

CARLO IANNELLO

NOTE SUL PRINCIPIO DI PRECAUZIONE

1. *Premessa: la serietà del rischio*

Nel 1949 il massimo riconoscimento scientifico per la medicina a livello mondiale, il premio Nobel, fu attribuito a António Caetano de Abreu Freire Egas Moniz per aver concepito la leucotomia prefrontale, ossia il primo esempio di quella pratica medica che è stata successivamente qualificata lobotomia. Alcuni decenni dopo, molti Stati l'hanno vietata.

Che la scienza progredisse secondo un percorso tortuoso e spesso persino contraddittorio, è un fatto acclarato da tempo. Tuttavia, con l'avanzare del progresso tecnologico, i suoi limiti sono venuti sempre più emergendo.

Il dato che ha moltiplicato le riflessioni in materia è rappresentato dalla circostanza che la scienza ha oramai perso, in campi anche diversi da quelli della medicina, il proprio statuto che per secoli è stato quello della dispensatrice di certezze¹, qualificandosi, come pure è stato sostenuto, con efficace terminologia, come «scienza incerta»². Sempre più spesso le nuove applicazioni tecnologiche serbano, infatti, un potenziale di pericolosità che, in alcuni casi, si manifesta solo molti anni dopo la loro concreta applicazione, quando oramai i danni sono divenuti irreversibili. Le nuove tecno-

1 Con particolare riferimento ai rapporti tra scienza e diritto, cfr. A. CERRI, *Diritto e scienza: indifferenza, interferenza, protezione, promozione, limitazione*, in *Studi parl. pol. cost.*, 2003, 7. Sui rapporti tra diritto e tecnica si veda F. SALMONI, *Le norme tecniche*, Milano, 2001; L. VIOLINI, *Le questioni scientifiche controverse nel procedimento amministrativo*, Milano, 1996.

2 In tema cfr. M. TALLACHINI, *Ambiente e diritto della scienza incerta*, in S. Grassi, M. Cecchetti, A. Andronio, *Ambiente e diritto*, Firenze, 1999, 57 ss. che analizza il principio di precauzione, su cui si rinvia alle considerazioni svolte oltre nel testo. Per il momento appare sufficiente osservare che a differenza del principio di prevenzione quello di precauzione «riflette il generale mutamento di ottica e di prospettiva del pensiero giuridico che consegue al venire meno del tradizionale fondamento epistemologico della certezza assoluta della scienza» G. MANFREDI, *Note sull'attuazione del principio di precauzione in diritto pubblico*, in *Dir. Publ.*, 2003, 1086.

logie presentano, dunque, aspetti d'*ineliminabile* incertezza quanto al loro potenziale aggressivo per l'ambiente e la salute umana. Ciò ha determinato un profondo cambiamento nei rapporti tra la scienza e la società.

Da alcuni anni, infatti, gli studi in campo sociologico stanno ponendo all'attenzione della comunità scientifica la centralità che le questioni legate al rischio hanno progressivamente assunto nella società contemporanea³. Sempre più forte e diffusa è la percezione che la fase che sta vivendo la nostra società, che siamo abituati a definire post-moderna, si caratterizzi anche come «società del rischio»⁴, in cui il governo della cosa pubblica si deve confrontare con rischi sino a poco tempo addietro inediti, per cui si rende necessario utilizzare sempre più spesso procedure emergenziali, che nello stato di diritto sono pensate per circostanze eccezionali, quindi destinate ad operare in via assolutamente transitoria, proprio in quanto ai limiti della legalità costituzionale⁵. Di conseguenza si sta modificando la relazione tra il diritto e la scienza stessa⁶, e si sta imponendo l'aggiornamento degli strumenti con cui l'ordinamento giuridico governa le applicazioni tecnologiche

In particolare, stando alle riflessioni sociologiche, ci troveremmo alle soglie di «una nuova modernità che si sta liberando della sagoma della società industriale classica per darsi una forma nuova»⁷.

Questa seconda modernità determinerebbe il passaggio da una società distributrice di ricchezza a una società dispensatrice di rischi. La società del rischio «è una società catastrofica». L'ordinamento giuridico deve fornire una risposta ordinaria al bisogno di proteggersi dalle nuove catastrofi, che non sono più eventi che possono considerarsi eccezionali. Nella società

3 Per una efficace sintesi degli studi sociologici in argomento cfr. P. SAVONA, *Il governo del rischio. Diritto dell'incertezza o diritto incerto?*, Napoli, 2013, 1 ss.

4 U. BECK, *La società del rischio. Verso una seconda modernità*, Roma, 2000.

5 G. MAZZARITA, *L'emergenza costituzionale. Definizioni e modelli*, Milano, 2003. Sul tema cfr. C. IANNELLO, *L'emergenza rifiuti in Campania: i paradossi delle gestioni commissariati*, in *Rass. dir. pubbl. eur.*, n. 2/2007, 137 ss.

6 A. CERRI, *Diritto e scienza: indifferenza, interferenza, protezione, promozione, limitazione*, in *St. parl. pol. cost.*, 2003, 7 ss.

7 Così U. BECK, *La società del rischio*, cit., 14. Questa «modernizzazione riflessiva» supera la società industriale la quale «si congeda in punta dei piedi dalla scena della storia mondiale passando dalla porta di servizio dei suoi effetti collaterali» (*Ibidem*, 15). Ma v'è di più: la nuova modernità, che si realizza in opposizione a se stessa, ci fa comprendere che «lo scenario anti-modernista che attualmente preoccupa il mondo – nuovi movimenti sociali, critica della scienza, della tecnica, e dell'idea di progresso – non è in contraddizione con la modernità, ma è piuttosto espressione della modernizzazione riflessiva, oltre il progetto della società industriale».

del rischio, infatti, «lo stato di emergenza minaccia di diventare la norma»⁸. Ciò comporta la necessità di riorganizzare le procedure giuridiche e le competenze da sempre istituite intorno al paradigma dell'eccezionalità dei poteri straordinari.

Le conseguenze sul piano del diritto di una tale situazione non sono ancora chiare⁹. In particolare, ci si domanda se le nuove procedure del diritto del rischio¹⁰ riusciranno o meno a integrarsi in modo armonioso con la tradizione garantista dei diritti e delle libertà dei cittadini proprie degli ordinamenti liberaldemocratici.

Secondo la visione di Ulrich Beck, tutto ciò rappresenterebbe una sfida epocale per gli ordinamenti giuridici, potendo determinare un'evoluzione

8 U. BECK, *ult. op. cit.*, 31.

9 In particolare, ancora non è chiara la tendenza verso cui sta conducendo questa nuova dimensione del diritto ambientale e, in particolare, se i nuovi strumenti di azione in questo campo faranno emergere uno Stato precauzionale dove il diritto emergenziale rischia di diventare la regola oppure se le nuove modalità di intervento dei pubblici poteri si svolgeranno in continuità se non addirittura rafforzando la struttura portante dello stato di diritto. Alla manifestazione di rischi inediti l'ordinamento si deve adeguare predisponendo dei rimedi per dare risposta alla domanda di protezione da questi rischi che si leva dalla società. Gli ordinamenti liberali sono nati per la garanzia delle libertà individuali tra cui rientra a pieno titolo la libertà di iniziativa economica privata, e hanno formalizzato procedure e limitazioni per costringere il potere di decisione politica entro ambiti ben delimitati, in modo tale che questo lasciasse la più ampia realizzazione possibile all'esplicazione delle libertà dei cittadini. Lo stato amministrativo (definito anche stato sociale di diritto) per accogliere le esigenze legate alla protezione di larghi strati della popolazione dai rischi connessi alla sicurezza sociale, ha ampliato la sfera e l'intervento del potere pubblico, lasciando inalterato il nucleo fondativo degli ordinamenti liberali. La società del rischio pone alla politica domande nuove, richiede delle nuove modalità di intervento. Il problema che si pone adesso è allora come dare risposta a queste nuove esigenze, quali gli strumenti di cui gli ordinamenti devono dotarsi. La risposta veramente moderna a queste nuove legittime domande è quella che accoglie le istanze nuove senza contraddire l'impalcatura su cui l'ordinamento è stato costruito, sull'esempio di come ha fatto lo stato sociale che ha dato risposte a domande nuove ampliando i suoi margini di intervento ma senza contraddire i principi delle liberal-democrazie. La recente evoluzione in materia può incutere preoccupazione perché lascia intravedere strade alternative limitative delle libertà. Infatti, da un lato, in nome della tutela delle libertà economiche, potrebbe comprimere gli altri valori o, dall'altro, all'opposto, sperimentare soluzioni che attraverso un utilizzo ordinario di strumenti che la tradizione liberaldemocratica confina in ipotesi straordinarie ed eccezionali (come il diritto emergenziale) finisca per diventare limitativo di queste libertà, al di fuori delle garanzie classiche previste dagli ordinamenti liberali, introducendo una sorta di stato di emergenza permanente. Sul punto si rinvia alle considerazioni finali.

10 Sul tema cfr. A. BARONE, *Il diritto del rischio*, Milano, 2006, *passim*.

in senso democratico della sfera pubblica e un ampliamento dello spazio politico. La vecchia modernità, infatti, avrebbe comportato la democratizzazione delle sole decisioni propriamente politico amministrative, mentre avrebbe lasciato all'esclusivo dominio dei privati le decisioni economiche e imprenditoriali. Con la società del rischio, e quindi con la seconda modernità, anche le decisioni relative al sistema tecnico ed economico entrerebbero a far parte di un complesso circuito partecipativo, i cui attori sarebbero, oltre ai poteri pubblici, le imprese private, i cittadini singoli, i movimenti sociali, le associazioni ecc.

Su tali aspetti si rinvia alle considerazioni svolte nell'ultimo paragrafo. Per il momento basti osservare che l'enfaticizzazione della dimensione del rischio nella nostra società è messa in evidenza da tutti i saperi, non solo dalle indagini sociologiche¹¹.

Il rischio, del resto, non è un fenomeno nuovo per il diritto. Lo stato liberale se ne è interessato principalmente attraverso gli strumenti di polizia amministrativa, come le leggi sanitarie, le leggi in materia di sicurezza alimentare, di commercio, di urbanistica, di edilizia, ecc. al fine di tutelare l'ordine pubblico e la pubblica sicurezza. Lo stato sociale si è accollato il peso della parte maggiore dei rischi di carattere sociale, attraverso l'amministrazione per servizi¹².

Questi rischi tuttavia erano qualitativamente diversi da quelli con cui si sta confrontando la società del rischio: si trattava, infatti, di rischi prevedibili. I rischi attuali, invece, sono globali (in quanto le minacce all'ambiente e alla salute prodotte dalle nuove tecnologie, indipendentemente dal luogo fisico in cui si realizzano, sono potenzialmente in grado di scavalcare i confini nazionali) e, soprattutto, sono una conseguenza *non prevedibile* di attività umane.

2. Le difficoltà interpretative del principio di precauzione

La consapevolezza dell'incertezza circa gli eventuali danni che le nuove tecnologie possono arrecare alla salute umana e all'ambiente ha dunque co-

11 Lo stesso comitato nazionale di bioetica, composto da studiosi di diverse discipline, nei suoi documenti sulla precauzione fa espressamente riferimento al concetto di società del rischio per giustificare la necessità di un approccio precauzionale: cfr., sul punto, Comitato nazionale per la bioetica, *Il principio di precauzione: profili bioetici, filosofici, giuridici*, 18 giugno 2004. A. BARONE, *Il diritto del rischio*, cit., *passim*.

12 J.-B. AUBY, *Le droit administratif dans la société du risque. Quelques réflexions, Études et documents du conseil d'État*, 2005, n° 56, 2005, 351 ss.

stretto gli ordinamenti giuridici ad elaborare nuovi principi per governare la difesa dell'ambiente e della salute. Le novità di maggiore spessore sono date dall'apertura degli ordinamenti a un'inedita dimensione etica (quella volta alla tutela dell'ecosistema) che si proietta al di là del tempo presente, per assicurare la conservazione del pianeta alle future generazioni, ciò che ha fatto anche ipotizzare la vera e propria sussistenza di diritti delle future generazioni, non solo sul piano filosofico morale, ma anche giuridico¹³. Questa novità è stata tradotta in pratica attraverso la positivizzazione di alcuni (relativamente recenti) principi di tutela ambientale, tra cui vi è certamente quello della precauzione¹⁴.

Si tratta di un principio nato nell'ambito di dichiarazioni e convenzioni di diritto internazionale, che ha poi fatto il suo ingresso nel diritto europeo e in quello nazionale¹⁵. Principio di precauzione e metodo precauzionale sono così divenuti gli strumenti giuridici per il governo del rischio.

-
- 13 Per una lettura in chiave etico-filosofica della responsabilità nei confronti delle future generazioni cfr. H. JONAS, *Il principio responsabilità. Un'etica per la civiltà tecnologica*, Torino, 2002, *passim*. Per un approccio giuridico al tema della responsabilità intergenerazionale cfr. R. BIFULCO, A. D'ALOIA (a cura di), *Un diritto per il futuro*, Napoli, 2008, e in part. *ivi*, l'efficace introduzione dei curatori *Le generazioni future come nuovo paradigma del diritto costituzionale*, pp. IX ss.; G. PALOMBELLA, *Ragioni di giustizia, diritti e generazioni future*, 3-28; A. SPADARO, *L'amore dei lontani: universalità e intergenerazionalità dei diritti fondamentali fra ragionevolezza e globalizzazione*, 71-111; U. POMARICI, *Generazioni future, identità personale, umanità*, 141-160; S. GRASSI, *Ambiti della responsabilità e della solidarietà intergenerazionale: tutela dell'ambiente e sviluppo sostenibile*, 177-190; T. SCOVAZZI, *Patrimonio culturale dell'umanità e Convenzione Unesco sul patrimonio mondiale*, 191-200; M. LUCIANI, *Generazioni future, distribuzione temporale della spesa pubblica e vincoli costituzionali*, 423-442; E. RIGO, *Generazioni future e beni comuni: dall'artificio della Natura alla natura artificiale*, 645-658; D. TANZA, *Strumenti per la tutela dei diritti intergenerazionali in materia ambientale. L'esempio del Brasile*, 687-698. Sul tema cfr. inoltre R. BIFULCO, *Diritto e generazioni future. Problemi giuridici della responsabilità intergenerazionale*, Milano, 2008, *passim*.
- 14 Su questi temi, in termini generali, cfr. L. CHIEFFI, *Biotechnologie e valori costituzionali*, in Id. (a cura di), *Biotechnologie e tutela del valore ambientale*, Torino, 2002, 9 ss.; G. F. FERRARI, *Biotechnologie e diritto costituzionale*, in *Dir. pubbl. comp. eur.*, 2002, IV, 1563 ss.; A. BALDASSARRE, *Le biotechnologie e il diritto costituzionale*, in M. Volpi (a cura di), *Le biotechnologie: certezze e interrogativi*, Bologna, 2001, 15 ss.
- 15 In merito al principio di precauzione nell'ambito dell'ordinamento internazionale e comunitario, cfr. L. MARINI, *Il principio di precauzione nel diritto internazionale e comunitario. La disciplina del commercio di organismi geneticamente modificati e profili di sicurezza alimentare*, Padova, 2004, *passim*; F. BASSAN, *Gli obblighi di precauzione nel diritto internazionale*, Napoli, 2004, *passim*; M. SOLLINI, *Il principio di precauzione nella disciplina comunitaria della sicurezza alimentare. Profili critico-ricostruttivi*, Milano, 2006, *passim*; G. GALASSO, *Il principio di pre-*

Occorre tuttavia cercare di comprendere come mai il principio in esame, divenuto oramai uno strumento 'ordinario' per la gestione e il governo del rischio¹⁶, nonostante il suo largo e crescente uso, presenti contorni ancora molto confusi, se non addirittura contraddittori. Questa perdurante indeterminatezza del concetto emerge con particolare evidenza sia dall'interpretazione dottrinale, sia dalle polemiche in sede politico-culturale, sia, infine, dagli stessi testi normativi che lo positivizzano.

Partendo da quest'ultimo aspetto, si deve in primo luogo osservare che il principio di precauzione è nato attraverso una pluralità di positivizzazioni dal contenuto eterogeneo. Secondo le diverse sedi in cui è stato preso in considerazione, infatti, esso ha assunto differenti declinazioni e un diverso grado di coerenza. Un precetto di *moral suasion* rivolto agli Stati, se contenuto negli atti internazionali di principio, come ad esempio la dichiarazione di Rio del 1992. Parametro giuridico sufficientemente elastico rivolto agli organi detentori dei poteri di indirizzo politico dei singoli Stati, quando è previsto nelle disposizioni costituzionali o nei trattati istitutivi di organizzazioni sovranazionali, come l'Unione europea. Precisa regola di condotta, se cristallizzata in accordi internazionali (si pensi a quelli relativi all'organizzazione mondiale del commercio), direttive e regolamenti europei o leggi dello Stato che si occupano dei settori strettamente coinvolti da questo principio, come

cuaione nella disciplina degli OGM, Torino, 2006, *passim*. V.S. DI BENEDETTO, *La funzione interpretativa del principio di precauzione in diritto internazionale*, in *Dir. Comm. Int.*, 2/2006, 321. Con riferimento all'ordinamento francese si segnala P. KOURILSKY, G. VINEY, *Le principe de précaution*, Parigi, 1996, *passim*; F. EWALD, C. COLLIER, N. DE SADELEER, *Le principe de précaution*, Parigi, 2001, L. MARINI, *Introduzione a Agricoltura transgenica, convenzionale e biologica: verso una coesistenza possibile?*, in *Quaderni della rivista giuridica dell'ambiente*, n. 20, Milano, 2007, a cura di L. Marini, A. Bonpiani; R. PAVONI, *Misure unilaterali di precauzione, prove scientifiche e autorizzazioni comunitarie al commercio di organismi geneticamente modificati: riflessioni in margine al caso Greenpeace*, in *Dir. comunitario scambi internaz.*, 2000, 725 ss.; L. MARINI, *Principio di precauzione, sicurezza alimentare e organismi geneticamente modificati nel diritto comunitario*, in *Il diritto dell'Unione europea*, 1/2004, 5 ss. e 2/2004, 281 ss.

16 N. DE SADELEER, *Les avatars du principe de précaution en droit public: effet de mode ou révolution silencieuse?*, in *RFDA*, 2001, 548. Il principio precauzionale ha ampliato il suo campo di applicazione, dalla sicurezza alimentare per estendersi alla tutela tout court della salute e alla protezione dell'ambiente naturale, per cui si può affermare che tale principio oggi regga tutte le politiche pubbliche che affrontano attività umane da cui può derivare potenzialmente un rischio alla vita, all'incolumità personale, alla salute o all'ambiente dettando «linea di condotta nel campo delle decisioni politiche e normative concernenti la gestione dell'incertezza scientifica», L. MARINI, *Principio di precauzione, sicurezza alimentare e organismi geneticamente modificati nel diritto comunitario*, cit., 10.

ad esempio la commercializzazione o la immissione nell'ambiente di organismi geneticamente modificati. Principio che guida l'azione dei giudici o dell'amministrazione pubblica, se codificato in fonti del diritto riconosciute dall'ordinamento interno. In quest'ultimo caso esso si traduce in concreto in una decisione (amministrativa o giurisdizionale), con efficacia vincolante, che segue gli ordinari principi del diritto pubblico interno¹⁷. Inoltre, lo stesso significato che in concreto assume il detto principio può assumere diverse declinazioni, tanto che si discorre di una «versione minimale» o debole e di una «versione verde» o forte della precauzione¹⁸.

Per quanto attiene all'ambito politico-culturale, da un lato, vi è chi invoca un eccesso di precauzione, ossia un uso estremamente largo di questo principio (lamentandone quindi un abuso), che metterebbe a rischio attività umane necessarie alla vita collettiva, evidenziandone una natura antiscientista; dall'altro, al contrario, se ne lamenta sia una scarsa applicazione che una debole precettività.

17 In altri termini, il principio in esame o si atteggia a indicazione flessibile, che dovrà essere concretamente fatta valere dagli Stati nazionali (quindi dai legislatori, dagli amministratori o dai giudici), oppure si formalizza in una procedura da applicare al fine di pervenire a una decisione (com'è, ad esempio, nel caso della disciplina europea e nazionale relativa agli organismi geneticamente modificati) oppure, infine, si traduce direttamente in una precisa regola di condotta, cristallizzandosi in un obbligo (derivante direttamente dalla legge, da una sentenza o da un atto amministrativo) che trova il proprio fondamento in tale principio (si pensi ad esempio al caso dell'elettromagnetismo).

18 Cfr. F. DE LEONARDIS, *L'evoluzione del principio di precauzione tra diritto positivo e giurisprudenza*, in F. Merusi, V. Giomi (a cura di), *Principio di precauzione e impianti petroliferi costieri*, Atti del convegno di studi di Livorno – Villa Letizia, 17 settembre 2010, Torino, 2011, 3 ss. Come è stato giustamente osservato, «La dimensione politica e giuridica della precauzione pur prendendo le mosse dal contesto del “principio responsabilità”, ha progressivamente preso le distanze da esso sul piano delle proposte applicative, poiché il “principio responsabilità” può condurre ad un'interpretazione forte della prudenza, mentre il principio di precauzione (nelle sue diversificate interpretazioni) può condurre ad un'interpretazione più debole». «In questo senso non sarebbe corretto ritenere di poter desumere il principio di precauzione dal “principio responsabilità”: quest'ultimo legittima comportamenti di astensione (imposti anche autoritativamente) di fronte a scenari catastrofici; al contrario, le regole della precauzione disciplinano le procedure per la gestione del rischio sul piano applicativo, stimolando la scienza ad approfondire le proprie conoscenze, da una parte, e la società a partecipare democraticamente alle decisioni tecnico-scientifiche» (così L. MARINI, *Il principio di precauzione nel diritto internazionale e comunitario. La disciplina del commercio di organismi geneticamente modificati e profili di sicurezza alimentare*, cit., 25).

La stessa difformità di opinioni si riflette anche nelle interpretazioni della scienza giuridica che, in luogo di trovare una sintesi, addirittura enfatizzano questa duplice possibilità di lettura del principio di precauzione. Se, per una parte della dottrina giuspubblicista¹⁹, la precauzione è uno degli strumenti più significativi per la tutela dell'ambiente, d'altro canto, all'esatto opposto, non mancano aspri critici di questo principio, come chi teme si possa tradurre in atteggiamenti di «conservatorismo neo-oscurantista»²⁰, chi ne sottolinea la profonda «incoerenza»²¹ e chi lamenta un eccesso di precauzione, specie con riferimento ad alcune sue applicazioni giurisprudenziali²².

La contraddittorietà delle interpretazioni trova in parte la sua motivazione probabilmente nella sua stessa natura di principio. È normale che di fronte ad un principio si formino opzioni interpretative diverse a seconda degli interessi che in sede interpretativa si decida di far prevalere e del contesto, nazionale, sovranazionale o internazionale in cui si agisce, che può essere più o meno favorevole a questo o a quel determinato interesse²³.

19 N. DE SADELEER, *Les avatars du principe de précaution en droit public: effet de mode ou révolution silencieuse?*, cit., 548.

20 D. CORRADINI, H. BROUSSARD, *Biodiritto e biotech. Il principio di precauzione, il problema della brevettabilità e i giuristi imperdonabili*, in *Materiali per la storia della cultura giuridica*, 2003, 197 ss.

21 C.R. SUNSTEIN, *Il diritto della paura. Oltre il principio di precauzione*, Bologna, 2010, il quale scrive: «Il vero problema del principio di precauzione nella sua forma più stringente è l'incoerenza: concepito per indicare una strada da seguire, si rivela incapace di offrire una guida, perché mette all'indice le stesse misure di cui imporrebbe l'adozione» (*Ibidem*, 27). L'autore mette in evidenza una serie di aporie insite nel principio di precauzione. Innanzitutto rileva che esistono una pluralità di definizioni del principio di precauzione, che hanno sfumature molto diverse tra loro (Osserva l'A. che «ne esistono 20 definizioni e fra loro nessuna è compatibile con l'altra», *Ibidem*, 31). Inoltre, secondo l'A. «le misure regolative che il principio di precauzione induce ad adottare generano nuovi rischi, per cui il principio vieta ciò che contemporaneamente impone di fare» (*Ibidem*, 27). In altri termini, secondo l'A., che riporta anche inchieste svolte dal Wall Street Journal, il principio in esame rappresenterebbe un artificio ambientalista per bloccare attività non gradite, «un neologismo ambientalista, invocato per far premio sulle prove scientifiche e consentire la messa al bando di cose che non piacciono, come le biotecnologie, la tecnologia wireless, le emissioni di idrocarburi» (*Ibidem*, 28-9).

22 S. CASSESE, *La nuova disciplina sulla protezione dalle esposizioni a campi elettromagnetici*, in *Gior. dir. amm.*, 2001, 329 ss.

23 Il principio di precauzione chiama infatti in causa una serie di valori e di principi costituzionali che sono tra loro in conflitto. Da un lato, vi sono le esigenze connesse alla tutela dell'ambiente e della salute umana, dall'altro la libertà d'iniziativa economica privata, mentre sullo sfondo viene in causa anche la libertà di ricerca scientifica. Il principio di precauzione, dunque, più che indicare esso stesso la direzione da intraprendere in ogni singolo caso specifico, assume un ruolo impor-

3. Precauzione fra interessi ambientali ed economici

Tuttavia, a ben riflettere, il riferimento al contenuto elastico dei principi non è sufficiente a giustificare una così profonda diversità di vedute.

Occorre innanzitutto rilevare che il principio di precauzione è caratterizzato da una peculiare e profonda complessità contenutistica. Come è stato puntualmente messo in evidenza da un'attenta dottrina, infatti, esso «coinvolge una pluralità di dimensioni della conoscenza»²⁴: quella «scientifica», che «utilizza la precauzione come criterio operativo nelle situazioni di incertezza»²⁵; quella «economica», che nell'approccio della precauzione è destinata ad integrarsi con un altro fondamentale principio di tutela ambientale, ossia quello dello sviluppo sostenibile; quella «politica», «che valuta in termini discrezionali la portata e l'accettabilità dei rischi ecologici»²⁶; quella «etica», «che vede nella precauzione la strada attraverso cui garantire l'applicazione del principio della responsabilità verso le generazioni future»²⁷; quella «giuridica», che utilizza il principio di precauzione per dare una risposta in termini socialmente accettabili ai fattori di incertezza scientifica che coinvolgono le attività legate all'applicazione delle nuove tecnologie.

La densità contenutistica, semantica e valoriale di questo principio ne rende dunque profondamente plurale il contenuto, consentendo pertanto positivizzazioni, interpretazioni, nonché esiti applicativi, profondamente diversi tra loro.

Basti prendere in considerazione una sola di queste dimensioni, quella economica ad esempio, per rendersi conto di quanto sia complesso il risultato cui l'applicazione di tale principio può giungere.

Infatti, se a una prima lettura il principio di precauzione si presenta come uno strumento idoneo a garantire la prevalenza degli interessi relativi alla tutela dell'ambiente su quelli dell'economia, a una più approfondita analisi le cose mutano. Certamente la prevalenza degli interessi ambientali è chiaramente affermata nelle formulazioni delle dichiarazioni internazionali. Se si prende, ad esempio, la definizione più nota del principio di precauzione, quella contenuta nella dichiarazione di Rio, non si possono avere dubbi al

tante nell'ambito del bilanciamento fra valori e principi costituzionali, come si metterà in luce più avanti.

24 S. GRASSI, *Prime osservazioni sul principio di precauzione come norma di diritto positivo*, in *Diritto e gestione dell'ambiente*, 2001, 37 ss.

25 *Ibidem*.

26 *Ibidem*.

27 *Ibidem*.

riguardo. Il principio n. 15 della dichiarazione di Rio recita testualmente «Al fine di proteggere l'ambiente, *gli Stati applicheranno largamente*, secondo le loro capacità, il metodo precauzionale. In caso di rischio di danno grave o irreversibile, *l'assenza di certezza scientifica assoluta non deve servire da pretesto per rinviare l'adozione di misure adeguate ed effettive*, anche in rapporto ai costi, dirette a prevenire il degrado ambientale»²⁸.

V'è, in questa disposizione, sia una chiara apertura a una diffusa applicazione di questo principio («*gli Stati applicheranno largamente*»), sia una ferma preferenza per le esigenze legate alla tutela ambientale su quelle contrapposte («*l'assenza di certezza scientifica assoluta non deve servire da pretesto per rinviare l'adozione di misure adeguate ed effettive*»).

Tuttavia, se dall'ambito delle dichiarazioni di principio - che si configurano come delle fonti di *cd. soft law*, cioè prive di forza vincolante -, si passa alle fonti del diritto internazionale di carattere prescrittivo, il quadro cambia sensibilmente. Ad esempio, l'accordo sull'applicazione delle misure sanitarie e fitosanitarie allegato agli accordi del WTO ha, in materia, un'impostazione radicalmente diversa. L'art. 5 di tale accordo recita testualmente: «Nel valutare il rischio per la vita o la salute degli animali o dei vegetali e nel determinare il provvedimento da applicare per raggiungere il livello adeguato di protezione sanitaria da tale rischio, i membri prendono in considerazione, quali *fattori economici pertinenti*, il potenziale *danno in termini di perdita di produzione o di vendite* in caso di contatto, insediamento o diffusione di un parassita o di una malattia, *i costi* inerenti alla lotta o all'eradicazione nel territorio del membro importatore e la relativa *efficienza economica* di metodi alternativi per limitare i rischi».

È evidente che in questo caso il bilanciamento è orientato alla tutela degli interessi della libertà di iniziativa economica e del commercio, ciò che capovolge la medesima logica della precauzione, così come espressa nella formulazione della dichiarazione di Rio.

Come si può agevolmente notare, infatti, la disposizione presenta un chiaro *favor* per la realizzazione dell'attività potenzialmente pericolosa ed è rivolta, piuttosto che a prevenire il pregiudizio alla salute umana o all'ambiente, a evitare un potenziale pregiudizio economico relativo alla mancata messa in commercio del prodotto. Gli elementi che la disposizione enfatizza, infatti, sono i «*fattori economici pertinenti*», il «*danno in termini di perdita di vendita o di produzione*», «*i costi*», l'«*efficienza economica*». I tratti che caratterizzano il principio in esame, ossia la necessità di proteggere l'ambiente e il dato di incertezza scientifica che rende potenzialmente

28 Corsivo mio.

rischiosa una data attività, sfumano sino a scomparire e gli interessi opposti (quelli economici) hanno la prevalenza.

Come è stato acutamente osservato, «l'accordo SPS subordina la legittimità delle misure nazionali di salvaguardia non già all'incertezza scientifica circa l'esistenza di un rischio, quanto all'accertata nocività di un prodotto, finendo per rovesciare la logica alla base del principio di precauzione affermatosi nel diritto internazionale dell'ambiente [corsivo mio]»²⁹.

La normativa in tema di ogm – ma anche le sue applicazioni giurisprudenziali³⁰ – appare dunque sbilanciata a tutela degli interessi commerciali

29 L. MARINI, *Il principio di precauzione nel diritto internazionale e comunitario. La disciplina del commercio di organismi geneticamente modificati e profili di sicurezza alimentare*, cit., 57.

30 L. MARINI, *Ogm e coesistenza: una introduzione*, in *Agricoltura transgenica, convenzionale e biologica: verso una coesistenza possibile?*, cit., 9, il quale riprende una suggestione di R. PAVONI, *Misure unilaterali di precauzione, prove scientifiche e autorizzazioni comunitarie al commercio di organismi geneticamente modificati: riflessioni in margine al caso Greenpeace*, cit., 733. In questo articolo L. Marini riporta anche un significativo caso esaminato dalla Corte suprema Canadese nel 2004, che ha condannato un ignaro contadino a risarcire la Monsanto perché sul suo campo erano nati cereali provenienti da Ogm che un camion aveva accidentalmente perso su una strada in prossimità del suo terreno agricolo. Anche la nota causa trattata dalla Corte di Giustizia della Comunità Europea (causa C-236/01) è espressione di questa «ambigua» posizione della giurisprudenza in materia. Come osservato sempre da L. MARINI, *Principio di precauzione, sicurezza alimentare e organismi geneticamente modificati nel diritto comunitario*, cit., 1/2004, 5 ss. e 2/2004, 281 ss., quando la Corte è stata chiamata a pronunciarsi sul presunto contrasto tra il principio di precauzione e atti comunitari favorevoli all'esercizio dell'attività umana si è dimostrata molto restia a dare applicazione al principio di precauzione. Infatti, il controllo di legittimità degli atti comunitari di diritto derivato «emerge quanto meno timidamente» come dimostrato nel caso *Greenpeace* relativo «alla commercializzazione di granturco transgenico, in cui il ricorrente aveva chiesto alla Corte di fornire applicazione autonoma al principio in parola». In tale causa la Corte ha invece risposto che il principio di precauzione «trovava già espressione in alcune disposizioni della direttiva 90/220/CEE e, in particolare, nella clausola di salvaguardia da essa prevista». Un simile atteggiamento contraddistingue anche l'operato della Commissione europea nell'ambito della valutazione che ad essa compete circa le cd. misure unilaterali di precauzione, ossia atti amministrativi restrittivi rispetto alla circolazione di determinati prodotti adottati dagli stati membri proprio sulla base del principio di precauzione. In tali casi, infatti, la 'giurisprudenza' della Commissione si caratterizza per un evidente sfavore nei confronti delle misure restrittive adottate dagli Stati. Dall'analisi della casistica si evince che, da un lato, la Commissione non ha autorizzato misure nazionali di deroga alla libera circolazione dei prodotti che si appellavano ad una generica pericolosità dei prodotti ma che non erano suffragate da prove scientifiche e dall'altro che, quando ha dato la sua approvazione delle misure nazionali

piuttosto che a quelli di tutela ambientale: «protezione giuridica del bio-commercio più che della bio-sicurezza»³¹, è stato icasticamente osservato.

Come si può agevolmente osservare, dunque, il quadro che emerge, anche solo con riferimento ad uno dei molteplici aspetti coinvolti dal principio di precauzione risulta confuso e presenta evidenti tratti di contraddittorietà, al punto che è stato ritenuto «fuorviante ogni sforzo di classificazione»³². Ciò che produce peraltro degli effetti paradossali: quanto più aumenta il grado di positivizzazione del principio, tanto più la normativa che lo attua

di deroga, lo ha fatto in merito a prodotti la cui pericolosità era assolutamente certa, per cui l'incertezza riguardava solo la stima del rischio, non la sua stessa esistenza. (*Ibidem*, 18, nota 22). Sul punto cfr. R. PAVONI, *Misure unilaterali di precauzione, prove scientifiche e autorizzazioni comunitarie al commercio di organismi geneticamente modificati: riflessioni in margine al caso Greenpeace*, cit., 725 ss.

- 31 L. MARINI, *Ogm e coesistenza: una introduzione*, cit., 9. Il quale osserva opportunamente che è in atto «una tendenza dei moderni gruppi industriali ad assumere il controllo e la gestione dell'istituzione fondamentale dell'economia, il mercato, sostituendo alla "legge del mercato" il "mercato della legge" ». L. MARINI, *Il principio di precauzione nel diritto internazionale e comunitario. La disciplina del commercio di organismi geneticamente modificati e profili di sicurezza alimentare*, cit., 55, il quale mette efficacemente in evidenza le contraddizioni cui dà luogo l'applicazione del principio di precauzione. Osserva l'A. che «collocandosi alla linea di frattura tra il postulato sottostante alla liberalizzazione degli scambi e la necessità di assicurare un elevato livello di tutela ambientale o sanitaria, è proprio nel contesto delle disciplina giuridica del commercio internazionale che il principio di precauzione combatte la più aspra battaglia per la sua stessa sopravvivenza». Opportunamente l'A. mette in evidenza che «Emerge con sufficiente chiarezza che la vasta accoglienza tributata sul piano convenzionale al principio di precauzione non riesce a dissimulare il fatto che i contorni di tale principio restano assai difficili da tracciare, principalmente in ragione della diversità delle formulazioni accolte nei testi pattizi. Si tratta di una regola giuridica avente contenuto autonomo o invece necessita dell'adozione di norme di dettaglio? Riveste i tratti caratteristici dei principi di diritto o assume principalmente la funzione di guida per scelte politiche concernenti situazioni di incertezza scientifica?». Con riferimento alle specifiche misure precauzionali, l'A. osserva che «l'adozione di misure precauzionali richiede sempre l'evidenza scientifica della consistenza del rischio temuto o è affrancata da qualsiasi elemento di prova? L'applicazione del principio di precauzione va sempre coniugata a un rischio di danno grave o anche cumulativo? Con quali forme conviene agire: controllo, autorizzazione, sorveglianza o moratoria? E per quanto tempo? La portata di questi interrogativi basta a far comprendere la dimensione della sfida posta dal principio di precauzione ad ogni sforzo di classificazione teorica e le difficoltà con cui la dottrina si misura nell'intento di definire il suo rango nella gerarchia delle fonti internazionali» (*Ibidem*, 77).

- 32 L. MARINI, *ult. op. cit.*, 109.

si allontana dalla *ratio* che ne ha determinato la nascita in sede internazionale.

A tale proposito, è stato infatti drasticamente rilevato che «a fronte della “irresistibile” attrazione del principio di precauzione nella sfera del diritto, ampiamente testimoniata dagli strumenti giuridici internazionali e comunitari, si potrebbe addirittura dubitare che esso appartenga alla categoria delle norme di diritto positivo»³³.

4. La precauzione come principio della post-modernità

Dunque, quando si passa dalle affermazioni di carattere generale alle norme cogenti e alle applicazioni pratiche, il principio di precauzione perde quel contenuto finalisticamente orientato al risultato di protezione dell'ambiente e della salute e la stessa logica precauzionale appare in concreto, in alcuni casi, addirittura rovesciata.

È pertanto la stessa collocazione della precauzione nell'ambito dei principi giuridici che ha bisogno di essere opportunamente approfondita, soprattutto se il riferimento è ai principi frutto del costituzionalismo del secondo dopoguerra³⁴.

Di norma, il principio ha un chiaro contenuto sostanziale, poiché traduce nel mondo del diritto un valore profondamente sentito dalla collettività. Il principio, in altri termini, per come si è configurato con l'avvento delle costituzioni rigide del secondo dopoguerra, svolge la funzione di dare veste giuridica a una istanza di carattere etico-sociale che ne costituisce il fondamento socio-materiale³⁵. Inoltre, il significato lessicale dei principi

33 L. MARINI, *ult. op. cit.*, 109.

34 La letteratura in tema è sterminata. Si rinvia a S. BARTOLE, *Principi generali del diritto (diritto costituzionale)*, in *Enc. Dir.*, XXXV, Milano, 1985, 494 ss.; F. MODUGNO, *Principi generali dell'ordinamento*, in *Enc. Giur.*, XXIV; F. SORRENTINO, *I principi generali dell'ordinamento giuridico nell'interpretazione e nell'applicazione del diritto*, in *Dir. Soc.*, 1987, 181 ss.; R. GUASTINI, *Sui principi del diritto*, in *Dir. Soc.*, 1986, 601 ss.

35 Alcuni autori usano i concetti di principi e di valori in modo fungibile, limitandosi a distinguerli dalle regole, cfr. A. CERRI, *Considerazioni generali sui principi giuridici e sui valori*, in D. Amirante (a cura di), *La forza normativa dei principi. Il contributo del diritto ambientale alla teoria generale*, Padova 2006, 65 ss., secondo il quale il «valore non propriamente riassume il principio ma contribuisce a costituirlo come tale, come regola giuridica tendenzialmente espansiva» (*Ibidem*, 71), e più avanti «il valore è l'insieme della eticità sociale che trasforma una norma /regola in principio». Il valore è il substrato etico-sociale che costituisce il

«è per lo più autoevidente e non c'è nulla che abbia da essere estratto fuori ragionando sulle parole»³⁶. I principi pretendono, è stato autorevolmente affermato, «una presa di posizione conforme al proprio *ethos*»³⁷. Secondo la dottrina costituzionalista, in presenza di principi «la realtà esprime valori e il diritto vale *come se* gessesse un diritto naturale»³⁸.

Il moderno costituzionalismo ha dunque positivizzato principi di carattere etico, ponendosi come obiettivo quello di 'guidare' l'ordinamento

principio. Secondo J. HABERMAS, *Fatti e norme. Contributi a una teoria discorsiva del diritto e della democrazia*, in L. Ceppa (a cura di), Milano, 1996, 302 ss, «I principi, ossia le norme di rango superiore alla cui luce possono giustificarsi altre norme, hanno un senso deontologico, mentre i valori hanno un senso teleologico. Le norme valide obbligano i loro destinatari – senza eccezione e in egual misura – a un comportamento che adempie aspettative generalizzate di comportamento, mentre i valori vanno intesi come preferenze intersoggettivamente condivise. I valori esprimono la preferibilità di beni che in determinati collettivi valgono come desiderabili, e che possono essere acquisiti o realizzati tramite un agire finalistico. Le norme si presentano con una pretesa binaria di validità, e sono o valide o invalide; a proposizioni normative – così come a proposizioni assertorie – possiamo dire soltanto “sì” o “no” (oppure astenerci dal giudizio). I valori per contro stabiliscono delle relazioni di preferenza, le quali ci dicono che certi beni sono più attraenti di altri; per questo con le proposizioni valutative noi possiamo essere più o meno d'accordo». Habermas, quindi, attribuisce una diversa funzione ai principi e ai valori. Sulla distinzione tra valori e principi costituzionali cfr. G. ZAGREBELSKY, *La legge e la sua giustizia*, Bologna, 2008, 205 ss., per il quale «il valore è un bene finale, fine a sé stesso, che sta innanzi a noi come una meta che chiede di essere perseguita attraverso attività teleologicamente orientate» a beni finali (*Ibidem*, 208); mentre i principi sono «beni iniziali, che vengono assunti come qualcosa che vale, ma che a differenza dei valori, chiedono di essere realizzati attraverso attività consequenzialmente determinate» (*Ibidem*, 208). Continua Zagrebelsky, «I valori, come tali (indipendentemente quindi dai loro contenuti) sono incompatibili con le esigenze dello stato di diritto perché contengono implicitamente una propensione totalitaria, nel senso di propensione ad assorbire e annullare qualunque ragione contraria, ed esprimono un incontenibile e incontrollabile concezione vitalistica dell'esistenza individuale e collettiva» (*Ibidem*, 207. Sul punto si veda anche C. SCHMITT, *La tirannia dei valori*, Milano 2008, 51 ss). Sempre Zagrebelsky ritiene invece che i principi, a differenza dei valori, «non sono affatto privi di contenuto normativo circa l'azione. L'agire per principi è intrinsecamente regolato e delimitato dal principio medesimo e dalle sue implicazioni: *ex principii derivationes*» (*Ibidem*, 208). Per cui i «principi possono ben attecchire nello stato di diritto; anzi, la nozione stessa di stato di diritto è la sintesi di numerosi principi che esprimono una concezione moderata e razionale dell'esistenza individuale e collettiva» (*Ibidem*, 208).

36 G. ZAGREBELSKY, *Il diritto mite*, Torino, 1992, 148.

37 *Ibidem*, 160.

38 G. ZAGREBELSKY, *Il diritto mite*, cit., 162.

verso l'attuazione dell'ordine 'naturale', così come sancito nelle stesse disposizioni di principio³⁹. In altri termini, «con l'avvento delle democrazie pluraliste le costituzioni approvate dalle singole nazioni hanno assunto la funzione che nei periodi precedenti svolgeva il diritto naturale»⁴⁰, di modo che «le costituzioni democratiche non sono altro che diritto naturale secolarizzato»⁴¹, perlomeno nella parte in cui esprimono i principi fondamentali dell'ordinamento e i diritti (inviolabili appunto) dell'uomo.

Da questo punto di vista, anche il principio di precauzione potrebbe essere letto come un coerente svolgimento dei principi del moderno costituzionalismo, ossia la positivizzazione di una regola etica di condotta, quella per cui ogni azione umana dovrebbe essere ispirata alla prudente cautela, specie nella misura in cui questa azione è in grado di procurare danni catastrofici⁴². Un principio «anticatastrofe», insomma⁴³, che la società del rischio ha sentito il bisogno di trasformare in un principio giuridico per guidare la regolamentazione di quelle attività umane legate alle applicazioni delle nuove tecnologie. La dimensione etica della precauzione è, infatti, molto profonda. Non solo una regola di condotta morale in sé, ma, come il principio dello sviluppo sostenibile, quello della precauzione contribuisce a dare fondamento giuridico alla responsabilità della generazione presente nei confronti delle generazioni future, secondo la nota formula elaborata da Jonas «agisci in modo che le conseguenze della tua azione non distruggano la possibilità di futura vita sulla terra»⁴⁴.

Tuttavia, come si è precedentemente osservato, nella dimensione giuridica (soprattutto nella prassi applicativa), queste istanze che rappresentano il fondamento sostanziale della positivizzazione del principio in esame

39 È noto che questi principi-valori devono poi essere bilanciati con tutti quegli altri principi con cui, eventualmente, entrino in contrasto attraverso la nota tecnica del bilanciamento. Sul punto si rinvia a R. BIN, *Diritti e argomenti*,

40 A. BALDASSARRE, *Le biotecnologie e il diritto costituzionale*, cit., 29.

41 *Ibidem*.

42 Principio che potrebbe essere spiegato nel seguente modo: «La primazia riconosciuta all'essere umano, alla salvaguardia della sua salute e dell'habitat entro cui esplica la sua personalità, impongono un dovere di astensione dall'attività rischiosa, indipendentemente dal costo economico/sociale che ne potrebbe discendere», così L. CHIEFFI, *Biotecnologie e valori costituzionali*, cit., 20.

43 C.R. SUNSTEIN, *Il diritto della paura. Oltre il principio di precauzione*, Bologna, 2010, 27.

44 Così H. JONAS, *Il principio responsabilità. Un'etica per la civiltà tecnologica*, cit., 16. Sul punto cfr. anche L. MARINI, *Il principio di precauzione nel diritto internazionale e comunitario. La disciplina del commercio di organismi geneticamente modificati e profili di sicurezza alimentare*, cit., 23.

(paradossalmente) retrocedono, restando sullo sfondo, quando non sono addirittura contraddette.

L'esame della prassi applicativa ci pone di fronte ad elementi importanti su cui riflettere e, in particolare, si deve osservare come, quando si adottano atti che trovano il loro fondamento nel principio in esame, si mette in atto tutta una complessa procedura che ha oramai acquisito un contenuto standardizzato.

Ed è appunto in questa procedura che deve essere rintracciata la peculiarità del principio in esame idonea ad attribuire a esso una autonoma configurazione e una chiara differenza dai principi giuridici tradizionali. Espressione paradigmatica di questa accezione procedurale del principio in esame è rappresentata da quelle disposizioni, attuative del principio di precauzione, che stabiliscono le procedure per ottenere autorizzazioni all'utilizzo di nuove tecnologie, come, ad esempio, le direttive europee in materia di OGM. La Commissione europea, nella comunicazione del 2000⁴⁵, ha poi precisato le linee guida che devono presiedere l'adozione di ciascun atto fondati sul principio di precauzione.

In tale comunicazione la commissione europea ha sviluppato i criteri che devono orientare i poteri pubblici nell'applicazione delle misure precauzionali, che dovranno essere importate a proporzionalità, non discriminazione (eguaglianza o disparità di trattamento), coerenza (misure coerenti con quelle adottate in situazioni analoghe, esame costi/benefici, esame costante dell'evoluzione scientifica).

In particolare, mentre il regime normale per la commercializzazione di un prodotto si fonda sulla libertà di iniziativa economica privata, per cui la sua immissione in commercio è libera⁴⁶, nel campo di applicazione delle nuove tecnologie le cose cambiano. In questi casi, infatti, la prova della non pericolosità del prodotto sarà data dalle imprese, attraverso il principio procedurale dell'inversione dell'onere della prova. Vi è cioè una presunzione di pericolosità del prodotto, tecnicamente definita relativa, nel senso che è superabile: spetta all'impresa che vuole mettere un dato prodotto in commercio o al ricercatore che intende utilizzarlo per fini scientifici fornire la prova della non pericolosità.

Ecco quindi che più che un principio nel senso pieno del termine ci troviamo di fronte a un metodo per l'adozione di misure precauzionali, un

45 Comunicazione della Commissione sul principio di precauzione, 2 febbraio 2000.

46 Salva, sia chiaro, la possibilità di provvedimenti di polizia amministrativa di natura repressiva, nel caso in cui questi prodotti non si conformino agli standard di sicurezza previsti.

metodo necessario al fine di costruire, su questioni controverse, quel necessario consenso sociale idoneo a rassicurare la collettività, indipendentemente dal quale sarebbe molto complesso realizzare attività che recano in sé una indubbia carica di allarme sociale con riferimento ai possibili danni per l'ambiente e la salute.

Non è del resto un caso che il principio di precauzione sia coevo all'emersione di altri principi, che adempiono alla medesima funzione procedurale, i quali hanno visto la loro comparsa proprio nel diritto internazionale dell'ambiente, per poi essere recepiti a livello comunitario e degli ordinamenti dei singoli stati. Principi che hanno appunto lo scopo di garantire un confronto costante con le popolazioni che temono le conseguenze (potenzialmente aggressive) di interventi che destano oramai un sempre crescente allarme sociale, dalle grandi opere alle applicazioni tecnologiche.

Il riferimento è chiaramente ai principi di informazione e di partecipazione in materia ambientale, che affondano le proprie radici in importanti convenzioni internazionali e sono poi stati positivizzati sia dall'ordinamento sovranazionale che da quelli degli Stati membri⁴⁷.

Di modo che la precauzione è sì un principio, ma un principio che si differenzia in termini qualitativi dai principi del costituzionalismo moderno. Infatti, a differenza di questi ultimi, che hanno una chiara dimensione valoriale (sono valori etici positivizzati, come osservato), la precauzione assume un significato prevalentemente procedimentale, nel senso che detta le modalità attraverso le quali regolare il conflitto per la cui soluzione il principio è stato positivizzato. Nell'applicazione di tale principio, l'istanza etica che ne rappresenta il substrato sostanziale resta molto sfumata, fino a scomparire, mentre viene in rilievo la sua dimensione procedurale⁴⁸.

Rispetto ai principi del costituzionalismo novecentesco, dunque, il principio di precauzione presenta alcune importanti differenze. Infatti, il carattere fondamentale del principio di precauzione non risiede tanto nel tradurre un valore socialmente avvertito in un una norma giuridica, ma nel porsi in termini di terzietà verso i valori stessi, offrendo una modalità di soluzione di un conflitto presente nella società, nel senso di dettare le mo-

47 G.F. FERRARI, *Bioteχνologie e diritto costituzionale*, cit., 1574-5.

48 È stato correttamente osservato che «l'attuazione del principio di precauzione non passa attraverso la condivisione della stessa verità scientifica, né attraverso l'impossibile riconoscimento dell'oggettività del rischio, ma attraverso il rispetto delle procedure in funzione delle quali si mettono concretamente in opera le misure precauzionali», L. MARINI, *Il principio di precauzione nel diritto internazionale e comunitario. La disciplina del commercio di organismi geneticamente modificati e profili di sicurezza alimentare*, cit., 113.

dalità attraverso le quali regolare il conflitto per la cui soluzione il principio è stato positivizzato.

In questo senso, il principio di precauzione è figlio dei tempi, in cui il contrasto di valori e di principi è sempre più forte e radicale. In altri termini, di fronte a uno scontro sempre più acceso di valori che divide sia la società che la politica (e la stessa opinione pubblica a livello nazionale e internazionale), di fronte a una perdita di incidenza dei poteri nazionali sulle questioni legate agli aspetti del commercio sempre più di dimensioni globali, il principio di precauzione mette in risalto aspetti fondamentali del fenomeno giuridico di questi ultimi tempi.

Vi è infatti l'emersione di un diritto elastico, a maglie larghe, che permette di tenere tutto assieme. L'intrinseca polisemanticità di questo principio, che gli consente di assumere qualsiasi concreta declinazione, elimina il problema delle autorità nazionali di dover fare una scelta precisa in favore dei valori e degli interessi che in questo ambito si scontrano (libertà di commercio e esigenze di sicurezza ambientale e o sanitaria), rinviando la decisione ai singoli casi, consentendo così che il pendolo si sposti di volta in volta a favore dell'uno o dell'altro polo a seconda della concreta dislocazione delle forze in campo su ogni singolo caso concreto⁴⁹.

Piuttosto che un principio per fare chiarezza, dunque, una regola che contiene tutte le opzioni possibili; un principio che potrebbe anche essere definito ambiguo⁵⁰, proprio perché coerente con le esigenze della post-modernità, che sostituisce al diritto duro dello Stato ottocentesco un diritto flessibile che si presta più agevolmente ad essere 'governato' tanto dai poteri nazionali e sovranazionali, quanto dagli attori della globalizzazione economica. Un principio sintomo dell'affermazione di un diritto post-moderno⁵¹. Un diritto in cui «la rigidità (*hard law*) ha ceduto il passo alla flessibilità (contratti), l'astrazione (norma di portata generale) a decisioni prese caso per caso, la stabilità alla congiunturalità e l'autorità alla regolazione collaborativa»⁵². Un diritto «basato sulla natura pragmatica, gradua-

49 Pare «logico che in una stagione caratterizzata da simili transizioni epistemologiche e culturali la pur indiscutibile pregnanza dei valori sostanziali venga doppiata dalla massiccia presenza dei principi procedurali, destinati anzi temporaneamente a prevalere» G.F. FERRARI, *Bioteχνologie e diritto costituzionale*, cit., 1571

50 N. DE SADELEER, *Les avatars du principe de précaution en droit public: effet de mode ou révolution silencieuse?*, cit., 561.

51 N. DE SADELEER, *I principi ambientali tra diritto moderno e post-moderno*, in D. Amirante (a cura di), *La forza normativa dei principi. Il contributo del diritto ambientale alla teoria generale*, cit., 25.

52 N. DE SADELEER, *ult. op. cit.*, 31.

le, instabile e reversibile delle norme». Un diritto in cui gli stessi principi assumono un contenuto procedimentale, astenendosi dall'effettuare precise opzioni valoriali, che risulteranno caso per caso dall'applicazione delle procedure. Un diritto privo di contenuto, o meglio capace di fare proprio qualsiasi contenuto⁵³, un nuovo diritto a «struttura aperta», come anche è stato opportunamente affermato⁵⁴.

In altri termini, e in certo senso in modo paradossale, nel momento in cui la precauzione acquisisce una dimensione giuridica, questa dimensione «finisce per soggiacere alla stessa condizione di incertezza che costituisce uno dei presupposti essenziali per l'applicazione della logica precauzionale»⁵⁵. Si assiste così da un lato al «passaggio da una scienza incerta a una scienza negoziata»⁵⁶ cui corrisponde, sul piano del diritto, nel passaggio dalle norme rigide ai precetti a «struttura aperta».

Tutto ciò non è ovviamente esente da rischi e preoccupazioni. È stato, infatti, opportunamente osservato che proprio in quanto ci troviamo «in una condizione culturale ed epistemologica, prima che sociale, di incertezza circa gli sbocchi di questa fase del progresso scientifico, sembra che, almeno provvisoriamente e in attesa di sviluppi che potrebbero concretizzarsi a un livello sovrastatale, *i valori sostanziali debbono con discrezione collocarsi su di una linea più arretrata, lasciando per qualche tempo spazio prevalente a principi di carattere procedurale* [corsivo mio]»⁵⁷. Il rischio di un simile approccio, come pure è stato lucidamente osservato, potrebbe essere quello «di riportare il costituzionalismo ad uno stadio liberale pre-democratico e post-rivoluzionario, nel quale il procedimento ava-

53 *Ibidem.* N. IRTI, *Il salvagente della forma*, Roma-Bari, 2007; N. IRTI, *Nihilismo giuridico*, Bari 2004.

54 Non si può non condividere, pertanto, quanto è stato opportunamente osservato in proposito, e cioè che «iscritto nel contesto post-moderno, il principio di precauzione opera una vera e propria rottura epistemologica della scienza giuridica, contribuendo a definire un nuovo “diritto a struttura aperta” che non risponde necessariamente al paradigma del positivismo giuridico, né alla distinzione, pure consolidata, tra *hard law* e *soft law*. Il principio di precauzione, in questo modo, apre la strada ad una nuova categoria normativa, quella delle regole a contenuto indeterminato, che assegnano in termini relativamente astratti missioni specifiche alle autorità decisionali, nazionali ed internazionali, nel quadro di determinate politiche pubbliche (ambiente, sanità, consumatori), facendosi altresì portatrici di rilevanti mutamenti dell'ordine giuridico tradizionale» L. MARINI, *Il principio di precauzione nel diritto internazionale e comunitario. La disciplina del commercio di organismi geneticamente modificati e profili di sicurezza alimentare*, cit., 110.

55 L. MARINI, *ult. op. cit.*

56 L. MARINI, *ult. op. cit.*, 36.

57 G.F. FERRARI, *Biotechnologie e diritto costituzionale*, cit., 1570.

lutativo di impronta positivista inibisce opzioni di valore limitandosi a definire equilibri organizzativi nei *framework of government*, respingendo la politica al di fuori dello Stato e utilizzando il dato normativo sui diritti come mero insieme di principi privi di carica normativa o, nella versione germanica, come limite o riflesso della sovranità del potere politico»⁵⁸.

Non è tuttavia detto che il rischio appena paventato si avveri. Infatti, non è da trascurare che una delle possibili evoluzioni dell'applicazione dei visti principi di carattere procedurale (oltre che la precauzione, anche quelli di informazione e di partecipazione in materia ambientale) potrebbe essere quella di aprire nuovi spazi alla politica, per porre le basi per la costruzione di un nuovo modello decisionale, potenzialmente idoneo a ridare alle istituzioni democratiche la legittimità che in questi ultimi decenni di crisi della rappresentanza e, più in generale crisi dei principi del costituzionalismo classico⁵⁹, hanno drasticamente perduto. Un'ampia partecipazione pubblica alle decisioni destinate ad avere effetti sull'ambiente e la salute, infatti, potrebbe ampliare i confini della politica, attribuendo ad essa nuovamente quella funzione di governo e guida dell'economia che da tempo ha perso, per cederla agli attori dell'economia globalizzata. Attraverso l'applicazione dei suesposti principi 'procedurali' il potere di decisione politica da gerarchizzato e centralizzato potrebbe, più che de-centrarsi, democratizzarsi nuovamente, nel senso che potrebbe riarticolarsi di nuovo nel tessuto sociale e civile, cioè nei gruppi di cittadini (ossia nelle associazioni ambientaliste, in quelle a difesa dei consumatori), chiamando in causa anche la responsabilità sociale delle imprese (attualizzando e interpretando così la clausola costituzionale in materia di iniziativa economica privata all'utilità sociale). Un modo, per attualizzare la partecipazione dei cittadini all'organizzazione politica economica e sociale del paese, che resta sempre una fondamentale direttiva del vigente ordinamento costituzionale, espressione autentica del principio personalistico.

58 G.F. FERRARI, *Biotecnologie e diritto costituzionale*, cit., 1570.

59 Su questi temi cfr., da ultimo, G. AZZARITI, *Il costituzionalismo moderno può sopravvivere?*, Roma-Bari, 2013; G. GRASSO, *Il costituzionalismo della crisi*, Napoli, 2012.