



**HAL**  
open science

## Il principio di precauzione dinnanzi al giudice amministrativo francese

Manuel Gros, Giuliano Serges

► **To cite this version:**

Manuel Gros, Giuliano Serges. Il principio di precauzione dinnanzi al giudice amministrativo francese. *Diritto e Società*, 2014, III serie (4/2013), pp.709-758. hal-01668339

**HAL Id: hal-01668339**

**<https://hal.science/hal-01668339v1>**

Submitted on 20 Dec 2017

**HAL** is a multi-disciplinary open access archive for the deposit and dissemination of scientific research documents, whether they are published or not. The documents may come from teaching and research institutions in France or abroad, or from public or private research centers.

L'archive ouverte pluridisciplinaire **HAL**, est destinée au dépôt et à la diffusion de documents scientifiques de niveau recherche, publiés ou non, émanant des établissements d'enseignement et de recherche français ou étrangers, des laboratoires publics ou privés.

DIRITTO E SOCIETÀ  
4/2013

*Manuel Gros*  
*con l'aggiunta di note di Giuliano Serges*

IL PRINCIPIO DI PRECAUZIONE DINNANZI  
AL GIUDICE AMMINISTRATIVO FRANCESE

*[Estratto]*

EDITORIALE SCIENTIFICA  
NAPOLI 2013



Manuel Gros  
con l'aggiunta di note di Giuliano Serges

### IL PRINCIPIO DI PRECAUZIONE DINNANZI AL GIUDICE AMMINISTRATIVO FRANCESE\*

SOMMARIO: Premessa. – I. Difficoltà d'integrazione prima della consacrazione costituzionale: A. La generale difficoltà d'inserimento nel diritto francese dei principi ambientali; B. Assenza di contenuto e di definizione del principio di precauzione; C. Una consacrazione costituzionale nell'ambiguità semantica. – II. Una "invocabilità" in aumento, ma limitata: A. La difficile invocabilità diretta; B. La invocabilità indiretta; C. I limiti della ragione economica di Stato: precauzione, antenne ricetrasmittenti di telefonia mobile e OGM nella giurisprudenza

\* Il testo riproduce, con alcune modifiche, il contenuto della *Lectio magistralis* tenuta il 22 marzo 2013 all'Università degli Studi "Roma Tre" (Dipartimento di Giurisprudenza) da Manuel Gros, ed è stato tradotto e rivisto da Giuliano Serges, al quale vanno altresì attribuite le note precedute dalla sigla NDT. A tal riguardo, si deve precisare che in alcuni casi si è preferito non rendere in lingua italiana talune espressioni richiamate in nota e tratte dai lavori di altri Autori poiché, se da un lato tali citazioni non sono state ritenute coesenziali alla comprensione globale del testo, dall'altro si è voluto evitare che un "eccesso di traduzione" non consentisse al Lettore di cogliere il reale significato e le esatte sfumature del testo originale. Allo stesso modo talvolta non è stato tradotto il nome di alcune delle Istituzioni della Repubblica Francese richiamate nel testo (ad esempio: *Conseil d'État* o *Conseil Constitutionnel*), in questo caso per non incorrere nel rischio di indurre in confusione chi legge tra il soggetto francese e l'omologo (o omonimo) italiano.

Occorre infine segnalare che nel testo sono utilizzate alcune abbreviazioni d'uso corrente nella saggistica francese: AJDA, *L'actualité juridique. Droit Administratif*; BJDU, *Bulletin de jurisprudence de droit de l'urbanisme*; CAA, *Cour administrative d'appel*; CC, *Conseil Constitutionnel*; CE, *Conseil d'Etat*; *Concl.*, Conclusioni del *commissaire du gouvernement* o del *rapporteur public*; CJCE, *Cour de justice des communautés européennes*; D., Dalloz; *Dr. Adm.* opp. DA opp. RPD, *Droit administratif. Revue mensuelle du Juris-classeur administratif*; DC, *Contrôle de constitutionnalité des lois ordinaires, lois organiques, des traités, des règlements des Assemblées*; JCP G, *La semaine juridique. Edition générale*; JOAN Q, *Journal officiel de l'Assemblée nationale. Questions réponses*; *Obs.*, osservazioni o commenti di dottrina; QPC, *Question prioritaire de constitutionnalité*; *Rec. CE*, *Recueil Lebon*; *Rec. Cons. Const.*, *Recueil des décisions du Conseil constitutionnel*; *Rec. CJCE*, *Recueil des arrêts de la Cour de justice des Communautés européennes*; *Rev. Adm.* opp. RA, *Revue adminis-*

### Premessa

Quello del “principio di precauzione” è un concetto che, originariamente elaborato in ambito scientifico-ambientale, ha di recente trovato, con la nascita e la progressiva fortuna del c.d. “diritto dell’ambiente” (o “diritto ambientale”), una sua dimensione giuridica, dapprima in ambito internazionalistico e poi, non senza difficoltà, in molti degli ordinamenti nazionali. Ad oggi non ne esiste ancora una definizione univoca, come si vedrà nel corso della trattazione. Come ricorda Nicolas de Sadeleer il principio di precauzione – come anche quello di prevenzione, di cui diremo a breve – esprime un concetto apparentemente semplice «la cui comprensione sembra andare da sé, ma che ha tendenza a complicarsi mano a mano che si cerca di definirlo»<sup>1</sup>. Vi è tuttavia sostanziale concordia nel riconoscergli una caratteristica fondamentale: quella di riposare su di un rischio potenziale dato da una incertezza scientifica. Più precisamente il principio di precauzione imporrebbe, stando a una generica definizione, che si non procedesse al compimento di un’azione, ovvero che si interrompesse un’azione già iniziata, allorquando il livello di incertezza scientifica relativo all’ambito in cui quell’azione si svolge o dovrebbe svolgersi non consenta né di escludere che possano prodursi dei danni, né tantomeno di conoscere quali sarebbero i danni che potrebbero prodursi, né – infine – di determinare se alcuni danni già realizzati siano dovuti a quell’azione. In ciò differirebbe dal c.d. “principio di prevenzione”, che invece muove dalla pretesa di una “certezza scientifica” – concetto di per sé piuttosto fumoso (come si vedrà *infra*, par. II, C), allorché in realtà può parlarsi, al limite, di una minore incertezza, ma non certo di una certezza – per la quale si possono conoscere quali danni potrebbero prodursi, ma non se effettivamente tali danni si produrranno<sup>2</sup>.

*trative; Dr. env. opp. RDE, Revue de droit de l’environnement; RDP, Revue du droit public et de la science politique en France et à l’étranger; RJE, Revue Juridique de l’Environnement; TA, Tribunal administratif; TC, Tribunal des conflits.* È in ogni caso possibile consultare l’elenco delle abbreviazioni utilizzate in ambito giuridico catalogate dal *Syndicat national de l’édition (SNE)* all’indirizzo internet [www.sne.fr/img/pdf/SNE/Abr\\_principales\\_ref\\_matiere\\_juridique.pdf](http://www.sne.fr/img/pdf/SNE/Abr_principales_ref_matiere_juridique.pdf).

<sup>1</sup> N. DE SADELEER, *Les Principes du pollueur-payeur, de prévention et de précaution*, Bruxelles 1999, 227.

<sup>2</sup> Com’è stato notato anche dalla dottrina italiana, «il principio di prevenzione si differenzia dal principio di precauzione [...] in quanto, pur condividendo con esso il carattere anticipatorio rispetto all’eventuale verificarsi del danno, si applica a situazioni in cui il rischio ambientale in questione è scientificamente provato e non esiste solamente un mero principio di prova a sostegno dell’azione anticipatoria» (P. DELL’ANNO, E. PI-

In altri termini il principio di prevenzione, implica la messa in opera di regole e di azioni per anticipare qualunque pregiudizio all'ambiente, a fronte di un rischio già provato, mentre il principio di precauzione si impiega innanzi a un rischio solamente sospettato, rispetto al quale dimora una incertezza scientifica<sup>3</sup>.

La diffusione del principio di precauzione – come, d'altronde, del principio di prevenzione – è naturalmente legata alla diffusione della protezione dell'ambiente come bene da tutelare anche a livello giuridico<sup>4</sup>.

In questo senso, può dirsi che il vero e proprio “primo passo” dei vari Stati nel senso di una presa di coscienza mondiale per la protezione dell'ambiente è la Conferenza mondiale sull'ambiente umano, svoltasi a Stoccolma nel 1972. Tale conferenza, organizzata in seno alle Nazioni Unite, fu la prima edizione di quello che comunemente viene chiamato il “*Summit della Terra*”. Dal 1972 questi incontri mondiali hanno luogo ogni 10 anni, determinando degli apporti più o meno importanti in materia di protezione ambientale. Così, dopo Stoccolma ci furono Nairobi (1981), Rio (1992), Johannesburg (2002) e Rio+20 (2012).

La Dichiarazione di Rio, precipuamente dedicata alla protezione ambientale, proclama numerosi principi a favore della preservazione dell'ambiente naturale. Tra questi, uno dei più rilevanti è il principio di precauzione (Principio n. 15) – accanto ad altri grandi principi<sup>5</sup> – che viene così presentato: «al fine di proteggere l'ambiente, gli Stati applicheranno largamente, secondo le loro capacità, il metodo precauzionale. In caso di rischio di danno grave o irreversibile, l'assenza di certezza scientifica assoluta non deve servire da pretesto per differire l'adozione di misure ade-

COZZA, *Trattato di diritto dell'ambiente*, Volume 1, Padova 2012, 33 ss., 34). Si veda anche G. VISINTINI, *Trattato della responsabilità contrattuale*, Volume 3, Milano 2009, 131 ss.

<sup>3</sup> Cfr. M. GROS, *Les principes de précaution et de prévention*, in M. GROS (a cura di), *Leçons de droit de l'environnement*, Paris 2013, 51, a cui sia consentito rinviare.

<sup>4</sup> Per una ricostruzione della storia del diritto ambientale si veda L. BERTRAND, *Histoire et définition du droit de l'environnement*, in M. GROS, *Leçons*, cit., 7 ss.

<sup>5</sup> Tra i quali possiamo richiamare, ad esempio, il principio di prevenzione (Principio n.11) e il principio di “internalizzazione” dei costi ambientali – o “chi inquina paga” – (Principio n. 16). Pure il principio di partecipazione dei cittadini ai temi ambientali e di accessibilità dell'informazione è menzionato nella Dichiarazione di Rio (Principio n. 10), anche se esso sarà meglio sviluppato in seguito con la Convenzione di Århus del 1998. Per una definizione di questi principi si vedano, nella dottrina italiana, anche per ulteriori riferimenti bibliografici: P. DELL'ANNO, E. PICOZZA, *Trattato*, cit., 33 ss.; G.L. ROTA, *Ambiente. Novità e applicazioni del D.lg. 152/2006 e normativa collegata*, Tomo I, II ed., Torino 2011, 439; L. PRATI, *Il danno ambientale e la bonifica dei siti inquinati*, Milano 2008, 43 e 61 ss.; G. ROSSI, *Principi di diritto amministrativo*, Torino 2010. Sia consentito, infine, richiamare M. GROS, *Leçons*, cit., 41 ss.

guate ed effettive, anche in rapporto ai costi, dirette a prevenire il degrado ambientale».

Il principio di precauzione è oramai entrato a far parte del linguaggio corrente ed utilizzato soprattutto negli ambiti metereologico, sanitario, medico, ma anche sociologico, politico, financo sentimentale, al punto da perdere il suo contenuto originario.

Questi grandi principî ambientali hanno suscitato sin dall'inizio un dibattito relativo alla loro posizione all'interno dell'ordinamento giuridico.

Una scelta tra i due possibili approcci all'argomento ci consentirà di circoscrivere l'oggetto della trattazione.

Il primo approccio consiste nel considerare che i principî ambientali – il “diritto ambientale”, per semplificare – non abbiano autonomia giuridica, non costituendo essi un insieme autonomo di norme giuridiche, bensì una serie di regole da doversi integrare nel diritto interno dello Stato (o dell'Unione Europea, intesa come sistema giuridico integrato ovvero al quale obbligatoriamente conformarsi). Abbiamo già conosciuto, di recente, le deprecabili conseguenze, peraltro subito corrette dalla giurisprudenza, di pulsioni autonomiste di certe pretese discipline giuridiche “alla moda”, come il “diritto dello sport”. E tali pulsioni devono quindi serenamente essere scartate: il diritto ambientale fa parte integrante dell'ordinamento giuridico nel quale lo si vuole applicare, e nel caso particolare della Francia appartiene sia al diritto pubblico che al diritto privato.

Il secondo approccio consiste, invece, nel tentare di interrogarsi sul fenomeno giuridico ambientale dal punto di vista della sua “normatività”, cercando di collocarlo su di una scala crescente.

Si tratta di un approccio tipico della dottrina francese, consistente nell'inquadramento di un fenomeno giuridico sulla base di un “asse” (o di una “scala”) della normatività. Qui il termine “normatività” è utilizzato con un significato del tutto peculiare, e di conseguenza altrettanto peculiare è il significato che viene attribuito agli altri termini che compongono la suddetta “scala”: progetto, principio, norma, diritto, sino ad arrivare al “caso di apertura”. Poiché tale approccio, e il relativo uso terminologico, potrebbero non trovare piena corrispondenza nelle elaborazioni concettuali della dottrina italiana, ci accingiamo a illustrare, sia pur brevemente, i caratteri fondamentali della nostra “scala della normatività”.

Il primo gradino della scala è quello del “progetto”<sup>(1)</sup>; esso attiene ad un

<sup>(1)</sup> NDT Cioè della direzione teleologica che si intende perseguire e attorno alla quale si sviluppano i valori portanti che si ritengono ad essa coesenziali.

momento, per così dire, affettivo ed è espresso da uno o più individui. Attribuisce al “progetto”, ad esempio, il desiderio di una coppia che vuole vivere insieme, così come la situazione di convivenza tra più individui esige un trattamento egualitario tra essi. In materia ambientale, la celebre frase di Antoine de Saint Exupéry<sup>6</sup> secondo il quale «noi non ereditiamo la terra dai nostri antenati, la prendiamo in prestito dai nostri figli»<sup>(2)</sup> si pone, naturalmente, dal momento in cui essa è stata messa per iscritto, come “progetto”.

Condiviso da numerose persone, il progetto accede al secondo gradino della normatività, quello del principio. Il principio è, quindi, un progetto condiviso da molte persone. In questo senso il matrimonio è il principio sotteso al progetto della coppia di vivere assieme; il principio di eguaglianza della Rivoluzione collettivizza la situazione di convivenza; lo sviluppo sostenibile è un principio (assieme ad altri) sorto dal progetto di Saint Exupéry. Ma il principio – che è politico, così come il progetto è affettivo – non è ancora considerato una norma.

Il gradino della norma – secondo la tesi della “scala della normatività” – presuppone l’ingresso nella sfera giuridica e un minimo di effetti normativi, sia pur in termini generici: in altre parole, il principio richiede di essere, per così dire, “positivizzato”. Così il Preambolo della Costituzione del 1946 o la Costituzione della V Repubblica hanno fatto del principio di eguaglianza una norma. Ma neanche lo *status* di “norma” è sufficiente a conferire l’effettività; è necessario, infatti, attribuire alla norma una capacità, per così dire, oppositiva.

Questa “opponibilità” si ritrova in un altro gradino della scala della normatività, quello del passaggio allo stadio di “diritto”, nel senso di diritto soggettivo, descritto da René Capitant<sup>7</sup>, in sostanza, come un principio al quale sia associata una azione che permetta di far rispettare quel principio stesso, sanzionandone le violazioni. Il principio di eguaglianza accede, così, allo *status* di diritto soggettivo: ad esempio, nell’ambito

<sup>6</sup> Attribuita egualmente a Léopold Sedar Senghor, che l’aveva senz’altro presa in prestito, a sua volta, da un proverbio Masai, come Saint Exupéry l’aveva verosimilmente presa in prestito da un proverbio indiano del Sud-America («la terra non è un dono dei nostri genitori, sono i nostri figli che ce la prestano»).

<sup>(2)</sup> NDT La frase è, ormai, notissima anche in Italia, essendo stata utilizzata dall’attore Roberto Benigni in una celebre intervista rilasciata al compianto giornalista Enzo Biagi il 10 maggio 2001 per la trasmissione televisiva “Il Fatto”, su Raiuno. In quell’occasione, infatti, Benigni affermò: «l’abbiamo in prestito, questo mondo, dai nostri figli, non ce l’abbiamo in eredità dai nostri padri. Ce l’abbiamo in prestito. E allora, ai nostri figli, ai bambini, gli dobbiamo far trovare una cosa per la quale dire: “oh, t’abbiamo voluto bene, t’abbiamo amato”».

<sup>7</sup> 1901-1970, Professore di diritto e uomo politico francese.



della responsabilità oggettiva, con la celebre decisione del *Conseil d'État* «*Couitéas*»<sup>8</sup>. Le recenti discussioni in Francia sulla “opponibilità” del diritto all'alloggio mostrano egregiamente come labile sia il confine tra norma, diritto e opponibilità.

Ma i gradini della normatività sono ancora molteplici; solo all'ultimo vi troviamo il “*cas d'ouverture*”<sup>(3)</sup>, che costituisce la versione tecnica finale della normatività; è un principio (per esempio l'obbligo di motivazione degli atti amministrativi) che ha superato con successo tutte le tappe della scala per essere infine riconosciuto come argomento (su di un piano sociologico), come mezzo (in termini procedurali) e come situazione tutelabile (nel caso di specie con un ricorso per eccesso di potere) e condurre all'annullamento di un atto di amministrativo che l'abbia violato. Così, per rimanere nell'esempio del principio di eguaglianza, la decisione «*Société des concerts du conservatoire*»<sup>9</sup> consacra l'ammissione del principio di eguaglianza (nei confronti dei servizi pubblici) allo stadio di situazione tutelabile.

Il principio di precauzione, come indica il suo nome, è un principio, e si pone, naturalmente la questione di sapere se sia già divenuto una norma, un diritto, financo un mezzo d'annullamento (e quindi un “*cas d'ouverture*”) nel diritto francese.

La questione alla quale ci interesseremo è, dunque, quella della sua “normatività”, intendendosi tale termine nel senso peculiare che abbiamo sopra illustrato.

Essa include, allo stesso tempo, il valore giuridico del principio e la sua portata. Quest'ultima, in materia di contenzioso, può tradursi con un neologismo: la “invocabilità” effettiva.

Prima di sviluppare gli elementi evolutivi, come anche i limiti della sua pretesa invocabilità contenziosa, bisogna tuttavia preliminarmente illustrare le difficoltà d'integrazione nel diritto francese che incontra il principio in esame, malgrado la sua recente consacrazione costituzionale.

<sup>8</sup> *Conseil d'État* 30 novembre 1923 *Couitéas*, R. 789.

<sup>(3)</sup> NDT Espressione di difficile traduzione. Letteralmente “caso di apertura”. La traduzione forse più vicina al significato reale sarebbe “pretesto d'attivazione” (della tutela giurisdizionale). Si tratta, in pratica, della situazione concreta tutelabile, ovverosia dell'ipotesi, della fattispecie, concreta e autonoma, tale da far attivare, da sola e direttamente, la tutela giurisdizionale. In questo senso, quindi, si può parlare di “caso di apertura”: di un “progetto”, divenuto principio e poi tradottosi in una norma giuridica, che consente, giunto alla sua massima evoluzione, di attivare la tutela giurisdizionale dinanzi ad un caso concreto nel quale entra in gioco. Esso diventa, in altri termini, un autonomo “caso” (pretesto) con cui “aprire” (attivare) la tutela giurisdizionale.

<sup>9</sup> *Conseil d'État* 9 marzo 1951, R. 151.

## I. Difficoltà d'integrazione prima della consacrazione costituzionale

Il principio di precauzione, al di là di una generale difficoltà d'inserimento nel diritto francese dei principî ambientali (A), ha sofferto precipuamente, come già accennato, di una sua carenza contenutistica e definitiva (B) prima di conoscere non ostante ciò, e sia pur con una ambiguità semantica, una consacrazione costituzionale (C).

### A. La generale difficoltà d'inserimento nel diritto francese dei principî ambientali

La questione dell'integrazione dei principî ambientali, come il principio di precauzione, nella gerarchia delle norme conosce nel diritto francese tre difficoltà. La prima è esogena ed attiene all'instabilità del diritto pubblico interno francese (1). Le altre due sono endogene e scaturiscono dalla natura stessa di questi principî, sorti da *soft law*<sup>(4)</sup> (2), e dalla loro ispirazione collettiva, se non addirittura, per così dire, "collettivista" (3).

#### 1. I principî ambientali devono integrarsi con un diritto instabile

I principî ambientali hanno una certa vocazione a integrarsi nel diritto interno, più generalmente nel diritto pubblico e, di fatto, nel diritto amministrativo. Ora, quest'ultimo è, dalla seconda metà del XX secolo, divenuto un diritto instabile. Senza cercare le cause dell'instabilità – natura giurisprudenziale delle regole adattata ad una amministrazione che svolge funzioni soprattutto "regaliane"<sup>(5)</sup>; problemi dati dalla cosiddetta

<sup>(4)</sup> NDT La dottrina francese – e l'Autore di questo testo non fa eccezione – preferisce usare l'espressione "*droit mou*" che è, per l'appunto, la traduzione letterale di "*soft law*". La dottrina italiana, invece, usa normalmente l'espressione inglese, mentre è davvero raro (seppur non impossibile) trovare l'equivalente italiano "diritto morbido". Per agevolare il lettore italiano, a cui questo scritto è destinato, abbiamo dunque preferito usare, nel corpo del testo, l'espressione "*soft law*".

<sup>(5)</sup> NDT L'espressione "funzioni regaliane" è un francesismo, da "*fonction régaliennes*". Come spiega M. LAKEHAL, *Dictionnaire de science politique. Les 1500 termes politiques et diplomatiques pour rédiger, comprendre et répondre au discours politique*, Paris 2007, 180 «le funzioni regaliane sono le funzioni sovrane che lo Stato non può trasferire ad alcuna istituzione privata: giustizia, polizia, moneta, difesa nazionale, debito pubblico» e si distinguono, ad esempio, dalle "funzioni tutelari" che sono «tutte le attività di educazione, sanità, trasporti, piaceri assicurati totalmente o parzialmente dallo Stato perché il mercato non le soddisfa o non le soddisfa sufficientemente».

codificazione “a diritto costante”<sup>(6)</sup>, che di solito complica le cose più di quanto non pretenderebbe semplificarle; inflazione quantitativa di nome; inadeguatezza – la constatazione di tale instabilità salta agli occhi in tutti gli ambiti-chiave del diritto amministrativo: instabilità testuale permanente del diritto dei contratti, diversità e sofisticatezza sempre più grandi del diritto della responsabilità, etc. Ma è senz’altro in termini di quella che potremmo definire “normatività amministrativa” che il diritto amministrativo è più instabile.

Possiamo spiegare tale ultima affermazione facendo riferimento all’esperienza della polizia. Consideriamo, per esempio, la *summa divisio* della polizia generale opposta alle polizie speciali<sup>10</sup>. Di primo acchito, infatti, sembrerebbe che questi due tipi di polizia siano insuscettibili d’intervenire simultaneamente. Non è sempre così. In materia d’estrazione mineraria, per dirne una, la polizia mineraria – speciale per eccellenza e di competenza del prefetto, rappresentante dello Stato – non priva in alcun modo il Sindaco – autorità della polizia generale – dei suoi obblighi di polizia generale che si esercitano su tutto il territorio del Comune, vale a dire sull’insieme dei siti minerari o di quelli che abbiano il carattere di *installation classée*<sup>(7)</sup>, come dei siti non minerari, in forza del celebre articolo L2212-1<sup>11</sup> del Codice generale delle collettività territoriali.

<sup>(6)</sup> NDT Quanto alla “codificazione a diritto costante”, si tratta di una sorta di “ricompilazione” del diritto vigente, molto in voga in Francia in questo periodo. In sostanza consiste nell’attuazione di una politica legislativa volta a riordinare la normazione in una certa materia, sparsa in numerosi atti normativi, in un unico testo, senza tuttavia modificare (almeno in teoria) i contenuti degli atti originari (per ciò “a diritto costante”). Si tratta, in un certo senso, della risposta francese a quella che Irti chiama “l’età della decodificazione” (N. IRTI, *L’età della codificazione*, Milano 1986), «quando sui giuristi torna l’ufficio di ristabilire l’unità infranta dalle leggi speciali e di conciliare i principî del codice con i principî delle discipline di settore» (N. IRTI, voce *Legislazione e codificazione*, in *Enciclopedia delle scienze sociali*, Roma 1996, ora anche su [www.treccani.it](http://www.treccani.it), § 4), alla quale si congiungono, tuttavia, i «fasti della globalizzazione», che «ci presentano sempre nuove figure di pretese ‘ricodificazioni’, che spesso nascono dall’esigenza di un recupero del valore simbolico della forma-codice, che spesso non trova conforto nelle varie forme di codificazioni a diritto costante o di settore» (P. CAPPELLINI, *La forma codice. Metamorfosi e polemiche novecentesche*, in *Il contributo italiano alla storia del Pensiero – Diritto*, Roma 2012, anche su [www.treccani.it](http://www.treccani.it)).

<sup>10</sup> Tale distinzione potrebbe risultare sconosciuta al lettore italiano. Non essendo, tuttavia, possibile entrare nel dettaglio di tale argomento in questa sede, ci sia consentito rinviare a M. GROS, *Droit Administratif. L’angle jurisprudentiel*, III ed., Paris 2011, 55 ss., anche per ulteriori riferimenti bibliografici.

<sup>(7)</sup> NDT Imprese industriali o agricole suscettibili di provocare rischi, inquinamento o nocumento alla sicurezza ed alla salute degli abitanti.

<sup>11</sup> La polizia generale, conferita al Sindaco in forza dell’art. L 2212-1, «ha per obiet-

Riguardo al principio di precauzione, le recenti decisioni in materia di antenne ricetrasmittenti di telefonia mobile (*infra*, par. II, C) o in materia di divieto di organismi geneticamente modificati (O.G.M.) hanno provocato un vero e proprio conflitto di competenza, davanti al giudice, tra i poteri di polizia speciale dei vari corpi dello Stato e il potere di polizia generale del Sindaco<sup>12</sup>.

A questa instabilità radicata, legata alla sovrapposizione delle competenze, si aggiunge, talvolta, una instabilità ontologica, propria di certe discipline del diritto pubblico francese. È il caso, per esempio, del sistema normativo urbanistico, che oggi presenta una instabilità allo stesso tempo quantitativa e qualitativa.

Quantitativa per la profusione di norme a geometria e ad autori variabili.

Qualitativa in quanto il diritto urbanistico francese conosce almeno tre livelli di quelli che vengono chiamati dalla dottrina francese “rapporti di normatività”. Il primo è quello della “conformità”, classico, e riguarda i rapporti tra gli atti individuali (permessi, autorizzazioni) e i *documents d'urbanismes*, atti tipici della materia urbanistica (P.O.S., piani di occupazione del suolo, P.L.U., piani locali urbanistici; R.N.U., regolamenti nazionali urbanistici). Il secondo è il rapporto di “compatibilità” riservato di solito ai rapporti tra gli stessi succitati *documents d'urbanismes*, intesi in senso ampio (rapporti tra P.L.U. e S.C.O.T., schemi di coerenza territoriale, schemi di valorizzazione del mare). Tale problematica, peraltro, ha suscitato numerosi tentativi definatori sul senso preciso del termine “compatibilità” (sostenendo che esso debba intendersi come “non incompatibilità manifesta”, ovvero come “non contrarietà”, o con definizioni addirittura più ambigue).

Quanto al terzo rapporto di normatività, quello della c.d. “presa in conto”<sup>(8)</sup>, esso presenta tratti a volte persino surreali, in riferimento alla

tivo quello di assicurare l'ordine pubblico, la pubblica sicurezza e la pubblica salubrità» (art. L 2212-2).

<sup>12</sup> Il potere di polizia generale, che ha una portata molto estesa, è soggetto, come chiarito da una celebre decisione del *Conseil d'État*, a quel particolare tipo di controllo del giudice amministrativo qualificato dalla dottrina come “massimo”, consistente in una verifica dell'adeguatezza della misura adottata dalla polizia ai fatti, ovvero sia alla proporzionalità del provvedimento al rischio che questo stesso si propone di evitare (*Conseil d'État* 19 mai 1933, Benjamin, Rec. 541).

<sup>(8)</sup> NDT Consistente in un particolare rapporto di dipendenza tra gli atti, in base al quale l'uno debba obbligatoriamente “prendere in conto”, cioè “prendere in considerazione”, un altro.

questione relativa al sapere se la “presa in conto” si limiti ad una indicazione teleologica, di risultato – ciò che non avrebbe alcun senso – o vada più lontano, ma allora si avvicinerrebbe fortemente – sino forse a coincidere – alla “compatibilità”. Tali sono, ciò non ostante, gli obblighi (la “presa in conto”) per esempio dei P.L.U. in relazione ai “programmi di referenza urbana”<sup>(9)</sup>, come previsto dal L123-1 del Codice urbanistico, o dei piani di edilizia locale (P.L.H.).

In questo modo il diritto comune in materia urbanistica si arena nei suoi nuovi strumenti di pianificazione: così è per i Piani locali urbanistici (P.L.U.), elaborati dai Comuni e che devono essere compatibili con gli schemi di coerenza territoriale (gli S.C.O.T., assimilabili ai vecchi *schémas directeurs*, schemi-quadro) di livello intercomunale, essendo ambo i due, peraltro, sottomessi alle prescrizioni dei Piani di prevenzione dei rischi «naturali» (PPRN), «tecnologici» (PPRT) o minerari (i PPRM previsti dal Codice minerario), o ancora per i Piani di prevenzione delle inondazioni (PPI), formando, tali differenti atti, l’oggetto di una concertazione arbitrata dallo stato. Una tale miscela di rapporti fra atti finirà, in molti casi, per essere esplosiva, poiché le spinte locali allo sviluppo (espresse da PLU e SCOT) non saranno sempre compatibili con la prudenza dei piani di prevenzione (PPRN, PPRT, PPI) e di altri atti specifici (SDAGE, schema direttore per la pianificazione e la gestione delle acque, e S.A.G.E., schema per la pianificazione per l’acqua, per quanto riguarda l’acqua; Piano dipartimentali per la gestione dei rifiuti, carte dei parchi naturali regionali). Senza contare che i PIG (progetti d’interesse generale), che devono essere autorizzati dal prefetto con *arrêté préfectoral*, o le servitù d’utilità pubblica (articolo L 126-1 del Codice urbanistico) potranno complicare il quadro esigendo un rapporto di conformità a loro beneficio.

Potremmo infine aggiungere l’instabilità ulteriore provocata dalle necessarie interferenze apportate dal diritto dell’Unione Europea, quando esso sia – come talvolta capita in materia ambientale – divergente dalle posizioni nazionali<sup>13</sup>. Come, insomma, si sarà compreso, la prima difficoltà per i principî ambientali sarà quella di doversi integrare in un sistema giuridico già di per sé molto instabile.

<sup>(9)</sup> NDT Atti volti a strutturare e orientare la strategia di trasformazione urbana di una Città.

<sup>13</sup> È questo il caso, per esempio, della definizione data in ambito europeo alla nozione di “valorizzazione”, che è stata apprezzata dal legislatore francese in maniera diversa.

## 2. La difficile integrazione del soft law in un sistema giuridico rigido

Instabile, il diritto pubblico francese riposa tuttavia sulla finzione del suo rigore, vale a dire della sua c.d. “rigidità”, espressa dalla celebre piramide di Kelsen e dall’articolazione delle norme in una gerarchia il cui rispetto è pilastro della stabilità giuridica.

In altri termini, che si tratti del diritto civile e delle sue finzioni categoriali (il buon padre di famiglia, l’autonomia della volontà, la presunzione di buona fede, ecc.) o di diritto pubblico e delle sue finzioni giurisprudenziali (interesse generale, servizio pubblico, prerogative del pubblico potere, clausola esorbitante di diritto comune, ecc.), il rigore gerarchizzato delle varie norme si adatta, in un modo o nell’altro, ad una logica di diritto “duro”, o quantomeno rigido. Va detto, per dovere di precisione, che la dottrina francese non ha mai messo seriamente in dubbio l’elaborazione concettuale, e quindi la “supremazia”, del criterio gerarchico, come invece è avvenuto in Italia con la letteratura sul c.d. “criterio di competenza”. Non vi è da meravigliarsi, dunque, che ci si ponga la questione della collocazione dei “principi ambientali” all’interno di un ordinamento inteso come rigido e piramidale.

Il problema, pertanto, è dato dal fatto che i principi ambientali non appartengono, all’origine, ad una struttura giuridica ordinata, ma provengono piuttosto dai grandi dibattiti della società internazionale, dalla Dichiarazione generale di Stoccolma a quella di Rio del 1992, consistenti in un amalgama di principi politici e norme giuridiche, solitamente proprio del diritto internazionale, ispirato al *soft law* e che rileva come diritto “morbido”, o flessibile, o versatile secondo le diverse accezioni.

Un po’ come quei giochi per bambini composti da un quadro di legno perforato con buchi di forma geometrica (quadrati, tondi, rettangoli) e ove si deve inserire il pezzo di legno nel buco corrispondente, la gerarchia kelseniana delle norme esige che la forma del “pezzo” sia uguale a quella del “buco”. Se invece, pur essendo il quadro di legno, i pezzi da inserire fossero di un materiale molle – ad esempio in caucciù – si arriverà certamente a dare l’illusione di poter fare entrare un tondo in un quadrato, ma esso non riuscirà mai a restarvi per molto tempo, facendolo, la sua elasticità, fuoriuscire dalla cavità. Un altro esempio potrebbe essere quello di una chiave, sempre in caucciù (considerando che la chiave rappresenta la metafora dei principi ambientali ai quali si pretende aver conferito una forma apparentemente perfetta, quella della legge costituzionale) che si volesse inserire in una serratura di metallo (simbolo, quest’ultima, della gerarchia delle norme): la chiave entrerebbe

di sicuro, ma il caucciù non potrebbe, per la sua mollezza, aprire la serratura.

La questione è molto prossima a questi esempi, per così dire, “fanciulleschi”: possono dei principî “morbidi” integrarsi in una gerarchia di norme rigide?

Il principio di precauzione esemplifica perfettamente la situazione, in quanto carente di esatto contenuto, o quantomeno di un contenuto pacificamente riconosciuto, come nota Olivier Godard<sup>14</sup>, vista l’assenza di dottrina prevalente ed il dibattito ancora in corso al riguardo, come d’altronde accade per tutti i grandi principî<sup>15</sup>.

Una semplice analisi dei testi normativi permette di dare conferma a quanto appena detto. Il principio di precauzione, infatti, conosce, nel diritto francese, ben due definizioni testuali, non del tutto coincidenti. La prima legislativa, disposta all’art. L110-1 del *Code de l’environnement*, che si è sostituito all’articolo L200-1 del *Code rural* e alla legge Barnier del 2 febbraio 1995; e l’altra costituzionale, in virtù dell’articolo 5 della Carta, come modificato dalla legge costituzionale del primo marzo 2005 (cfr. *infra* par. I, C).

In ogni caso, deve rilevarsi come l’integrazione di un principio di *soft law* in un sistema di diritto scritto giuridico non sia per nulla agevole.

### *3. La difficile integrazione di principî collettivi in un sistema giuridico strutturalmente individualista*

Un’ultima difficoltà da superare riguarda, infine, i principî ambientali, ed attiene alla loro natura collettiva, che si trova a dover interagire con quella perlopiù tendenzialmente individualista che caratterizza tradizionalmente i principî-base delle nostre democrazie, vale a dire le libertà individuali e i diritti dell’uomo.

Il codice civile francese viene talvolta qualificato come “il piccolo libro rosso della borghesia” – alludendo ad un noto editore giuridico francese<sup>16</sup>! Ma, al di là delle allusioni, è indiscutibile che i principî fon-

<sup>14</sup> O. GODARD, *Le principe de précaution dans les conduites des affaires humaines*, Paris 1997, *Introduction générale*.

<sup>15</sup> Cfr. N. DE SADELEER, *Les principes du Pollueur-payeur, de prévention et de précaution*, Bruxelles 1999, 227: «ces principes appartiennent en tous cas à des concepts dont la compréhension semble aller de soi, mais qui ont tendance à se dérober au fur et à mesure que l’on cherche à les définir».

<sup>16</sup> I cui codici pubblicati erano – e in parte sono ancora – rivestiti di una copertina rossa.

danti del nostro sistema giuridico siano per la maggior parte individuali, financo individualisti: diritto di proprietà, libertà del commercio e dell'industria, libertà di movimento e libertà d'opinione – tramandatici dai valori borghesi sorti con la rivoluzione – e diritto al lavoro e diritto al progresso – sorti con la rivoluzione industriale e maggiormente sociali.

Ora, i principî ambientali sono, per definizione, pregiudizievoli, se non anche limitatorî, di questi valori fondamentali, e tuttavia essi dovranno concordarsi con i vecchi principî individuali, o individualisti, del nostro sistema giuridico portante.

Così, se ciò che attiene al loro “valore” – e cioè al loro inserimento tra le norme fondamentali (oggi costituzionali) – non pone più, di per sé, un problema, altrettanto non potrà dirsi per ciò che attiene alla loro “portata” – cioè alla loro effettività – che non potrà, evidentemente, essere assoluta.

Contro tale affermazione si potrebbe, invero, sostenere che i grandi principî ambientali siano una sorta di “sovradiritto”, sia per la loro dimensione planetaria e “duratura”, ma anche perché essi si pongono, in un certo senso, come se fossero al di sopra dei diritti “ordinari”. Da cui l'idea – non condivisibile – che essi non conoscano limiti e che si possano creare indefinitamente nuovi principî o diritti ambientali senza pregiudizio.

Ora, contrariamente ai luoghi comuni, la creazione di un “sovradiritto” non è senza effetti sugli altri diritti. Diceva Lavoisier che «nulla si distrugge e nulla si crea, tutto si trasforma». Come per il fenomeno dei vasi comunicanti, o per la più semplice bilancia di Roberval, la creazione o l'individuazione di un nuovo diritto (o “sovradiritto”, che dirsi voglia), porta necessariamente pregiudizio ad un altro diritto.

Questo “equilibrio” che connota l'ordine giuridico, dove i diritti soggettivi si oppongono necessariamente tra di loro (le affissioni elettorali e il proprietario del muro, la libertà sessuale e la fedeltà coniugale, ecc.), merita invero un esame più approfondito quando trattasi del confronto tra un sovradiritto “oggettivo” e generale (i principî ambientali) e dei “sottodiritti” soggettivi (i diritti dell'uomo).

La teoria del bilanciamento dei diritti, nell'evidente pragmatismo che essa rivela, non arriva a rimuovere l'essenza stessa dello “scontro”, cioè della contrapposizione, tra Diritto e diritto, o tra diritti e diritti.

È il caso del diritto di proprietà – già protetto dagli artt. 2 e 17 della Dichiarazione dei diritti del cittadino del 26 agosto 1789<sup>17</sup>, poi integrata

<sup>17</sup> «Il fine di ogni associazione politica è la conservazione dei diritti naturali ed im-



al “blocco” costituzionale dal preambolo della Costituzione del 4 ottobre 1958 – che molto spesso si contrappone al diritto ambientale. E, come pure spesso si dimentica, il diritto di proprietà, nel diritto francese, è un diritto teoricamente assoluto («La proprietà è il diritto di godere e disporre delle cose nella maniera più assoluta», codice civile francese, art. 544<sup>(10)</sup>).

È anche il caso della libertà di commercio e dell’industria. La disciplina delle *installations classées pour la protection de l’environnement* (I.C.P.E.)<sup>(11)</sup>, arreca un pregiudizio permanente alla libertà di commercio e d’industria: il regime dichiarativo o d’autorizzazione comporta di per sé già una attenuazione e, talvolta, perfino un attentato a tale libertà<sup>18</sup>.

Il diritto al lavoro viene invocato nella costituzione solo nel Preambolo del 1946<sup>19</sup> e, a livello internazionale, nella Dichiarazione universale dei diritti dell’uomo del 1948<sup>20</sup>. Ora, i principî dello sviluppo sostenibile, della decrescita razionale, dell’economia delle risorse, costituiscono necessariamente un freno tanto alla protezione contro la disoccupazione, quanto alla libera scelta dell’impiego.

Il diritto al progresso, presente implicitamente nel preambolo del

prescrittibili dell’uomo. Questi diritti sono la libertà, la proprietà, la sicurezza e la resistenza all’oppressione» (art. 2); «Essendo la proprietà un diritto inviolabile e sacro, nessuno può esserne privato, salvo quando la necessità pubblica, legalmente constatata, lo esiga in maniera evidente, e previa una giusta indennità» (art. 17).

<sup>(10)</sup> NDT Una formulazione che, come si noterà, è praticamente identica a quella dell’art. 436 del codice civile italiano del 1865. Quanto all’espressione “blocco costituzionale” (o “blocco di costituzionalità”) – in francese “bloc de constitutionnalité” – usata dall’A. anche *infra*, si tratta, come ci ricorda F. MÉLIN-SOUCRAMANIEN, *Constitution de la République française*, Varese 2013, 177, di una nozione che, nella dottrina francese, «appartiene ormai al vocabolario usuale del diritto costituzionale moderno». Anche se in Italia non ha avuto altrettanta fortuna, il suo significato è piuttosto evidente. La sua concettualizzazione, in Francia, si deve al Favoreu (cfr. L. FAVOREU, *Le principe de constitutionnalité*, in *Mélanges Charles Eisenmann*, Paris 1975, 33). Si vedano, per approfondire, P. AVRIL, J. GICQUEL (a cura di), *Lexique de droit constitutionnel*, III ed., Paris 2012 e M. DE VILLIERS, A. LE DIVELLEC (a cura di), *Dictionnaire du droit constitutionnel*, VIII ed., Paris 2011.

<sup>(11)</sup> NDT Imprese suscettibili di provocare nocumento all’ambiente.

<sup>18</sup> La libertà di commercio e di industria può ancora considerarsi come una “libertà pubblica”? Possiamo dubitarne, alla luce della giurisprudenza sull’interventismo economico degli enti locali nel diritto francese.

<sup>19</sup> Il quale dispone che «5. Chiunque ha il dovere di lavorare e il diritto di ottenere un impiego».

<sup>20</sup> Adottato dall’Assemblea Generale delle Nazioni Unite il 10 dicembre 1948 a Parigi (Art. 23: «Ogni individuo ha diritto al lavoro, alla libera scelta dell’impiego, a giuste e soddisfacenti condizioni di lavoro ed alla protezione contro la disoccupazione»).

1946<sup>21</sup> e nella Dichiarazione Universale dei Diritti dell'uomo del 1948<sup>22</sup>, spinge al consumo. Ora, in una società dei consumi, il diritto al progresso rappresenta il diritto al consumo del progresso tecnologico ed è antitetico rispetto ai principi ambientali. Il diritto di possedere e di utilizzare più d'un telefono cellulare, di utilizzare l'amianto per una coibentazione a basso costo, di mangiare carne bovina a buon mercato o polli d'allevamento a costi irrisori contraddicono il principio di prevenzione o, comunque, mancano di precauzione.

Infine, ci si può chiedere se certi principi ambientali non attentino, semplicemente, ai più fondamentali diritti dell'uomo, quali la libertà di pensiero o di espressione? Altrimenti dovremmo ammettere che esista un pensiero unico in materia ambientale, vietando l'espressione di correnti di pensiero non ecologiste. E allora, abbiamo oggi il diritto di rimettere in causa il principio di precauzione? Possiamo criticare lo sviluppo sostenibile, invocando invece uno sviluppo "immediato"? Abbiamo il diritto di rimettere in discussione, in Francia, il principio della valorizzazione energetica ad ogni costo? Non esiste, naturalmente, una risposta univoca a queste domande.

La realtà è che i diritti dell'uomo sono, all'origine, individuali, mentre il diritto ambientale è, all'origine, collettivo! C'è, dunque, contraddizione evidente tra i primi (collettivi, financo collettivisti) ed i secondi (individuali, financo individualisti), di tal guisa che i principi fondamentali sorti dalle grandi conferenze di diritto internazionale a partire della fine del XX secolo non si integrano, piaccia o meno, così facilmente nel nostro sistema giuridico instabile, rigido e individualista.

### *B. Assenza di contenuto e di definizione del principio di precauzione*

Il principio di precauzione ha fatto la sua prima apparizione di re-

<sup>21</sup> «10. La Nazione assicura all'individuo e alla famiglia le condizioni necessarie al loro sviluppo. 11. Essa garantisce a tutti, e specialmente al fanciullo, alla madre e ai vecchi lavoratori, la protezione della salute, la sicurezza materiale, il riposo e le vacanze. Ogni essere umano che, in dipendenza dell'età, dello stato fisico o mentale o della situazione economica, si trovi nell'impossibilità di lavorare, ha il diritto di ottenere dalla collettività adeguati mezzi di esistenza».

<sup>22</sup> Che lo proclama nel suo preambolo: «Considerato che i popoli delle Nazioni Unite hanno riaffermato nello Statuto la loro fede nei diritti umani fondamentali, nella dignità e nel valore della persona umana, nell'uguaglianza dei diritti dell'uomo e della donna, ed hanno deciso di promuovere il progresso sociale e un miglior tenore di vita in una maggiore libertà».

cente<sup>23</sup>, e molti importanti atti di diritto internazionale vi fanno riferimento – testi, peraltro, integrati nell’ordinamento dell’Unione Europea nel 1992, con l’articolo 130R sulla politica comunitaria ambientale. Il trattato di Maastricht enuncia così che «la politica della Comunità in materia ambientale mira a un elevato livello di tutela, tenendo conto della diversità delle situazioni nelle varie regioni della Comunità. Essa è fondata sui principî della precauzione e dell’azione preventiva, sul principio della correzione, in via prioritaria alla fonte, dei danni causati all’ambiente, nonché su principio del “chi inquina paga”» (art. 174, comma 2).

Quanto alla Francia, essa ha riconosciuto questi principî piuttosto tardivamente, con la legge Barnier del 2 Febbraio 1995 sul rafforzamento della protezione ambientale.

Per altro verso, l’ingresso nel diritto positivo del principio in esame non è stato accompagnato da una grande precisione semantica.

La comprensione di un concetto giuridico suppone la sua preliminare definizione, come ricordava Marcel Waline<sup>24</sup>.

Ora, non esiste una definizione universalmente riconosciuta del principio di precauzione, bensì un ventaglio di definizioni, essendo l’idea di fondo quella del dubbio scientifico, dell’assenza di certezza, della ragione di pensare che delle misure devono essere prese allorché esistano delle ragioni sufficienti di credere che una attività o un prodotto rischia di causare danni gravi ed irreversibili alla salute ovvero all’ambiente. Tali misure possono consistere nel ridurre o porre un termine alle summenzionate attività, o ancora nel vietare tali prodotti, pur se la prova formale di un legame di causa a effetto tra queste attività o questi prodotti e le conseguenze temute non possa essere stabilito in maniera irrefutabile.

Certi Paesi hanno integrato i principî ambientali – almeno nello spirito – nel loro “blocco costituzionale”, ma sempre in modo sufficiente-

<sup>23</sup> I principî di precauzione e di prevenzione sono apparsi all’inizio degli anni ’70, in Germania – con la denominazione di *Vorsorgeprinzip* per quanto riguarda, in particolare, il principio di precauzione – introdotti nell’ordinamento tedesco con la legge del 1974 sulle piogge acide. Ma il loro sviluppo è di origine internazionalistica, con la Convenzione di Vienna del 1985 per la protezione del buco dell’ozono e il rapporto Brundtland sullo sviluppo sostenibile del 1987. Li ritroviamo, poi, in numerosi atti di diritto internazionale, come per esempio la Dichiarazione di Rio sull’ambiente e sullo sviluppo, del giugno 1992, al termine del “*Summit della Terra*” organizzato dalle Nazioni unite.

<sup>24</sup> Specificamente in *Empirisme et conceptualisme dans la méthode juridique: faut-il tuer les catégories juridiques?*, Bruxelles 1963, 371, nonché in *Traité élémentaire de droit administratif*, Paris 1963, 669.

mente vago, tale da non permetterne l'accesso effettivo al rango di norma di diritto positivo. Così la Costituzione greca (articolo 24) parla sì di obbligo dello Stato, ma a proposito della generale «protezione dell'ambiente»; la legge fondamentale tedesca (articolo 20, introdotto con la revisione costituzionale del 27 ottobre 1994) intende assumere «la sua responsabilità per le generazioni future», e quella del Belgio (nel Preambolo), sia pure più precisa, garantisce «il diritto [...] alla protezione della salute [...] e alla protezione di un ambiente sano»<sup>(12)</sup>.

Di fatto il principio di precauzione non ha un contenuto esatto, o quantomeno tale contenuto non ha una definizione pacificamente accettata. Questa imprecisione, già affermata dalla dottrina, non è stata smentita dalla definizione legislativa che ne fornisce, oggi, l'articolo L110-1 del *Code de l'environnement*, intervenuto dopo l'articolo L200-1 del *Code rural* e la legge Barnier del 2 febbraio 1995: «il principio di precauzione, secondo il quale l'assenza di certezza, tenuto conto delle conoscenze scientifiche e tecniche del momento, non deve ritardare l'adozione delle misure effettive e proporzionate volte a prevenire un rischio

<sup>(12)</sup> NDT Quanto all'Italia, la Corte Costituzionale italiana ha avuto modo di pronunciarsi sul problema del valore da attribuire alla protezione dell'ambiente (cfr. P. CARETTI, *I diritti fondamentali. Libertà e diritti sociali*, III ed., Torino 2011, 529 ss.; G. ROSSI (a cura di), *Diritto dell'ambiente*, Torino 2011, *passim* e, particolarmente, il capitolo II; B. CARAVITA, *Diritto dell'ambiente*, Bologna 2001, 15 ss.; M. CECCHETTI, *Principi costituzionali per la tutela dell'ambiente*, Milano 2000), di cui non vi era menzione nell'originale testo del 1948 – anche se la Consulta ne aveva ricavato una certa valenza in via interpretativa a partire dai richiami alla tutela del paesaggio e del patrimonio storico e artistico della Nazione (art. 9), al diritto alla salute (art. 32) e al razionale sfruttamento del suolo (art. 44) – e che è stata introdotta dalla legge costituzionale numero 3 del 18 ottobre 2001 tra le materie di legislazione esclusiva dello Stato (art. 117, comma 2, lettera s): «tutela dell'ambiente, dell'ecosistema e dei beni culturali»). Inoltre va notato come tra le materie di legislazione concorrente (art. 117, comma 3) venga annoverata anche la «valorizzazione dei beni ambientali». Ciò significa, per altro verso, che all'introduzione della menzione della tutela dell'ambiente nella Costituzione non è corrisposto il diretto riconoscimento costituzionale di un «diritto ambientale» (Cfr. L. NANNIPIERI, *Il ruolo della Corte nella definizione della materia ambientale*, su [www.gruppodipisa.it](http://www.gruppodipisa.it), giugno 2010). Si capirà dunque come, nell'apparente silenzio della Costituzione, sia stata la Corte Costituzionale ad avere avuto un ruolo determinante nella progressiva affermazione della tutela dell'ambiente come interesse di valore costituzionale. La Corte Costituzionale, in particolare, ha riconosciuto l'ambiente come un «bene di valore assoluto e primario» (sent. n. 641/1987), il paesaggio come «un valore primario, valore estetico e culturale» (sent. n. 151/1986) e il diritto ad un ambiente salubre, alla stregua di quanto aveva già affermato la Corte di Cassazione (SS. UU., n. 5172/1979), come diritto soggettivo (sentenze nn. 210/1987 e 641/1987; cfr. V. DINI, *Il diritto soggettivo all'ambiente*, su [www.giuristiambientali.it](http://www.giuristiambientali.it), novembre 2004).

di danni gravi e irreversibili all'ambiente ad un costo economicamente accettabile».

Ma il legislatore – nella sua grande saggezza, secondo una formula desueta ma di buon senso – ha fissato lui stesso i “paletti” di questo principio, che come gli altri principî ambientali, secondo il *Code de l'environnement*, non deve far altro che «ispirare» la politica legislativa francese sullo sviluppo sostenibile. Questa “ispirazione” della politica legislativa potrebbe, altrettanto bene, applicarsi al *devoir de mesure*, a quello della tolleranza e, in ultima analisi, a tutte le norme positive di comportamento!

Di tenore più grave è invece il dettato costituzionale (articolo 5 della Carta costituzionale per l'ambiente): «quando la realizzazione di un danno, benché incerta allo stato attuale delle conoscenze scientifiche, potrebbe pregiudicare in maniera grave e irreversibile l'ambiente, le autorità pubbliche si curano, mediante l'applicazione del principio di precauzione e nel loro ambito di attribuzioni, della messa in opera di procedure di valutazione del rischio e dell'adozione di misure provvisorie e proporzionate al fine di premunirsi contro la realizzazione di quel danno»<sup>(13)</sup>.

Possiamo scorgere, ad una lettura attenta, le differenze; alcune non sono sostanziali (la “realizzazione incerta di un danno” del testo costituzionale, contro la “assenza di certezza” del codice), altre invece lo sono, soprattutto riguardo agli obblighi (ci si cura della “messa in opera di procedure di valutazione del rischio e dell'adozione di misure provvisorie e proporzionate” nel testo costituzionale, mentre per il codice “non si deve ritardare l'adozione di misure effettive e proporzionate”) ed ai destinatari (le autorità pubbliche nel loro ambito di applicazioni, per la Carta, nessun destinatario preciso, per il codice), senza dimenticare alcuni elementi che sono presenti solo in uno dei due testi (il “costo economicamente accettabile”, presente nel codice e assente nella Carta). E ancora: la previsione della “messa in opera di procedure di valutazione del rischio e dell'adozione di misure provvisorie e proporzionate nel testo

<sup>(13)</sup> NDT La traduzione concordata dalla Direzione della comunicazione e dell'informazione del Ministero degli Esteri, dal Consolato Generale di Francia a Milano e dal Servizio degli Affari Europei dell'Assemblea nazionale per il sito [www.assemblee-nationale.fr/italiano/8db.asp#charte\\_env](http://www.assemblee-nationale.fr/italiano/8db.asp#charte_env) è la seguente: «se la realizzazione di un danno nei confronti dell'ambiente, per quanto lo stato delle conoscenze scientifiche possa essere incerto, ne arrecasse un deterioramento grave e irreversibile, le autorità pubbliche garantiranno, in ragione del principio di precauzione e nell'ambito del loro raggio d'azione, l'applicazione delle procedure di valutazione dei rischi e l'adozione di provvedimenti provvisori e specifici al fine di ovviare al danno».

costituzionale” (Carta), non è la stessa cosa che disporre di “non ritardare l’adozione di misure effettive e proporzionate” (*Code env.*). Infine, bisogna domandarsi se l’assenza di riferimenti al “costo economicamente accettabile” nella Carta costituzionale abbia un significato, per così dire, autonomo oppure si debba intendere alla luce dell’art. 6<sup>25</sup>, il quale tuttavia non è espressamente legato al principio di precauzione.

Come, insomma, si sarà compreso, il problema ruota intorno alla seguente questione fondamentale: un concetto fluido, in quanto teleologico, finalista, può integrarsi all’interno di una gerarchia (di norme)?

In altri termini, come collocare in una gerarchia un principio che non ha contenuto, o ha un contenuto precisato solo in minima parte? Si può rispondere, a tale domanda, affermando che un principio (agire con precauzione, essere prudente), a volte financo un mero punto di riferimento morale, abbia valore legislativo (*Code de l’environnement*) o costituzionale (Carta costituzionale per l’ambiente) senza però avere un reale effetto giuridico, in quanto non possiamo delimitarne precisamente l’estensione.

Il fatto è che il *soft law*, come la nostra chiave in caucciù, se pure può avere la forma (o il valore, in diritto) del diritto rigido, come la nostra serratura metallica, non può tuttavia produrre gli effetti di una chiave in metallo, vale a dire avere la portata di una regola rigida.

Tale necessaria trasformazione da *soft* (“morbido”) a “rigido” costituisce e costituirà, per i grandi principî ambientali, una costante e reale difficoltà.

Un rapporto sulla valutazione della operatività dell’art. 5 della Carta dell’ambiente relativo all’applicazione del principio di precauzione è stato reso pubblico il primo giugno 2010, in occasione di un seminario parlamentare organizzato dal Comitato di valutazione e di controllo delle politiche pubbliche dell’Assemblea nazionale. Questo rapporto *d’étape*, condotto dai Deputati Alain Giest e Philippe Tourtelier su sollecitazione del Comitato, è servito da base al dibattito del seminario che ha riunito personalità provenienti da differenti orizzonti (filosofi, giuristi, Consiglieri di Stato, universitari, etc.). Le relazioni e gli interventi del seminario condussero tutti alla stessa conclusione, affermando segnatamente la necessità di un nuovo “testo di precisione”. Questo testo, che potrebbe prendere la forma di una legge organica diretta a precisare le condizioni

<sup>25</sup> «Le politiche pubbliche devono promuovere uno sviluppo sostenibile. A tale effetto esse conciliano la protezione e la valorizzazione dell’ambiente, lo sviluppo economico ed il progresso sociale».

di applicazione della Costituzione, dovrebbe insistere sulla necessaria “proporzionalità” e sul carattere provvisorio delle misure di precauzione, nell’obiettivo di non “sopravalutare il dubbio”, bloccando, per altro verso, l’innovazione ed il progresso scientifico.

Dobbiamo ora chiederci: l’imprecisione semantica del principio di precauzione, che abbiamo poc’anzi descritto, è stata aggravata dalla consacrazione, paradossalmente, al suo più alto grado nella gerarchia delle norme?

### *C. Una consacrazione costituzionale nell’ambiguità semantica*

In meno di 20 anni, dopo l’introduzione del principio di precauzione nell’ordinamento francese, avvenuta per la prima volta con la legge Barnier del 2 febbraio 1995, il principio in esame è – come già ricordato – “salito di grado” nella c.d. gerarchia delle norme.

Nel 2001, il Presidente della Repubblica francese evocava un ideale secondo il quale «l’ecologia ed il diritto ad un ambiente protetto e preservato devono essere considerate alla stessa stregua delle libertà pubbliche»<sup>26</sup>. Impegnandosi sulla questione ambientale, egli auspicava l’adozione, da parte del Parlamento, di una Carta allegata alla Costituzione, e la consacrazione dei principi fondamentali necessari alla preservazione dell’ambiente. Il Presidente ha poi riaffermato tale volontà nel discorso di Avranches, del 18 marzo 2002, consacrato all’ambiente, durante la campagna per l’elezione presidenziale del 2002<sup>27</sup>. Così, non essendo state

<sup>26</sup> Discorso pronunciato da Jacques Chirac, Presidente della Repubblica, a Orléans il 3 maggio 2001.

<sup>27</sup> Con la *lettre de mission* (lettera di conferimento dell’incarico) dell’8 luglio 2002, il Ministro dell’Ecologia e dello sviluppo sostenibile (*Ministre de l’Ecologie et du Développement durable*) ha conferito a Yves Coppens, professore di paleontologia al *Collège de France*, la presidenza della Commissione incaricata di elaborare la Carta dell’ambiente. Come risulta dalla stessa lettera, i lavori della commissione avevano per obiettivo quello di portare «al livello costituzionale dei principi fondamentali di diritto la protezione dell’ambiente e dello sviluppo sostenibile [...], ponendo l’uomo innanzi alle sue responsabilità». La Carta così elaborata doveva essere «il fondamento di un nuovo equilibrio tra il progresso sociale e la protezione dell’ambiente» (*Lettre de mission* indirizzata da Roselyne Bachelot-Narquin al professor Yves Coppens). La “Commissione Coppens” – composta per la maggior parte da scienziati, mentre non vi erano tra i membri che due soli giuristi – che riteneva, all’origine, di essere incaricata alla produzione di un mero rapporto preliminare, si ritrovò, invece, a rivestire un ruolo costituente. Ciò ha, peraltro, consentito di sollevare alcuni dubbi quanto alla legittimità della Commissione a ricoprire tale ruolo. Per colmare le sue lacune, la commissione si è avvalsa di numerosi comitati specializzati soprattutto nelle questioni giuridiche. Occorre rilevare pure che la proce-

apportate che poche modifiche, il dibattito nelle due Camere del Parlamento fu piuttosto rapido<sup>28</sup>. Finalmente, in occasione della riunione del Congresso del 28 febbraio 2005, la Carta costituzionale per l'ambiente fu adottata, con quasi il 95% dei suffragi espressi in suo favore.

Così, con la legge costituzionale n. 205/2005, promulgata il primo marzo 2005, la Carta dell'ambiente è stata allegata alla costituzione del 1958. Essa viene menzionata nel Preambolo accanto alla Dichiarazione dei diritti dell'uomo e del cittadino del 1789 ed ai diritti sociali del Preambolo del 1946. Questo inserimento nel preambolo della Costituzione è, quindi, un gesto simbolicamente forte per l'affermazione dei diritti ambientali, che figurano ormai nel rango costituzionale, alla sommità della gerarchia delle norme. Ricordiamo, infatti, che, nella sua decisione "*liberté d'association*"<sup>29</sup> del 1971, il *Conseil constitutionnel* ha riconosciuto esplicitamente un valore costituzionale al Preambolo.

Tuttavia, la definizione di Carta "allegata" («*adossée*») alla Costituzione ha prestato il fianco ad una certa confusione circa il reale valore che il legislatore costituzionale ha voluto attribuire al testo in esame. Infatti, l'aver "allegato" la Carta, pone quest'ultima in una situazione ambigua rispetto al testo costituzionale, trovandosi allo stesso tempo al di fuori ed all'interno del testo. Notiamo, peraltro, che anche il termine "Carta" («*Charte*») è stato, a sua volta, criticato, in quanto sembrerebbe richiamare l'idea di un testo adottato da una volontà regia, escludendo la sovranità nazionale.

Trattandosi di un testo autonomo, la Carta è composta da una esposizione dei motivi e da dieci articoli proclamanti diritti e doveri. L'art. 5, come già ricordato, è dedicato al principio di precauzione.

dura di elaborazione di questo progetto comportava diverse consultazioni nazionali e regionali, rispetto alle quali la dottrina ha lamentato la parzialità delle analisi compiute. Parallelamente, hanno avuto luogo dei laboratori regionali, con il compito di individuare dei punti fermi in materia ambientale in ambito regionale. In questo caso è il carattere imposto dei temi di discussione che è stato oggetto di critica da parte della dottrina. Così, dopo otto mesi di dibattito, la Commissione Coppens ha presentato il suo progetto al governo. Il progetto della Commissione Coppens ha indubbiamente e nettamente influenzato la Carta poi adottata dal Congresso: l'architettura generale, vale a dire una esposizione dei motivi seguita dalla proclamazione dei diritti e dei doveri, è rimasta pressoché inalterata, così come è stata conservata la maggior parte dei principi proclamati. Possiamo tuttavia notare come il Parlamento abbia scartato la nozione di democrazia partecipativa, che la commissione associava al diritto di partecipazione.

<sup>28</sup> Sono bastati tre giorni all'Assemblea Nazionale (25 e 26 maggio e primo giugno 2003), e solamente due al Senato (23 e 24 giugno).

<sup>29</sup> *Cons. const., déc.* n. 71-44 DC, 16 luglio 1971, in *Rec. Cons. const.* 1971, 29.



Per quanto riguarda quest'ultimo, bisogna notare che se il Congresso ha deciso di elevarlo al rango di norma costituzionale, il *Conseil constitutionnel* aveva, fino ad allora, rifiutato di accordargli tale riconoscimento. Infatti, dopo una decisione del 2001<sup>30</sup>, i membri del *Conseil constitutionnel* ("les Sages") avevano rifiutato di collocare questo principio tra gli obiettivi di valore costituzionale.

Un altro effetto collaterale della Carta ha riguardato la competenza normativa. Per molto tempo, in materia ambientale, non è stata fatta alcuna precisazione quanto alla ripartizione delle competenze tra il Parlamento ed il Governo. Così, la questione era stata risolta con il ricorso agli articoli 34 e 37 della Costituzione del 1958. Secondo tale ricostruzione, il Parlamento è competente per le misure che possono pregiudicare i diritti fondamentali e le libertà pubbliche. Ora, il diritto ambientale ha fatto enormemente ricorso alle cosiddette servitù d'utilità pubblica<sup>(14)</sup>, nonché alle cosiddette regole di polizia e sicurezza che, per principio, si impongono ai cittadini e si confrontano con i loro diritti e le loro libertà.

Dal 2005, la competenza del Parlamento in materia ambientale è stata precisata. Infatti, al di là dell'articolo 7 della Carta dell'ambiente del 2004, che rinvia alla legge per l'organizzazione dell'informazione e la partecipazione del pubblico, la revisione costituzionale del primo marzo 2005<sup>31</sup> ha modificato l'articolo 34 della Costituzione. Quest'ultima precisa, ormai, che «la legge determina i principî fondamentali in materia di tutela ambientale» (comma 3, n. 4<sup>(15)</sup>). Questa disposizione ha per conse-

<sup>30</sup> *Décision* «IVG» n. 2001-446 DC del 27 giugno 2001.

<sup>(14)</sup> NDT Le cosiddette "servitù d'utilità pubblica", previste dal diritto francese, consistono in limiti imposti dalla pubblica amministrazione al diritto di proprietà ed all'uso del suolo da parte dei privati per motivi di utilità pubblica, quali la difesa del patrimonio culturale, la difesa nazionale, la salute e la sicurezza pubblica, ecc.

<sup>31</sup> Legge costituzionale n. 2005-205, relativa alla Carta dell'ambiente.

<sup>(15)</sup> N.D.T. *Art. 34: «Comma 1.* La legge fissa le regole concernenti: 1) i diritti civili e le garanzie fondamentali accordate ai cittadini per l'esercizio delle libertà pubbliche; la libertà il pluralismo e l'indipendenza dei mezzi di informazione; le soggezioni imposte dalla Difesa nazionale ai cittadini nella loro persone e nei loro beni; 2) la nazionalità, lo stato e la capacità delle persone, i regimi matrimoniali, le successioni e le liberalità; 3) la determinazione dei crimini e dei delitti, così che delle pene che sono loro applicabili; la procedura penale; l'amnistia; la creazione di nuovi ordini di giurisdizione e lo statuto dei magistrati; 4) l'assetto, il tasso e le modalità di copertura delle imposte di qualunque natura; il regime di emissione della moneta. *Comma 2.* La legge fissa egualmente le regole concernenti: 1) il regime elettorale delle assemblee parlamentari, delle assemblee locali e delle istanze rappresentative dei Francesi stabilitisi fuori dalla Francia, così come le condizioni di esercizio dei mandati elettorali e delle funzioni elettive dei membri delle assemblee deliberanti delle collettività territoriali; 2) la creazione di categorie d'istituti pub-

guenza di restringere il campo d'azione del Parlamento in materia ambientale<sup>32</sup>.

L'introduzione della Carta nell'ordinamento è stata, infine, oggetto delle attenzioni della giurisprudenza. L'apporto di quest'ultima rispetto alla Carta dell'ambiente si può apprezzare da due punti di vista: il valore dato al testo dai giudici e l'invocabilità del testo all'interno di una controversia.

Quanto al valore dato al testo, l'analisi delle decisioni già esistenti, se-

blici; 3) le garanzie fondamentali accordate ai funzionari civili e militari dello Stato; 4) la nazionalizzazione delle imprese e i trasferimenti di proprietà delle imprese dal settore pubblico al settore privato. *Comma 3.* La legge determina i principi fondamentali: 1) dell'organizzazione generale della Difesa nazionale; 2) della libera amministrazione delle collettività territoriali, delle loro competenze e delle loro risorse; 3) dell'insegnamento; 4) della preservazione dell'ambiente; 5) del regime della proprietà, dei diritti reali e delle obbligazioni civili e commerciali; 6) del diritto del lavoro, del diritto sindacale e della sicurezza sociale. *Comma 4.* Le leggi finanziarie determinano le risorse e i carichi dello Stato nelle condizioni e sotto le riserve previste da una legge organica. *Comma 5.* Le leggi di finanziamento della sicurezza sociale determinano le condizioni generali del suo equilibrio finanziario e, tenuto conto delle loro previsioni di entrata, fissano gli obiettivi di spesa, nelle condizioni e sotto le riserve previste da una legge organica. *Comma 6.* Delle leggi di programmazione determinano gli obiettivi dell'azione dello Stato. *Comma 7.* Gli orientamenti pluriannuali delle finanze pubbliche sono definiti da leggi di programmazione. Esse s'iscrivono nell'obiettivo dell'equilibrio dei conti delle amministrazioni pubbliche. *Comma 8.* Le disposizioni del presente articolo possono essere precisate e completate da una legge organica». *Art. 37:* «*Comma 1.* Le materie diverse da quelle che rientrano nell'ambito della legge hanno un carattere regolamentare. *Comma 2.* I testi di forma legislativa intervenuti in queste materie possono essere modificati con decreto adottato previo parere del *Conseil d'État*. Esse entrano in vigore al momento della loro pubblicazione, ma divengono caduche se il progetto di legge di ratifica non è depositato davanti al Parlamento prima della data fissata dalla legge di abilitazione. Non possono essere ratificate che in maniera espressa. *Comma 3.* Alla espirazione del termine menzionato al primo comma del presente articolo, le ordinanze non possono più essere modificate che dalla legge nelle materie che sono di ambito legislativo».

<sup>32</sup> Il Parlamento deve ormai rinunciare al presidio unico dei principi fondamentali, non potendo più fornire precisazioni preliminari in ordine alle modalità più concrete. Per l'aspetto pratico della applicazione delle norme, infatti, la legge deve oggi rinviare a dei decreti di applicazione. Numerosi decreti devono allora essere adottati dal Governo. Ciò può, tuttavia, prendere tempo, e ritardare così l'applicazione effettiva della legge. A titolo di esempio possiamo richiamare la legge "*engagement national pour l'environnement*", del 12 luglio 2010, detta "*Grenelle 2*", la quale ha rinviato la sua attuazione a circa 200 decreti di applicazione. Un anno dopo la sua promulgazione solamente il 20% dei provvedimenti regolamentari di applicazione erano stati pubblicati. Circa due anni e mezzo dopo la promulgazione è ancora la metà dei decreti che non è stata pubblicata. Sotto un altro punto di vista, il ricorso obbligatorio ai decreti di applicazione permette al Governo di fornire la sua interpretazione al testo e, eventualmente, di «*nuancer les ardeurs de la loi*» (R. ROMI, *Droit de l'environnement*, VII ed., Paris 2010, 23).

gnatamente quella del 1971 «*Liberté d'association*» (Cons. cost., dic. n. 71-44 DC, 16 luglio 1971, in *Rec. Cons. cost.* 1971, p. 29), permetteva di presagire che il *Conseil constitutionnel* avrebbe riconosciuto senza difficoltà un valore costituzionale alla Carta. Le decisioni giurisprudenziali seguite all'adozione della Carta da parte del Congresso non hanno, sul punto, rivelato alcuna sorpresa.

Infine, l'introduzione nel 2008 dell'articolo 61-1 in seno alla Costituzione, che prevede la possibilità di un controllo di costituzionalità delle leggi in via pregiudiziale, offre un nuovo livello di protezione del diritto ambientale (cfr. *infra* par. II, B., c).

Ogni parte processuale, infatti, può ormai far valere il pregiudizio portato da una disposizione legislativa ad un diritto o una libertà fondamentale garantita dalla Costituzione. Ciò permette di "scartare" dall'ordinamento disposizioni contrarie alle garanzie offerte dalla Carta dell'ambiente<sup>33</sup>.

Malgrado le sue difficoltà d'integrazione, insomma, il riconoscimento del rango costituzionale del principio di precauzione (e la conseguente sua collocazione al gradino più alto della nostra gerarchia delle norme), non pone dunque alcun dubbio.

## II. *Una invocabilità in aumento, ma limitata*

A seguito del riconoscimento del suo rango costituzionale il principio di precauzione è stato utilizzato abbondantemente nei procedimenti giurisdizionali, soprattutto in quelli davanti al giudice amministrativo.

Per altro verso, la sua utilizzazione pratica "diretta", cioè come mezzo d'annullamento, resta difficile (A). Tuttavia la sua "invocabilità" diretta, ammessa progressivamente e costantemente dal giudice, gli conferisce una efficacia crescente (B), sia pur contrastata dal limite degli interessi economici e sociali maggiori (C).

<sup>33</sup> Alla fine del 2012, 248 QPC (*Question Prioritaire de Constitutionnalité*) sono state esaminate dal *Conseil constitutionnel*, tra le quali una dozzina hanno riguardato l'ambiente. Se la dottrina si aspettava un afflusso abbondante di QPC in materia immediatamente dopo l'entrata in vigore della Carta dell'Ambiente, possiamo in realtà constatare un aumento progressivo del numero di questioni sollevate (cfr. S. SAINT-GERMAN, *L'invocation de la Charte de l'environnement dans le procès administratif*, in *Rev. Environnement de Développement durable*, n. 12, Dicembre 2012).

### A. La difficile invocabilità diretta

#### 1. Le difficoltà della giurisprudenza nell'ammettere il principio di precauzione

Se il principio di prevenzione è utilizzato da molto tempo con successo, essendo il rischio, quando autentico, facile da dimostrare (perizie, constatazioni dell'ufficiale giudiziario, precedenti giurisprudenziali...), il principio di precauzione non è così semplice da invocare efficacemente.

Il *Conseil constitutionnel* rifiutò di riconoscergli, prima della entrata in vigore della Carta, nel 2001, il rango di "obiettivo di valore costituzionale"<sup>34</sup>.

Senza dubbio il *Conseil d'État*<sup>35</sup> è andato, in un primo tempo, più lontano, facendo del principio in esame un mezzo serio d'impugnazione, nel quadro della vecchia procedura per l'ottenimento della sospensiva<sup>36</sup>, ma qualche anno più tardi, nel 2006, rifiutò una invocazione troppo imprecisa del principio<sup>37</sup>. E questo nel quadro di una giurisprudenza classica nella quale l'imprecisione dell'argomento, da distinguere dall'imprecisione dello stesso principio invocato, è una costante giurisprudenziale di rigetto del ricorso<sup>38</sup>.

Senza dubbio l'intervento della Carta ha condotto il *Conseil d'État*

<sup>34</sup> CC 27 giugno 2001 *décision* DC 2001-446: «considerando che, contrariamente a ciò che affermano i requiranti, il principio di precauzione non costituisce un obiettivo di valore costituzionale».

<sup>35</sup> Decisione del 25 settembre 1998, *requête* n.194348.

<sup>36</sup> «Considerando che le associazioni summenzionate [...] invocano il principio di precauzione enunciato all'art. L. 200-1 del *Code rural* e le disposizioni tanto di cui all'articolo 15 della legge del 13 luglio 1992 che di cui all'art. 6-1 aggiunto al decreto succitato del 18 maggio 1981 dal decreto del 18 ottobre 1993 [...]; che tale mezzo sembrerebbe, allo stato dei fatti, serio e di natura idonea a giustificare l'annullamento del provvedimento impugnato; che volgendo lo sguardo, per altro verso, alla natura delle conseguenze che l'esecuzione del provvedimento attaccato potrebbe comportare, si ritiene preferibile, viste le circostanze, dare seguito alle conclusioni dell'associazione richiedente in merito alla richiesta di sospensione all'esecuzione del provvedimento».

<sup>37</sup> «Considerando che l'argomento secondo il quale il decreto impugnato contraddirebbe l'art. 12 della direttiva "Seveso II" e i principi di precauzione e prevenzione definiti al secondo comma dell'art. L 110-1 del *Code de l'environnement* non presentano una precisione sufficiente al punto di consentire di apprezzarne la fondatezza», *Conseil d'État* 4 agosto 2006, *Comité de réflexion, d'information et de lutte antinucléaire, requête* 254948, pubblicata in *Revue Droit de l'environnement*, n. 144, 365, con nota di M. Gros.

<sup>38</sup> *Ex multis: Conseil d'État* 30 marzo 2005, *Association pour la protection des animaux sauvages, requête* n. 249066.

per tre volte, nel 2006 e nel 2007, a rivedere la sua posizione di principio e a prendere in considerazione l'argomento della violazione del principio di precauzione<sup>39</sup> previsto dalla Carta stessa così come all'articolo L 110-1 del *Code de l'environnement*, ma ciò non comporta un'efficienza sistematica della invocazione del detto principio quando viene sollevato, *sic et simpliciter*, davanti al giudice.

In tutta evidenza l'utilizzazione nel contenzioso – quantomeno nella forma diretta – resta difficile in concreto, se essa viene semplicemente proposta al giudice senza quella precisione specifica che consenta al giudice di rilevare la violazione del principio. La giurisprudenza attuale in materia di antenne ricetrasmittenti di telefonia mobile (cfr. *infra*, C) ne è rivelatrice.

## 2. Le ragioni della difficoltà di applicazione del principio di precauzione

Il principio di precauzione, pur ammettendo la bontà del suo contenuto e la sua funzione teleologica, talvolta inquieta più di quanto non rassicuri.

In primo luogo consente al giudice di esercitare un controllo di opportunità che non gli spetterebbe, poiché quando è utilizzato – dagli abitanti o dalle associazioni di difesa – contro l'amministrazione, per rimproverarle una “mancanza di precauzione”, esso spinge il giudice ad esorbitare dalle sue competenze sulla valutazione dell'opportunità di una misura amministrativa. Infatti, la cosiddetta *substitution d'appréciation*<sup>(16)</sup> non può essere ammessa se non entro certi limiti legati, da una parte, a una realtà fattuale relativamente oggettiva e, dall'altra parte, alla sua formulazione negativa, mediante l'eliminazione del “cattivo” apprezzamento amministrativo.

Il controllo “di precauzione”, al contrario, riposando su di una incertezza fattuale (essendo l'incertezza scientifica condizione della precau-

<sup>39</sup> *Conseil d'État* 18 dicembre 1964, Ets Omer Decugis R. 64.669; CE 30 marzo 2005, *Association pour la protection des animaux sauvages*; CE 2 febbraio 2007, *Association convention vie et nature pour une écologie radicale, req.* 189758: «considerando che la data prevista dal provvedimento non trascurava l'obiettivo della protezione completa fissata da questa; che, in seguito e in secondo luogo, essa non saprebbe disconoscere il principio di precauzione formulato nella Carta».

<sup>(16)</sup> NDT Letteralmente “sostituzione dell'apprezzamento”, tecnica consistente nella adozione, da parte del giudice, di una decisione discrezionale che sarebbe altrimenti spettata all'amministrazione e che corrisponde, grossomodo, a quella utilizzata per le decisioni assunte nell'ambito della c.d. “giurisdizione di merito” nel diritto amministrativo italiano.

zione, contrariamente a quanto avviene con la prevenzione) non consente l'esclusione sicura di una delle possibili soluzioni, ma impone al giudice il ricorso, per l'appunto, ad una soluzione... di precauzione. Così nel caso degli O.G.M.<sup>40</sup>, il ricorrente rimproverava una autorizzazione per l'immissione nel mercato di semente di mais transgenico in nome dell'assenza di certezze scientifiche, segnatamente circa l'impatto sulla sanità pubblica del gene della resistenza alla ampicillina<sup>(17)</sup> contenuto nelle varietà contestate. Nei loro ricorsi risarcitori le prime vittime dell'amianto<sup>41</sup> – alla metà del ventesimo secolo – rimproveravano anche l'assenza di perizie scientifiche in Francia, quando invece già ve ne erano numerose, alla stessa epoca, in Gran Bretagna. Nella questione delle antenne rice-trasmittenti di telefonia mobile (cfr. *infra*, C) l'"effetto nocebo"<sup>(18)</sup> è tale che i ricorrenti sostituiscono la loro analisi del sito a quella dei tecnici e dell'amministrazione.

Come vediamo, in un contesto di inerzia amministrativa (per ignoranza o insufficienza di perizie), il giudice subentra in sostituzione di una attività positiva dell'amministrazione che è risultata carente (perizie più approfondite nel caso dei geni transgenici, più tempestive nel caso degli effetti dell'amianto). Questa sostituzione di ciò che si sarebbe dovuto fare in luogo di ciò che non è stato fatto esorbita dal potere devoluto al giudice, anche qualora tale sostituzione avvenga con un "giudizio di proporzionalità" nell'ambito del cosiddetto "giudizio di utilità pubblica" qualificato significativamente in dottrina anche come "*contrôle maximum*"<sup>(19)</sup> (controllo massimo). Proprio l'esempio del giudizio di utilità

<sup>40</sup> CE, 25 settembre 1998, Greenpeace, in *Dr. adm.* 1998, comm. n. 310; *Conseil d'État* 24 febbraio 1999, Sté Pro-Nat, in *Dr. adm.* 1999, comm. n. 239.

<sup>(17)</sup> NDT Antibiotico attivo su alcuni batteri che causano un'ampia gamma di infezioni delle vie respiratorie, intestinali ed urinarie, nonché otiti.

<sup>41</sup> TA Marseille, 30 maggio 2000, *Mme Bourdignon et Mme Botella c. / Ministère de l'emploi et de la solidarité*, n. 99-6941 e 97-5988; CAA Marseille, 18 ottobre 2001, 2 esp., concl. L. Benoît, *Environnement*, 2002, n. 1, *chron.* n. 1, p. 8.

<sup>(18)</sup> NDT Neologismo, individuato come contrario di "placebo", con il quale si indicano in medicina le reazioni negative che un soggetto manifesta a seguito della somministrazione di un falso farmaco completamente innocuo, ma da egli percepito come nocivo.

<sup>(19)</sup> NDT Il "controllo massimo" era già stato definito dall'Autore, in questo stesso saggio, nella nota numero 12. In ogni caso, posto che *repetita iuvant*, si tratta di un controllo caratterizzantesi per la sua estrema pervasività e che consiste nella verifica, da parte del giudice amministrativo, del rapporto dato tra i vantaggi e gli inconvenienti prodotti da un provvedimento della Pubblica Amministrazione, di tal guisa che i vantaggi dell'atto siano superiori all'insieme degli inconvenienti, rilevando la mancanza della finalità della utilità pubblica – e dunque l'annullamento dell'atto per ragioni di "opportunità" (ovverossia di "merito") – nel caso di esito negativo dell'accertamento.

pubblica servirà ad illustrare la deriva intrapresa nei giudizi incentrati sul principio di precauzione.

Il giudizio “normale” di utilità pubblica, come illustrato nella sentenza “*Ville nouvelle Est*”<sup>42</sup>, da un lato accerta tale utilità in un contesto fattuale – almeno in teoria – conosciuto, mentre dall’altro si accontenta di eliminare questa o quella scelta amministrativa che non rileva d’utilità pubblica, in ragione di un bilanciamento d’esito negativo tra vantaggi e inconvenienti. La logica della precauzione, invece, condurrà il giudice, ad esempio in materia di linee ad alta tensione, a dare ragione alla scelta dei ricorrenti di interrare le suddette linee, contro la scelta della pubblica amministrazione di tracciare delle linee aeree, in nome del rischio incerto che tali linee aeree genererebbero per la sanità pubblica. In altri termini, la soggettività dell’apprezzamento incerto, in nome del principio di precauzione, si sostituirebbe a un controllo effettuato sulla base di scelte tecniche, se non certe, quanto meno già note.

Oltre al rischio di un giudizio di opportunità eccedente dai limiti, e sempre nello stesso registro di un “*contrôle maximum*” da parte del giudice, il giudizio incentrato sul principio di precauzione creerebbe anche il rischio di un giudizio di proporzionalità di tipo inedito, forse eccessivo. Considerando questa volta il punto di vista di chi trarrebbe profitto dalla non applicazione di misure di precauzione (l’*exploitant*), è la proporzionalità della stessa misura di precauzione che potrebbe essere contestata. Fino ad epoca recente la polizia amministrativa speciale era estranea a questo tipo di controllo, riservato alla sola polizia generale, nella quale le misure di polizia dovevano essere proporzionate a quanto era necessario per il mantenimento dell’ordine pubblico<sup>43</sup>. Sicuramente, in certi ambiti specifici, come il c.d. “diritto dei migranti”, specialmente sotto la pressione dei principi imposti dalla Convenzione Europea per la salvaguardia dei diritti dell’uomo e delle libertà fondamentali (CEDU), il *Conseil d’État* ha potuto estendere il giudizio di proporzionalità a certe misure prese nell’ambito della polizia speciale, con particolare riguardo al rifiuto del Visto<sup>44</sup>; ma si tratta, comunque, di ipotesi eccezionali.

Il controllo esercitato fino ad ora in materia di polizia speciale è il cosiddetto “*contrôle restreint*”<sup>(20)</sup>, giudizio di legittimità. Numerosi sono gli

<sup>42</sup> CE, 28 maggio 1971, *Ville nouvelle Est*, in *Rec. CE*, p. 409, *concl.* Braibant.

<sup>43</sup> CE, 19 maggio 1933, Benjamin, in *Rec. CE*, p. 541.

<sup>44</sup> CE, 10 aprile, Aykan, in *Rev. adm.* 1992, p. 416, con nota di H. RUIZ-FABRI.

<sup>(20)</sup> NDT Letteralmente “controllo stretto”, consistente in un giudizio di legittimità, contrapposto al già citato “*contrôle maximum*”, che è invece un giudizio di merito.

esempî di giudizio di legittimità sugli atti della polizia speciale<sup>45</sup>; e per quanto riguarda gli ambiti toccati dal principio di precauzione, come esempio può farsi quello dell'immissione nel mercato dei prodotti farmaceutici<sup>46</sup>. L'uso in sede giurisdizionale del nuovo principio in esame porterà, naturalmente, le parti processuali – stavolta in nome del perseguimento del profitto, della libertà di commercio e dell'industria, del principio della certezza del diritto, del diritto al lavoro *etc.* – a domandare l'adeguamento delle misure ai fatti, pur sempre in nome del principio di precauzione.

Più grave, infine, è senz'altro il vuoto giuridico che risulterebbe da una utilizzazione generalizzata ed eccessiva del principio di precauzione. Uno dei suoi ambiti potenziali di applicazione potrebbe essere, per esempio, quello della responsabilità medica. Quest'ultima ha conosciuto, come noto, una doppia ed essenziale evoluzione: tanto a livello della responsabilità per colpa, rispetto alla quale è stata abbandonata la strada della colpa grave, a beneficio di una colpa semplice<sup>47</sup>, generalmente ammessa ed espressa in giurisprudenza con la tipica formula "*faute de nature à engager la responsabilité de ...*"<sup>(21)</sup>; quanto a livello della valutazione del rischio che si è fatto correre al paziente (con ammissione di un aumento consentito del rischio in caso di operazione eccezionale effettuata mediante una nuova tecnica<sup>48</sup>), soprattutto in caso di rischio eccezionale<sup>49 (22)</sup>. Queste evoluzioni, senz'altro necessarie nel rifiuto sociale – e quindi giurisprudenziale – di vedere, salvo casi di esclusione della colpa, la vittima assumersi il peso del proprio pregiudizio, sarebbero private di contenuto se associassimo loro il principio di precauzione. Così si avrebbe rischio eccezionale nei casi in cui una patologia fosse suscettibile di essere scoperta solo a condizione di utilizzare tutti i mezzi della

<sup>45</sup> *Ex multis*: CE, 30 gennaio 1991, *min. équip. c/ ch. synd. fr. de l'affichage*, in *Rec. CE*, 33; CE 13 novembre 1992, *Sté Affichage Finchetti*, in *Rec. CE, tables*, 727.

<sup>46</sup> CE 25 aprile 1958, *Société laboratoire Geigy*.

<sup>47</sup> CE 10 aprile 1992, *Époux V*, *Rec. CE*, 171 in: *AJDA (Actualité Juridique. Droit Administratif)* 1992, 355, concl. Legal; *RFD adm.* 1992, 571, concl. *JCP G* 1992, II, 21881, con commento di J. MOREAU.

<sup>(21)</sup> NDT Lett. "colpa di natura tale da implicare la responsabilità di ...".

<sup>48</sup> CAA Lyon, 21 dicembre 1990, *Gomez*, in *Rec. CE*, p. 498.

<sup>49</sup> CE, Ass., 9 aprile 1993, *Bianchi*, in *Rec. CE*, p. 127.

<sup>(22)</sup> NDT Il rischio eccezionale è così definito da M. PAILLET, *A propos de l'arrêt Bianchi, observation sur la responsabilité hospitalière pour risque exceptionnel*, RDP, n. 4, 1993, 1099 ss.: «è un rischio la cui realizzazione è eccezionale, vale a dire del tutto inabituale rispetto all'evoluzione normale che conosce un paziente sottoposto a un esame od a un trattamento medicale».



scienza medica – esattamente come è avvenuto nel noto caso “Bianchi”, poiché una iper-allergia allo iodio sarà diagnosticata solo utilizzando tutto l’arsenale dei mezzi diagnostici esistenti –, il quale tuttavia si trasformerebbe da rischio eccezionale in rischio di incidente operatorio o di alea terapeutica se il principio di precauzione permettesse di integrare l’incertezza scientifica. Questa generalizzazione, iniziata nel campo particolare dell’anestesia<sup>50</sup>, è certo possibile, non fosse che per la volontà del legislatore, ma annienterebbe il senso stesso del fondamento del rischio. Nel campo della colpa, l’intervento di un dovere di informazione (la cui carenza costituisce colpa<sup>51</sup>) associato al principio di precauzione condurrebbe a un obbligo di informazione anche di ciò che non conosciamo scientificamente, la qual cosa potrebbe anche essere suggestiva, se non fosse così “surreale”.

Senza contenuto preciso, senza portata normativa, utilizzato a torto, a volte perfino in maniera pericolosa per la certezza del diritto, il principio di precauzione, rispetto al quale tutti sono, tuttavia, d’accordo nel riconoscere il merito delle finalità da esso perseguite, è di fatto l’espressione di una volontà di vedere il giudice “ben” giudicare, al di là della stretta regolarità formale a lui opposta, anche di diritto positivo.

Questo legame fragile della coppia precauzione-prevenzione che costituisce il principio di precauzione imporrà necessariamente una evoluzione della coppia stessa.

Le riserve del giudice, all’esame del confronto diretto del principio di precauzione e degli interessi generali degli atti della pubblica amministrazione, si sono tuttavia andate smorzando quando il principio di precauzione è stato invocato in modo più indiretto.

### *B. La invocabilità indiretta*

Il diritto ambientale, malgrado i suoi limiti in termini di efficienza, beneficia della giustapposizione di più elementi che contribuiscono alla sua più grande invocabilità pratica: l’entrata in vigore della Carta dell’ambiente nel 2005 (1), la novità data dalla possibilità di invocare processualmente in via d’eccezione la contrarietà di una legge alla Costituzione (2) e l’ammissibilità riconosciuta dalla giurisprudenza della sua invocabilità indiretta nelle procedure contenziose (3).

<sup>50</sup> CE, sect., 3 novembre 1997, *Hôpital Joseph-Imbert d’Arles*, in *AJDA* 1997, p. 1016.

<sup>51</sup> CE 5 gennaio 2000, *Cons. Telle*, in *Rec. CE* p. 5, *concl.* Chauvaux.

### 1. Conseguenze processuali indirette date dalla costituzionalizzazione dei principi ambientali

L'entrata in vigore della Carta dell'ambiente – che ha messo fine alla questione sul riconoscimento del rango dei principî ambientali – ha anche necessariamente modificato le condizioni di invocabilità di questi principî, costringendo il giudice a dover superare due ostacoli processuali presenti nel diritto amministrativo francese: la teoria della “*loi écran*” (letteralmente “legge-schermo”) e quella della autonomia concettuale della disciplina.

#### a) L'abrogazione implicita e la teoria della *loi écran*

Prima dell'entrata in vigore della Carta dell'Ambiente, era la c.d. “teoria della *loi écran*” che permetteva al giudice amministrativo, al quale non appartiene il potere di accertare la conformità a Costituzione di una legge, di rifiutarsi di esaminare la liceità<sup>52</sup> di un atto amministrativo, se quest'ultimo si fondava su di una legge non dichiarata contraria alla Costituzione dal *Conseil constitutionnel*. In altri termini la legge, anche se incostituzionale, fungeva così da “schermo” rispetto ad un eventuale controllo di costituzionalità di un atto amministrativo.

L'importante decisione «*Association eaux et rivières de Bretagne*»<sup>53</sup> ricorda gli effetti dell'accesso al livello costituzionale nei riguardi delle leggi anteriori alla Carta: «quando delle disposizioni legislative sono state adottate per assicurare l'operatività dei principi enunciati dagli articoli [...] della Carta dell'ambiente, [...] la legalità delle decisioni amministrative non si apprezza, nei confronti di tali disposizioni, se non sotto la riserva che esse non siano incompatibili con le esigenze che emergono dalla Carta stessa, trattandosi di disposizioni legislative anteriori all'entrata in vigore di quest'ultima». La teoria della *loi écran* soccombe, così, innanzi ad una eccezione maggiore, quale quella di incostituzionalità “in via prioritaria”, in caso di incompatibilità con la Carta. Questa posizione è stata chiaramente ed espressamente riaffermata nel quarto “considerando” della decisione dell'Assemblea del 3 ottobre 2008 «*Commune d'Anney*»<sup>54</sup>.

<sup>52</sup> Da intendersi come concetto sinonimico di “regolarità”, ma non ridotto alla sola “legalità”, riservato alla legge *stricto sensu*.

<sup>53</sup> *Conseil d'État*, 19 giugno 2006, *Association eaux et rivières de Bretagne, Requête* n. 282456 e 283103, in *AJDA* 2006, 1584.

<sup>54</sup> Pubblicata in *Dr. Env. Oct. 2008*, 19, *concl.* Y. Aguila.

Combinata con la giurisprudenza sulla “abrogazione implicita”, per la quale il giudice può aggirare mediante finzione l’ostacolo della “legge-écran” (*loi écran*)<sup>55</sup>, questa posizione preminente del giudice amministrativo è essenziale in termini d’invocabilità dei principî ambientali. Certo, quando si tratta di principî ambientali della Carta che non siano stati oggetto di una legge per la loro realizzazione – ipotesi eccezionale – resta una questione aperta.

Naturalmente, quando si tratti di una legge posteriore alla Carta, contraria o incompatibile con quest’ultima, la teoria della *loi écran* è sempre valevole, poiché per il *Conseil d’État* «non rientra tra le competenze del giudice amministrativo quella di statuire sulla conformità di una disposizione legislativa alla Costituzione, e la ratifica dell’ordinanza del 28 luglio 2005 fa dunque ostacolo a che sia esaminata la questione secondo la quale questa abrogazione violerebbe l’articolo 7 della Carta dell’ambiente»<sup>56</sup>. Spetterebbe, infatti, al *Conseil constitutionnel* la competenza a dichiarare la suddetta legge non conforme. Al più, la revisione costituzionale che ha introdotto la questione prioritaria di costituzionalità attenua ancora (cfr. *infra*, par. II, B., c) il rischio di non rispetto dei principî ambientali di rango costituzionale. Ciò non toglie che la combinazione della costituzionalizzazione dei principî, della giurisprudenza sulla abrogazione implicita, e l’immissione della eccezione d’incostituzionalità nel nostro sistema di controlli giuridici, costituiscono indiscutibilmente delle prospettive importanti<sup>57</sup>.

<sup>55</sup> *Conseil d’État* Ass. 16 dicembre 2005, *syndicat National des buissiers de justice*, req. n. 259584: «considerando che se non appartiene al giudice amministrativo di apprezzare la conformità di un testo legislativo alle disposizioni costituzionali in vigore alla data della sua promulgazione, ad esso spetta altresì di constatare l’abrogazione, qualora implicita, di disposizioni legislative quando il loro contenuto è inconciliabile con un testo posteriore, sia esso di rango legislativo o costituzionale».

<sup>56</sup> Decisione del 27 giugno 2007, *Ass. nationale pour la protection des eaux et riviere*, req. n. 297531.

<sup>57</sup> Un’altra prospettiva potrebbe essere data dalla Convenzione europea per la salvaguardia dei diritti dell’Uomo e delle libertà fondamentali. Già prima che fossero introdotte nell’ordinamento costituzionale francese la Carta dell’ambiente (2005) e la QPC (2010), era infatti possibile “invocare” la CEDU, qualora una norma avente valore di legge avesse violato uno dei suoi principî. Ma non è sempre così facile individuare una violazione della CEDU in materia ambientale. Con una decisione del 20 ottobre 2011, non pubblicata (*Becker et autres/ France*), facente seguito, a sua volta, a una decisione del *Conseil d’État* del 18 luglio 2009 (*Ministre de l’économie, des finances et de l’industrie/M. Becker, requête* n. 288559, con nota di M. GROS, “De l’expropriation pour cause d’utilité publique”, in *Semaine Juridique. Administrations et collectivités territoriales*, 16 novembre 2009 n. 47) la Corte EDU, statuendo in composizione monocratica e rigettando un’azio-

*b) La fine dalla teoria dell'autonomia concettuale della disciplina*

Queste evoluzioni, che si suppongono acquisite, potrebbero, allo stesso tempo, infliggere un colpo fatale nella applicazione ai principî ambientali del principio della autonomia concettuale della disciplina (in francese: princ. della *indépendance des législations*). Nella celebre decisione «*Société Bouygues télécom*»<sup>58</sup> il *Conseil d'État*, come noto, aveva ritenuto non applicabile il principio di precauzione enunciato dagli articoli L 200-1 del *Code rural* e L 110-1 del *Code de l'environnement*, nei riguardi di un permesso di costruire, con la motivazione che «queste disposizioni non rientrano nel novero di quelle che deve prendere in considerazione l'autorità amministrativa, quando si pronuncia sulla concessione di una autorizzazione rilasciata in applicazione della legislazione in materia urbanistica». Questa posizione è stata numerose volte ripresa nella giurisprudenza della giurisdizione amministrativa di primo e secondo grado<sup>59</sup> e confermata in seguito dallo stesso *Conseil d'État*<sup>60</sup>. Per altro verso, il riconoscimento del “rango costituzionale” dei principî ambientali ha determinato l'impossibilità di utilizzare l'autonomia concettuale della disciplina per impedire che ne venga contestata la violazione; così il testo legislativo (vale a dire il *Code de l'environnement* o il *Code rural*), di cui prima non si teneva conto in materia urbanistica, non può più, almeno in teoria, essere “scartato”. È questo il punto di vista di autorevolissima dottrina, come Yves Yegouzo, che considera come ormai l'applicazione del principio di precauzione «non sia limitata alle sole regolamentazioni disciplinate dal *Code de l'environnement*»<sup>61</sup>, o David Deharbe, che arriva ad affermare «l'incostituzionalità ambientale del principio dell'autonomia concettuale della disciplina»<sup>62</sup>, e noi non possiamo

ne contro lo Stato francese, ha considerato che il Codice minerario francese non violasse alcuno dei diritti e delle libertà garantite dalla Convenzione europea dei diritti dell'Uomo e dai suoi protocolli in materia di indennità per danni.

<sup>58</sup> *Conseil d'État* 21 aprile 2005, *requête* n. 248233.

<sup>59</sup> Per esempio: *tribunal administratif de Toulouse*, 2 marzo 2006, 030603 e 0400074, *Carentz / Préfet de Haute Garonne*, in materia di permessi di costruire pale eoliche; *Cour administrative d'appel de Lyon*, 8 giugno 2006, in materia di porcilaie (02LY01902); *Cour administrative d'appel de Bordeaux*, 2 maggio 2006, Goudan, 02BX01286, in materia di ricetrasmittenti.

<sup>60</sup> *Conseil d'État*, 23 novembre 2005, Comune di Nizza, 262105, per un permesso di costruzione di un parcheggio sotterraneo.

<sup>61</sup> Y. YEGOUZO, *De certaines obligations environnementales: prévention, précaution et responsabilités*, AJDA, 2005, 1164.

<sup>62</sup> D. DEHARBE, *L'application du principe d'indépendance des législations – note sous*

che condividere tali posizioni. Queste ultime, poi, sono state condivise anche da alcuni giudici. Così il *Tribunal administratif* di Amiens<sup>63</sup> ha ammesso l'operatività dell'argomento del principio di precauzione in relazione ad una procedura di revisione semplificata di un POS (Piano di occupazione del suolo), ritenendo che «queste disposizioni [articolo 5 della Carta] possono essere utilmente invocate in relazione di una decisione amministrativa intervenuta in materia di legislazione urbanistica», seguendo, in questo, l'indicazione del suo Commissario del Governo Anne Caron, la quale proponeva che «il carattere inoperante del principio di precauzione nei contenziosi riguardanti le autorizzazioni in materia urbanistica non si pone più nella stessa maniera dopo l'entrata in vigore della Carta dell'ambiente del 2004».

È vero che pur senza attendere la costituzionalizzazione dei principi, pur senza dover procedere a revisione costituzionale per consentire l'eccezione di incostituzionalità, sarebbe stato tutto sommato facile integrare un articolo del tipo del 110-1 del *Code de l'environnement*, così come altri nello stesso testo del Codice urbanistico. Ma perché fare le cose semplici, quando si possono fare complicate?

In ogni caso, la costituzionalizzazione del principio di precauzione rimuove indiscutibilmente l'ostacolo del principio dell'autonomia concettuale della disciplina.

*c) Diritto ambientale e questione prioritaria di costituzionalità (Q.P.C.)*

Grazie alla legge di revisione costituzionale del 2008 (*Loi constitutionnelle* n. 2008-724 del 23 luglio 2008), che ha introdotto l'art. 61-1 nel testo costituzionale, ed alla legge organica n. 1523/2009 del 10 dicembre 2009, è oggi possibile sollevare una questione "prioritaria" (ovverosia "pregiudiziale") di costituzionalità (Q.P.C.) in via incidentale. L'art. 61-1 dispone così che «quando, in occasione di un procedimento in corso davanti ad una giurisdizione, viene eccepito che una disposizione legislativa viola i diritti e le libertà garantite dalla Costituzione, il *Conseil constitutionnel* può essere investito della questione dal *Conseil d'État* o dalla *Cour de cassation* che si pronuncia entro un termine stabilito».

CAA Bordeaux, 2 mai 2006, Goudan, n. 02BX01286, in *Droit de l'environnement*, n.144, novembre 2006, 357.

<sup>63</sup> TA Amiens, 23 aprile 2007, *Préfet de la Somme/Commune de Lanchères* (req. 0601149), conclusioni di Caron, in *RJE* 4/2007, 477.

Una legge organica (articolo 23-2 dell'ordinanza n. 58-1067 del 7 novembre 1958, recante legge organica sul *Conseil constitutionnel* modificata dalla legge organica n. 1523/2009 del 10 dicembre 2009 relativo alla applicazione dell'art. 61-1 della Costituzione) prevede che il giudice innanzi al quale si eccipisce una questione prioritaria di costituzionalità decida «senza termine con sentenza motivata» sulla relativa trasmissione degli atti al *Conseil d'État* o alla *Cour de cassation*<sup>64</sup>.

Possiamo rilevare tre decisioni recenti del *Conseil constitutionnel* in materia ambientale sorte a seguito della proposizione di una questione pregiudiziale di costituzionalità.

La prima, dell'8 aprile 2011<sup>65</sup>, sollevata dalla *Cour de cassation*, terza Camera Civile, ha visto il Consiglio considerare che l'art. L 112-16 del Codice della costruzione e dell'abitazione non era «contrario a nessun diritto o libertà garantito dalla costituzione», poiché è «discrezionalità del legislatore definire le condizioni nella quali una azione di responsabilità possa essere esercitata sul fondamento della violazione dell'obbligo» del rispetto dell'ambiente imposto dai primi due articoli della Carta, così come «spetta al legislatore e, nel quadro definito dalla legge, alle autorità amministrative di determinare, nel rispetto dei principi enunciati, le modalità di attuazione» delle disposizioni di cui agli articoli 3 e 4 della stessa Carta. Questa decisione di rigetto mostra, malgrado tutto, un esame attento della costituzionalità della legge nei riguardi della Carta dell'ambiente.

La seconda decisione, del 14 ottobre 2011<sup>66</sup>, sollevata, questa volta, dal *Conseil d'État*, ha visto il *Conseil constitutionnel* dichiarare il secondo comma dell'art. L 511-2 e il paragrafo terzo dell'art. L 512-7 del *Code de l'environnement* contrari alla Costituzione, per violazione del cosiddetto "principio di partecipazione del pubblico" di cui all'articolo 7 della Carta<sup>(23)</sup>: «considerando che, tuttavia, nella sua redazione sottoposta al

<sup>64</sup> Si procede alla trasmissione se i requisiti seguenti sono soddisfatti:

1) La disposizione contestata è applicabile alla lite o alla procedura, o costituisce il fondamento di una causa; 2) Non è già stata dichiarata conforme alla Costituzione nei motivi e nel dispositivo di una decisione del *Conseil constitutionnel*, salvo che non siano intervenuti mutamenti nelle circostanze; 3) La questione non presenta "carattere serio" («*caractère sérieux*» in francese). Così tutte le "disposizioni legislative", ai sensi dell'articolo 61-1, sono suscettibili, per via della Q.P.C., di essere contestate innanzi a qualunque giudice. Ora, dal primo marzo 2005 la Carta dell'ambiente è integrata alla Costituzione, e quest'ultima garantisce i diritti e le libertà.

<sup>65</sup> CC 2011-116 QCP *Michel Z et autres, trouble de voisinage et environnement*.

<sup>66</sup> CC 2011-183/184 QPC *Association France Nature environnement*, in *Ajda* 2011, 1981.

<sup>(23)</sup> NDT Art. 7 della Carta dell'ambiente: «chiunque ha il diritto, nelle condizioni e

*Conseil constitutionnel*, il secondo comma dell'art. L 511-2 non prevede la pubblicazione del progetto del *décret de nomenclature* per le installazioni autorizzate o dichiarate; che inoltre, né le disposizioni contestate, né alcun'altra disposizione legislativa assicuravano l'operatività del principio di partecipazione del pubblico alla elaborazione delle decisioni pubbliche in esame; che, ne consegue, adottando le disposizioni contestate senza prevedere la partecipazione del pubblico, il legislatore ha violato per eccesso i limiti della sua competenza».

La terza decisione, del 13 luglio 2012<sup>67</sup>, ancora sollevata dal *Conseil d'État*, ha visto il *Conseil constitutionnel* dichiarare l'ultima frase del primo comma dell'art. L 512-5 del *Code de l'environnement* come contrario alla Costituzione, sempre per violazione del principio di partecipazione di cui all'articolo 7 della Carta, perché «né queste disposizioni, né alcun'altra disposizione legislativa assicurano l'operatività del principio di partecipazione del pubblico nell'elaborazione delle decisioni pubbliche in causa; e, dunque, adottando le disposizioni contestate senza prevedere la partecipazione del pubblico, il legislatore ha violato per eccesso i limiti della sua competenza; le disposizioni dell'ultima frase del primo comma dell'art. 525-5 del *Code de l'environnement* sono quindi contrarie alla Costituzione». Il pensiero torna, naturalmente, alla decisione del *Conseil d'État* «*commune d'Annecy*» (*Conseil d'État*, 3 ottobre 2008, *Dr. Env.*, ottobre, 2008, 19, *conc. Y. Aguila*), che consacra la portata effettiva del principio di partecipazione.

Naturalmente queste tre prime decisioni riguardano i principî di responsabilità e quello di partecipazione, mentre per il momento nessuna dichiarazione di incostituzionalità è stata adottata nei confronti di violazioni del principio di precauzione.

La questione è, tuttavia, stata posta al *Conseil d'État*, in materia mineraria.

In occasione della contestazione della legalità di un provvedimento (*arrêté*) del prefetto, che disponeva l'interruzione definitiva dei lavori di rimessa in funzione di una miniera di carbone, una associazione intercomunale ha avuto l'occasione di proporre la questione della non-conformità del codice minerario francese alla Carta dell'ambiente, per violazione del principio di precauzione<sup>68</sup>.

nei limiti stabiliti dalla legge, di accedere alle informazioni relative all'ambiente detenute dalle autorità pubbliche e di partecipare alla elaborazione delle decisioni pubbliche che abbiano una incidenza sull'ambiente».

<sup>67</sup> CC 2012-262 *QPC Association France Nature environnement*.

<sup>68</sup> Nel 1946, l'estrazione mineraria era nazionalizzata e le concessioni trasferite agli

Con decisione del 15 aprile 2011, il *Conseil d'État*, rigettando l'ecce-

*Houillères du Bassin de Lorraine*. Nel 2004, *Charbonnages de France* riprese questa concessione a seguito della dissoluzione degli *Houillères du Bassin de Lorraine*. Parallelamente, la procedura di abbandono della concessione era avviata a seguito di due provvedimenti del 2006 che autorizzavano la *Charbonnages de France* a procedere all'arresto definitivo dei lavori effettuati nelle miniere di carbone da *De Wendel et Sarre Moselle*, prescrivendo altresì delle misure complementari. Queste decisioni furono impugnate. Con due decisioni del 2010, il *Tribunal administratif de Strasbourg* annullava parzialmente uno dei due provvedimenti (*Tribunal administratif de Strasbourg*, 21 aprile 2010 *Association après mines Moselle est*, decisioni 0605815 e 0701758). L'*Association Apres-Mines-Moselle-Est*, come d'altronde lo stesso Stato, fecero appello davanti alla *Cour Administrative d'appel de Nancy*, nel giugno 2010. È in occasione di tale procedura pendente in appello che l'associazione *Apres-Mines-Moselle-Est* sollevava questione prioritaria di costituzionalità, in riferimento agli articoli 91 e 92 del Codice minerario.

I richiedenti ritenevano che le disposizioni contestate violassero il principio di precauzione statuito dall'articolo 5 della Carta dell'ambiente. Il regime di precauzione corrisponde a «situazioni di forte incertezza sui pericoli o sulle loro conseguenze: la decisione pubblica non può allora appoggiarsi su di una valutazione definitiva del rischio» (Cfr. *Avis du Comité de la Prévention et de la Précaution sur la décision publique en situation d'incertitude en date du 21 juin 2010*). Il principio di precauzione prevede che, in questo caso, se vi è il sospetto di danni gravi e irreparabili, l'incertezza non costituisce una ragione valida tale da rimandare l'adozione di decisioni idonee a meglio valutare il rischio e ad anticipare un eventuale danno.

L'art. 91 del Codice minerario impone senz'altro all'estrattore minerario, al momento della fine dell'estrazione e dell'arresto dei lavori, di fare conoscere «le misure che ritiene di applicare per preservare gli interessi menzionati all'articolo 79, per fare cessare in maniera generale i disordini e i nocimenti di qualunque natura causati da tali attività, per prevenire i rischi di sopravvenienza di tali disordini e per impedire, se del caso, la ripresa delle operazioni di estrazione». Tuttavia questa disposizione si applica esclusivamente quando trattati di rischi chiaramente identificati dall'estrattore («*désordres et nuisances de toute nature engendrés par ces activités*», art. 91, comma 2).

Il Codice minerario non istituisce dunque alcuna misura destinata ad assicurare il principio di precauzione, poiché si limita a prendere in considerazione i pregiudizi già esistenti e verificati alla data della procedura di arresto dei lavori. Inoltre, l'articolo 91 del Codice minerario limita gli obblighi dell'estrattore alle conseguenze dirette della sua attività di estrazione. Così facendo, esclude la configurabilità di obblighi relativi alle conseguenze indirette o indotte. Ora, si tratta di un aspetto capitale che è tradizionalmente tenuto in considerazione nell'ambito del diritto dell'ambiente (si veda, per esempio, in materia di studi d'impatto, art. R 122-3, C. dell'ambiente).

Il paradosso è, quindi, che il Codice minerario si rivela nettamente meno esigente in materia di precauzione nell'ambito di una decisione di arresto dei lavori, le cui conseguenze ambientali sono potenzialmente disastrose!

Così, a titolo di esempio della violazione del principio di precauzione, possiamo richiamare gli importanti problemi legati ai rischi idraulici dovuti alla cessazione dell'attività mineraria. La procedura di arresto dei lavori obbliga certamente gli estrattori a effettuare degli studi sui rischi generici dovuti all'attività, ma li dispensa dall'esaminare tutte le conseguenze indirette o indotte sulla qualità delle acque, in particolare di quelle potabili. Possiamo dunque agevolmente percepire come il Codice minerario non riconosca il



zione e decidendo di non trasferire al *Conseil constitutionnel* la questione prioritaria di costituzionalità<sup>69</sup>, si trovava costretto, tuttavia, a formulare una interpretazione conforme del Codice minerario<sup>70</sup>. Bisogna riconoscere, in questa importante decisione, non già una negazione di efficienza riconosciuta alla QCP in materia ambientale, ma piuttosto una volontà di riconoscersi la facoltà, senza dover investire il Giudice delle leggi, di sottomettere le disposizioni legislative al diritto costituzionale dell'ambiente.

Una recente decisione del *Conseil d'État* del 4 settembre 2011, «M.

principio di precauzione, che invece si applica anche quando i danni «benché incerti allo stato delle conoscenze possano compromettere in maniera grave e irreversibile l'ambiente» (art. 5 della Carta).

Trattandosi di rischi di inquinamento delle acque potabili, non è neppure necessario spiegare, qui, quali potrebbero essere gli effetti sulla salute pubblica. Eppure il Codice minerario non impone all'amministrazione, al momento della fase essenziale dell'arresto dei lavori, di adottare delle «misure provvisorie e adeguate al fine di ovviare alla realizzazione del danno» (Art. 5 della Carta). Non sembra neppure consentirle. Il quinto comma dell'articolo 91 non permette, in effetti, nessun'altra misura se non quelle definitive destinate a compensare i danni provocati all'ambiente.

La questione prioritaria di costituzionalità è stata trasmessa dalla *Cour administrative d'appel de Nancy* al *Conseil d'État*, passando così per il primo filtro di questa procedura. Peraltro il *Conseil d'État* non ha trasmesso la Q.P.C. al *Conseil Constitutionnel*, preferendo riconoscere implicitamente la sottomissione del Codice minerario alla Carta.

<sup>69</sup> *Conseil d'État*, sesta e prima *sous-sections* riunite, 15/04/2011, 346042.

<sup>70</sup> Ritenendo «che *l'association Apres-Mines-Moselle-Est* sostiene che le disposizioni citate dell'art. 91 del Codice minerario violano il principio di prevenzione e il dovere di riparazione previsti dagli articoli 3 e 4 della Carta dell'ambiente, così come il principio di precauzione previsto dall'articolo 5 della medesima Carta; che tuttavia, l'articolo 91 del Codice minerario dispone che al momento dell'arresto dei lavori minerari, l'autorità amministrativa prescriva le misure che l'estrattore deve eseguire al fine di preservare, in particolare, le caratteristiche essenziali dell'ambiente circostante, di fare cessare i disordini e i nocuenti di qualunque natura provocati dalle sue attività e di prevenire i rischi di sopravvenienza di tali disordini; che queste disposizioni impongono all'estrattore di farsi carico della cessazione di tali danni causati all'ambiente dalle attività di estrazione mineraria dopo l'arresto dei lavori; che esse sono rivolte altresì a prevenire i danni che potrebbero ulteriormente causare le concessioni minerarie venute meno; che, inoltre, l'articolo 93 del Codice minerario prevede che lo Stato sia responsabile, a seguito della cessazione della validità del titolo minerario, della sorveglianza e della prevenzione dei rischi suscettibili di mettere in causa la sicurezza dei beni o delle persone identificate al momento dell'arresto dei lavori e le disposizioni contestate non hanno in nessun modo per effetto quello di imporre adempimenti in tal senso da parte degli enti locali, né d'introdurre una rottura dell'eguaglianza tra questi ultimi; che, di conseguenza, la questione sollevata, che non è nuova, non presenta un carattere serio», il *Conseil d'État* risponde di fatto alla questione in maniera affermativa, dal momento che esamina pedissequamente gli obblighi imposti dal Codice minerario e li considera come conformi agli articoli 3, 4 e 5 della Carta dell'ambiente e all'art. 72 della Costituzione.

*Michel A*»<sup>71</sup> ha consentito alla dottrina di tornare sul punto. Si trattava di una questione proposta circa la conformità agli artt. 2 e 6 della Carta dell'ambiente alle disposizioni degli articoli L123-3-5 e L 123-4 del *Code rural*. Il *Conseil d'État*, decidendo di non rinviare al *Conseil constitutionnel* la questione prioritaria sollevata, forniva una interpretazione conforme del *Code rural*, proprio per dimostrare la sua presa in considerazione delle disposizioni costituzionali invocate.

La proposizione della questione prioritaria di costituzionalità come mezzo rapido d'interpretazione della legge da parte del *Conseil d'État*, su iniziativa delle parti ma con la "complicità" del giudice supremo, può essere allora una novità processuale di grande interesse.

## 2. Il carattere indiretto del controllo del giudice

Così, l'errore sarebbe forse di esigere una possibilità di diretta invocazione, di voler considerare i principî ambientali alla stregua di un *cas d'ouverture*<sup>(24)</sup>, come nel caso della violazione diretta della norma di diritto in materia di eccesso di potere<sup>72</sup>.

L'idea è che il principio di precauzione sarebbe invocabile, certo, ma in una logica indiretta: sia per la natura del rapporto giuridico esaminato, che è quello della compatibilità e non della conformità, sia, soprattutto, per la natura del controllo del giudice.

<sup>71</sup> *Conseil d'État*, quinta e quarta sottosezioni riunite, 14/09/2011, 348394, pubblicata in *Rec. CE*.

<sup>(24)</sup> NDT Cioè come ipotesi concreta e autonoma tale da far attivare, da sola e direttamente, la tutela giurisdizionale. Si veda *supra*, NDT n. (3).

<sup>72</sup> Il diritto urbanistico ha conosciuto questa difficoltà con la questione relativa ai poteri delle ZNIEFF (acronimo che sta per Zone Naturali di Interesse Ecologico, Faunistico e Floreale) e se, come sappiamo, le ZNIEFF sono "senza poteri normativi" (*Réponse ministérielle*, n. 43107: JOAN Q 10 févr. 1997, 689), il giudice ha subito sanzionato la violazione indiretta – per errore manifesto – dei principî inerenti a una ZNIEFF: errore manifesto di un prefetto che aveva autorizzato l'estrazione di una cava in una ZNIEFF (CE, 30 dicembre 1996, *Sté Ballastières de Travecy*: Mon. TP 1 agosto 1997, 35. – TA Caen, 10 dicembre 1996, n. 951809, *Assoc., Faune et Flore: Études foncières* settembre 1997, p. 45), di un consiglio municipale che aveva permesso la costruzione di un hotel-ristorante e di una struttura turistica in una zona ritenuta a vocazione agricola e al confine di una ZNIEFF (TA Nantes, 1 aprile 1993, *Les Verts du pays de Retz*, in *Dr. env.*, ottobre-novembre 1993, p. 21 e 22). Allo stesso modo, il tracciato di una zona NA (zone non attualmente edificate ma che saranno urbanizzate in futuro) sul perimetro di una ZNIEFF è stato ritenuto intaccato dallo stesso vizio (TA Nice, 1 febbraio 1996, *Synd. d'exploitants agricoles de Fontau-Sorge*, in *Études foncières*, dicembre 1996, 40, con commento di B. Lamorlette). Lo stesso appunto potrebbe essere fatto per gli schemi di gestione delle acque (SDAGE) o per gli schemi di gestione delle cave.

E il giudice utilizza, quando si tratta di principî ambientali, tutti i metodi classici del controllo indiretto.

Tra questi ritroviamo, in primo luogo, il metodo dell'adeguamento delle misure ai fatti, proprio della funzione della polizia amministrativa. A volte la formulazione del controllo giurisdizionale delle norme ambientali riporta così alla luce vecchie reminiscenze. La decisione «*Fédération nationale des syndicats de propriétaires forestiers sylviculteurs*»<sup>73</sup>, a proposito delle «regole relative alla protezione del particolare ecosistema delle aree protette», ricorda che «queste regole non possono tuttavia legalmente consistere in un divieto generale e assoluto [...] ma devono al contrario essere adattate alle necessità che la protezione di certe specie impone in certi luoghi». Ritroviamo qui la “doppia idea” del controllo giurisdizionale in materia di polizia generale: da un lato l'idea della proibizione di divieti generali ed assoluti, dall'altro quella di un necessario adeguamento delle misure ai fatti, qualificato qui alla stregua di regola «adattata» al fatto.

Nella stessa logica del giudizio di proporzionalità in materia di polizia, l'analisi costi/beneficî, cara alla giurisprudenza del giudizio di utilità pubblica in materia di espropriazione<sup>74</sup>, era stata integrata con elementi di valutazione ambientale, e riceveva la sua consacrazione con il primo annullamento di una operazione di grande importanza nel celebre *affaire* delle Gole del Verdon.

Così la decisione del 10 luglio 2006, «*Association interdépartementale et intercommunale pour la protection du lac de sainte Croix*», vedeva l'Alta assemblea considerare che «i gravi pregiudizî recati dal progetto a questa zona di interesse eccezionale eccedono l'interesse dell'operazione e sono di natura tale da fargli venir meno il suo carattere di utilità pubblica»<sup>75</sup>.

Non erano mancate, in passato, posizioni a favore di ipotesi che incorporassero esplicitamente il principio di precauzione nell'analisi co-

<sup>73</sup> *Conseil d'État*, 13 luglio 2006, n. 281812.

<sup>74</sup> L'analisi costi/benefici, detta anche “metodo del bilanciamento”, consacrato dalla nota decisione «*Ville nouvelle est*» (*Conseil d'État*, Ass. 28 maggio 1971 R. 409, *Concl.* Braibant), ha ben presto fatto sì che tra i pregiudizî arrecati agli interessi pubblici fossero ricompresi anche quelli ambientali (a partire dal 1975 con la decisione «*Syndicat CFDT Marins pêcheurs de la rade de Brest*», *Conseil d'État* 25 luglio 1975, *requêtes* 90992, 91012, 91013, 91014, 91015). L'ambiente è stato all'origine di una decisione assunta con il “metodo del bilanciamento” anche nel *arrêt de préfiguration* riguardante i *Boues rouges de Cassis* (*Conseil d'État* 15 marzo 1968, *Commune de Cassis*, *req.* 69312, 69315, 69326, 69327, 69328, 69329, 69334).

<sup>75</sup> *Conseil d'État*, 10 luglio 2006, *Req.* 288108.

sti/benefici<sup>76</sup>, sia di natura dottrinale, sia di provenienza giurisprudenziale: così, nelle conclusioni su due decisioni dello stesso giorno, il Commissario del governo mostrava di tenere in considerazione il suddetto principio in un giudizio di legalità. Egli rilevava espressamente che – nel caso di specie – «il principio di precauzione è precisamente invocato come norma di riferimento diretto», per ricordare che è vero che il controllo del giudice non poteva essere che un “*contrôle restreint*” (vedi *supra*, par. II, A-2)<sup>77</sup>. La presa in considerazione (semplicemente) indiretta del principio non è più contestata in questo ambito, ed è anche stata oggetto di motivazioni chiare del giudice nelle conclusioni di Da Silva sulla decisione «*Saint léger en Bray*»<sup>78</sup>: «non risulta dal *dossier* che, rispetto all’importanza dell’operazione e alle precauzioni prese, segnatamente riguardo alle disposizioni dell’art. L 110-1 del *Code de l’environnement*, gli inconvenienti che questa operazione comporta possano essere considerati come eccessivi».

Ritroviamo una altra forma di presa in considerazione indiretta del principio di precauzione, stavolta per mezzo dell’errore di apprezzamento manifesto, già invocato in materia di ZNIEFF (v. *supra*, nota 73), nella decisione «C.R.I.L.A.N.» del *Conseil d’État*, in data 4 agosto 2006, dove, riguardo al decreto del 10 gennaio 2003 che autorizzava l’agenzia nazionale per la gestione dei rifiuti radioattivi (ANDRA) a modificare, per il passaggio in fase di sorveglianza, il centro di stoccaggio dei rifiuti radioattivi della Manica, il *Conseil d’État* considerò che: «tenuto conto delle misure prese dal decreto che dovranno essere applicate senza interruzione, questo decreto non è viziato da errore di apprezzamento manifesto, né nell’applicazione del principio di precauzione, né nell’applicazione del principio di prevenzione».

Si conferma, così, sia pure in maniera implicita, l’impossibilità di un richiamo assoluto e diretto al principio di precauzione davanti al giudice amministrativo, ma, allo stesso tempo, la sua concreta invocabilità “indiretta” mediante il canale dell’errore manifesto.

Pertanto la decisione «C.R.I.L.A.N.» non esclude il principio di precauzione dalla valutazione intorno ai profili di legittimità, bensì ammette

<sup>76</sup> CE, 28 luglio 1999, *Assoc. intercommunale “Morbihan sous haute très haute tension”*, req. n. 184268, in *Dr. env.* n. 72, 13, con nota di C. Cans.

<sup>77</sup> *Concl.* Maugüé, 24 ottobre 2001, Cne de Marennes, in *Environnement*, 2002, commento n. 56; *Juris-Data* n. 2001-063046.

<sup>78</sup> *Conseil d’État* 13 dicembre 2002, *Association pour la sauvegarde de l’environnement et la promotion de Saint léger en Bray et autres*, *Rec. CE*, 963.

la possibilità di individuare la violazione indiretta in caso di errore manifesto di apprezzamento. È un classico della giurisprudenza sul principio, specialmente in materia di sanità pubblica<sup>79</sup>.

Questa è sempre stata, d'altronde, la posizione del giudice comunitario. Così la Corte di Giustizia dell'Unione Europea ha stimato che «tenuto conto della gravità del pericolo e della urgenza, la Commissione non aveva reagito in maniera manifestamente sproporzionata adottando, a titolo transitorio e nell'attesa di più ampie informazioni scientifiche, un divieto globale di esportazione dei bovini, della carne bovina e dei prodotti derivati»<sup>80</sup>. Ma al fondo può essere che sia stato sempre così: già, nelle prime decisioni, relative alle sementi di mais, il *Conseil d'État*, nel giudizio di merito, aveva espresso – riguardo all'applicazione di una direttiva comunitaria – un ragionamento di questo tipo: «che il ministro abbia violato il principio di precauzione e commesso un errore manifesto di apprezzamento, nell'apprezzare i rischi, deve essere escluso»<sup>81</sup>.

Il diritto ambientale è ancora, dunque, alla ricerca delle sue procedure, alla ricerca di una sua “invocabilità” diretta ed effettiva: se si riesce ad andare oltre al “fantasma del sovra-diritto” e dell'applicazione sistematica di principi troppo generici, la sua indiretta applicazione, in seno alle procedure esistenti, risulterà sempre più efficiente.

<sup>79</sup> Così nelle quattro decisioni del *Conseil d'État* rese in materia di sanità pubblica, nelle quali è stato ritenuto che «tenuto conto delle precauzioni che s'impongono in materia di sanità pubblica» le autorità amministrative non avevano viziato i loro provvedimenti con un apprezzamento manifestamente erroneo (CE, 21 aprile 1997, *Barbier CE*, 21 aprile 1997, *Barbier, req. n. 180274*; D. 1997, *inf. rap. p. 123*; *Juris-Data* n. 1997-050225, per una autorizzazione di fabbricazione e di utilizzazione di un prodotto contenente collagene bovino). Il *Conseil d'État* riutilizzerà gli stessi termini per l'interdizione dell'utilizzo di materie di origine bovina negli alimenti per i neonati (24 febbraio 1999, *Sté Pro-Nat, req. n. 192465* in *Dr. adm. 1999*, commento n. 239, *obs. J.-C. BONICHOT*; CE, 30 juin 1999, *Germain, req. n. 202814*, in *Juris-Data* n. 1999-050758) o in materia di medicinali omeopatici e dei materiali che servono alla loro composizione (17 dicembre 1999, *Gootjes, req. n. 202871*; *Juris-Data* n. 1999-051691).

<sup>80</sup> CJCE ord., 11 aprile 2001, *aff. C-459/00 P (R)*, *Comm. c/ Trenker SA*, in *Rec. CJCE* 2001, I, 2823. Questa posizione non è legata esclusivamente alla paura della “mucca pazza”, ma sembra essere, piuttosto, ancorata a un metodo procedurale prestabilito; la Corte aveva già ricordato dal 1993, in materia di regolamenti e riguardo proprio al principio di precauzione, che l'annullamento non poteva essere disposto che dando la prova di un “errore manifesto, sviamento di potere o superamento manifesto dei limiti del potere di apprezzamento” dell'autorità precedente (24 novembre 1993, *aff. C-405/1992, Établissements Mondiet, Rec. CJCE* 1993, I, 6133, *concl. Gulmann*).

<sup>81</sup> *Conseil d'État*, 22 novembre 2000, *Assoc. Greenpeace France, Rec. CE*, 548.

*C. Limiti della ragione economica di Stato: precauzione, antenne ricetrasmittenti di telefonia mobile e OGM nella giurisprudenza*

L'esempio delle *antennes-relais*<sup>(25)</sup> è significativo delle difficoltà nell'invocare utilmente il principio di precauzione.

Conosciamo il contesto: una "vecchia" giurisprudenza (cioè precedente all'entrata in vigore della Carta dell'ambiente) opponeva un principio, quello dell'autonomia concettuale della disciplina giuridica (vedi *supra* par. II, B, 1, b), alla invocabilità, in materia di autorizzazioni urbanistiche, del principio di precauzione (come obiettivo di uno sviluppo sostenibile)<sup>82</sup>. Ma questa giurisprudenza, l'abbiamo visto, non è più applicabile. Quando il Commissario di Governo Yann Aguilla ha tratto le conclusioni nell'*affaire Bouygues Telecom*<sup>83</sup>, pronunciandosi sui rapporti tra il principio di precauzione e il diritto urbanistico, egli ha espressamente sottolineato che la decisione del *Conseil d'État* teneva conto solo dei rapporti tra il *Code de l'environnement* e quello urbanistico, ma non prendeva invece in considerazione che la prossima entrata in vigore della Carta avrebbe reso più complessi tali rapporti<sup>84</sup>: per questa ragione supplementare il principio di precauzione, che è pure consacrato dalla stessa Carta, dovrà, d'ora in avanti, applicarsi anche per apprezzare la legalità di una autorizzazione a costruire. Ora, nel caso delle *antennes-relais*, il principio deve naturalmente applicarsi.

In questo senso, proprio in materia di antenne ricetrasmittenti, il *Conseil d'État* ha posto fine alla tradizionale autonomia concettuale della disciplina e, criticando il giudice di merito che aveva escluso l'applicazione del principio di precauzione in materia di concessione di autorizzazioni urbanistiche, in termini più che espliciti ha affermato: «considerando che è enunciato all'articolo 5 della Carta dell'ambiente, alla quale

<sup>(25)</sup> NDT Cioè delle antenne ricetrasmittenti delle stazioni radio base di telefonia mobile – comunemente, ma impropriamente, chiamate "ripetitori" (impropriamente in quanto in realtà non "ripetono" alcun segnale, ma lo generano e lo trasmettono in aria, ovvero lo ricevono).

<sup>82</sup> CE 20 aprile 2005, *Bouygues Telecom*, in *AJDA*, 2005, 1191.

<sup>83</sup> CE 20 aprile 2005, in *AJDA*, 2005, 1191. Cfr. J.-C. BONICHOT, in *BJDU (Bulletin de Jurisprudence de Droit de l'Urbanisme)* 2/2005, 117.

<sup>84</sup> «Il principio di precauzione è applicabile al diritto urbanistico? Questo è il problema posto dalla questione in esame. Indichiamo da subito, per non tornarci successivamente, che i fatti sono anteriori all'adozione della Carta dell'ambiente, il cui articolo 5 introduce il principio di precauzione e che, dunque, la risposta che darete oggi non pregiudica, a nostro avviso, quella che potrebbe dare un domani, alla luce del nuovo contesto giuridico».

il preambolo della Costituzione fa riferimento in virtù della legge costituzionale del primo marzo 2005, che: “quando la realizzazione di un danno, benché incerta allo stato attuale delle conoscenze scientifiche, potrebbe pregiudicare in maniera grave e irreversibile l’ambiente, le autorità pubbliche si curano, mediante l’applicazione del principio di precauzione e nel loro ambito di attribuzioni, della messa in opera di procedure di valutazione del rischio e dell’adozione di misure provvisorie e proporzionate al fine di premunirsi contro la realizzazione di quel danno”; e che, allora, ritenendo che il principio di precauzione, per come enunciato all’articolo 5 della Carta dell’ambiente, non debba essere preso in considerazione dall’autorità amministrativa quando essa si pronuncia sulla concessione di una autorizzazione rilasciata in applicazione della legislazione in materia urbanistica, il *Tribunal administratif* di Orléans ha commesso un errore di diritto<sup>85</sup>. In teoria ed in pratica, il principio può essere dunque preso in considerazione per decidere su di una domanda di impianto di antenne ricetrasmittenti<sup>86</sup>.

<sup>85</sup> Conseil d’État 19 luglio 2010, *Association du quartier les hauts de Choiseul*, req. 328687.

<sup>86</sup> Una proposta di legge, mai esaminata, prevedeva l’introduzione di un articolo L 33-1-1 all’interno del Codice delle poste e telecomunicazioni elettroniche il quale disponesse che: «il valore limite di una esposizione del pubblico ai campi elettromagnetici emessi dalle antenne ricetrasmittenti di radiotelefonía mobile, utilizzate nelle risorse delle telecomunicazioni, è fissata a 0,6 volts per metro e le strutture sono obbligatoriamente impiantate a una distanza di almeno 300 metri dalle abitazioni o da uno stabilimento ritenuto sensibile. In deroga, nelle zone urbane, è vietato installare antenne ricetrasmittenti a meno di 100 metri da uno stabilimento sensibile». L’articolo 5 della proposta di legge, poi, prevedeva espressamente che «il sindaco e i rappresentanti degli enti locali possono opporsi all’impianto di una antenna ricetrasmittente se viola il principio di precauzione». Anche se una proposta di legge non fa parte dell’ordinamento giuridico, ciò non toglie che essa sia stata realizzata sulla base di studi e perizie i quali hanno rilevato i rischi per la salute derivanti dalle autorizzazioni urbanistiche che permettono l’impianto di antenne ricetrasmittenti di telefonia mobile. Inoltre, in un comunicato-stampa datato 15 ottobre 2009 con il quale si presentava un rapporto sulle radiofrequenza (“*mise à jour de l’expertise relative aux radiofréquences, L’AFSSET recommande de réduire les expositions*”) l’AFSET (Agenzia Francese di Sicurezza Sanitaria dell’Ambiente e del Lavoro) ha scritto: «il rapporto dell’AFSET mette in evidenza l’esistenza degli effetti delle radiofrequenze sulle funzioni cellulari, sulla base di una dozzina di studi sperimentali considerati dall’AFSET come incontestabili». Esiste, dunque, un dubbio oggettivo sui rischi per la salute della popolazione legati all’impianto di antenne rice-trasmittenti. Il rapporto dell’AFSET al *Directeur général de la Santé* del 16 gennaio 2001, sui telefoni mobili, le loro stazioni di base e la salute, lo stato delle conoscenze e le raccomandazioni, convenzionalmente chiamato “*rapport Zmiron*”, è stato utilizzato dal 2001 al 2005 come riferimento scientifico in Francia per gli operatori del settore. Anche dopo le dimissioni di Denis Zmiron, Presidente del gruppo di esperti del 2005 gli operatori non fanno più riferimento a tale rap-

Il collegamento di questa “spinta sociologica al dubbio” in materia di antenne ricetrasmittenti con l’articolo 5 della Carta costituzionale dell’ambiente e con la giurisprudenza sviluppatasi a partire dalla sentenza «*les hauts de Choiseul*»<sup>87</sup> avrebbe dovuto, naturalmente, condurre ad una giurisprudenza evolutiva nel senso dell’ammissione di una invocabilità sempre più rilevante.

Ma la questione non è così semplice come sembra.

Certo, una decisione del *Conseil d’État* è arrivata ad ammettere, nel 2012<sup>88</sup>, che un sindaco possa prendere in considerazione il principio di precauzione per rifiutare un atto, estendendo la sua precedente giurisprudenza<sup>89</sup>, ma lo stesso *Conseil* ha tuttavia rifiutato l’applicabilità “diretta” dell’art. 5 della Carta<sup>90</sup>, criticando il giudice di primo grado che aveva ritenuto legittimo il rifiuto del sindaco nel caso delle antenne<sup>91</sup>.

In più, il Tribunale dei conflitti, in sei note decisioni<sup>92</sup> è arrivato, lo

porto, ciò non toglie che esso raccomandi, dal 2001, di non esporre inutilmente gli abitanti a meno di 100 metri dalle antenne ricetrasmittenti, le dimissioni del Presidente del gruppo siano arrivate nel giugno 2005, il rapporto di ispezione dell’IGAS e dell’IGE nel 2006, ciò che rimette in discussione l’approccio intrapreso nel rapporto che pubblicò l’AFSE nel 2001.

<sup>87</sup> *Conseil d’État* 19 luglio 2010, *Association du quartier les hauts de Choiseul, requête* 328687.

<sup>88</sup> *Conseil d’État* 30 gennaio 2012 *Orange/ Noisy le Grand, requête* 344992.

<sup>89</sup> «Considerando che se appartiene all’autorità amministrativa competente di tenere conto del principio di precauzione quando si pronuncia sulla concessione di una autorizzazione rilasciata in applicazione della legislazione sull’urbanismo».

<sup>90</sup> «Le disposizioni dell’articolo 5 della Carta dell’ambiente non consentono, indipendentemente dalle procedure di valutazione dei rischi e delle misure provvisorie e adeguate suscettibili, se del caso, di essere messe in opera dalle altre autorità pubbliche nel loro ambito di competenza, di rifiutare legalmente la concessione di una autorizzazione di urbanismo in assenza di elementi circostanziati che facciano apparire, allo stato delle conoscenze scientifiche, dei rischi, anche incerti, di natura tale da giustificare un tale rifiuto».

<sup>91</sup> «Considerando che il *Tribunal administratif* ha ritenuto che il sindaco, dopo aver constatato che allo stato delle conoscenze scientifiche i rischi provocati dal fatto dell’esposizione alle antenne erano incerti, con particolare riferimento alle norme prescrittive una distanza minima adottate in molti paesi vicini, aveva potuto legittimamente stimare che il progetto presentava un rischio di natura tale da violare il principio di precauzione; che ponendo in essere tale apprezzamento, a riguardo solamente dei rischi incerti, senza ricercare se degli elementi circostanziati erano di natura tale – allo stato delle conoscenze scientifiche e dei documenti inseriti nel *dossier* – da giustificare che fosse fatta opposizione alla dichiarazione preliminare depositata in applicazione della legislazione sull’urbanismo in vista dell’installazione delle antenne in causa, il *tribunal administratif* ha commesso un errore di diritto».

<sup>92</sup> TC 14 maggio 2012 X/ Orange, *requêtes* C 3844, 3846, 3848, 3850, 3852 et 3854.



stesso anno, a vietare, al giudice ordinario, stavolta sul terreno dei rapporti di vicinato, di ricorrere, sempre in materia di antenne, al principio di precauzione, in nome dell'interferenza che ciò avrebbe rappresentato rispetto all'esercizio delle funzioni della polizia speciale<sup>93</sup>.

Per finire – ma la giurisprudenza sul punto potrebbe evolversi – il giudice amministrativo vieta, ormai, anche alle autorità urbanistiche, in materia di antenne, di prevedere, nel PLU (Piano locale urbanistico), di vietare l'installazione delle antenne ricetrasmittenti in nome dei rischi per la sanità pubblica, vale a dire del principio di precauzione<sup>94</sup>.

Ne risulta, in ogni caso, che il giudice ordinario (azione per rapporti anormali di vicinato) si vede vietare la possibilità di sanzionare una lesione del principio di precauzione, e il giudice amministrativo (ricorso per eccesso di potere), se in teoria riconosce il diritto dell'autorità amministrativa a prendere in considerazione il principio, non riconosce praticamente mai che gli elementi costitutivi della violazione del principio di precauzione siano integrati.

La stessa reticenza giurisprudenziale riguardo al principio di precauzione sembra configurarsi in materia di OGM. Il sindaco di Valence aveva voluto impedire, mediante provvedimento (*arrêté*) fondato sul potere di polizia generale e in virtù del principio di precauzione, la coltura di organismi geneticamente modificati. Poiché tale divieto si scontrava con il potere di polizia speciale, che invece aveva autorizzato la coltura degli OGM<sup>95</sup>, i giudici di merito annullarono l'ordinanza municipale, e il *Conseil d'État* ritenne legittimo tale annullamento. In particolare il *Conseil d'État* statui che «ritenendo che la competenza del sindaco per adottare l'ordinanza impugnata in ragione dei suoi poteri di polizia generale non poteva essere giustificata dal principio di precauzione, la Corte di appello di Lione non ha commesso errore di diritto»<sup>96</sup>.

<sup>93</sup> «Il principio della separazione dei poteri si oppone a ciò, che il giudice, al quale è richiesto di verificare le condizioni di utilizzazione delle frequenze radioelettriche riguardo alla necessità di evitare disturbi nocivi e di proteggere la salute pubblica e, pertanto, di sostituire il suo apprezzamento a quello della autorità amministrativa sugli stessi rischi così come di privare di effetti le autorizzazioni che questa ha rilasciato, possa conoscere di una tale azione».

<sup>94</sup> TA Versailles, *ordonnance* del 6 novembre 2012, *Société Orange France, requête* 1206310.

<sup>95</sup> In virtù della legge n. 92-654 del 13 luglio 1992 relativa al controllo dell'utilizzazione e della semina volontaria di organismi geneticamente modificati, quando gli OGM sono piante o semi l'autorità amministrativa competente è il Ministro incaricato dell'agricoltura.

<sup>96</sup> *Conseil d'État* 24 settembre 2012, *Commune de Valence*, n. 342990.

Certo, l'Alta Assemblea prende cura di precisare lungamente che il principio di precauzione era già tenuto in considerazione nella procedura di polizia speciale dello Stato<sup>97</sup>, per giustificare il rifiuto al Sindaco di servirsene<sup>98</sup>, ma in teoria ci possiamo interrogare sul fondamento giu-

<sup>97</sup> «Considerando, in primo luogo, che ai termini dell'articolo L 533-3 del *Code de l'environnement*, testo in vigore alla data del provvedimento impugnato, "qualunque semina volontaria di organismi geneticamente modificati che non ha altro fine che la messa sul mercato, così come qualunque programma coordinato di tale semina, è subordinata a una autorizzazione preliminare. Questa autorizzazione è rilasciata dall'autorità amministrativa dopo il parere del *Haut Conseil des biotechnologies* che esamina i rischi che può presentare la semina per l'ambiente e la salute pubblica. Essa può essere accompagnata da prescrizioni, e non vale che per l'operazione per la quale è stata sollecitata; che in virtù dell'articolo L 533-3-1 dello stesso codice, nel testo allora vigente, se degli elementi d'informazione portati alla conoscenza dell'autorità amministrativa fanno apparire un rischio per l'ambiente o la salute pubblica, questa autorità deve sottoporli per una valutazione all'organismo succitato e può modificare, sospendere o ritirare l'autorizzazione; che risulta dalle disposizioni combinate degli articolo R 533-1 dello stesso codice e 1 del decreto attuativo del 18 ottobre 1993, in materia di piante e semi, del titolo III della legge 92-654 del 13 luglio 1992 relativa ai controlli sull'uso e sulla semina volontaria di organismi geneticamente modificati che, quando gli OGM sono piante o semi, l'autorità amministrativa competente è il ministro incaricato dell'agricoltura; che quest'ultimo deve tuttavia ottenere l'accordo del ministro incaricato dell'ambiente; che gli articoli da R 533-2 a R 533-17 precisano le modalità di presentazione e d'istruzione della domanda di autorizzazione, che deve, in particolare, essere accompagnata da un *dossier* tecnico contenente le informazioni menzionate agli allegati II e III della direttiva del 12 marzo relativa alla semina volontaria di OGM nell'ambiente; che devono figurare, in particolare, in questo *dossier* "tutti gli elementi d'informazione che permettano di valutare l'impatto sulla salute pubblica e sull'ambiente"; che questi stessi articoli enunciano tanto le condizioni per deliberare e porre in essere l'autorizzazione quanto le modalità d'informazione della Commissione Europea e del pubblico; che in applicazione dell'articolo 2 del decreto del 18 ottobre 1993 i sindaci dei comuni nei quali l'inseminazione è prevista sono destinatari del *dossier* tecnico che accompagna la domanda di autorizzazione e possono organizzare o domandare al prefetto di organizzare delle riunioni d'informazione alle quali partecipa il richiedente o il suo rappresentante;

Considerando che risulta da queste disposizioni che il legislatore ha organizzato una polizia speciale per la semina volontaria di OGM, conferita allo Stato, di cui l'obiettivo è, conformemente al diritto dell'Unione Europea, di prevenire pregiudizi all'ambiente e alla salute pubblica che possono risultare dall'introduzione intenzionale di tali organismi nell'ambiente; che le autorità nazionali che hanno tali incarichi di polizia hanno per missione di apprezzare, caso per caso, con l'aiuto dei pareri scientifici di un organismo specializzato e dopo aver proceduto a una analisi approfondita che deve tenere in conto le specificità locali, ivi compresa la presenza di aziende di agricoltura biologica, se ci siano i presupposti per autorizzare la semina di OGM per la loro coltura a tutto campo» (*ibidem*).

<sup>98</sup> «Che risulta da queste disposizioni che il principio di precauzione, se s'impone a qualunque autorità pubblica nel suo ambito di competenza, non ha né per obiettivo né per effetto di permettere a una autorità pubblica di eccedere dal suo campo di compe-

ridico di tale utilizzazione del principio nell'ambito della polizia generale.

Non dovrebbero esserci, infatti, limiti teorici all'esercizio della polizia generale, la quale inoltre dovrebbe imporsi, se ricorrono le condizioni necessarie (rischio per l'ordine pubblico, la sicurezza, la salute o la salubrità pubblica), sulla polizia speciale quando di avviso di contrario.

Così, questa decisione sugli OGM compone una giurisprudenza che tende, forse, a limitare l'esercizio della polizia generale da parte dei Sindaci.

Associata al divieto giurisprudenziale posto ai Sindaci e agli organi delle collettività locali di regolamentare l'installazione di antenne ricetrasmittenti, la giurisprudenza in esame sugli OGM potrebbe meravigliare, in quanto sorretta solitamente da motivi di carattere economico: costi/benefici degli operatori per le antenne, costi/benefici dell'agricoltura intensiva per gli OGM, costi/benefici degli sfruttatori di miniere e diritto delle *installations classées*<sup>99</sup>.

Potremmo così sorprenderci di una tale limitazione del potere del Sindaco in materia ambientale, quando la giurisprudenza in materia di cinema, o la polizia speciale di autorizzazione alla diffusione, che appartiene al Ministero della cultura, può soccombere al potere di polizia del Sindaco in caso di rischi "locali"<sup>100</sup>.

In conclusione, la questione della integrazione e della "invocabilità" del principio di precauzione nel contenzioso amministrativo francese non è esente da difficoltà, malgrado il rango costituzionale assunto da questo principio.

Ciò deriva, verosimilmente, da un errore semantico nella distinzione tra due principi prossimi e contigui: quello della prevenzione e quello della precauzione. In realtà, infatti, bisogna riconoscere come, al fondo,

tenza; che parimenti l'articolo 5 della carta dell'ambiente non può essere interpretato nel senso che esse abilita i sindaci ad adottare una regolamentazione locale incentrata sulla coltura di piante geneticamente modificate e destinata a proteggere le aziende limitrofe dagli effetti di una tale coltura» (*ibidem*).

<sup>99</sup> *Affaire JOUEUF*, CE, 29 settembre 2003, *Houillères du Bassin de Lorraine*, n. 0218217: il sindaco, responsabile dell'ordine pubblico (inclusa la sicurezza) sul territorio del suo Comune, in assenza di pericolo imminente, non può esercitare poteri di polizia speciale.

<sup>100</sup> Giurisprudenza sui cinema (CE, 18/12/1959, *Société Les films Lutétia* R. 693, CE, 26/7/85, *Ville d'Aix en Provence* R. 236) e sulle attrazioni (*Commune de Morsang sur Orge* CE Ass., 27 ottobre 1995, RDP 96. 536, con nota di M. Gros), dove si chiarisce come il potere di polizia generale del sindaco, il cui potere morale è talvolta discutibile, può intervenire nella definizione dell'ordine pubblico.

tra il momento della certezza dei rischi scientifici provati (ciò che attiene alla prevenzione) e quello dato dall'incertezza degli stessi rischi (che rientra, invece, nell'ambito della precauzione) non vi sia di mezzo un oceano.

Bisogna allora concepire una fusione del concetto di precauzione con quello di prevenzione?

La parola precauzione viene, letteralmente, dal latino "*praecavere*" (usare cautela, stare in guardia), ma il principio ambientale in causa attiene manifestamente, prima di tutto, al concetto di "prudenza", vale a dire la "*prudentialia*", della quale Cicerone faceva la «virtù emanante dall'atto di prevedere»<sup>101</sup>.

Possiamo domandarci, dunque, se non sia saggio unire precauzione e prevenzione in nome della prudenza, vale a dire mettersi in guardia da ogni rischio: sia quelli conosciuti (prevenzione), sia quelli che non lo sono, o non del tutto (precauzione).

Questa fusione sarebbe una salutare semplificazione concettuale<sup>102</sup>, e attenuerebbe senz'altro le difficoltà.

Resta infine un limite più sociologico e storico all'interesse delle domande qui poste: esisterebbero ancora, tali quesiti, se noi perdessimo il nostro *status* di Paese ricco in periodo di pace?

In altri termini, il diritto dell'ambiente non è un diritto dei paesi ricchi e in periodo di pace?

Possiamo infatti legittimamente domandarci se la sopravvenienza di una grave crisi istituzionale dell'Europa, legata a una disoccupazione aumentata in maniera sensibile ed a difficoltà economiche della popolazione occidentale, non comporti un grave pregiudizio, per esempio, al principio dello sviluppo sostenibile, quando quest'ultimo si trovasse a dover essere bilanciato con il diritto al lavoro o con il diritto al progresso economico, ridiventati così immediatamente e sfortunatamente molto alla moda. Quanto peserebbe il principio di precauzione in caso del ri-

<sup>101</sup> CICERO, *De legibus* I, 60.

<sup>102</sup> È ciò che il *Conseil d'État* ha forse fatto implicitamente nella decisione C.R.I.L.A.N. (CE, 4 agosto 2006, *Comité de réflexion, d'information et de lutte anti-nucléaire, requête* 254948, con nota di M. GROS, in *Revue Droit de l'environnement*, n. 144 365), considerando che «tenuto conto delle misure adottate dal decreto che dovranno essere applicate senza interruzione, questo decreto non è viziato da errore manifesto di apprezzamento, né nell'ambito dell'applicazione del principio di precauzione, né nell'ambito di applicazione del principio di prevenzione». Lo zeugma espresso dal *Conseil d'État* riportando l'errore manifesto di apprezzamento a due complementi, vale a dire il principio di precauzione e quello di prevenzione, va forse nel senso auspicato.

schio maggiore, questa volta senza discussione di origine antropica, di guerra esterna o civile?

Il diritto costituzionale e amministrativo dell'ambiente è, senz'altro, legato a una certa ricchezza e, soprattutto, ad un periodo di pace. Approfittiamone!