

IL PRINCIPIO DI PRECAUZIONE PER IL CONSIGLIO DI STATO

DI EVA MASCHIETTO

Consiglio di Stato, IV, 31 maggio 2023 n. 5377 – Pres. V. Neri, Est. L. Furno Provincia di Brescia (Avv.ti F. Storace, M. Poli) c. *omissis* (nc), ARPAL, Comuni e altri (nc) (Rif. Parz. Tar Brescia Sent. 1613/2016)

Consiglio di Stato, IV, 31 agosto 2023 n. 8098 – Pres. Regione Puglia (Avv. F. Amato) c. Presidenza Consiglio dei Ministri, Ministeri Ambiente, Beni Culturali, MISE (Avvocatura Generale), n.c.d. *omissis*

Il principio di precauzione in materia ambientale rappresenta il criterio di gestione del rischio ambientale e sanitario in caso di incertezza scientifica e costituisce non solo un presupposto di legittimazione ma anche parametro di validità per tutte le politiche e azioni europee in materia di ambiente, salute e sicurezza e parametro generale di legittimità non solo della funzione normativa esercitata dalle istituzioni dell'Unione ma anche di quella amministrativa.

L'applicazione del principio di precauzione non conduce automaticamente a vietare ogni attività che, in via di mera ipotesi, si assuma foriera di eventuali rischi per la salute delle persone e per l'ambiente, in assenza di un riscontro oggettivo e verificabile, richiedendo, di contro, una seria e prudentiale valutazione, alla stregua dell'attuale stato delle conoscenze scientifiche disponibili, dell'attività che potrebbe ipoteticamente presentare dei rischi, valutazione consistente nella formulazione di un giudizio scientificamente attendibile.

L'applicazione del principio di precauzione non può legittimare un'interpretazione delle disposizioni normative, tecniche ed amministrative vigenti in un dato settore che ne dilati il senso fino a ricomprendervi vicende non significativamente pregiudizievoli.

Due recenti decisioni della quarta sezione del Consiglio di Stato approfondiscono in maniera sistematica l'applicazione del principio di precauzione nella materia ambientale e costituiscono l'occasione per ricordarne i confini e i limiti intrinseci derivanti dal presupposto della sua applicazione, e cioè quello della necessità di gestire il rischio in condizioni di incertezza scientifica.

In fatto, la prima decisione – di riforma parziale - riguarda l'impugnazione da parte della Provincia di Brescia di una sentenza del TAR Lombardia che aveva accolto il ricorso di un'impresa di compostaggio alla quale la Provincia aveva sospeso parzialmente un'AIA e iniziato un procedimento di sospensione di un'altra parte dell'attività (e che, comunque, merita una lettura integrale presentando profili interessanti anche nella sua prima parte¹). La seconda decisione – di rigetto -

riguarda l'appello da parte della Regione Puglia contro un decreto del Ministero dell'Ambiente che aveva affermato la compatibilità ambientale di un progetto di indagine sismica finalizzato alla ricerca di idrocarburi presentato da un'impresa privata.

La prima decisione muove da una lunga disamina anche storica dell'interpretazione del principio di precauzione, uno dei più discussi nella materia ambientaleⁱⁱ e dalle sue applicazioni giurisprudenziali europee per concludere in favore dell'appello della Provincia che si sarebbe, in effetti basata, su elementi sufficienti – sia pur non corredati da una certezza scientifica assoluta – per ordinare lo svuotamento delle vasche. Nel primo caso, quindi, il Consiglio di Stato si pronuncia sull'estensione del principio di precauzione e sui presupposti per la sua applicazione, smentendo di fatto l'impostazione del TAR Bresciaⁱⁱⁱ che ne aveva dato applicazione – in maniera giudicata esageratamente restrittiva – nel solo caso in cui vi fosse una minaccia di danni “gravi e irreversibili”.

La seconda sentenza si concentra, invece, sul fatto che il principio di precauzione non possa essere usato come “coperta” per qualsiasi divieto o proibizione, non potendo legittimare *“un'interpretazione delle disposizioni normative, tecniche ed amministrative vigenti in un dato settore che ne dilati il senso fino a ricompredervi vicende non significativamente pregiudizievoli (ex multis, Consiglio di Stato, Sez. V, 27.12.2013, n. 6250; Cons. Giust. Amm. Sicilia Sez. giurisd., 3.09.2015, n. 581)”*.

In entrambi i casi il Consiglio di Stato afferma innanzitutto come il principio di precauzione consista in un *“criterio di gestione del rischio in condizioni di incertezza scientifica”*, distinguendosi dal concetto di “prevenzione”, pure caro alla materia ambientale, che, invece si occupa della gestione dei *«rischi scientificamente accertati e dimostrabili, ovverosia in presenza di rischi noti, misurabili e controllabili»*.

La distinzione tra i due concetti porta a concludere che nella precauzione vi sia la necessità di anticipare la soglia di intervento: tale necessità deriverebbe dal principio del c.d. *maximin*^{iv} che coincide con l'assunzione della scelta accettabile sulla base della considerazione del peggiore *“scenario possibile in termini di possibili conseguenze”*.

Su questa base, la scelta precauzionale implica che un'azione non possa essere rinviata quando manchi la certezza scientifica, ma che tale azione si debba fondare piuttosto sulla *“possibilità/probabilità del rischio sulla base delle conoscenze e tecniche “attualmente” e “progressivamente” disponibili”*).

D'altra parte la corretta applicazione della scelta precauzionale *“non conduce automaticamente a vietare ogni attività che, in via di mera ipotesi, si assuma foriera di eventuali rischi per la salute delle persone e per l'ambiente, in assenza di un riscontro oggettivo e verificabile, richiedendo, di contro, una seria e prudentiale valutazione, alla stregua dell'attuale stato delle conoscenze scientifiche disponibili, dell'attività che potrebbe ipoteticamente presentare dei rischi, valutazione consistente nella formulazione di un giudizio scientificamente attendibile”*.

La prima sentenza propone la ricostruzione storica del principio a partire dalla Dichiarazione di Rio de Janeiro sull'ambiente e lo sviluppo del 14 giugno 1992^{vvi}, per arrivare all'inquadramento comunitario del trattato di Maastricht (art. 130R) poi art. 174, par. 2, Trattato CE tra quei principi sui quali avrebbe dovuto essere fondata l'azione (poi la politica) delle istituzioni comunitarie nel settore della tutela dell'ambiente, ora codificato nell'art. 191 par. 2 del TFUE.

Entrambe le sentenze citano anche le prime elaborazioni giurisprudenziali del principio di precauzione da parte del Tribunale CE (c.d. sentenza *Artegodan*, Tribunale CE, Seconda Sezione

ampliata, 26 novembre 2002, in cause riunite T-74/00 e altre, *Artegoda GmbH e aa. c. Commissione delle Comunità europee*, punto 184) come *«principio generale del diritto comunitario che fa obbligo alle autorità competenti di adottare provvedimenti appropriati al fine di prevenire taluni rischi potenziali per la sanità pubblica, per la sicurezza e per l'ambiente, facendo prevalere le esigenze connesse alla protezione di tali interessi sugli interessi economici»*.

Entrambe le decisioni, interrogandosi poi sui presupposti e criteri di operatività in concreto del principio di precauzione, ricordano come la giurisprudenza europea abbia circoscritto in diverse pronunce la sua applicazione affermando in particolare che:

- *la valutazione del rischio non può basarsi su considerazioni puramente ipotetiche;*

- *de[bb]a sussistere comunque la «probabilità di un danno reale,*

escludendo quindi l'applicazione indiscriminata a qualsiasi ipotesi o possibilità di danno, ma focalizzandosi sulla "probabilità".

Il concetto di "probabilità" esclude per l'amministrazione la necessità di ottenere prove scientifiche decisive^{vii}, pur dovendosi ammettere che la sussistenza del rischio debba comunque essere supportata in modo *“sufficientemente documentato sulla base dei dati scientifici disponibili al momento dell'adozione di tale misura. Il principio di precauzione può, dunque, essere applicato solamente a situazioni in cui il rischio, in particolare per la salute umana, pur non essendo fondato su semplici ipotesi non provate scientificamente, non ha ancora potuto essere pienamente dimostrato. In un tale contesto, la nozione di “rischio” corrisponde dunque ad una funzione della probabilità di effetti nocivi per il bene protetto dall'ordinamento giuridico cagionati dall'impiego di un prodotto o di un processo. La nozione di pericolo è, in tale ambito, usata comunemente in un'accezione più ampia e definisce ogni prodotto o processo che possa avere un effetto negativo per la salute umana (..). Di conseguenza, in un contesto come quello del caso di specie, la valutazione dei rischi ha ad oggetto la stima del grado di probabilità che un determinato prodotto o processo provochi effetti nocivi sulla salute umana e della gravità di tali potenziali effetti»*.

Entrambe le decisioni del Consiglio di Stato richiamano il precedente dello stesso Consiglio di Stato, sez. III, n. 6655/2019^{viii}, che affermando che nell'ambito dell'ordinamento dell'Unione europea, il principio di precauzione costituisce *“non solo un presupposto di legittimazione ma anche un vero e proprio parametro di validità per tutte le politiche e azioni europee in materia di ambiente, salute e sicurezza e che, pertanto, anche in forza dell'efficacia trasversale del principio di integrazione delle esigenze di tutela dell'ambiente in tutte le politiche e azioni dell'Unione, si configuri ormai come parametro generale di legittimità non solo della funzione normativa esercitata dalle istituzioni dell'Unione ma anche di quella amministrativa”*.

In ambito nazionale, le sentenze ricordano – entrambe con una curiosa inversione – prima l'art. 301 del D.Lgs. n. 152 del 2006 (che riguarda la materia di danno ambientale) e poi l'art. 3-ter del medesimo decreto che, con valenza generale e di normazione generale, lo inserisce, al pari degli altri principi Eurounitari, tra i principi generali del diritto ambientale.

Entrambe le decisioni riconducono l'applicazione del principio di precauzione a canoni di razionalità e proporzionalità (sempre secondo la logica comunitaria), sia pur riconoscendo che tale giudizio si basa su conoscenze scientifiche lacunose: precisando che: *“la valutazione scientifica del rischio deve essere preceduta – logicamente e cronologicamente – dall'«identificazione di effetti potenzialmente negativi derivanti da un fenomeno» e comprende, essenzialmente, quattro componenti:*

l'identificazione del pericolo, la caratterizzazione del pericolo, la valutazione dell'esposizione e la caratterizzazione del rischio. Essa consiste, dunque, in un processo scientifico che deve necessariamente spettare a esperti scientifici, cioè agli scienziati. La valutazione scientifica deve fondarsi su «dati scientifici affidabili» e su un ragionamento logico «che porti ad una conclusione, la quale esprima la possibilità del verificarsi e l'eventuale gravità del pericolo sull'ambiente o sulla salute di una popolazione data, compresa la portata dei possibili danni, la persistenza, la reversibilità e gli effetti ritardati». Il principio di precauzione consente, quindi, di adottare, sulla base di conoscenze scientifiche ancora lacunose, misure di protezione che possono andare a ledere posizioni giuridiche soggettive, sia pure nel rispetto del principio di proporzionalità inteso nella sua triplice dimensione di idoneità, necessità e proporzionalità in senso stretto (cfr. Cons. Stato, Sez. V, 27 dicembre 2013, n. 6250).

I giudici, in entrambi i casi, concludono che “la fase della valutazione del rischio è caratterizzata prevalentemente (anche se non esclusivamente) dalla “scientificità”, la fase di gestione del rischio si connota altrettanto prevalentemente (anche se non esclusivamente) per la sua “politicità”.

Ne deriva, quindi, ad avviso di chi scrive, che per l'imposizione di misure precauzionali l'amministrazione debba comunque fornire evidenze scientifiche adeguate per supportare il provvedimento, risultando imprescindibile basarsi comunque su dati scientifici, anche se non muniti di certezza.

L'applicazione del principio di precauzione, quindi, sia pur sia determinata da un contesto di incertezza e dall'assenza di dati scientifici conclusivi e concludenti, non può risultare in una dilatazione incontrollata di misure restrittive o impeditive da parte dell'amministrazione, che deve comunque attenersi ai criteri scientifici esistenti e adottare misure proporzionate, oggettive e non discriminatorie in caso di rischio (anche non irreparabile o irreversibile, ma comunque significativo).

Le sentenze non si spingono a tanto, ma ad avviso di chi scrive è chiaro che quest'approccio attribuisce all'amministrazione la responsabilità di utilizzare gli strumenti di *risk assessment* e *risk management* che le consentano di misurare e determinare l'effettiva sussistenza di un rischio oggettivo e di gestirlo nel migliore dei modi e nell'ottica della *massima protezione*, senza compromettere – però - in modo ingiustificato l'attività economica, non essendo ipotizzabile la ricerca del c.d. “rischio nullo” o “rischio zero”. Una bella sfida.

ⁱ In cui il Consiglio di Stato respinge uno dei motivi di appello della Provincia ritenendo non fondata l'eccezione di difetto di interesse su una domanda di annullamento svolta ai soli fini risarcitori, che è certamente meritevole di condivisione.

ⁱⁱ Si veda per una ricostruzione del principio di precauzione, la voce *Principi del diritto ambientale dell'UE* nel Codice dell'Ambiente a cura di Stefano Nespor e Luca Ramacci, Giuffrè, Milano, 2022 curata da Emanuela Orlando che inizia proprio con una frase iconica per cui “*Il principio di precauzione è uno dei più rilevanti, ma anche più dibattuti, principi della politica europea in campo ambientale.*”

ⁱⁱⁱ Il TAR in primo grado aveva accolto il ricorso dell'impresa contro l'ordine di svuotamento di alcune vasche da liquami emesso dalla Provincia, perché tale ordine non era basato su adeguate evidenze scientifiche che giustificassero la necessità di tale provvedimento, dovendo – ad avviso dei giudici – la Provincia effettuare ulteriori accertamenti e aveva ritenuto non sufficiente l'applicazione del principio di precauzione per l'insussistenza della prova di una minaccia di danni “gravi e irreversibili”.

^{iv} Che nella teoria dei giochi è il criterio (pessimistico) di scelta che porta a massimizzare il minimo guadagno (tale principio viene comunemente ricondotto a Emile Borel matematico che tra il 1921 e il 1927 pubblicò una serie di giochi simmetrici a somma zero con due giocatori (poi affinata da John Von Neumann).

^v Cfr principio n. 15, per cui “Al fine di proteggere l’ambiente, gli Stati debbono applicare intensamente misure di precauzione a seconda delle loro capacità. In caso di rischio di danni gravi o irreversibili, la mancanza di un’assoluta certezza scientifica non deve costituire un pretesto per rimandare l’adozione di misure efficienti in rapporto al loro costo volte a prevenire il degrado ambientale”.

^{vi} Tale principio è menzionato anche la Convenzione sulla diversità biologica (1992 nel preambolo) e nell’art. 3 della Convenzione sui cambiamenti climatici (1992), nonché nella Convenzione di Parigi per la protezione dell’ambiente marino per l’Atlantico Nord-Orientale (settembre 1992).

^{vii} . In questo senso viene citata al c.d. “sentenza Pfizer”(Tribunale CE, Sez. III, 11 settembre 2002, in causa T-13/99, Pfizer Animal Health SA c. Consiglio dell’Unione europea) nella parte in cui: *«Nel contesto dell’applicazione del principio di precauzione – che è per definizione un contesto d’incertezza scientifica – non si può esigere che una valutazione dei rischi fornisca obbligatoriamente alle istituzioni comunitarie prove scientifiche decisive sulla realtà del rischio e sulla gravità dei potenziali effetti nocivi in caso di avveramento di tale rischio. (..) Tuttavia, (..) una misura preventiva non può essere validamente motivata con un approccio puramente ipotetico del rischio, fondato su semplici supposizioni non ancora accertate scientificamente»*.

^{viii} Si tratta della sentenza di rigetto di un ricorso Pfizer in materia di vaccini contro lo pneumococco nella Regione Piemonte nel quale, diversamente da quanto si potrebbe intuire, la scelta dell’amministrazione è stata orientata verso il vaccino meno protettivo.