a Sabino Cassese*, Giuffrè, Milano, 2008; G. Della Cananea, *Al di là dei confini statuali. Principi generali del diritto pubblico globale*, Il Mulino, Bologna, 2009; G. Della Cananea-C. Franchini, *I principi dell'amministrazione europea*, Giappichelli, Torino, 2017; sulle dinamiche contemporanee del diritto amministrativo v. F. Liguori, *Liberalizzazione diritto comune responsabilità. Tre saggi del cambiamento amministrativo*, Napoli, 2017; Id., *Funzione amministrativa. Aspetti di una trasformazione*, Napoli, 2013; A. Carullo, *Lezioni di diritto pubblico dell'economia*, Cedam, Padova, 2005; G. Abbamonte-O. Abbamonte, *Sorvegliare il potere? Dialogo d'inizio millennio tra cittadino ed amministrazione*, Napoli, Esi, 2001.

Capitolo Primo

Nascita e sviluppo del principio di precauzione: da principio di tutela dell'ambiente a principio generale dell'ordinamento europeo e l'ingresso nell'ordinamento italiano

Sommario: 1. Considerazioni introduttive. Il principio di precauzione nella “società del rischio”. – 2. Il principio di precauzione quale principio del diritto internazionale dell'ambiente. – 3. Il principio di precauzione nell'ordinamento europeo. – 4. Il principio di precauzione nell'ordinamento italiano. – 5. Considerazioni conclusive.

1. Considerazioni introduttive. Il principio di precauzione nella “società del rischio”

Il diritto amministrativo (e più in generale il diritto pubblico), quale insieme di regole e principi funzionali ad assicurare, da un lato, l'ordinato svolgimento dei rapporti fra potere pubblico e soggetti privati e, dall'altro lato, la tutela dei secondi nei confronti di un esercizio illegittimo o arbitrario del potere da parte del primo, non può (come ogni altro fenomeno storico) non essere condizionato dai progressi della scienza e della tecnologia.

Il principio di precauzione nasce e si afferma come strumento che mira a fornire una risposta “di efficienza” all'interno di situazioni legate ad un fattore di incertezza ed in cui appunto

esigenze di tutela ed esigenze (come detto) “di efficienza” (produttiva, economica, commerciale, ecc.) devono trovare un punto di “ragionevole equilibrio”.

I concetti di “incertezza”, di “rischio” e di “emergenza” hanno assunto dimensioni così ampie che (secondo una nota citazione) «lo stato di emergenza minaccia di diventare normalità» (Ulrich Beck), con inevitabile ricaduta anche sulle tradizionali nozioni giuridiche di rischio e di emergenza. La società contemporanea viene così ad essere una “società del rischio” (quale concetto sociologico), in cui la crescita costante delle situazioni di incertezza discendenti dallo sviluppo tecnologico e sociale (da un lato) e dalla globalizzazione delle economie e dei diritti (dall’altro) produce, come tratto caratterizzante di tale società, il mutamento dei rischi e la percezione degli stessi ¹.

“Rischio” (come possibilità prevedibile di evento negativo) ed “emergenza” (realizzazione di una situazione imprevista che richiede di essere affrontata con strumenti *extra ordinem*) ² sono

¹ U. Beck, *Risikogesellschaft. Auf dem Weg zu eine andere Moderne*, Frankfurt, 1986, trad. it. *La società del rischio. Verso una seconda modernità*, Roma, 2001, secondo cui il problema della società contemporanea è rappresentato dalla distribuzione dei rischi prodotti dalla stessa società che hanno portata globale e minacciano la sua stessa esistenza; Id., *From industrial Society to the Risk society: questions of Survival, Social structure and Ecological Enlightenment*, in M. Featherstone, *Cultural Theory and Cultural Change*, London, 1992, 98 ss.; Id., *Conditio humana. Il rischio nell’età globale*, trad. it. C. Sandrelli, Laterza, Roma-Bari, 2008; Z. Bauman, *La società dell’incertezza*, Il Mulino, Bologna, 1999; Id., *Modernità liquida*, Laterza, Roma-Bari, 2002; A. Giddens, *Il mondo che cambia. Come la globalizzazione ridisegna la nostra vita*, Il Mulino, Bologna, 2000; R.B. Stewart, *Il diritto amministrativo del XXI secolo*, in *Riv. trim. dir. pubbl.*, 1, 2004, 1 ss.; S. Cassese, *La crisi dello Stato*, Laterza, Roma-Bari, 2001; Id., *Oltre lo Stato*, Laterza, Roma-Bari, 2006. Questo fenomeno conduce a mettere al centro del sistema il «diritto della scienza incerta» (M.C. Tallacchini, *Ambiente e diritto della scienza incerta*, in S. Grassi-M. Cecchetti-A. Andronio (a cura di), *Ambiente e diritto*, vol. I, Firenze, Olschky, 1999, 57 ss.); F. De Leonardis, *Il principio di precauzione nell’amministrazione di rischio*, Giuffrè, Milano, 2005.

² B. Baldi, *Gestire l’emergenza: le politiche di protezione civile in pro-*

concetti distinti poiché, mentre nel rischio è insita la prevedibilità dell'evento (che può dunque essere regolata *ex ante* dal diritto), nel secondo caso invece si pone la necessità di dare una risposta immediata ad una situazione imprevista (derogando, dal punto di vista del diritto, al vigente regime delle competenze, dei procedimenti, ecc.).

Le riflessioni dottrinali sul principio di precauzione tendono a dividersi fra quanti sottolineano la connessione esistente (nonostante le differenze di contenuto) tra “rischio” ed “emergenza” (giacché entrambi aprirebbero la strada ad un potere *extra ordinem*, delineando pertanto una disciplina di “deroga” rispetto al normale regime giuridico)³ e quanti invece tendono a distin-

spettiva comparata, Roma, Consiglio Nazionale delle Ricerche, 1996, definisce emergenza «un evento determinato da un agente fisico che produce un impatto distruttivo sul territorio in cui si manifesta, la cui entità dipende sia dalle caratteristiche fisiche e fenomenologiche dell'evento stesso, sia dalla struttura sociopolitica preesistente nel territorio di riferimento» con ciò di fatto escludendo dalla definizione stessa le ipotesi di emergenze politiche o economiche, in quanto prive di dimensione «geofisica».

³ Da questa prospettiva l'emergenza perde la sua peculiarità di “circostanza eccezionale” (rispetto ad una “normalità” pre-data e che, dal punto di vista giuridico, è rappresentata dalla stabile disciplina legislativa) per diventare a sua volta condizione “normale” (trovandosi la società sottoposta costantemente a rischi certi o potenziali), sicché l'attuale società viene ad essere connotata quale «società del rischio o dell'emergenza quotidiana endemica» (così M.P. Chiti, *Il rischio sanitario e l'evoluzione dall'amministrazione dell'emergenza all'amministrazione precauzionale*, in *Annuario AIPDA 2005, Il diritto amministrativo dell'emergenza*, Giuffrè, Milano, 2006, 142). Con riguardo alla “amministrazione dell'emergenza” A. Fioritto, *L'amministrazione dell'emergenza tra autorità e garanzie*, Il Mulino, Bologna, 2008, 14, propone l'immagine del dio Giano, in cui il governo dell'incertezza è caratterizzato da due facce: quella della prevenzione dell'emergenza (disciplina della sicurezza e degli interventi finalizzati a prevenire o a rendere meno dannosi gli eventi emergenziali) e quella della gestione dell'emergenza (disciplina dei momenti immediatamente successivi all'evento). Secondo questa ricostruzione, nell'amministrazione dell'emergenza (con i suoi compiti di prevenzione e gestione delle situazioni di pericolo), chiamata ad agire mediante l'uso di poteri speciali e derogatori, va ricompresa anche “l'amministrazione di rischio” in

guere nettamente l'amministrazione dell'emergenza da quella

quanto entrambi espressione di un fenomeno unitario. In senso simile P. Grazioli, *Il rischio sanitario nel diritto amministrativo dell'emergenza*, cit.; in siffatta modalità di approccio «l'emergenza diviene, almeno sotto un certo profilo, sempre meno eccezionale» (C. Marzuoli, *Il diritto amministrativo dell'emergenza: fonti e poteri*, in *Annuario Aipda 2005, Il diritto amministrativo dell'emergenza*, Giuffrè, Milano, 2006, 10-11). Secondo tale impostazione, sarebbe ravvisabile un passaggio da un'"amministrazione della contingenza" ad un'"amministrazione della precauzione" (pur prendendosi atto della "rilevante differenza") intercorrente fra l'emergenza (che conduce ad una sospensione e deroga delle norme ordinarie) e "l'amministrazione della precauzione", che invece, "porta alla creazione di nuove regole e di nuovi modelli organizzativi" (P. Grazioli, *op. ult. cit.*, 7). E così, ad esempio, alcune riflessioni dottrinali si sono soffermate sul c.d. "rischio sanitario", quale evoluzione della disciplina del diritto amministrativo dell'emergenza, in cui la pubblica amministrazione è chiamata ad intervenire in situazioni di necessità sanitaria (M.P. Chiti, *Il rischio sanitario e l'evoluzione dall'amministrazione dell'emergenza all'amministrazione precauzionale*, cit.). Secondo questa impostazione "l'amministrazione di rischio" sarebbe una evoluzione del diritto amministrativo dell'emergenza verso nuove direzioni ("in parte ancora da definirsi"), "caratterizzate da un approccio al tema in via preventiva e precauzionale, anziché da interventi straordinari assunti a seguito del verificarsi degli eventi". Il principio di precauzione costituirebbe una "risposta" concreta alle emergenze caratterizzanti la contemporanea società (tecnologicamente avanzata) e strumento di legittimazione di scelte adottate per far fronte ad emergenze ambientali e sanitarie di particolare gravità (I.M. Marino, *Aspetti propedeutici del principio giuridico di precauzione*, in *Studi in onore di Alberto Romano*, Napoli, 2011, vol. III, 2177 ss.) e quindi una «raffinatissima regola del procedere (e del decidere, in verità!)» (R. Ferrara, *L'incertezza delle regole tra indirizzo politico e "funzione definitoria" della giurisprudenza*, cit.; Id., *Precauzione e prevenzione nella pianificazione del territorio: la "precauzione inutile"?*, in *Riv. giur. edil.*, 2012, 61 ss.), in forza della quale si cerca di controllare l'incertezza della situazione di rischio. Conseguenzialmente, sarebbe "venuta a delinearsi un'amministrazione con tratti distintivi e originali rispetto a quelli che caratterizzavano l'amministrazione tradizionale, mossa dalla ricerca di stabilità e sicurezza, piuttosto che dalla tendenza alla conoscibilità e prevedibilità". E tale esito, oltre a toccare "gli strumenti giuridici utilizzabili dalla pubblica amministrazione", soprattutto "rimette in discussione lo stesso ruolo del principio di legalità, nonché il carattere del potere discrezionale e il modello organizzativo della pubblica amministrazione".

“di rischio” (che non introduce deroga al regime delle competenze ma impone alla pubblica amministrazione nell’assunzione delle relative decisioni un peculiare percorso istruttorio e valutativo)⁴.

Anticipando le conclusioni del presente lavoro può affermarsi che la risposta (*in primis* dal punto di vista del diritto positivo, ma – come si cercherà di mostrare più avanti – anche dal punto di vista giurisprudenziale) è innanzitutto fornita all’art. 1, comma 1 della legge n. 241 del 1990 (come modificato dalla legge n. 15 del 2005) che, ricomprendendo fra i “*Principi generali dell’attività amministrativa*” anche i “principi dell’ordinamento comunitario” (oggi ordinamento europeo), riconosce anche al principio di precauzione (previsto dall’art. 191 TFUE ed unanimemente riconosciuto, dalla giurisprudenza europea e dalla dottrina, principio generale dell’ordinamento europeo) la natura di principio (non operante in situazioni emergenziali, bensì) chiamato a regolare (insieme a quelli di economicità, di efficacia, di imparzialità, di pubblicità e di trasparenza, e “secondo le modalità previste dalla legge”) l’ordinaria formazione e produzione della attività amministrativa.

Come si cercherà di illustrare nel corso del volume, l’approccio precauzionale si distingue nettamente da quello emergenziale in quanto, a differenza di quest’ultimo, non introduce figure di sospensione o di deroga del diritto ordinario (giustificate appunto dalla necessità o dall’emergenza)⁵ prevedendo invece a carico del-

⁴ Su questi specifici aspetti v. *infra*.

⁵ La discussione sui temi della necessità e dell’emergenza impegna da sempre la dottrina. Nel dibattito dell’epoca liberale, la riflessione sull’emergenza coincideva con quella dell’eccezionale necessità, delimitata giuridicamente ed affrontata con gli strumenti delle ordinanze contingibili ed urgenti, aventi come fine primario ed esclusivo la tutela della sicurezza e dell’incolumità dei cittadini: G. Codacci Pisanelli, *Sulle ordinanze di urgenza*, in *Foro it.*, 1890, I, 19 ss.; E. Lombardo Pellegrino, *Il diritto di necessità nel costituzionalismo giuridico*, in *Arch. dir. pubbl.*, 1903, 23 ss.; O. Ranalletti, *Polizia di sicurezza*, in V.E. Orlando (a cura di), *Trattato completo di diritto ammini-*

strativo, IV, 1, Società Editrice Libreria, Milano, 1904, 1177 ss.; A. Traversa, *Lo stato di necessità nel diritto pubblico*, Piero e figlio (tip.), Napoli, 1916; T. Perassi, *Necessità e stato di necessità nella teoria dogmatica delle fonti*, in *Rivista di diritto pubblico*, 1917, 107 ss.; L. Dagli Occhi, *Lo stato di necessità nel diritto pubblico e le ordinanze di urgenza*, G. Damiano, Milano, 1919; G. Miele, *Le situazioni di necessità dello Stato*, in *Arch. dir. pubbl.*, 1936, 377 ss.; V. Crisafulli, *Ordinanze di necessità, interpretazione della Corte e sindacato del giudice comune*, in *Giur. it.*, 1956, I, 1, 863; G. Treves, *La costituzionalità dei provvedimenti amministrativi di necessità e urgenza*, in *Giur. cost.*, 1956; V. Angiolini, *Necessità ed emergenza nel diritto pubblico*, Cedam, Padova, 1986, 3 ss.; P. Pinna, *L'emergenza nell'ordinamento costituzionale italiano*, Giuffrè, Milano, 1988, 106; M.A. Cabiddu, *Necessità ed emergenza: ai confini dell'ordinamento*, in *Amministrare*, fascicolo 2, 2010, Il Mulino, Bologna, 167 ss.; G. Bascherini, *L'emergenza e i diritti*, in *Riv. dir. cost.*, 2003, 3 ss.; G. Marazzita, *L'emergenza costituzionale. Definizione e modelli*, Giuffrè, Milano, 2003; C. Galdenzi, *Il Consiglio di Stato si oppone ad una "ordinarizzazione" dei poteri di emergenza*, in *Riv. giur. amb.*, 2003, 576 ss.; A. Gandino, *I limiti al potere di ordinanza in materia di protezione civile con riferimento alla nozione di gestione dei rifiuti*, in *Riv. giur. edil.*, 2003, I, 445 ss. Tale dibattito (che si è sempre caratterizzato per la ricchezza e la pluralità delle posizioni) sempre si è soffermato sulla natura del potere d'emergenza della pubblica amministrazione quale «confine tra libertà ed autorità» (così M. Gnes, *Limiti e tendenze dei poteri di urgenza*, in *Annuario Aipda 2005, Il diritto amministrativo dell'emergenza*, Giuffrè, Milano, 2006, 209) e che è spesso stato esaminato nei suoi rapporti con il principio di legalità. Ed infatti, con riguardo proprio alle le modalità di esercizio del "potere di emergenza", la dottrina ha approfondito le problematiche legate alla natura e ai caratteri delle ordinanze di necessità e d'urgenza, soprattutto in relazione al rispetto al principio di legalità, di cui rappresentano un'eccezione. In dottrina è generalmente riconosciuto che, nelle ipotesi in cui la legge, nell'eventualità di situazioni di emergenza e di urgenza, conferisce all'amministrazione poteri *extra ordinem*, potendo la pubblica amministrazione adottare le misure dalla stessa ritenute più idonee, ci si trovi di fronte ad una deroga ai caratteri di tipicità e di nominatività propri dei provvedimenti amministrativi. Ed è in base a tale ordine di ragionamento che M.S. Giannini distingue le ordinanze d'urgenza dagli atti necessitati, giacché le prime "rappresentano una deroga al principio di legalità dell'azione amministrativa" (M.S. Giannini, *Diritto amministrativo*, Giuffrè, Milano, 1993, 270, secondo cui «le ordinanze di urgenza sono provvedimenti amministrativi che, in quanto previste dalle norme, stanno nel principio di legalità, ma costituiscono un'eccezione rispetto al principio di tipicità»). L'atto

necessitato infatti ha come presupposto una situazione di urgenza al verificarsi della quale, la legge già prevede l'azione della pubblica amministrazione (e quindi vi è rispetto del principio di legalità). In giurisprudenza v., *ex plurimis*, Tar Campania, Napoli, sez. I, 6 marzo 2003, n. 2227, secondo cui «il contenuto degli atti necessitati viene determinato da una norma che legittima la loro adozione, ovvero è la legge a specificare cosa deve essere fatto allorché si verifichi la necessità e l'urgenza di procedere e provvedere; diversamente, nelle ordinanze di necessità e urgenza il contenuto non è previsto in modo specifico da alcuna norma giuridica, talché l'ordinanza è emessa o in deroga al diritto, nel senso che il provvedimento viene adottato per la disciplina di una fattispecie non espressamente prevista, ovvero in deroga a specifiche disposizioni che prevedono, per quella fattispecie, in condizioni di normalità, una diversa disciplina». Al riguardo v. V. Angiolini, *Necessità ed emergenza nel diritto pubblico*, cit., 96 ss.; M.A. Cabiddu, *Necessità ed emergenza: ai confini dell'ordinamento*, cit., 168, 171, secondo cui «l'aumento del numero e della gravità delle situazioni emergenziali, combinato al rafforzamento dei compiti pubblici, ai sensi degli artt. 2 e 3, secondo comma della Costituzione, finisce per svuotare di significato la stessa distinzione tra sospensione e deroga, rendendo del tutto evanescente anche la linea di confine fra poteri formali necessitati ed eccezionali e rivolgimenti duraturi del sistema delle norme e degli atti». Per l'inammissibilità delle ordinanze di necessità ed urgenza nel sistema costituzionale, cfr. anche G. Marazzita, *Le ordinanze di necessità dopo la l. n. 225 del 1992 (riflessioni a margine di Corte cost. n. 127 del 1995)*, in *Giur. cost.*, 1996, 513 ss.; per una rassegna delle diverse posizioni dottrinali v. A. Cardone, *Le ordinanze di necessità ed urgenza del Governo*, in *Osservatorio sulle fonti*, 2006, a cura di P. Caretti, Giappichelli, Torino, 2007, 242 ss. È toccato alla giurisprudenza costituzionale delineare i principi che regolano il potere amministrativo nelle situazioni di emergenza: dalla natura amministrativa delle ordinanze (sentenze n. 8 del 1956, n. 26 del 1961 e n. 201 del 1987, in cui all'affermazione della natura amministrativa delle ordinanze *extra ordinem*, si aggiunge la specificazione che le stesse non possono essere equiparate agli atti aventi forza di legge ex e devono rispettare il criterio della proporzionalità) al riconoscimento di un contenuto atipico del potere in quanto connesso ad un evento impreveduto ed imprevedibile (Corte Cost., sentenza n. 4 del 1977, con nota di L. Carlassare, *Ordinanze prefettizie e diritto di sciopero*, in *Giur. cost.*, 1977, 258 ss.; Corte Cost., sentenza n. 201 del 1987; Corte Cost., sentenza n. 127 del 1995, con nota di M. Malo, *Il potere di ordinanza in materia di protezione civile al vaglio della Corte Costituzionale*, in *Le Regioni*, 1995, 1176 ss.), fino al riconoscimento a tali ordinanze di una «capacità derogatoria delle norme primarie» solo per in via temporanea (sen-

l'amministrazione decidente un particolare onere valutativo (che, a sua volta, richiede il coinvolgimento degli interessati oltre allo specifico peso da assegnare alle valutazioni scientifiche e tecniche).

Il principio di precauzione, in quanto legato ad una previsio-

tenza n. 127 del 1995) e comunque sempre nel rispetto «dei principi generali dell'ordinamento» (sentenza n. 26 del 1961, sentenza n. 100 del 1987), in dottrina R. Cavallo Perin, *Potere di ordinanza e principio di legalità*, Giuffrè, Milano, 1990; Id., *Il diritto amministrativo dell'emergenza per fattori esterni all'amministrazione pubblica*, in *Dir. amm.*, n. 4/2005, 777 ss.). La temporaneità del potere di emergenza (in quanto deroga per un periodo limitato, strettamente necessario per fronteggiare la situazione di necessità) costituisce un requisito costituzionalmente necessario giacché in caso contrario, la “stabilizzazione” della transitorietà determinerebbe una “modificazione tacita della Costituzione” (così G. Rolla, *Profili costituzionali dell'emergenza*, in *Rivista AIC*, n. 2/2015). In argomento si v. F. Pierandrei, *La Corte costituzionale e le “modificazioni tacite” della costituzione*, in *Foro padano*, 1955, IV, col. 185 ss; S.Tosi, *Modificazioni tacite della Costituzione attraverso il diritto parlamentare*, Giuffrè, Milano, 1959. Al tempo stesso bisogna ricordare che la giurisprudenza amministrativa, con riguardo alla durata dei poteri amministrativi d'emergenza, più volte affermato che, proprio per l'imprevedibilità della situazione che si intende affrontare, non sia possibile stabilirne con precisione il termine (così Cons. Stato, sez. V, 29 maggio 2006, n. 3264, in un caso relativo ad un'emergenza sanitaria e di igiene pubblica, per il quale l'art. 50, commi 5 e 6, del t.u. 18 agosto 2000, n. 267, assegna al sindaco un potere di ordinanza, secondo cui «il fenomeno inquinante, al quale si è inteso porre freno, non poteva di certo essere preventivamente valutato nella sua evoluzione temporale, sicché ben poteva essere stabilito un intervento a tempo non determinato. È, invero, da disattendere la tesi della temporaneità o provvisorietà come carattere ineliminabile delle ordinanze contingibili ed urgenti, giacché questa qualificazione si mostra, in via di principio, non condivisibile se lo strumento apprestato deve essere elastico, perché si deve adeguare alle più imprevedibili o impreviste situazioni di rischio per gli interessi contemplati dalla legge»; Cons. Stato, sez. V, 19 aprile 2005, n. 1794 e Cons. Stato, sez. V, 13 ottobre 2003, n. 6169). La durata dell'ordinanza deve, comunque, essere determinata «in stretto riferimento alla qualità e durata degli interventi» e deve contenere un termine finale di efficacia, nel rispetto del principio di ragionevolezza, oltre che osservare i principi che regolano l'agire amministrativo: proporzionalità tra evento e misure, rigorosità degli accertamenti, motivazione e pubblicazione del provvedimento generale (v. già Corte Cost., sentenza n. 8 del 1956).

ne indicativa di rischio, è funzionale a prevenire l'emergenza e a questo fine è stata coniata l'espressione "amministrazione del rischio" (in cui ruolo primario è assegnato appunto al principio di precauzione).

L'amministrazione di rischio impone alla dottrina di riflettere sui tratti distintivi della stessa e di interrogarsi in merito all'incidenza (eventuale o necessaria) sull'azione della pubblica amministrazione, sugli strumenti da questa utilizzabili e, in ultima analisi, di interrogarsi sul ruolo del principio di legalità e quindi sui caratteri del potere discrezionale assegnato alla pubblica amministrazione⁶.

⁶E così è stato riconosciuto al principio di precauzione un "ruolo generale e sistemico", in quanto regola (procedurale e sostanziale) chiamata a gestire il governo della scienza e dalla tecnica nei processi deliberativi degli attori pubblici (R. Ferrara, *L'incertezza delle regole tra indirizzo politico e "funzione definitoria" della giurisprudenza*, cit.). Con riguardo alla portata del principio di legalità: V. Crisafulli, *Principio di legalità e "giusto procedimento"*, in *Giur. cost.*, 1962; S. Fois, *La riserva di legge*, Milano, 1963, 19 ss.; Id., *Legalità (principio di)*, in *Enc. dir.*, vol. XXIII, Milano, 1973; F. Satta, *Principio di legalità e pubblica amministrazione nello Stato democratico*, I, *Premesse generali*, Padova, Cedam, 1967; C. Marzuoli, *Principio di legalità e attività di diritto privato della pubblica amministrazione*, Milano, Giuffrè, 1982; L. Carlassare, *Legalità (principio di)*, in *Enc. giuridica Treccani*, vol. XVII, Roma, 1990; G.U. Rescigno, *Sul principio di legalità*, in *Dir. pubbl.*, 1995; P. Siracusano, *Ruolo creativo del giudice e principio di legalità nella responsabilità civile da illegittimo esercizio del potere discrezionale*, in *Dir. pubbl.*, 2003, 533 ss.; S. Pajno, *Considerazioni su principio democratico e principio di legalità*, in *Dir. pubbl.*, 2005, 467 ss.; L. Cimellaro, *Il principio di legalità in trasformazione*, in *Dir. soc.*, 2006, 107 ss.; V. Gasparini Casari, *Il principio di legalità nel diritto amministrativo che cambia*, in *Il diritto dell'economia*, 2007; G. Morbidelli, *Il principio di legalità ed i c.d. poteri impliciti*, in *Dir. amm.*, 2007; B. Sordi, *Il principio di legalità nel diritto amministrativo che cambia. La prospettiva storica*, in *Dir. amm.*, 2008; per A.M. Sandulli, *L'attività normativa della pubblica amministrazione*, Milano, 1970, 8, nota 9: "Il principio di legalità negli ordinamenti democratici contemporanei comporta che la potestà di normazione in questione non possa svolgersi se non "sul fondamento" di una legge e "nel rispetto delle leggi".

Ma, oltre che dalla nozione di emergenza, il principio di precauzione deve essere distinto anche da quello di prevenzione (peraltro entrambi menzionati dall'art. 191 TFUE), che (come oramai consolidato in dottrina)⁷ attengono a sfere differenti, giacché il primo è ritenuto operante in situazioni caratterizzate da incertezza scientifica, mentre il secondo opera con riguardo a danni (non temuti come nel principio di precauzione, bensì solamente) potenziali⁸.

⁷ In senso contrario L. Kramer, *Manuale di diritto comunitario per l'ambiente*, Giuffrè, Milano, 2002, 83, secondo cui «almeno nella pratica l'inserimento del principio di precauzione nel Trattato non sembra contenere, dal punto di vista giuridico, alcun valore aggiunto», giacché tale principio «deve comunque essere letto congiuntamente a quello dell'azione preventiva che ne risulta rafforzato»; G. Esposito, *Tutela dell'ambiente e attività dei pubblici poteri*, Giappichelli, Torino, 2008, 133, secondo cui «se applicati singolarmente tali principi e i rispettivi modelli di riferimento appaiono insufficienti, risultandone più idonea una combinazione che, tuttavia, tenga conto di ognuno senza sbilanciarsi su nessuno». I due principi sono fusi in un'ideale endiadi anche da P. Savona, *Dal pericolo al rischio: l'anticipazione dell'intervento pubblico*, in *Dir. amm.*, 2010, 355 ss.; in giurisprudenza cfr. Tar Toscana, Firenze, sez. II, 31 agosto 2010 n. 5145, dove, in tema di rifiuti, si ribadisce la congiunta operatività dei principi di precauzione e di azione preventiva. In particolare, si ritiene che i principi di «precauzione e della azione preventiva [trovano] applicazione in tutti quei settori in cui si manifesta la necessità di un elevato livello di protezione, indipendentemente dall'accertamento di un effettivo nesso causale tra il fatto dannoso o potenzialmente tale e gli effetti pregiudizievoli che ne derivano» (ma anche nella giurisprudenza costituzionale a volte si rinviene un uso congiunto delle due espressioni, v. *infra*, cap. III).

⁸ G. Manfredi, *Note sull'attuazione del principio di precauzione in diritto pubblico*, 2004, in *Dir. pubb.*, 2004, 1086, sottolinea che «il principio di precauzione si differenzia da quello di prevenzione non solo quantitativamente, perché anticipa la soglia al di là della quale scattano le misure preventive, ma soprattutto, qualitativamente, perché è basato su un modo nuovo di percepire i pericoli derivanti dal progresso»; M. Cecchetti, *Principi costituzionali per la tutela dell'ambiente*, Giuffrè, Milano, 2000, 174, afferma che «il principio dell'azione preventiva e gli strumenti che lo realizzano trovano supporto e potenziamento grazie a un altro principio direttamente connesso con il concetto di prevenzione, ma che, per gli specifici caratteri che lo connotano, assume una

Le primissime formulazioni del principio di precauzione si registrano, nel corso del secolo scorso, all'interno della crescente attenzione nei confronti dei temi relativi alla protezione dell'ambiente. E così nella dottrina tedesca si inizia a parlare di "principio *Vorsorge*" e proprio in Germania negli anni Settanta è approvata una legge che impone al soggetto pubblico – oltre che di riparare – di evitare i danni ambientali mediante un'adeguata pianificazione o prevenzione delle attività ritenute potenzialmente dannose⁹.

Tutela della salute, protezione dell'ambiente, tutela dei consumatori costituiscono i principali ambiti in cui il principio di precauzione trova esplicita applicazione, ma bisogna anche aggiungere che si registra oramai in misura sempre più diffusa, in ogni ambito, un approccio di tipo precauzionale¹⁰, con l'effetto

propria autonoma configurazione: il principio di precauzione o del cosiddetto "approccio precauzionale". Per F. De Leonardis, *Principio di prevenzione e novità normative in materia di rifiuti*, in *Riv. quadr. dir. amb.*, n. 2/2011, 23 ss., il principio di precauzione costituisce uno «sviluppo o una specificazione della prevenzione» e «s'iscrive in una logica nettamente diversa da quella della prevenzione: quella dell'amministrazione di rischio».

⁹È in documenti internazionali che il principio di precauzione inizia ad assumere contorni più netti. Nella "Dichiarazione su ambiente e sviluppo" approvata dalla Conferenza delle Nazioni Unite di Rio de Janeiro del 1992 trattando del principio di precauzione si parla di "assenza di piena certezza scientifica" e "misure preventive economicamente efficaci" (affermando dunque la necessità di studi scientifici e un'analisi dei costi/benefici). Bisogna inoltre aggiungere che in molti documenti si rinvencono due distinte espressioni (*approccio di precauzione* e *principio di precauzione*) che non sempre appaiono pienamente sovrapponibili. Secondo C.R. Sunstein, *Il diritto della paura. Oltre il principio di precauzione* (2005), trad. it., Bologna, 2010, 81, tale principio «implica una forma di bilanciamento, con una preferenza per l'avversione al rischio».

¹⁰Siffatto approccio di tipo precauzionale, nell'ordinamento europeo, è stato esteso a tutti i settori anche con riguardo alla tutela dei consumatori, portando a parlare anche di "sicurezza dei mercati finanziari", con riguardo cioè ad un ambito per definizione caratterizzato da una natura speculativa e dunque aleatoria. V., da ultimo, S. Pugliese, *Il rischio nel diritto dell'Unione eu-*

finale per cui il principio di precauzione tende sempre più (per così dire) “ad occupare la scena” del dibattito (non solo giuridico) contemporaneo ed in cui problematiche proprie della scienza del diritto amministrativo si intersecano (in via più generale) con riflessioni di ordine sociologico e di ordine scientifico e tecnico e (con riguardo specifico all’ambito giuridico) con tematiche connesse ai profili di responsabilità (oltre che amministrativa) civile e penale e soprattutto con gli sviluppi e le acquisizioni scientifiche e tecnologiche.

L’analisi della normativa (internazionale, europea e nazionale) e della giurisprudenza mostra come il principio di precauzio-

ropea. tra principio di precauzione, proporzionalità e standardizzazione, Bari, Cacucci, 2017, XII, secondo cui “nelle situazioni di rischio il regolatore non può limitarsi a rilevare la possibilità del verificarsi di eventi dannosi e ad imporre divieti relativi a determinate operazioni, secondo il principio di precauzione. Il regolatore è chiamato, infatti, ad elaborare regole in grado di stimolare negli operatori una “cultura” di *decision making* fondato sulla valutazione *ex ante* del rischio, in base alla quale, prevedendo i possibili scenari, essi possano prestabilire misure di prevenzione, gestione e mitigazione, ponendosi in un’ottica non meramente reattiva, bensì in un’ottica proattiva, che favorisca esiti positivi”. E così, con riguardo alla normativa europea, l’Austria riscontra la presenza di “regole intese a creare una cultura di *risk assessment & management*” presenti in particolare in tre ambiti: produzione e commercializzazione di prodotti rischiosi per la salute dei consumatori e per l’ambiente; mercato finanziario (“reso particolarmente rischioso sia per i risparmiatori sia per gli istituti finanziari dalla volatilità generata dai processi di internazionalizzazione e diversificazione”); operazioni di investimento (“esposte alle condizioni politico-ocioeconomiche specifiche del contesto di destinazione e, pertanto, particolarmente rischiose sia per gli investitori sia per gli Stati di destinazione”). E così “il tema della valutazione e gestione del rischio ha acquisito un peso sempre più significativo nel metodo regolativo che la Commissione sta applicando nell’elaborazione delle proposte per assicurare che esse siano strettamente funzionali al raggiungimento degli obiettivi delle *policies*, tenendo nel contempo conto delle esigenze e degli interessi di coloro che ne subiranno le conseguenze. La metodologia in parola, c.d. “*better regulation*”, ha, come la *risk regulation*, la propria matrice nell’analisi economica del diritto. Anzi, può dirsi che la *risk regulation* è stata progressivamente assorbita dalla *better regulation*, divenendone un aspetto”.