

# DIRITTO E GESTIONE DELL'AMBIENTE

Seconda Università  
degli Studi di Napoli

Scuola di Specializzazione  
in Diritto e Gestione  
dell'Ambiente

2  
2003

JOVENE EDITORE

NICOLAS DE SADELEER

## I PRINCIPI DEL DIRITTO AMBIENTALE: DA SLOGAN POLITICI A DIRITTO POSITIVO \*

SOMMARIO: 1. Introduzione. – 2. I principi e le regole a contenuto indeterminato. – 2.1. La contrapposizione teorica tra i principi e le norme giuridiche. – 2.2. Le regole a contenuto indeterminato. – 2.3. Le interazioni tra le regole a contenuto indeterminato e quelle a contenuto determinato. – 3. L'autonomia normativa dei principi del diritto ambientale. – 3.1. I principi del diritto ambientale nel diritto internazionale. – 3.1.1. Fonti di diritto flessibile. – 3.1.2. Testi di carattere vincolante. a) approccio formale; b) approccio materiale. – 3.1.3. Il valore consuetudinario dei principi. – 3.2. I principi del diritto ambientale nel diritto comunitario. – 3.2.1. Fonti di diritto flessibile. – 3.2.2. Testi di carattere vincolante. a) approccio formale; b) approccio materiali. – 3.2.3. Il valore normativo autonomo del principio di precauzione nel diritto comunitario. – 3.3. I principi del diritto ambientale nei diritti nazionali. – 3.3.1. Fonti di diritto flessibile. – 3.3.2. Testi di carattere vincolante. a) approccio formale; b) approccio materiale. – 4. La rilevanza dei principi del diritto ambientale sulle azioni giudiziali. – 4.1. I principi del diritto ambientale ed il controllo di legittimità. – 4.1.1. Il controllo sull'errore manifesto di valutazione (legittimità interna). – 4.1.2. Il controllo di manifesta legittimità sul rispetto delle procedure (legittimità esterna). – 4.2. Principi ambientali e responsabilità civile. – 4.3. Principi ambientali e responsabilità penale. – 5. La certezza del diritto ed i principi del diritto ambientale. – 6. Considerazioni conclusive.

### 1. INTRODUZIONE<sup>1</sup>

Come la maggior parte delle discipline giuridiche, il diritto dell'ambiente ha elaborato dei principi che contribuiscono ad af-

\* Traduzione di Maria Pacifico.

<sup>1</sup> Il presente contributo costituisce la sintesi di alcuni sviluppi dottrinari esaminati nelle nostre due recenti opere *Les principes du polluer-payer, de prévention et de précaution*, Bruxelles, Paris, 1999; *Environmental Principles: from Political Slogans to Legal Rules*, Oxford, 2002.

fermare la sua specificità. In verità, i principi abbondano in questa disciplina, tanto che ci si chiede se il legislatore e la dottrina non ne stiano facendo un uso eccessivo. Difatti, nonostante il successo riscosso da principi quali quello di precauzione o chi inquina paga, sia nel diritto internazionale e comunitario che nei diritti dell'ambiente nazionali, né la dottrina, né la giurisprudenza sono riuscite a dissipare i dubbi che caratterizzano il valore giuridico di questi principi; ci si chiede se assumono i tratti propri dei principi giuridici, se si tratta di vere e proprie norme, se sono sufficientemente precisi da produrre degli effetti giuridici. Le risposte a tali interrogativi non sono affatto agevoli. Che si tratti della loro origine, della loro formulazione, del loro fondamento giuridico o del loro ruolo nella gerarchia delle fonti, i principi del diritto dell'ambiente rappresentano una sfida teorica ad ogni sforzo di classificazione. Da un lato, infatti, la loro valenza normativa risulta variabile a seconda della natura dell'ordinamento giuridico nel quale si inseriscono. Per esempio il principio di prevenzione assume nel diritto internazionale una portata più che altro politica, mentre in ambito comunitario si presenta piuttosto come un principio volto ad ispirare o interpretare norme di diritto derivato. In alcuni diritti nazionali acquisisce, invece, la stessa autorità delle altre norme positive. D'altro canto, l'eterogeneità delle funzioni cui i principi dovrebbero assolvere non fa che aumentare la confusione in merito alla loro validità giuridica: sono regole di orientamento per il legislatore e per il diritto positivo, cui si accompagna la funzione di colmare le lacune normative, e di risolvere le antinomie per gli uni, vero e proprio carattere normativo per gli altri.

Per chiarire la natura giuridica dei principi del diritto ambientale bisogna inizialmente ricordare, sul piano teorico, in cosa un principio giuridico si distingue dalle altre norme (par. 2). Successivamente si verificherà, sul piano del diritto positivo, a quali condizioni i principi del diritto ambientale possono acquisire un valore normativo autonomo nel diritto internazionale, in quello comunitario e nei diritti nazionali (par. 3), affermazione che consentirà di analizzare le prospettive di una loro utilizzazione nel contenzioso amministrativo, civile e penale (par. 4). Si dimo-

strerà, infine, come i principi del diritto dell'ambiente non siano necessariamente incompatibili con la certezza del diritto (par. 5). Nonostante il carattere teorico di questo approccio, data la inevitabile diversità degli ordinamenti giuridici interessati dal nostro contributo, cercherò di porre in evidenza, ove possibile, i risvolti pratici delle classificazioni proposte.

## 2. I PRINCIPI E LE REGOLE A CONTENUTO INDETERMINATO

Malgrado il successo che riscuote da tempo presso i giuristi, la nozione di "principio" continua ad essere particolarmente controversa in ragione della sua polisemia. Essendo utilizzata, a seconda dei casi, per esporre, in modo sintetico, i tratti essenziali di istituti giuridici (principi descrittivi), o per individuare delle norme giuridiche fondamentali (principi fondamentali), o per colmare le lacune del diritto positivo attribuendo un valore costituzionale o legislativo a norme che, pur essendo considerate come essenziali, non sono enunciate come tali nel diritto positivo (principi generali del diritto), la nozione di principio appare refrattaria alle classificazioni giuridiche<sup>2</sup>. Diversi fattori contribuiscono a rendere oscura la sua natura e la sua portata giuridica. Con lo stesso termine si fa riferimento, infatti, a norme giuridiche superiori, che costituiscono i fondamenti o le finalità prime dello Stato di diritto (come il principio d'uguaglianza, sicurezza giuridica, etc.), ovvero a norme di carattere più tecnico (come il principio di proporzionalità). A ciò si aggiunge il problema della pluralità delle origini dei principi. Questi sono talvolta espressamente menzionati nei testi giuridici fondamentali (costituzioni, leggi fondamentali, ...), ma altre volte risultano da mere costruzioni giurisprudenziali, come nel caso dei principi enunciati dalla Corte di Giustizia delle Comunità Europee, dalle Corti Costituzionali, e dalle alte giurisdizioni amministrative. Questa seconda ipotesi suscita, però, qualche perplessità sul ruolo del giudice, in quanto quest'ultimo non avrebbe la facoltà, negli ordinamenti

<sup>2</sup>J. WROBLEWSKI, *Principes de droit*, in *L'Encyclopédie de théorie et de sociologie du droit*, Paris, 1993, p. 475.

continentali, di creare norme giuridiche<sup>3</sup>. La funzione principale dei giudici consiste, in effetti, nel dirimere le controversie applicando le norme costituzionali, legislative e regolamentari, e non nel produrre regole giuridiche.

Utilizzando un approccio di teoria generale del diritto, cercherò di chiarire lo status dei principi del diritto ambientale. Spiegherò innanzitutto cosa differenzia il principio alle altre norme giuridiche (par. 2.1), per affrontare poi la nozione di regole a contenuto indeterminato (par. 2.2), e presentare, infine, dei modelli astratti, che saranno meglio chiariti e compresi attraverso la pratica (par. 2.3).

### 2.1. *La contrapposizione teorica tra i principi e le norme giuridiche.*

L'individuazione della specificità dei principi rispetto alle altre norme giuridiche ha dato vita ad un importate dibattito dottrinale, la cui sintesi può offrire un certo numero di elementi per risolvere il problema dello status giuridico dei principi del diritto ambientale. Analizzeremo inizialmente le tesi di Dworkin<sup>4</sup>, che ha sviluppato il suo pensiero in contrapposizione alle teorie positiviste, in aperta polemica con Hart<sup>5</sup>. Secondo Dworkin, la norma di diritto positivo enuncia una soluzione precisa per problemi determinati. Dal momento in cui entra in vigore, regola direttamente una soluzione giuridica. Al contrario, il principio è una proposizione giuridica non necessariamente scritta che contiene degli orientamenti generali, delle direttive alle quali il diritto positivo deve conformarsi. Nella misura in cui si limita a dare al giudice una ragione a favore di un certo tipo di soluzione senza per questo diventare una norma vincolante, non applica lo schema del "tutto o niente"<sup>6</sup>. Così, le norme di diritto positivo possono essere qualificate in modo caricaturale come dei "piccoli dittatori", mentre i principi sembrano piuttosto dei "consi-

<sup>3</sup> PH. GERARD, *Droit, égalité et idéologie*, Bruxelles, 1981.

<sup>4</sup> R. DWORKIN, *Taking rights seriously*, Cambridge, Mass., 1977, p. 35.

<sup>5</sup> L.A. HART, *The concept of law*, 1961, p. 89-96.

<sup>6</sup> R. DWORKIN, cit., p. 24.

glieri”, poiché le conseguenze giuridiche da essi prodotte non sono né immediate, né istantanee. Ne risulta che i principi lasciano ai loro interpreti molta più discrezionalità di quanto fanno le norme scritte, che sono meno soggette ad interpretazione in misura molto minore. I principi sembrano dunque “strumenti d’azione flessibili”, adattabili e malleabili in funzione della specificità delle situazioni cui devono applicarsi, mentre le norme di diritto positivo sono molto più rigide. Questa prima distinzione ne implica, sempre secondo Dworkin, una seconda. I principi assumono una dimensione della quale le norme di diritto positivo sono sprovviste: possono avere, diversamente dalle norme, un peso diverso, a seconda dei casi<sup>7</sup>. Possono ricomporre delle antinomie mentre le norme non offrono alcuna possibilità di transigere. In caso di contrasto fra più principi, infatti, il giudice si lascia guidare da quello che ritiene più importante. Di contro, questo bilanciamento non è possibile per le norme di diritto positivo che si applicano o meno ad un caso concreto.

Questa tesi è stata oggetto di numerose critiche, tra le quali particolare interesse assumono quelle di Raz, che ha evidenziato come in alcuni casi anche norme giuridiche concorrenti possono essere applicate in un contesto unitario e che, quindi, possono ammettersi contrasti anche tra norme di diritto positivo<sup>8</sup>. Questo autore sostiene, inoltre, che se i principi sono caratterizzati dalla variabilità del loro peso, lo stesso può dirsi per le norme di diritto positivo, perché talune di queste (per esempio le norme di natura pubblica assumono spesso un “peso” maggiore di altre. Raz ne deduce che sarebbe preferibile, per identificare i principi, valutarne il livello di astrazione della regola in essi contenuta. Bisogna osservare a tal riguardo che i principi hanno come oggetto azioni indeterminate, mentre le norme di diritto positivo regolamentano atti specifici. La distinzione fra le due categorie riguarda, dunque, più una differenza di grado che di natura. Inoltre, sempre secondo Raz, i principi consentono di tradurre nell’ordinamento giuridico un certo numero di valori, prerogativa

<sup>7</sup> *Ibidem*, p. 26.

<sup>8</sup> J. RAZ, *Legal Principles and the Limits of the Law*, Yale, 1972, p. 823.

che le norme di diritto come tali non hanno. L'opposizione tra principi e norme così pregnante in Dworkin, viene così ad essere sfumata.

## 2.2. *Le regole a contenuto indeterminato.*

Partendo da questo interessante dibattito, è possibile domandarsi se sia ragionevole contrapporre ad ogni costo i principi del diritto dell'ambiente alle altre norme giuridiche. L'opposizione tra i principi e le norme evidenziata da Dworkin non tiene conto, infatti, di una delle caratteristiche principali del diritto post-moderno, caratterizzato dalla proclamazione di principi giuridici nelle politiche pubbliche<sup>9</sup>. A seguito dell'affermarsi di proposizioni politiche sempre più specifiche nasce, infatti, una categoria intermedia: quella delle norme a contenuto indeterminato, che si contrappongono alle norme dal contenuto specifico<sup>10</sup>. A tal riguardo i principi del diritto ambientale bene illustrano la nascita di questo nuovo tipo di norme, che negano la visione dicotomica di Dworkin.

In ragione del loro grado di precisione, le regole a contenuto determinato assumono di norma un significato univoco. I casi da esse regolamentati sono determinabili con esattezza grazie al rigore dei termini giuridici, che consentono di superare la polisemia del linguaggio comune. Tale precisione permette alle norme di prescrivere, proibire o autorizzare comportamenti, riducendo il rischio di interpretazioni e, pertanto, di contestazioni inerenti la loro applicazione<sup>11</sup>. Esse, quindi, garantiscono la certezza giuridica, attraverso il requisito della prevedibilità, cioè della capacità di dedurre a partire da una sola norma un numero infinito di soluzioni simili. Tutto sommato, il diritto dell'ambiente è essenzialmente composto da norme formulate con un elevato grado di precisione. Sia che riguardino la disciplina sui

<sup>9</sup> Ch. A. MORAND, *Le droit néo-moderne des politiques publiques*, Paris, 1999, p. 189.

<sup>10</sup> Si noterà tuttavia che questa opposizione è un po' astratta, perché una norma di diritto non ha mai la vocazione di essere tutta completa, precisandola, limandola, esprimendola fino a trasformarla ognuna delle sue applicazioni.

<sup>11</sup> A. JEAMMAUD, *La règle de droit comme modèle*, 1990, 28 e ch., p. 207.

prodotti, sull'attività di impresa o sulle autorizzazioni, le prescrizioni tecniche in materia urbanistica o le norme sulla tutela del territorio, stabiliscono tutte con esattezza i valori o i limiti che i produttori, i direttori dei lavori o i gestori (di piccole aziende) devono rispettare. Nessuna di queste norme lascia all'interprete altra scelta che quella di conformarsi in modo rigoroso, se vuole evitare sanzioni.

Mentre le regole a contenuto determinato sono vincolanti, perché non lasciano alcuna discrezionalità quanto alla loro applicazione, quelle a contenuto indeterminato sono più flessibili. Il loro grado di astrazione è talmente elevato che non è possibile dedurre da esse precisi obblighi con la stessa sicurezza che caratterizza le norme determinate. Queste non possono, di conseguenza, vincolare i loro destinatari nello stesso modo in cui lo fanno le norme determinate ad adottare un tal o tal'altro comportamento, o a non seguirne un altro. Questi ultimi conservano quindi un ampio margine d'interpretazione nell'applicazione. Concepite per regolamentare delle situazioni complesse ed eterogenee, i principi del diritto ambientale si caratterizzano per un maggior grado di generalità rispetto alle altre norme<sup>12</sup>. Così, il principio di prevenzione non determina il grado di vincolatività della misura di polizia, il momento in cui converrà farla entrare in vigore, e non identifica i suoi destinatari. Il principio chi inquina paga non determina chi è il soggetto inquinante e quale ammontare questo debba pagare. Ciascuna di queste questioni è lasciata al libero apprezzamento delle autorità pubbliche<sup>13</sup>. È proprio la caratteristica di tali principi quella di lasciare un margine di manovra importante agli organi che sono chiamati a dar loro attuazione. Non si saprebbe rinchiuderli in una definizione completa e definitiva, che avrebbe per effetto quello di comprimerne il senso e di impedirne l'evoluzione in funzione delle nuove contingenze.

<sup>12</sup> CH. A. MORAND, *Vers un droit de l'environnement souple et flexible: le rôle et le fonctionnement des principes*, in *Quel avenir pour le droit de l'environnement?*, Bruxelles, pp. 261 et ss.

<sup>13</sup> N. DE SADELEER, *Les principes du polluer-payer, de prévention et de Précaution*, cit., pp. 70-80, 115-123.

### 2.3. *Le interazioni tra le norme a contenuto indeterminato e quelle a contenuto determinato.*

Una contrapposizione troppo categorica tra i principi e le altre norme giuridiche del diritto dell'ambiente rischierebbe però di compromettere i legami, spesso profondi, che li uniscono. I rapporti fra norme e principi devono valutarsi più che in termini di opposizione in termini di graduazione, nella misura in cui ciascuno di questi principi presenta dei diversi gradi di precisione e si rapporta o si differenzia dalla sorte del modello della norma dal contenuto indeterminato<sup>14</sup>. È così che una norma costituzionale formulata in modo generale (il diritto all'ambiente salubre) può concretizzarsi, attraverso una successione di gradazioni susseguenti, in modo ogni volta più preciso. Può trovare una prima applicazione in un principio enunciato da una legge quadro (il principio di prevenzione), successivamente in un sub-principio formulato da una legislazione settoriale (il principio che impone il ricorso alla miglior tecnologia), per rivestire in una normativa di esecuzione la forma di una norma giuridica precisa e dettagliata (l'obbligo di ricorrere ad una determinata tecnologia in una data ipotesi). Questi gradi successivi si traducono in una graduazione dei termini di positività: più la norma giuridica è precisa e completa, più facilmente sarà applicabile ad una determinata ipotesi. La generalità dei principi implica, quindi, che dei sotto-principi e, in ultima battuta, delle norme ancora più precise concretizzeranno la loro applicazione.

### 3. L'AUTONOMIA NORMATIVA DEI PRINCIPI DEL DIRITTO AMBIENTALE

Per taluni autori i principi del diritto ambientale non sono che principi politici destinati a guidare l'azione legislativa e regolamentare<sup>15</sup>. Senza una applicazione legislativa o regolamentare

<sup>14</sup> A. SOHNLE, *Le paradigme postpositiviste ou révélation d'une methode spécifique dans l'application du droit international de l'environnement*, in *Revue européenne de droit de l'environnement*, 1998, n. 3-4, pp. 262 et ss.

<sup>15</sup> O. GODARD, *L'ambivalence de la précaution et la transformation des rapports entre science et décision*, in *Le principe de précaution dans la conduite des affaires humaines*, O. GODARD (a cura di), Paris, p. 287. L. KRAMER, *General principles of Community*

specifica i principi si troveranno così privati d'una loro valenza autonoma. Se il legislatore decide di ignorarli, non possono essere richiamati in sede contenziosa. La questione che si pone è quella di sapere, sia nel diritto internazionale, che in quello comunitario, che negli ordinamenti giuridici nazionali, se i principi del diritto ambientale possono assumere lo status di norme di diritto applicabili anche in assenza di disposizioni applicative specifiche. La questione è d'importanza fondamentale. Se i principi del diritto ambientale fossero considerati delle vere e proprie norme di diritto aventi una portata autonoma, essi potrebbero essere direttamente invocati dagli Stati davanti alle giurisdizioni internazionali, o dai cittadini davanti alle giurisdizioni comunitarie e nazionali. Inoltre il carattere autonomo dei principi del diritto ambientale giustificerebbe deroghe più o meno ampie ad altri principi, riconosciuti da più tempo da testi normativi; si pensi ad esempio alla libertà di concorrenza o alla libertà di commercio e d'industria, o ancora alla libera circolazione delle merci<sup>16</sup>. Al contrario, se i principi vengono considerati sprovvisti di un carattere normativo autonomo, non potranno essere utilizzati nelle sedi giurisdizionali, né consentire deroghe ai principi relativi alla libera concorrenza.

Pronunciarsi su questa questione è ancora più difficile perché, al momento né la dottrina, né la prassi hanno apportato una risposta definitiva. Ciò nonostante è possibile fissare fin d'ora un certo numero di punti di partenza in grado di orientare l'interprete. Un grado minimo di precisione, senza il quale la norma di diritto non può assolvere alla sua funzione, è indispensabile. Non si può parlare di norma giuridica e, pertanto, di principio giuridico se il suo linguaggio è puramente descrittivo o narrativo. Sia che prescriva, proibisca, ingiunga, permetta o disponga, la norma di diritto deve indicare in modo sufficientemente preciso e senza equivoci una condotta determinata.

---

*Environnemental Law and their Translation into Secondary Law*, in *Law and European Affairs*, 1999/3&4, p. 361.

<sup>16</sup>V. su questa questione, le nostre osservazioni "*Les limites posées à la libre circulation des déchets par les exigences de protection de l'environnement*", sous C.J.C.E., 9 luglio 1992, aff. C-2/90, Cah. Dr. Eur., 1993-5/6, p. 672.

Il diritto dell'ambiente sembra particolarmente afflitto dalla difficoltà di individuare questo "grado minimo di precisione", nella misura in cui oscilla permanentemente tra i due eccessi, che potremmo definire ipernomia (o ipertrofia normativa) e anomia: le norme più dettagliate rischiano di essere continuamente superate dalle trasformazioni del loro contesto d'applicazione; al contrario quelle più vaghe più trovano difficilmente un ambito di applicazione. Ora, per assumere carattere autonomo e vincolare i loro destinatari, i principi di prevenzione, precauzione e chi inquina paga, che sono i principi che dirigono l'azione dei poteri pubblici, dei veri e propri *policy principles*, devono rispettare due condizioni: da un lato, devono essere trasposti in un testo normativo (approccio formale) e, d'altra parte, devono essere formulati in un modo sufficientemente prescrittivo (approccio materiale). È con riferimento a questo duplice approccio che verificheremo, in tre aree giuridiche distinte su un piano teorico (diritto internazionale, diritto comunitario, diritti nazionali), il carattere autonomo dei principi del diritto ambientale.

### 3.1. *I principi del diritto ambientale nel diritto internazionale.*

Nel diritto internazionale la questione del valore giuridico dei principi presenta tre aspetti. Occorre innanzitutto esaminare lo status dei principi del diritto ambientale che sono inseriti in testi di diritto flessibile (3.1.1). Bisogna quindi verificare se i principi affermati nelle convenzioni internazionali possono essere considerati principi giuridici vincolanti (3.1.2). In ragione del loro richiamo costante in testi normativi, bisogna infine domandarsi se a certi principi come quello di precauzione non possa essere riconosciuto valore consuetudinario (3.1.3).

#### 3.1.1. *Fonti di diritto flessibile.*

A causa della molteplicità di dichiarazioni, risoluzioni, linee direttive, il diritto internazionale dell'ambiente è una disciplina di elezione per il diritto flessibile (o *soft law*). La dichiarazione di Stoccolma sull'ambiente umano, la Carta mondiale della natura adottata il 28 ottobre 1982 dall'Assemblea generale dell'ONU e

la dichiarazione di Rio del Janeiro del giugno 1992 sull'ambiente e lo sviluppo sostenibile enunciano numerosi principi, sebbene a questi ultimi non sia riconosciuto carattere vincolante. Non possono essere equiparati a delle vere e proprie norme giuridiche, sia perché non hanno una portata giuridica vincolante, sia perché sono spesso caratterizzate da una notevole imprecisione<sup>17</sup>. Al riguardo può essere utile analizzare, a titolo esemplificativo, il 21° principio della dichiarazione di Rio sullo sviluppo sostenibile e l'ambiente. Quando questo principio auspica la mobilità della "creatività, degli ideali e del coraggio dei giovani di tutto il mondo al fine di creare un partenariato mondiale, in modo da assicurare uno sviluppo sostenibile e capace di garantire a ciascuno un futuro migliore", non comporta, evidentemente, alcuna conseguenza giuridica né per i giovani di tutto il mondo né per la comunità internazionale.

Malgrado le lodevoli intenzioni, i principi di diritto flessibile assumono, dunque, le caratteristiche tipiche delle norme giuridiche. Ne consegue che gli impegni assunti dagli Stati devono essere compresi alla luce dei principi che sono enunciati in questo genere di strumenti: che possono assumere valore puramente interpretativo<sup>18</sup>. I principi di diritto flessibile possono inoltre contribuire a creare nuove norme consuetudinarie<sup>19</sup>.

### 3.1.2. *Testi di carattere vincolante.*

Per riconoscere lo status di norma di diritto positivo convenzionale ad un principio, occorre innanzitutto che questo sia

<sup>17</sup> Sul diritto flessibile, v. in particolare i seguenti studi: P. WEIL, *Towards Relative Normativity in International Law* (1983), 77 AJIL 413; T. GRUCHALLA - WESIERKI, *A Framework for Understanding soft law* (1984), 30 McGill LJ 37-88; C.M. CHINKIN, *The Challenge of soft law: development and change in international law* (1989), 38 ICLQ 85-86; P.-M. DUPUY, *Soft law and the international law on the environment* (1991), 12 Mich. J Int'l L 420; A. BOYLE, *Some Reflections on the Relationship of Treaties and Soft Law* (1999), 48 ICLQ 901; O. ELIAS and C. LIM, *General Principles of Law, Soft Law and the Identification of International Law*, 1997, 28: 3 NYIL 45; C.M. CHINKIN, *Normative Development in the international legal system*, in D. SHELTON (a cura di), *Commitment and Compliance*, Oxford u.p., 2001, pp. 21-42.

<sup>18</sup> M. KAMTO, *Les nouveaux principes du droit international de l'environnement*, *Revue juridique de l'environnement*, 1993/1, p. 11.

<sup>19</sup> FR. MAES, *Environmental law principle in Practise*, Bruxelles, 2002, p. 51.

enunciato in testo normativo (approccio formale), e che le sue modalità di formulazione lo rendano vincolante per i suoi destinatari (approccio materiale).

a) Approccio formale.

Sotto il profilo formale, quando un principio è enunciato da un trattato o da una convenzione internazionale, dovrebbe acquisire il valore normativo che si riconosce a questi strumenti. Negli ordinamenti giuridici nazionali in cui il trattato o la convenzione internazionale hanno un valore superiore a quello della legge nazionale, il principio dovrebbe quindi imporsi al legislatore nazionale. Tuttavia il fatto che un principio sia contenuto in una convenzione internazionale non assicura necessariamente lo status<sup>20</sup> di norma vincolante. In effetti, i principi non hanno tutti la stessa posizione nelle convenzioni: alcuni figurano nei preamboli<sup>21</sup>, altri sono contenuti nel dispositivo della convenzione, sotto la forma di obblighi generali<sup>22</sup>, o di disposizioni più particolareggiate<sup>23</sup>. Ora, si può parlare di principio di diritto positivo se questo è affermato nel dispositivo della convenzione. Al contrario, quando viene unicamente menzionato nel preambolo, il principio non può che svolgere la funzione di "ispirare" delle norme giuridiche più precise, enunciate nel dispositivo della convenzione.

b) Approccio materiale.

La questione relativa allo status giuridico dei principi enunciati nelle convenzioni internazionali si complica quando si analizzano le modalità di redazione degli stessi. Il modo in cui sono

---

<sup>20</sup> P. MARTIN-BIDOU, *Le principe de précaution en droit international de l'environnement*, 1999/3, p. 660.

<sup>21</sup> Questo è il caso del principio di precauzione nella Convenzione sulla diversità biologica del 1992 e nel Protocollo di Oslo del giugno 1994, alla convenzione sull'inquinamento atmosferico.

<sup>22</sup> Per il principio di precauzione, v. l'art. 33 della convenzione sui cambiamenti climatici.

<sup>23</sup> Per il principio di precauzione, v. l'art. 4 della convenzione di Bamako sul divieto di importare rifiuti pericolosi in Africa e sul controllo dei modelli transfrontalieri e la gestione dei rifiuti pericolosi prodotti in Africa.

formulati, infatti, può ridurre sensibilmente la loro portata, perché essi non sono sempre presentati come norme immediatamente applicabili, direttamente vincolanti per gli Stati, e per i giudici nell'assumere le loro decisioni. Inoltre se la convenzione prevede espressamente l'adozione di norme esecutive, i principi saranno sprovvisti di un carattere autonomo. Questa tesi può trovare un fondamento, da un lato, nella struttura del diritto internazionale, e d'altra parte, in un'interpretazione letterale di certe disposizioni legislative enunciando i principi. In primo luogo, si noterà che molti principi si ritrovano nelle convenzioni-quadro. Correntemente utilizzata nel diritto internazionale dell'ambiente allo scopo di ottenere un'ampia partecipazione degli Stati, questa tecnica non costituisce che una prima tappa nell'elaborazione di norme vincolanti<sup>24</sup>. In tal caso i principi troveranno applicazione attraverso dei protocolli, di esecuzione della convenzione-quadro. In secondo luogo, in molte convenzioni internazionali, i principi sono redatti in modo da impedire la loro applicazione autonoma ed automatica. L'uso di termini quali "fondare", "ispirare", "sforzarsi" implica che tali principi sono concepiti unicamente per influenzare gli Stati nell'adempimento di loro obblighi internazionali. A titolo d'esempio, può essere utile ricordare che ai sensi della Convenzione di Bamako sul divieto di importare in Africa rifiuti pericolosi, sul controllo dei movimenti transfrontalieri e sulla gestione dei rifiuti pericolosi prodotti in Africa, "le parti si sforzano di adottare e realizzare, per far fronte ai problemi dell'inquinamento, delle misure di precauzione [...]"; secondo la Convenzione di Helsinki del 17 marzo 1992 sulla protezione e l'uso dei corsi d'acqua transfrontalieri e dei laghi internazionali, le parti "sono orientate" dal principio di precauzione, da quello chi inquina-paga, etc.; la Convenzione di Sofia del 29 giugno 1994 sulla cooperazione per la protezione e l'uso del Danubio prevede che i principi di precauzione e chi inquina paga costituiscano "il fondamento" di tutte le misure destinate a proteggere il Danubio e le acque del

<sup>24</sup> G. PALMER, *New ways to make international environmental law*, 1992, vol. 86, n. 2, p. 259.

suo bacino idrografico; la Convenzione di Rotterdam del 22 gennaio 1998 sulla protezione del Reno prevede che “le parti contraenti si ispirano ai principi [...]”.

D'altra parte nel diritto internazionale dell'ambiente esistono altresì numerose altre disposizioni che dichiarano i principi direttamente vincolanti per gli Stati contraenti. Così la Convenzione sulla protezione dell'ambiente marino dell'Atlantico del nord-est e la Convenzione di Barcellona sul mar Mediterraneo prevedono che le “parti applicano” il principio di precauzione; conformemente alla Convenzione-quadro sui cambiamenti climatici, “spetta alle parti di adottare delle misure di precauzione...”; in virtù della Convenzione sulla protezione dell'ambiente marino dell'Atlantico del Nord-est “le parti contraenti applicano il principio di precauzione, il principio chi inquina paga”. Detto ciò, va notato che questi principi raramente sono enunciati in modo preciso. La maggior parte delle convenzioni internazionali non si preoccupa di dar loro una definizione o di indicare le loro conseguenze. Occorrerà dunque esaminare, caso per caso, se i termini impiegati per descrivere i principi sono sufficientemente prescrittivi per decidere se queste norme sono direttamente applicabili agli Stati, senza dover ricorrere a norme esecutive.

### 3.1.3. *Il valore consuetudinario dei principi.*

La difficoltà di determinare lo status giuridico di certi principi, e in particolare di quello di precauzione, risulta maggiore quando ci si domanda se questi principi abbiano acquisito una reale autonomia, riuscendo a diventare principi generali di diritto internazionale. Se nell'ordinamento giuridico internazionale il principio di prevenzione già assume questo status<sup>25</sup>, lo stesso non può affermarsi con uguale certezza anche per il principio di precauzione. Solo l'applicazione ripetuta e costante di prassi statali è suscettibile di trasformare la precauzione in una norma consuetudinaria. Secondo molti autori esistono abbastanza prassi

<sup>25</sup> Per ciò che concerne la protezione dell'ambiente, cf. C.I.J., 25 settembre 1997, aff. *Hongrie c. Slovaquia*, *Rec.*, Point 140.

statali perché la precauzione possa rivestire lo status di norma consuetudinaria internazionale<sup>26</sup>, mentre altri sostengono che un tal principio non ha ancora assunto tale status, o quanto meno, ritengono che, a causa delle differenti interpretazioni di cui è stato oggetto, tale status resta controverso<sup>27</sup>.

Alla tesi della natura consuetudinaria del principio di precauzione si oppone l'orientamento giurisprudenziale negativo di talune corti. In due sentenze, il principio di precauzione è stato invocato davanti alla Corte internazionale di Giustizia, la quale si è rifiutata di statuire sul suo fondamento. Nel caso dei collaudi nucleari francesi del 1992, la Corte internazionale di Giustizia ha eluso il problema, rigettando per motivi procedurali il ricorso della Nuova Zelanda, che si fondava sul principio di precauzione<sup>28</sup>. Nel caso Gabcikovo-Nagyramos, la Corte ha nuovamente evitato di pronunciarsi direttamente sull'applicazione del principio di precauzione, che era stato invocato dalla Ungheria per liberarsi dai suoi impegni<sup>29</sup>. Anche nel caso degli ormoni separati l'Organo per la composizione delle controversie dell'OMC ha risolto la questione in maniera non molto condivisibile<sup>30</sup>.

<sup>26</sup> V., per es. P. SANDS, *Principles of International environmental law*, vol. I, Manchester, 1995, p. 212; J. CAMERON, *The status of the precautionary principle in international law*, in J. CAMERON, T. O'RIORDAN (a cura di), *Interpreting the precautionary principle*, Cameron May, 1994, 262, p. 283; J. CAMERON et J. ABOUCHAR, *The Status of Precautionary Principle in International Law*, in D. FREESTONE et E. HEY (a cura di), *The Precautionary Principle in International Law*, Kluwer, 1996, n. 29, p. 52; P. SANDS, *Principles of International Environmental Law*, cit., 212; G. CAMERON, *The status of precautionary Principle in international law*, in J. CAMERON e T. O'RIORDAN (a cura di), *Interpreting the precautionary principle*, 283; Z. PLATER, *From the beginning, fundamental shift in paradigms: a theory and short history of environmental law* (1994) Loy. L.A. Rev., 1000; H. HOHMANN, *Precautionary legal duties and principles of modern international environmental law*, Londres, 1994, p. 184; O. MCINTYRE and T. MOSEDALE, *The precautionary principle as a norm of customary international law* (1997) 9: 2, *Journal of environmental law*, p. 221.

<sup>27</sup> V. par es. P. BIRNIE e A. BOYLE, *International Law and the Environment*, 1992, p. 98; L. GUNDLING, *The Status in International Law of the Precautionary Principle*, 1990 5: 1, 2, 3 *International Journal of Estuarine and Coastal Law*, n. 25, p. 30.

<sup>28</sup> C.I.J., ordinanza del 22 settembre 1995, Nuova Zelanda c. Francia.

<sup>29</sup> C.I.J., 25 settembre 1997, aff. Hongrie c. Slovaquie, *Rec.*, point 56.

<sup>30</sup> Rapporto dell'organo di appello dell'OMC nel caso *Mesures communautaires concernant la viande et le produits de viande (hormones)*, WT/DS26/AB/R (1998).

“Lo status del principio di precauzione in diritto internazionale continua ad essere oggetto di un dibattito tra gli accademici, gli operatori, i legislatori e le giurisdizioni. Il principio di precauzione è percepito da taluni come fosse principio giuridico generale di natura consuetudinaria del diritto internazionale dell'ambiente. Non è chiaro se si tratta in tal caso di un principio generale o di un principio di diritto consuetudinario. Noi consideriamo, tuttavia, che non è necessario, e forse è imprudente, per l'organo d'appello prendere posizione, nel caso di specie su questa questione, sì importante, ma astratta. Abbiamo preso nota che il panel stesso non ha affrontato la questione dello status giuridico del principio di precauzione nel diritto internazionale e che questo principio, al meno al di fuori del campo del diritto internazionale dell'ambiente, attende sempre una formulazione più precisa”. Da questa considerazione, l'organo di appello dell'ORD ha concluso che bisogna derimere le controversie sorte per la volontà di taluni Stati membri dell'OMC di opporsi per ragioni di tutela della salute, all'importazione dei prodotti provenienti da altri Stati, applicando strettamente gli accordi conclusi sotto l'egida dell'OMC. Il riferimento al principio di precauzione negli artt. 5.7 e 3.3 dell'accordo SPS non può condurre ad affermare che questo principio prevalga sull'obbligo imposto dall'art. 5.1 e 2 dell'accordo di apportare una prova scientifica di un rischio.

Occorre, però, ricordare che un principio di diritto consuetudinario dipende dalla prassi giuridica (*usus*) e dall'*opinio iuris*<sup>31</sup>. Le numerose dichiarazioni politiche a livello nazionale ed internazionale, i trattati internazionali, le legislazioni nazionali, i giudicati facenti riferimento al principio di precauzione sono tutti indice che questo principio riveste fin d'ora e già un valore consuetudinario<sup>32</sup>.

<sup>31</sup> Sul valore consuetudinario, v. A. D'AMATO, *The concept of custom in international law*, Londres, Cornell, 1971, pp. 74-87; H. THRILWAY, *International customary law and codification*, Leiden, Sijhoff, 1972, pp. 145-146; J.G.H. VAN HOFF, *Sources of intentional law*, Kluwer, 1988, p. 87; HOGGENMACHER, *La doctrine des deux elements du droit coutumier dans la pratique de la cour internationale*, 1986, 90:5 RG.D.I.P., p. 114; M. BOS, *The identification of custom in international law*, 1982, 25, Gybil, 22.

<sup>32</sup> D. FREESTONE, *International Fisheries law since Rio...*, in A. BOYLE & FREESTONE (a cura di), *International law and Sustainable Development*, Oxford, 1999,

### 3.2. *I principi del diritto ambientale nel diritto comunitario.*

Secondo il diritto internazionale pubblico nel diritto comunitario dell'ambiente, occorre distinguere i principi che sono contenuti nei testi di diritto flessibile da quelli che figurano in testi aventi una portata normativa, cioè quelli che sono contenuti nel trattato UE o nel diritto comunitario derivato<sup>33</sup>.

#### 3.2.1. *Fonti di diritto flessibile.*

La maggior parte dei principi contenuti nell'art. 174 § 2 del trattato Ce erano già presenti nel titolo II del primo programma d'azione ambientale, che non aveva portata vincolante<sup>34</sup>. Attualmente, quasi tutti i programmi d'azione, le dichiarazioni politiche, i documenti strategici, i libri bianchi o verdi fanno riferimento, in un modo o nell'altro, ad uno o più principi contenuti nel trattato<sup>35</sup>.

Tuttavia, tali principi non possono vincolare gli Stati ad agire in un senso determinato. La Corte di giustizia ha, infatti, chiarito che il quinto programma d'azione fornisce "un quadro per la definizione e la realizzazione della politica della Comunità", ma non contiene delle norme giuridiche obbligatorie<sup>36</sup>. Ciò non toglie che quando i principi vengano ripresi dalle raccomandazioni assumono natura interpretativa. In tal caso, i giudici nazionali sono tenuti a prenderli in considerazione per risolvere le controversie loro sottoposte, in particolare quando tali raccomandazioni chiariscono l'interpretazione di disposizioni nazionali assunte allo scopo di assicurare la loro attuazione o ancora quando hanno per oggetto l'interpretazione delle disposizioni comunita-

p. 137, v. anche le argomentazioni sviluppate nella nostra opera *Environmental principles*.

<sup>33</sup> Su questa questione, v. più particolarmente il nostro art. *Le statut juridique du principe de precaution en droit communautaire: du slogan à la regle*, 2001, n. 1, pp. 79-120.

<sup>34</sup> L. KRAMER, *General principles of community environmental law...*, law & European affairs, 1999/3&4, p. 355.

<sup>35</sup> L. LAVRYSEN, *Good intention and les good results: the five environmental action programmes and their translation into secondary legislation*, Law & European affairs, 1999/3&4, p. 322.

<sup>36</sup> C.J.C.E., Rovigo, aff. C-142/95P, *Rec.*, 1996, p. I-6669, point 32.

rie di carattere vincolante<sup>37</sup>. Alcuni principi del diritto comunitario sono stati esplicitati nelle raccomandazioni. Questo è il caso, per esempio, del principio chi inquina paga ripreso nella raccomandazione 75/436/Euratom, CECA, CEE, del 3 marzo 1975, relativa all'imputazione dei costi e all'intervento dei poteri pubblici in materia ambientale<sup>38</sup>. Ciò significa che gli impegni degli stati devono essere compresi alla luce, tra l'altro, dei principi che vi sono enunciati. In compenso, la comunicazione della Commissione sul principio di precauzione<sup>39</sup> non rientra in questa giurisprudenza.

### 3.2.2. Testi di carattere vincolante.

#### a) Approccio formale.

Apparsi dall'inizio degli anni settanta<sup>40</sup>, i principi del diritto ambientale sono stati inseriti nel diritto comunitario primario soltanto a partire dal 1987, quando il trattato di Roma è stato modificato dall'Atto Unico Europeo. Successivamente con la modifica del trattato della Comunità Europea da parte del Trattato di Maastricht, cinque principi sono stati consacrati nell'ex art. 130R § 2 (oggi art. 174 § 2). Tale disposizione prevede che "la politica della Comunità in ambito ambientale [...] è fondata sui principi di precauzione e d'azione preventiva, sul principio della correzione, anzitutto alla fonte, dei danni causati all'ambiente, nonché sul principio chi inquina paga". Altri principi ambientali sono enunciati in modo implicito nel trattato Ue. Ormai inserito nell'art. 6, il principio di integrazione prevede che "le esigenze della protezione dell'ambiente devono essere integrate nella definizione e nell'attuazione delle politiche d'azione della Comunità, previste dall'art. 3, in particolare al fine di promuovere lo sviluppo sostenibile".

<sup>37</sup> C.J.C.E., 13 dicembre 1989, Grimaldi, aff. C-322/88, *Rec.*, I-4407, point 18.

<sup>38</sup> X. THUNIS et SADELEER, *Le principe du pollueur-payeur: idéal régulateur ou règle de droit positif?, amèn.-envt.*, n. spécial 1995, p. 3.

<sup>39</sup> COM (2000) 1.

<sup>40</sup> Questo è il caso del principio chi inquina paga, che fu riconosciuto a partire dalla metà degli anni settanta da una serie di direttive comunitarie per quanto riguarda la gestione dei rifiuti.

L'obiettivo di un alto livello di protezione dell'ambiente si ricava da più disposizioni del trattato della Comunità europea: l'art. 2 secondo il quale "un livello elevato di protezione e di miglioramento della qualità dell'ambiente" è perseguito, l'art. 174 § 2 che prevede che "la politica della Comunità in ambito ambientale tende ad un livello di tutela elevato, tenendo conto della diversità delle situazioni nelle varie regioni della Comunità", ed infine l'art. 95 § 3, che stabilisce per la politica del mercato interno che "la Commissione, nelle sue proposte previste al § 1 in materia di salute, di sicurezza, di protezione dell'ambiente e di tutela del consumatore, assume come riferimento un livello di protezione elevato tenendo conto in particolare delle le nuove evoluzioni scientifiche". Come si nota, nessuna altra politica pubblica condotta dalla Comunità viene articolata in tanti principi.

Le istituzioni comunitarie, cioè, la Commissione, il Consiglio dei ministri, il Parlamento europeo, ed il Comitato economico e sociale così come il Comitato delle regioni, sono tenute a prendere in considerazione questi diversi principi nel quadro del processo normativo. In tal modo, gli atti di diritto comunitario derivato sono subordinati ai principi enunciati dal diritto comunitario primario<sup>41</sup>. La sentenza del 29 aprile 1999 (Standley) ha confermato che una normativa di diritto derivato, nello specifico la direttiva 91/676/CEE, concernente la protezione delle acque contro l'inquinamento dovuto all'uso di nitrati in agricoltura, deve rispettare il principio chi inquina paga<sup>42</sup>. Allo stesso modo, gli avvocati generali si sono mostrati preoccupati di far prevalere i principi del trattato sul diritto derivato. Nelle conclusioni che ha depositato il 30 settembre 1999 nel caso Fornasar, l'avvocato generale Cosmas ha ritenuto che i principi di prevenzione e di precauzione enunciati all'art. 174 § 2 consentono agli stati membri di impedire l'importazione di rifiuti pericolosi<sup>43</sup>. Nel caso Greenpeace France, l'avvocato generale J. Mischo ha ritenuto

<sup>41</sup> L. KRAMER, *The polluer pays principle in community law. The interpretation of article 130R of the EEC Treaty, in focus on European law*, Londres, p. 244.

<sup>42</sup> C.J.C.E., 29 aprile 1999, Standley, aff. C-293/97, *Rec.*, points 51-52.

<sup>43</sup> Conclusioni dell'avvocato generale G. Cosmas del 30 settembre 1999, aff. C-318/98, Procédure pénale c. Giancarlo Fornasar, points 55 à 59.

che, nel rispetto del principio di precauzione, deve essere consentito ad uno stato membro di non rilasciare il consenso alla commercializzazione di un OGM, allorquando si verificano rischi nuovi in seguito alla decisione della Commissione<sup>44</sup>.

Infine, i principi inseriti nel trattato istitutivo della Comunità europea possono prevalere anche negli ordinamenti giuridici degli stati membri, in ragione dell'obbligo degli organi amministrativi e giudiziari nazionali di interpretare i testi di diritto nazionale conformemente alle norme comunitarie ed ai principi che ne discendono<sup>45</sup>. Quando sono ripresi dal diritto comunitario derivato, i principi del diritto ambientale comunitario sono applicabili direttamente agli stati membri. Per esempio, l'art. 11 della direttiva 75/442/CEE relativa ai rifiuti obbliga gli stati membri ad applicare il principio chi inquina paga<sup>46</sup>. Altre norme di diritto comunitario secondario contengono delle disposizioni talmente generali da poter essere assimilate a veri principi giuridici. Così, l'art. 4 della direttiva 75/442/CEE relativa ai rifiuti prevede nell'ambito della gestione dei rifiuti, i principi di precauzione e prevenzione che si ritrovano nell'art. 174 del trattato<sup>47</sup>. Questa disposizione obbliga la comunità e gli stati membri a prevenire, a ridurre e, se è possibile, ad eliminare all'origine, le fonti di inquinamento attraverso l'adozione di misure di natura tali da eliminare i rischi conosciuti. A causa della sua generalità, questa disposizione indica il quadro generale nel quale devono svolgersi le attività degli stati in materia di trattamento dei rifiuti, anche se non impone essa stessa direttamente l'adozione di misure concrete<sup>48</sup>. Malgrado il suo carattere generale e l'assenza di

---

<sup>44</sup> Conclusioni dell'avvocato generale J. Mischo del 25 novembre 1999, aff. C-6/99, *Greenpeace France c. ministère de l'agriculture*, point 89.

<sup>45</sup> C.J.C.E., 10 aprile 1984, *von Colson et Kamann*, aff. C-14/83, *Rec.*, p. 1981, point 26; 13 novembre 1990, *Marleasing*, aff. C-106/89, *Rec.*, p. I-4135, point 8.

<sup>46</sup> A differenza della direttiva relativa ai rifiuti, la maggior parte delle altre direttive, concernenti l'aria, l'acqua, l'inquinamento atmosferico o la conservazione della natura, non si riferiscono direttamente ai principi previsti dall'articolo 174 § 2. Cfr. L. KRAMER, *General principles of community environmental law...*, cit., p. 358.

<sup>47</sup> C.J.C.E., 5 ottobre 1999, *Paolo Lirussi et Francesca Bizzaro*, aff. Jtes. C-175/98 et C-177/98, *Rec.*, p. I-..., point 51.

<sup>48</sup> C.J.C.E., 23 febbraio 1994, *comitato di coordinamento per la difesa della cava*, C-236/92, *Rec.*, p. I-483, point 14.

effetti diretti, la Commissione può invocare il mancato rispetto di tale obbligo davanti alla Corte di Giustizia nei confronti degli stati che non abbiano assicurato una corretta gestione dei rifiuti che si trovano nel loro territorio<sup>49</sup>. In senso analogo, l'art. 3 § 1 della direttiva 75/439/CEE dell'11 giugno 1975 riguardante l'eliminazione degli oli usati, prevede che "quando le condizioni di ordine tecnico, economico e organizzativo lo consentono, gli stati membri prendono le misure necessarie per dare la priorità al trattamento degli oli usati attraverso rigenerazione". Malgrado il suo carattere molto generale, questa disposizione obbliga gli stati membri a dare la priorità al trattamento degli oli usati attraverso rigenerazione piuttosto che attraverso la combustione o altre modalità. Le riserve legate alle condizioni di ordine tecnico, economico e organizzativo devono essere interpretate restrittivamente, come eccezioni a quest'obbligo generale. D'altronde l'eliminazione degli incentivi alla rigenerazione e delle deroghe all'imposizione di accise sugli oli minerali utilizzati come combustibile, costituiscono degli elementi sufficienti per constatare se uno stato membro non ha raggiunto l'obiettivo previsto da questa disposizione di principio<sup>50</sup>.

b) Approccio materiale.

Le disposizioni del trattato, che enunciano i principi del diritto ambientale, sono redatte in modo tale che le istituzioni sono obbligate ad applicarle sempre quando agiscono in materia di ambiente. La scelta dell'indicativo e non del condizionale conferma che si tratta di un obbligo: "le esigenze della protezione dell'ambiente devono essere integrate [...]" (art. 6); "la commissione ... assume come riferimento un livello di protezione elevato [...]" (art. 95 § 3); "la politica della comunità tende ad un livello di protezione elevato [...]" (art. 174). Tale formulazione consente però alle istituzioni comunitarie di disporre di un certo potere discrezionale di valutazione. Così, per esempio, conforme-

<sup>49</sup> C.J.C.E., 9 novembre 1999, Commission c. Italie, aff. C-365/97, points 60 et 61.

<sup>50</sup> C.J.C.E., 9 settembre 1999, Commission c. Allemagne, aff. C-102/97, *Rec.*, point 48.

mente all'art. 174 § 3 del trattato, il livello di protezione elevato deve tenere conto di tutte le nuove evoluzioni scientifiche; il livello di protezione elevato previsto dall'art. 174 § 2 deve tenere conto "della diversità delle situazioni nelle varie regioni della comunità".

A differenza delle norme dal contenuto determinato, i principi sanciti nel trattato CE possono, quindi, sempre ricevere una sistemazione, oppure non essere applicati salvo quando sono inderogabili e strettamente vincolanti<sup>51</sup>. In altre parole, delle circostanze particolari possono condurre le istituzioni comunitarie a discostarsi dai principi proclamati nel trattato. La validità di questa tesi è del resto corroborata dalla giurisprudenza. Nel caso *Peralta* la Corte di giustizia CE ha, infatti, stabilito che l'ex art. 130R si limitava a definire gli obiettivi generali della comunità in ambito ambientale<sup>52</sup>. L. Kramer ne deduce che "poiché per natura, tutti i principi permettono esenzioni o deroghe non è possibile considerarli giuridicamente vincolanti. In altre parole non sarebbe possibile imporre una direttiva o un regolamento o una disposizione di uno di questi atti in base ad un principio del diritto ambientale"<sup>53</sup>. Questa tesi non è condivisibile allorché il diritto positivo contiene da lungo tempo delle norme a contenuto indeterminato, che sono implicitamente oggetto di deroghe. Si pensi, ad esempio, ai principi costituzionali di uguaglianza e di non discriminazione, disposizioni fondamentali in ogni stato di diritto, che sono caratterizzati da una certa discrezionalità, come dimostra la giurisprudenza delle corti costituzionali.

Bisogna tuttavia riconoscere che la sanzione per la violazione da parte di una direttiva o di un regolamento di un principio sancito nel trattato CEE dipende dalla determinatezza del suo contenuto. Per esempio, i nuovi artt. 95 e 174 § 2 del trattato prevedono, sia per la politica del mercato interno che per quella ambientale, che le norme di diritto derivato devono perseguire un livello di protezione elevato dell'ambiente. Se il livello di pro-

<sup>51</sup> Conclusioni dell'avvocato generale G. COSMAS, *op. cit.*, point 55.

<sup>52</sup> C.J.C.E., 14 luglio 1994, *Peralta*, aff. C-379/92, *Rec.*, p. I-3453, point 58.

<sup>53</sup> L. KRAMER, *General principles of Community environmental law*, *cit.*, p. 357.

tezione non deve necessariamente essere il più elevato possibile<sup>54</sup>, un livello di protezione inesistente, debole, o intermedio, deve essere considerato come contrario al principio, e pertanto, essere censurato dalla giurisdizione adita di volta in volta<sup>55</sup>. Ora, questa norma è particolarmente vaga, perché la determinazione del grado di protezione dipende da una serie di elementi che sembrano più adatti per una analisi obiettiva che per una valutazione soggettiva. Ma l'indeterminatezza di questo obbligo non significa che le istituzioni comunitarie abbiano in merito una discrezionalità assoluta al riguardo. Un organo della comunità, uno stato membro messo in minoranza all'interno del consiglio, o un cittadino nell'ambito di una questione pregiudiziale, avranno sempre la possibilità di contestare davanti alle giurisdizioni comunitarie un atto comunitario il cui livello di protezione sia manifestamente inferiore a quello auspicabile nel caso in questione. Se la giurisdizione adita costata, attraverso un bilanciamento dei diversi parametri, che il livello di protezione è manifestamente scarso e che nessuna giustificazione valida sia stata data per non ottemperare all'obbligo di tutela, dovrà annullare l'atto oggetto del ricorso<sup>56</sup>.

### 3.2.3. *Il valore normativo autonomo del principio di precauzione nel diritto comunitario.*

A differenza della Corte di giustizia dell'OMC, le giurisdizioni comunitarie hanno considerato il principio di precauzione una norma di diritto direttamente applicabile. Sia la Corte di Giustizia della Ce che il Tribunale di primo grado lo hanno richiamato per confermare la validità delle misure di sicurezza alimentare<sup>57</sup>,

<sup>54</sup> C.J.C.E., 14 luglio 1998, *Safety high-tech*, aff. C-341/95, point 47.

<sup>55</sup> Conclusioni dell'avvocato generale COSMAS, *op. cit.*, point 32.

<sup>56</sup> C.J.C.E., 18 giugno 1996, *Parlement europeen c. conseil*, aff. C-85/96, *Rec.*, p. I-2943, point 31.

<sup>57</sup> C.J.C.E., 13 novembre 1990, *Federa*, aff. C-331/88, *Rec.*, p. I-4023, point 9; 12 luglio 1996, *Grande-Bretagne c. Commission*, aff. C-180/96 R, *Rec.*, p. I-3903, point 93; Tribunal de premiere Instance, 13 luglio 1996, aff. T-76/96 R, *Rec.*, p. II-815, point 88. Per una critica di questa giurisprudenza, v. in particolare L. GONZALEZ VAQUE, L. EHRING e C. JACQUET, *Il principio di precauzione nella legislazione comunitaria relativa alla protezione della salute*, R.M.U.E., 1999/1, p. 95 e ss.

o di protezione delle risorse ittiche<sup>58</sup>. In alcuni casi il principio di precauzione appare tra le righe in alcune sentenze<sup>59</sup>, in altri è espressamente ripreso nel dispositivo<sup>60</sup>. Queste decisioni assumono un duplice rilievo: da un lato, il principio di precauzione è direttamente richiamato dalle giurisdizioni per giustificare deroghe al principio della libera circolazione delle merci all'interno della Comunità<sup>61</sup> o al principio della libertà di commercio e di industria<sup>62</sup>. D'altra parte il principio di precauzione non si applica alla sola politica ambientale perché consente di giustificare misure a tutela della salute, in quanto si tratta di una politica connessa<sup>63</sup> con quella ambientale. Tuttavia, in quanto rivolti prevalentemente agli organi comunitari, i principi contenuti nell'art. 174 § 2 del trattato costitutivo della Ce non possono applicarsi, in modo autonomo, alle autorità nazionali<sup>64</sup>, salvo che quest'ultime siano tenute ad applicare una norma comunitaria che si riferisca in modo specifico ad un principio.

### 3.3. I principi del diritto ambientale nei diritti nazionali.

#### 3.3.1. Fonti di diritto flessibile.

Le autorità amministrative possono individuare per sé stesse delle linee di condotta, simili a dei veri principi direttivi, anche in assenza di espliciti riferimenti positivi. Le autorità incaricate

<sup>58</sup> C.J.C.E., 24 novembre 1993, *Armand Mondiet*, aff. C-405/92, *Rec.*, p. I-6176, points 31 à 36.

<sup>59</sup> C.J.C.E., 19 gennaio 1994, *Association pour la protection des animaux sauvages et préfet de Maine-et-Loire et préfet de la Loire Atlantique*, aff. C-435/93, *Rec.*, p. I-67, point 21; 2 agosto 1993, *Commission c. Espagne*, aff. C-6/99, *Rec.*, p. I-6159, point 28.

<sup>60</sup> Tribunal de Première Instance, aff. T-79/99 R, *Alpharma*, 30 giugno 1999; C.J.C.E., 21 marzo 2000, *Greenpeace France*, aff. C-6/99, *Rec.*, p. I-1676, points 41 à 44.

<sup>61</sup> C.J.C.E., 13 novembre 1990, *Fedesa*, aff. C-331/88, *Rec.*, p. I-4023, point 9; 12 luglio 1996, *Grande Bretagne c. Commission*, aff. C-180/96 R, *Rec.*, p. I-3903, point 93.

<sup>62</sup> C.J.C.E., 24 novembre 1993, *Armand Mondiet*, aff. C-405/92, *Rec.*, p. I-6176, points 31 à 36; Tribunal de Première Instance, 13 luglio 1996, aff. T-76/96 R, *Rec.*, p. II-815, point 88.

<sup>63</sup> C.J.C.E., 13 novembre 1990, *Fedesa*, aff. C-331/88, *Rec.*, p. I-4023, point 9.

<sup>64</sup> Queen's Bench Division, 3 ottobre 1994, *R. Secretary of State for Trade & Industry, ex parte Duddridge & others*, *J ENV. L.*, 1995, vol. 7, n. 2, p. 237, obs. D. HUGUES.

d'autorizzare il funzionamento di un impianto produttivo possono così esercitare il loro potere di valutazione utilizzando un approccio preventivo o anticipativo. I principi-guida che si dà l'amministrazione, non hanno in genere valore regolamentare, provenendo dall'amministrazione stessa. Va inoltre sottolineato che l'amministrazione continua a disporre in materia di un ampio potere di valutazione. Per risolvere concretamente ogni caso, l'amministrazione deve sempre avere la possibilità di derogare alle linee-guida che si è fissata; ma tale deroga dev'essere motivata. Nell'esame di ogni caso specifico, l'amministrazione deve domandarsi se il principio-guida può essere applicato oppure se è necessario derogarlo.

### 3.3.2. *Testi di carattere vincolante.*

#### a) Approccio formale.

Molti legislatori nazionali hanno seguito le istituzioni internazionali ed in particolare la Comunità europea enunciando, a loro volta, alcuni principi di diritto ambientale nel loro ordinamento giuridico. Nella repubblica federale tedesca normative quali la legge del 14 maggio 1990 relativa alla protezione contro gli effetti nocivi sull'ambiente prodotti dall'inquinamento dell'aria, dalle piogge, dalle vibrazioni e da fenomeni simili (Bundessimmissionsschutzgesetz), la legge del 15 luglio 1985 sull'energia nucleare (Atomgesetz), la legge del 16 dicembre 1993 sulle biotecnologie (Gentechnikgesetz), prevedono che alcuni impianti possono essere gestiti solo se si adottano delle precauzioni contro i loro effetti nocivi. Più recentemente, i processi di codificazione del diritto ambientale hanno costituito l'occasione per inserire alcuni principi fondamentali in leggi quadro<sup>65</sup>. Fra questi, in Francia, la legge del 2 febbraio 1995 relativa al rafforzamento della protezione ambientale, sostituita nel 2000 dal codice dell'ambiente, in Belgio il decreto del 5 aprile 1995 della regione fiamminga, contenente disposizioni generali sulla politica am-

<sup>65</sup> G. MARTIN, "Principes pour une codification de l'environnement", *Quel avenir pour le droit de l'environnement?*, Bruxelles, 1996, p. 287.

bientale, e la legge federale belga del 12 marzo 1999 sulla protezione dell'ambiente marino, hanno ripreso ed adattato i principi consacrati nell'art. 174 § 2 del trattato CE. D'altro canto numerose legislazioni nazionali contengono disposizioni preliminari volte a delineare le linee direttive, alle quali le norme o le misure di esecuzione devono attenersi. Sebbene non sono denominate principi, queste disposizioni presentano, in ragione della loro formulazione e del ruolo che occupano nella gerarchia delle fonti, le stesse caratteristiche dei principi giuridici.

A differenza del diritto internazionale e del diritto comunitario i cui soli destinatari sono rispettivamente le istituzioni internazionali e, gli stati membri, i destinatari dei principi ambientali richiamati negli ordinamenti giuridici nazionali possono essere anche i cittadini. Per esempio, la legislazione danese sulla protezione dell'ambiente n. 358 del 6 giugno 1991 dispone che "ogni persona che causi o possa causare un rischio di inquinamento dell'aria, dell'acqua, del suolo, deve prendere le misure richieste per prevenire effettivamente o combattere l'impatto di questo inquinamento"; la legge olandese del 1 marzo 1993 sulla gestione dell'ambiente prevede che "ogni cittadino deve prestare sufficiente attenzione all'ambiente"; la legge francese del 2 febbraio 1995 citata afferma che è "dovere di ciascuno contribuire alla salvaguardia e alla protezione dell'ambiente"; la legge federale belga sulla protezione dell'ambiente marino prevede che "quando svolgono attività negli spazi marini, i fruitori di questi spazi [...] devono tener conto del principio di prevenzione [...]". Questi principi si rivolgono dunque direttamente a destinatari che non sono solo autorità pubbliche.

#### b) Approccio materiale.

Mentre sul piano formale il valore positivo dei principi chi inquina paga, di prevenzione e di precauzione non può essere messo in discussione, differenti argomenti di carattere materiale sono avanzati per negare ogni loro effetto giuridico vincolante. Innanzitutto, i principi ambientali sono spesso presentati come principi-guida destinati solo ad ispirare il legislatore o il suo go-

verno<sup>66</sup>. Per esempio, la legge francese del 2 febbraio 1995 prevede che i principi debbono "ispirare" la legislazione ambientale "nel quadro delle leggi che ne definiscono la portata". Ma, una tale formulazione non ha impedito al Consiglio di Stato francese di utilizzare direttamente il principio di precauzione in diverse controversie legate alla tutela della salute pubblica<sup>67</sup>.

Si è, inoltre, argomentato che i principi enunciati nei codici dell'ambiente non sono assimilabili alle norme giuridiche, poiché la loro violazione non viene penalmente sanzionata. Questa tesi, in effetti, confonde la sanzione con la repressione. Ora, se la norma di diritto è sempre sanzionata, non è, però, sempre necessariamente legata a sanzioni repressive<sup>68</sup>. Il fatto che la violazione della maggior parte dei principi ambientali non è oggetto di sanzioni non significa per ciò stesso che non vi siano altre forme di sanzioni. Così, per esempio, l'autorità competente potrà rifiutare o sospendere un'autorizzazione motivando la sua decisione con un principio ambientale enunciato in una legge quadro.

Infine, si è affermato che i principi proclamati nelle leggi quadro non producano effetti normativi, a causa dell'imprecisione delle massime in essi contenuti. Qual è il contenuto normativo di nozioni così evanescenti come chi inquina paga, la precauzione o la prevenzione? In effetti, i principi del diritto ambientale delineano linee di condotta molto generali dalle quali è difficile dedurre prescrizioni precise; il loro minor grado di precisione o, meglio, il loro maggiore grado di astrazione attenua il loro carattere vincolante. Tuttavia, non è necessario che una disposizione abbia un contenuto univoco per avere valore normativo. Infatti se resta chiuso su un piano strettamente normativo,

<sup>66</sup> Su questa questione, v. il nostro articolo "Les avatars du principe de précaution en droit public. Effet de mode ou révolution silencieuse?", *Revue française de droit administratif*, 17 (2) maggio-giugno 2001, p. 547-562.

<sup>67</sup> C.E., 25 settembre 1998, *Association Greenpeace France*. V., in particolare C. HERMON, *Commentaire de l'arrêt de Greenpeace France*, in *Rev. jur. envt.*, 1999/4, p. 564. e C. CANS, *Le principe de précaution, nouvel élément de légalité*, in *RDF adm.* 15 (4) luglio-agosto 1999, pp. 750-763 e v. anche CE., 22 novembre 2000, *Association Greenpeace France*; *Rev. Jur. Env.*, 2001/3, obs. K. Foucher, pp. 459-475.

<sup>68</sup> L. BOY, *Le principe de précaution, de la morale au droit*, in *La Recherche*, dicembre 1999, p. 87.

l'ordinamento giuridico si caratterizza per la sua apertura verso altri sistemi, che si tratti dell'etica, dell'economia o delle scienze esatte<sup>69</sup>. Se le norme giuridiche vogliono poter utilizzare elementi esterni al diritto, devono andare verso l'integrazione con concetti non giuridici. Quindi, rinviando a elementi esterni all'ordinamento giuridico, la definizione dei principi è di carattere più dinamico che statico. Ciò che rende giuridico un principio è soprattutto la sua appartenenza all'ordinamento, piuttosto che la sua precisione e completezza<sup>70</sup>.

Anche se le decisioni che stabiliscono tali principi sono, fino ad oggi, poco numerose, l'evoluzione degli ordinamenti positivi mostra come i principi del diritto ambientale ricevono negli ordinamenti tedesco, francese, belga e olandese un valore normativo autonomo, che li rende direttamente applicabili.

In Belgio, il Consiglio di Stato ha ritenuto che un regolamento sui rischi acustici che prevedeva deroghe per consentire l'organizzazione di corse automobilistiche fosse incompatibile con il diritto ad un ambiente sano nonché con la clausola di *standstill* ripresa in una legge regionale<sup>71</sup>. Incaricata del controllo in merito alle norme costituzionali di uguaglianza e di non discriminazione, la *Cour d'arbitrage* è ricorsa a più riprese al principio chi inquina paga, al fine di verificare il carattere adeguato e proporzionato delle tasse relative agli sversamenti di acque reflue e alla gestione dei rifiuti<sup>72</sup>. Infine, il rischio di danno grave e irreparabile, necessario per la sospensione di un atto amministrativo, è assoggettato a prove scientifiche in quanto i diritti costituzionali alla tutela della salute e dell'ambiente si applicano anche al principio di precauzione<sup>73</sup>.

<sup>69</sup> M. VAN DE KERCHHOVE e FR. OST, *Le système juridique entre ordre et désordre*, Paris., 1988, p. 149 e ss.

<sup>70</sup> J. ANDRIANTSIMBAZOVINA, *Le Conseil d'Etat et le principe de précaution - L'affaire mais transgénique*, in *Droit. Adm.*, giugno 1994, p. 4.

<sup>71</sup> C.E., 29 aprile 1999, n. 80.018, T.M.R., 1999/4, p. 301.

<sup>72</sup> V., la nostra opera *Les principes du polluer-payer, de prévention et de précaution*, cit., p. 85 à 88. C.A., n. 16/92, 12 marzo 1992, B3.3; n. 41/93, 3 giugno 1993, B 3.4; n. 42/97, 14 luglio 1997, B. 52.4.

<sup>73</sup> C.E., n. 82/30, 20 agosto 1990, Venter, *Aménagement - Environnement*, 2001/1, pp. 32-37, obs. N. DE SADELEER e C.E., n. 85.835, 6 marzo 2000, *Daeten*.

Favorito da un movimento di opinione propenso ad un miglior controllo sui rischi, cui i giudici nazionali non possono restare insensibili, il principio di precauzione sembra avere quindi un futuro. Dagli anni ottanta, il giudice amministrativo tedesco ne ha fatto un principio fondamentale del diritto ambientale<sup>74</sup>. Più di recente, il giudice amministrativo francese comincia a farne uso, non solo in ambito ambientale, ma anche in relazione alla salute pubblica. Ricalcando il giudice comunitario, il Consiglio francese estende la portata del principio di precauzione nel campo della salute pubblica, anche in assenza di una base quale la legge quadro sulla protezione dell'ambiente<sup>75</sup>. Alla luce dei suindicati sviluppi giurisprudenziali, i principi del diritto ambientale e, in particolare, quello di precauzione costituiranno delle vere norme di diritto, indipendentemente dalle normative che vi si ispirano.

#### 4. LA RILEVANZA DEI PRINCIPI DEL DIRITTO AMBIENTALE SULLE AZIONI GIUDIZIALI.

Essendo dotati di una propria autonomia, i principi del diritto ambientale comportano conseguenze molto concrete sia sul piano penale che su quelli civile ed amministrativo.

##### 4.1. *I principi del diritto ambientale ed il controllo di legittimità.*

Nel quadro del controllo di legittimità, sia le giurisdizioni comunitarie che quelle amministrative nazionali (in particolare in Francia, Germania e in Belgio) effettuano verifiche sulla fondatezza dell'atto (legittimità interna) e sul rispetto delle procedure (legittimità esterna). I giudici esercitano di norma un controllo molto ampio sul rispetto delle procedure, mentre più ristretto risulta quello sulla fondatezza dell'atto (legittimità interna) nella misura in cui la legislazione lascia all'amministra-

<sup>74</sup> BverwGE, 17 febbraio 1984, Bd. 69 (1985), p. 43. V. il nostro testo *Les principes du pollueur-payeur, de prévention et de précaution*, op. cit., pp. 152 a 158.

<sup>75</sup> C.e., 21 aprile 1997, *Barbier*, n. 180.272; 27 febbraio 1999, *Pro-Nat*, n. 192.465; 30 giugno 1999, *Germain*. Anche se tutte queste decisioni non si fondano sul principio di precauzione, lo applicano senza fondarsi su un testo specifico.

zione un importante margine di discrezionalità. Cercheremo di dimostrare qui come il principio di precauzione può rafforzare, ma anche indebolire il controllo di legittimità interna ed esterna<sup>76</sup>.

#### 4.1.1. *Il controllo sull'errore manifesto di valutazione (legittimità interna).*

Può accadere che i ricorrenti contestino alla pubblica amministrazione un errore manifesto di valutazione, quando sia stata adottata una decisione in materia di protezione dell'ambiente o della salute pubblica considerata "eccessiva" in quanto non trova alcuna piena giustificazione in base alle conoscenze scientifiche esistenti al momento. La giurisprudenza tende tuttavia a respingere tale tipo di ricorso sempre sulla base del principio di precauzione che giustifica l'adozione della misura contestata in una situazione controversa. Così, nel noto caso "mucca pazza", la Corte di Giustizia ha fatto riferimento al principio di precauzione previsto dall'art. 174, par. 2 del trattato per confermare la decisione di divieto della Commissione, giacché quest'ultima poteva adottare delle misure di protezione della salute pubblica senza dover attendere che la gravità e l'attualità dei rischi di propagazione della malattia di Creutzfeld-Jakob fossero pienamente dimostrati<sup>77</sup>. Nello stesso senso il Consiglio di Stato francese ha fatto ricorso in più occasioni al principio di precauzione talvolta per convalidare delle norme di protezione della salute<sup>78</sup>, in un altro caso per sospendere un'ordinanza di autorizzazione della commercializzazione del mais transgenico<sup>79</sup>. In tal modo, gli organi giurisdizionali comunitari e nazionali finiscono con il riconoscere alla pubblica amministrazione un ampio margine di discrezionalità nell'adozione di misure di polizia ammini-

<sup>76</sup>J. ANDRIANTSIMBAZOVINA, *op. cit.*, p. 4; O. SACHS, *Principe de precaution et contole de legalité*, C.J.C.E., 1999, p. 420.

<sup>77</sup>C.J.C.E., 5 mai 1998, Royaume-uni c. Commission, aff. C-180/96, *Rec.*, p. I-2269, points 99 e 100.

<sup>78</sup>C.E., 24 febbraio 1999, Società Pro-Nat, req. n. 192465; 30 giugno 1999, Germani, req. N. 202814.

<sup>79</sup>C.E., 19 febbraio 1998, Association Greenpeace France.

strativa in una situazione d'incertezza scientifica. A differenza del controllo sui vizi di procedura (legittimità esterna), il ricorso al principio di precauzione esclude qualsiasi possibilità di invalidare la misura contestata per violazione della legittimità interna (così, per esempio, per mancato rispetto del principio di proporzionalità oppure per errore manifesto di valutazione). Del resto, tale utilizzazione del principio di precauzione conferma l'avversione dei giudici ad entrare in discussioni scientifiche; quando la controversia è caratterizzata da elevato tecnicismo, i giudici tendono a non inoltrarsi sul terreno scientifico se non con estrema cautela<sup>80</sup>. Peraltro, per quanto ammesso dalla giurisprudenza amministrativa tedesca, il ricorso al principio di precauzione nel giudizio di legittimità resta un fatto marginale, poiché il giudice amministrativo tedesco ritiene che non spetti agli organi giurisdizionali amministrativi sostituire le proprie valutazioni sulle controversie scientifiche a quelle effettuate dalle autorità amministrative<sup>81</sup>. Perciò, il controllo giurisdizionale in tali ipotesi deve limitarsi a verificare se la valutazione contestata si basi su un'istruttoria completa e su assunti non arbitrari<sup>82</sup>.

Questo orientamento giurisdizionale sul controllo di legittimità interna non sembra sinora essere stata mai messa in discussione. A favore di un controllo di legittimità interna limitato la dottrina invoca, infatti, la necessità di attribuire alla pubblica amministrazione un ampio margine di azione nell'ambito dei limiti posti dall'ordinamento. Questo margine di discrezionalità nella ponderazione comparativa dei diversi dati si presenta tanto più utile quando le prove scientifiche raccolte dall'amministrazione non impongono una soluzione determinata. Inoltre, come spesso accade in materia di rischi, il provvedimento amministrativo deve di solito essere adottato in tempi molto brevi. Peraltro, la giurisprudenza nazionale, consapevole delle difficoltà riscontrabili nell'adozione di provvedimenti d'urgenza, si mostra rara-

<sup>80</sup> Nella causa *Greenpeace France*, il Commissario del Governo J.-H. STAHL indicava il fatto di "giudicare la legalità di una decisione amministrativa".

<sup>81</sup> Ordinanza del tribunale amministrativo federale del 19 dicembre 1985 nella causa *Whyl*.

<sup>82</sup> OVG Hamburg, 27 gennaio 1995, *Zeitschrift für Umweltrecht*, 1995/2, p. 93.

mente rigorosa nei confronti degli eventuali errori commessi dai pubblici poteri in valutazioni rapide prese a tutela dell'interesse pubblico. Il principio di precauzione tende, perciò, a giustificare quest'atteggiamento prudente del giudice, quando la pubblica autorità si giustifica con la necessità d'intervenire in un contesto caratterizzato dall'incertezza scientifica. Tale principio finisce, dunque, per rafforzare la discrezionalità della pubblica amministrazione nell'esercizio dei suoi poteri.

#### 4.1.2. *Il controllo sul rispetto delle procedure (legittimità esterna).*

Impreparati a pronunciarsi nel merito, i giudici amministrativi esercitano un controllo più ampio sulla legittimità esterna dei provvedimenti<sup>83</sup>, controllo che viene a sua volta rafforzato con l'applicazione del principio di precauzione. Per questa ragione, la sentenza del Consiglio di Stato francese relativa al caso del mais transgenico rivela la volontà di questa alta giurisdizione amministrativa di sindacare rigidamente il rispetto delle procedure previste al fine di precauzione<sup>84</sup>. L'unica irregolarità rilevata in questo caso era determinata dalla mancata completezza della documentazione in base alla quale una commissione tecnica doveva rendere il parere previsto dal legislatore. Così, mentre in altri contesti analoghi vizi di forma non hanno portato ad alcuna conseguenza, nel caso in esame l'irregolarità è stata considerata talmente grave da ordinare la sospensione del decreto del ministro dell'agricoltura che autorizzava la commercializzazione di una varietà di mais transgenico. Un vizio di procedura, anche non grave, può tuttavia costituire, in un simile contesto, un valido motivo d'annullamento<sup>85</sup>.

Quest'orientamento giurisprudenziale è conforme allo spirito del principio di precauzione, un principio che comporta una regolamentazione delle procedure tale da consentire un esame il

<sup>83</sup> Conclusioni di Denise Linton su C.E. 28 febbraio 1997, WWF Ginevra, C.J.C.E., 1997, p. 221.

<sup>84</sup> C.E., 19 febbraio 1998, Associazione Greenpeace Francia.

<sup>85</sup> PH. KOURILSKY e G. VINEY, *Rapporto al Primo Ministro sul principio di precauzione*, 15 ottobre 1999, *La documentation française*, pp. 114-115.

più completo possibile del rischio, per ridurre il livello d'incertezza al minimo. In ragione dell'esistenza di specifiche procedure di valutazione dei rischi, finalizzate alla loro prevenzione è normale che i giudici si rivelino molto rigorosi, persino meticolosi nel sindacato sul rispetto di tali procedure e che non esitino a pronunciare la nullità dei provvedimenti adottati in violazione di un determinato procedimento. In questo modo, il principio precauzionale concorre a rafforzare il controllo formale attinente al rispetto della procedura in quei casi controversi dal punto di vista scientifico.

#### 4.2. *Principi ambientali e responsabilità civile.*

Gli istituti procedimentali e le strutture amministrative non sono sempre in grado di consentire la piena attuazione dei principi di prevenzione e di precauzione. Tali principi possono quindi trovare una concreta realizzazione anche attraverso la responsabilità civile: il rischio del riconoscimento di una responsabilità potrà infatti indurre gli amministratori ad assumere dei comportamenti preventivi, che vadano aldilà della mera osservanza di norme e procedure. Sotto questo profilo, la responsabilità civile rappresenta uno strumento indispensabile nel campo della polizia amministrativa, nel quale tradizionalmente trovano le proprie fondamenta anche i principi di prevenzione e di precauzione. L'esistenza della responsabilità civile, che ricopre oggi una funzione di carattere essenzialmente riparatorio o risarcitorio, dovrà però compiere un'ulteriore evoluzione in relazione a quei settori cui si applicano i principi di prevenzione e di precauzione (in particolare, l'ambiente, la salute e la sicurezza). Tale processo evolutivo è ancora più necessario in relazione a danni gravi e irreversibili. In tali casi, infatti, è indispensabile intervenire alla fonte del danno per evitare l'irreparabile; la prevenzione e l'anticipazione dovranno prevalere sulle misure riparatorie.

Come si è sinora cercato di evidenziare, i principi di "chi inquina paga", di prevenzione e di precauzione possono essere richiamati nel giudizio civile a diversi titoli, cosicché la funzione riparatoria della responsabilità ben potrà cedere di fronte a

quella di prevenzione dei danni. Questi tre principi potranno dunque, di volta in volta, essere invocati per appoggiare orientamenti giurisprudenziali favorevoli alle vittime o all'ambiente<sup>86</sup>. Perciò, ad esempio, l'istituto della colpa dovrà essere inteso in senso più ampio, mentre la mera minaccia di un danno o il semplice profilarsi di un rischio dovranno essere considerati come danni risarcibili. L'onere della prova a carico di persone esposte a rischio dovrà essere reso meno gravoso, in particolare attraverso una interpretazione più elastica del nesso di causalità, ma dovranno poter essere adottate dal giudice anche delle misure conservative o sospensive al fine di prevenire un danno imminente. Peraltro, il principio di precauzione non è in conflitto con la teoria del rischio. Al contrario, sia la teoria del rischio che il principio precauzionale perseguono il medesimo obiettivo, e cioè quello di fornire una maggiore protezione contro i rischi<sup>87</sup>. L'applicazione più estesa della responsabilità oggettiva in materia di diritto ambientale trova così una sua piena giustificazione nei principi di "chi inquina paga", di prevenzione e di precauzione.

Da ultimo, il principio precauzionale esclude la possibilità per i pubblici poteri di ricorrere all'incertezza scientifica come giustificazione dei danni provocati dalle loro decisioni; per il fatto stesso di regolamentare delle attività che possano causare rischi alla collettività, avranno l'obbligo di riparare i danni derivanti dalla svolgimento della normale attività degli impianti in questione. Inoltre, nella valutazione della responsabilità riguardante le attività economiche, la giurisprudenza dovrà mostrarsi più rigorosa circa il contenuto delle informazioni da fornire ai consumatori e condannare quei responsabili che si limiteranno a diffondere informazioni poco chiare sui rischi derivanti dai loro prodotti<sup>88</sup>. Alcuni temono che il principio di precauzione possa costituire un "bomba giudiziaria a scoppio ritardato", poiché

<sup>86</sup> V. il nostro testo *Les principes du pollueur-payeur, de prevention et de precaution*, cit., pp. 89-104, pp. 1-32, pp. 211-224.

<sup>87</sup> V. al riguardo la nostra tesi in *Les principes du pollueur-payeur, de prevention et de precaution*, cit., p. 218; nello stesso senso v. PH. KOURILSKY e G. VINEY, cit., pp. 133-134.

<sup>88</sup> In tal senso v. PH. KOURILSKY e G. VINEY, cit., p. 139.

potrebbe finire con il rimettere in discussione, diversi anni dopo il verificarsi di eventi, la responsabilità dei soggetti pubblici in relazione alle decisioni adottate quando questi non erano ancora del tutto al corrente delle loro conseguenze. Questi, di conseguenza, potrebbero trovarsi ad essere chiamati innanzi ai tribunali e ad essere ritenuti responsabili per rischi assunti tempo addietro e finalizzati al raggiungimento di specifici benefici. Queste preoccupazioni ci appaiono tuttavia eccessive. Senza alcun dubbio, il giudice potrà sanzionare più facilmente l'inosservanza di un dovere prudenziale richiamando il principio precauzionale; ma di certo non ne farà un uso abusivo<sup>89</sup>.

#### 4.3. *Principi ambientali e responsabilità penale.*

Diverse ragioni inducono i detentori di poteri decisionali a sentirsi più esposti oggi che in passato alle azioni penali. Si può, infatti, osservare come l'attivismo legislativo che caratterizza i settori dell'ambiente o della salute pubblica abbia comportato l'aumento del numero delle fattispecie incriminatrici penali, poiché tutte le nuove prescrizioni prevedono in via generale sanzioni penali. Inoltre, considerato il carattere, in certo senso "indolore" delle sanzioni civili oggi coperte da assicurazioni e dall'aumento dei fondi di garanzia o di indennizzo, le vittime che hanno subito danni gravi alla salute o alla loro sicurezza o ad altri beni simili tendono a preferire sempre più la via penale a quella civile. Da ultimo, il timore di coloro che assumono decisioni pubbliche è alimentato anche dalla volontà dei giudici di avere un atteggiamento più rigido verso imputati, che dotati di ampi poteri al momento in cui è stata commessa la violazione normativa. Tra le conseguenze più temute dall'applicazione del principio precauzionale figura il possibile aumento del numero dei procedimenti penali nei confronti di quei soggetti pubblici o privati che, con la loro negligenza, abbiano causato dei rischi con conseguenze nocive. Questa tendenza potrebbe alimentare nei titolari del potere decisionale una vera e propria fobia del pro-

<sup>89</sup>FR. EWAL, C. COLLIER e N. DE SADELEER, *Le principe de precaution*, in *Que sais-je*, 2001, pp. 98-100.

cesso penale, in modo da indurli ad un uso eccessivo del principio di precauzione a discapito del progresso<sup>90</sup>. Per far scattare una responsabilità penale la violazione del principio precauzionale deve essere espressamente disciplinata dal codice penale o da una legge penale specifica. Tale necessità deriva dal principio di legalità delle pene, secondo cui ciascuna sanzione penale deve basarsi su un'incriminazione normativa prevista precedentemente ai fatti oggetto dell'azione penale. Il rispetto della libertà individuale impone, infatti, che sia la legge stessa a determinare in maniera rigorosa gli elementi costitutivi della trasgressione e le pene previste per i contravventori.

Va quindi notato che in quasi in tutti gli ordinamenti giuridici la mancata precauzione non costituisce oggetto di un'incriminazione di portata generale. Nessuna sanzione penale per la violazione di questo principio è prevista in leggi speciali anche se numerose fattispecie incriminatrici derivano dalla mancanza di precauzione (così, per esempio, in materia di gestione di rifiuti pericolosi...)<sup>91</sup>. In assenza di una disposizione penale che condanni espressamente un comportamento non prudente, il trasgressore non subirà quindi un aggravio della sanzione. Il principio precauzionale potrà eventualmente essere inserito in delle fattispecie incriminatrici che sono definite in termini generici<sup>92</sup>. Fino a poco tempo fa, gli elementi dell'esposizione al pericolo di terzi si fondavano prevalentemente (in poche materie tecniche), sulle norme ordinarie e sugli obblighi e divieti previsti per una specifica attività professionale. Successivamente, tuttavia, numerose disposizioni normative interne hanno riconosciuto alcune fattispecie incriminatrici basate sulla "esposizione al pericolo di terzi"<sup>93</sup>. In questo tipo di fattispecie, il reato si consuma quando

<sup>90</sup> V. PH. KOURILSKY e G. VINEY, cit., p. 129.

<sup>91</sup> A. MARCHAL, *Le delit de mise en peril et son objet*, in *Revue de droit penal et de criminologie*, 1968-1969, p. 299.

<sup>92</sup> PH. KOURILSKY e G. VINEY, *Le principe de precaution*, cit., p. 124.

<sup>93</sup> V. l'art. 223-1 del codice penale francese ai sensi del quale "il fatto di esporre direttamente altrui ad un rischio immediato di morte o di ferite gravi [...] per la violazione manifestamente deliberata di un obbligo particolare di sicurezza o di prudenza imposto dalla legge o da un regolamento è punita da 1 anno di reclusione [...]", v. anche art. 9 del codice penale svedese, art. 211-2 US Model penal code.

non si è verificata necessariamente una effettiva lesione del bene giuridico tutelato, ma questa è anche solo potenziale. Il risarcimento del danno non è sempre richiesto in quanto a venir punita è la negligenza dell'agente che si è dimostrato incurante delle possibili conseguenze dei suoi atti<sup>94</sup>. In questo tipo di fattispecie incriminatrici è riconosciuto ai giudici un ampio potere discrezionale, dovendo questi ultimi valutare caso per caso il grado di pericolosità. Il principio precauzionale potrà allora indurre il giudice ad essere ancora più severo nei confronti di coloro che non si siano affatto preoccupati delle possibili conseguenze dei loro atti, avendo in tal modo esposto la società al rischio di un danno effettivo e reale. Del resto, l'approccio del diritto civile in materia di principio precauzionale non può essere adottato nel diritto penale, ove vigono i principi di legalità e di specialità della pena. Perciò, il giudice è tenuto ad interpretare questo tipo di fattispecie nella maniera meno sfavorevole per l'imputato. Ad ogni modo appare in via generale eccessivo condannare un imputato per un pericolo di danno ipotetico.

##### 5. LA CERTEZZA DEL DIRITTO E I PRINCIPI DEL DIRITTO AMBIENTALE

Alcuni si oppongono all'inclusione dei principi del diritto ambientale nei trattati internazionali o nelle leggi-cornice in nome della certezza del diritto. Non è stato del resto rimproverato alla Corte di giustizia della Comunità Europea il non aver seguito il suo orientamento giurisprudenziale relativo alla libera circolazione dei mercati quando essa ha invocato, nella sua sentenza *Dèchets wallons*, il principio di riduzione dell'inquinamento alla fonte al fine di convalidare un regime costituito da ostacoli tecnici di non poco dubbio applicativo<sup>95</sup>? In effetti la diffusione di

<sup>94</sup> M. PURSCH, *De la mise en ranger d'autrui*, D., 1994, p. 153, n. speciale *Le défaut de prevoyance à l'épreuve des faits de droit*, in *Rev. De droit penal et de criminologie*, 1994, pp. 229 ss.

<sup>95</sup> V. le critiche formulate verso tale sentenza da D. GERARDIN, *The Belgian Wastw Case*, in *Eur L.R.*, 1993, p. 144; L. HANSCHER e H. SEVENSTER, note alla sentenza, *C.M.L. Rev.*, 1993, p. 351; L. KRAMER, *General principles of Community Environmental Law*, cit., p. 359.

tali principi in un gran numero di disposizioni internazionali e nazionali ha suscitato il timore che i legislatori possano innescare una bomba a scoppio ritardato, autorizzando i giudici ad effettuare interventi molto incisivi e innovativi nel campo del diritto dell'ambiente. A causa di norme poco chiare, potrebbe in effetti accadere che la giurisprudenza individui il diritto al posto del legislatore<sup>96</sup>. In via generale, queste preoccupazioni non sono destituite di fondamento, giacché le incertezze circa la portata dei principi qui esaminati aumentano in modo inversamente proporzionale alla scarsa precisione delle loro formulazioni. A causa della loro polisemia, cioè dei diversi possibili significati che possono assumere, la loro applicazione può rivelarsi imprevedibile. Rispetto ad altri principi, questi possono infatti dare luogo ad applicazioni molto dissimili tra loro, giacché ciascuna nuova situazione si rivela diversa da tutte quelle che si sono verificate in precedenza. Le decisioni giudiziarie adottate in virtù di un principio non derivano mai dall'applicazione di un rigido un metodo deduttivo. Mentre i principi lasciano un ampio margine discrezionale, le regole a contenuto determinato non consentono al giudice altra scelta che quella di applicarle o di trascurarle. A differenza dei principi, esse rientrano nell'ordine di idee del "tutto o niente". L'applicazione dell'una esclude automaticamente l'altra. Due regole in contraddizione tra loro non possono sussistere. In quanto statiche, esse non si adattano per nulla come i principi alle situazioni particolari. Esse sono destinate all'omogeneità, vale a dire, la capacità di dedurre da una sola norma giuridica un numero infinito di applicazioni simili. In quanto tali, queste danno luogo alla "prevedibilità" e alla "certezza del diritto". In particolare, è la certezza giuridica che impone l'assoggettamento del giudice ad un testo legislativo dal contenuto chiaro, preciso e completo e non a norme vaghe, come appaiono, invece, i principi sinora esaminati.

È dunque necessario, in ragione della certezza del diritto, condannare i nuovi principi di diritto ambientale alla gogna?

---

<sup>96</sup> Y. JEGOZO, *Les principes généraux du droit de l'environnement*, in *Rev. fr. dr. adm.*, 12(2), marzo-aprile, 1996, p. 210.

Una simile reazione appare esagerata soprattutto ove si consideri che oggi le patologie della legge vanno aumentando in ogni campo. Scarsità di tempo e di mezzi, complessità e differenziazione delle questioni da esaminare, pressioni di lobby, disinteresse per le questioni giuridiche hanno condotto ad un incremento di leggi emergenziali, approvate in maniera affrettata e piene di lacune e di contraddizioni e di breve. Sempre in conflitto tra diversi interessi in contraddizione, i pubblici poteri cercano di soddisfare gli uni e gli altri, impegnandosi così in un costante processo di rattoppo legislativo<sup>97</sup>. Una riforma di ampia portata in materia di tutela degli habitat naturali comporterà necessariamente, ad esempio, l'adozione di una serie di deroghe in favore degli interessi socio-economici. In definitiva va rivelato come in questo campo si assiste ad una fuga in avanti: la scarsa concretezza delle leggi in vigore spinge il legislatore ad adottare costantemente dei nuovi testi normativi che vengono così a sovrapporsi al diritto esistente senza perciò renderlo più efficace<sup>98</sup>.

La necessità di emanare nuove disposizioni legislative è spesso dovuta alla mancata o insufficiente applicazione della legislazione precedente. Così il diritto ambientale è fornito, nella maggior parte dei paesi occidentali, di centinaia di leggi la cui efficacia è assai discutibile considerata la loro precarietà e farraginosità. Il giurista dovrà compiere molti sforzi per ritrovare in questa confusione normativa il dogma della certezza del diritto. L'incertezza giuridica che ne deriva non è di certo esclusiva del diritto dell'ambiente, giacché tutti i settori dell'ordinamento ne sono colpiti. Non c'è pertanto da meravigliarsi se le giurisdizioni internazionali più importanti cerchino di porre freno a tale tendenza, attraverso l'individuazione di principi generali (come ad esempio, il principio della certezza del diritto). In quest'ottica, i principi del diritto ambientale potranno costituire un freno alla precarietà del diritto. Adattabili per natura, questi principi go-

<sup>97</sup> FR. OST, *La regulation: des horloges et des nuages...*, in *Elaborer la loi aujourd'hui, mission impossible?*, Bruxelles, publication des facultés universitaires Saint-Louis, 1999, p. 17.

<sup>98</sup> OST, *Le temp du droit*, Paris, Odile Jacob, 1999, p. 289.

dono in effetti di una stabilità che neanche le norme più rigorose possiedono più, in quanto esse devono essere formalmente modificate ogni volta che cambiano le circostanze. Laddove infatti le norme dettagliate devono costantemente formare oggetto di modifiche al fine di essere adattate alle situazioni che cambiano, i principi restano immutabili. Ma anche gli ordinamenti giuridici, per sopravvivere, hanno bisogno di regole giuridiche in grado di consentire degli adattamenti senza ricorrere a modifiche legislative inopportune. I principi hanno quindi il merito di garantire al diritto una stabilità maggiore rispetto alle disposizioni normative dettagliate, instabili e caotiche, tipiche del diritto ambientale. Assumendo una funzione di riduzione dell'incertezza, questi finiscono dunque con il produrre un effetto opposto a quello, a prima vista, loro rimproverato.

A ciò bisogna aggiungere che i principi non offrono ai giudici una clausola in bianco, che consente a questi di decidere i processi come credono. Se è vero che i giudici acquisiscono un certo margine di libertà interpretativa, questi sono tenuti anche a trovare una soluzione in armonia con lo spirito del sistema giuridico. Qualora infatti la soluzione non si conformasse ai valori previsti dal sistema, essa non produrrebbe alcun effetto giuridico. Peraltro, i giudici ricorreranno ai principi soltanto qualora dovranno far prevalere un'interpretazione su un'altra. I principi quindi si rivelano in continuo rapporto con le regole giuridiche più dettagliate, riducendo così il rischio di insicurezza giuridica. L'indeterminatezza dei principi può difficilmente essere considerata la fonte di decisioni arbitrarie<sup>99</sup>. Del resto, è sempre possibile ridurre il margine interpretativo dei principi giacché spetta alla dottrina e alla giurisprudenza individuare man mano la loro portata. Da ultimo si può notare come, in un ottica post-moderna del diritto, i principi possano essere considerati come elementi stabilizzatori piuttosto che perturbatori del sistema giuridico. Infatti, grazie ai loro principi, disposizioni legislative molto diverse tra loro garantiranno la coesistenza di interessi concorrenti: tali principi infatti saranno in grado di conciliare le diffe-

---

<sup>99</sup>J. RAZ, *The authority of law*, Oxford, 1979, p. 96.

renti previsioni normative e di pervenire, a seguito della valutazione degli interessi, ad una equilibrata definizione degli interessi in causa.

In conclusione, si può ritenere che la natura elastica dei principi non metta per nulla in discussione la certezza del diritto peraltro messa in pericolo dal proliferare di regole giuridiche eccessivamente dettagliate modificate costantemente.

#### 6. CONSIDERAZIONI CONCLUSIVE

Per fare luce sulla natura giuridica dei principi del diritto ambientale bisogna, quindi, guardarsi bene dalle apparenze. Infatti, non tutte le disposizioni indicate con il termine di "principi", costituiscono inevitabilmente dei veri e propri principi giuridici mentre, all'opposto, talune disposizioni che non vengono individuate come tali rivestono i tratti tipici dei principi. Per individuare la natura giuridica di queste norme bisognerà seguire un processo più logico che analitico. L'approccio deve quindi essere articolato, perché conclusioni troppo categoriche negherebbero l'elemento caratteristico dei principi che resta l'elasticità.

Per essere qualificati come principi giuridici, gli enunciati che li affermano devono trarre origine da un testo normativo vincolante (approccio formale) ed imporsi a destinatari specifici, nel nostro caso agli Stati, ma allo stesso tempo essere applicabili negli ordinamenti giuridici nazionali nei confronti dei cittadini (approccio materiale). Il fatto che talune norme siano caratterizzate da un elevato livello di astrattezza, che il loro carattere obbligatorio sia sfumato rispetto ad altre norme a contenuto determinato e che non siano sanzionabili non sia immediatamente, non le priva del loro valore normativo a condizione che esse si basino su fonti giuridiche vincolanti e che siano espresse in termini sufficientemente prescrittivi. I principi del diritto ambientale quando sono enunciati in testi normativi internazionali (ad esempio una convenzione multilaterale), o di diritto comunitario (come per esempio, il trattato Ue., una direttiva o un regolamento) oppure degli ordinamenti giuridici nazionali (ad. es. in una legge-quadro), assumono i caratteri tipici delle regole a contenuto in-

determinato. Quindi pur se contengono certamente aspetti che li avvicinano agli slogan od ai manifesti politici, non sono semplici strumenti di lotta politica, quando sono enunciati da testi a contenuto normativo e vincolanti per determinate categorie di soggetti, vanno considerati vere e proprie norme giuridiche caratterizzate da una applicazione non immediata ma differita. Il loro carattere generico comporta due conseguenze: da una parte hanno una forza cogente inferiore rispetto alle altre disposizioni normative, dall'altra la loro applicazione risulta meno prevedibile. Inoltre, il loro valore normativo varia a seconda dell'ordinamento giuridico nel quale sono inseriti: nazionale, comunitario o internazionale. Ma, come si è dimostrato, i principi più emblematici del diritto ambientale non sono necessariamente sinonimo di incertezza del diritto. Del resto, questi principi si vanno affermando progressivamente come regole giuridiche di immediata e autonoma applicazione nel contenzioso riguardante decisioni pubbliche adottate in un contesto d'incertezza scientifica, e la loro portata risulta sempre meglio puntualizzata dalla giurisprudenza.