

Osservatorio sulle fonti

IL PROCEDIMENTO NORMATIVO PRECAUZIONALE COME CASO PARADIGMATICO DEL RAVVICINAMENTO “FORMALE-PROCEDURALE” DELLE “FONTI” DEL DIRITTO *

di *Laura Buffoni*** e *Andrea Cardone****

SOMMARIO: 1. Una necessaria premessa: la normazione del principio di precauzione al crocevia tra diritto, scienza, tecnica ed economia. - 2. (segue): la valenza procedurale del principio di precauzione. - 3. Il procedimento normativo precauzionale nell’ordinamento dell’Unione. La preferenza per la *soft-law*. - 3.1. (segue): le valutazioni scientifiche e tecniche del rischio nei procedimenti normativi (analisi di rischio). - 3.2. (segue): l’analisi economica delle misure cautelative (*costs-benefits analysis*). - 3.3. (segue): le *consultation procedures* e l’informazione pubblica. - 4. Il procedimento normativo nell’ordinamento nazionale dalla l. n. 36/2001 al d.lgs. n. 152/2006: i limiti del ravvicinamento formale-procedurale. - 5. Il paradigma procedurale del ravvicinamento e le ragioni dell’integrazione costituzionale europea. - 6. Il ravvicinamento procedurale delle “fonti” del diritto dell’ambiente ed il suo ruolo costituzionale strategico.

1. Una necessaria premessa: la normazione del principio di precauzione al crocevia tra diritto, scienza, tecnica ed economia

Il presente saggio mira ad indagare la struttura e le caratteristiche funzionali dei procedimenti normativi attuativi del principio di precauzione per verificare se, e fino a che punto, la loro disciplina da parte dell’ordinamento dell’Unione europea, e da parte del diritto interno in attuazione del diritto Ue, possa essere considerata uno strumento, per quanto indiretto, attraverso cui si producono fenomeni di ravvicinamento delle legislazioni.

Nell’ambito di una ricerca che si propone come obiettivo generale la ricostruzione degli effetti che il complesso delle norme e delle politiche attraverso cui l’Unione persegue l’armonizzazione delle legislazioni ha prodotto e sta producendo sul sistema delle fonti interne, infatti, la disciplina dei procedimenti normativi rappresenta un angolo prospettico privilegiato perché offre l’occasione per verificare se e fino a che punto l’ordinamento dell’Unione pretenda da quello interno il raggiungimento di obiettivi di ravvicinamento che riguardano non solo il contenuto delle norme ma anche il modo stesso in cui le medesime vengono ad esistenza. In questa prospettiva potrebbe, allora, parlarsi di una sorta di “ravvicinamento formale-procedurale” delle fonti. E, tra i procedimenti normativi, quelli ispirati al principio di precauzione appaiono particolarmente significativi, per una serie di ragioni che conviene esplicitare in via preliminare attraverso alcune considerazioni di carattere generale.

* Il contributo è il frutto del lavoro comune dei due autori. La stesura dei parr. 1, 2, 3, e 5 è da attribuire ad Andrea Cardone, quella dei restanti a Laura Buffoni.

** Ricercatrice di Diritto costituzionale presso l’Università di Sassari.

*** Professore associato di Istituzioni di diritto pubblico presso l’Università di Firenze.

Osservatorio sulle fonti

La comprensione della dimensione procedurale del principio di precauzione esige un approccio multi-disciplinare al diritto, in cui si combinano e si mescolano i linguaggi specialistici della scienza, della tecnica e dell'economia.

Ciò che, infatti, merita ai nostri limitati fini di essere messo subito in evidenza è che quella particolare forma di attuazione del principio di precauzione che si realizza attraverso i procedimenti normativi ad esso ispirati presuppone che tali procedimenti siano strutturati in maniera tale da consentire accesso ad una pluralità di valutazioni, le quali appaiono riconducibili a tre grandi categorie, di cui la prima rappresenta il momento di sintesi: 1) la dimensione politica della scelta del livello di rischio da considerare accettabile e delle sue modalità di gestione; 2) la considerazione tecnico-scientifica del pericolo per la salute umana e per l'ambiente; 3) l'analisi economica della misura precauzionale in termini di rapporto costi-benefici. L'attuazione normativa del principio di precauzione presuppone conseguentemente che il linguaggio della produzione giuridica, poco importa di che livello di governo o di quale "rango", sappia metabolizzare l'incontro di enunciati eteromorfi, la cui convivenza è legata alla enucleazione di meta-prescrizioni comuni ai differenti ambiti normativi di provenienza.

Per questa via il principio di precauzione e la sua normazione assumono un significato archetipico dell'incontro/scontro tra scienza e tecnica, da un lato, e politica e diritto, dall'altro. Come noto, due sono le possibili rappresentazioni di questo rapporto e, cioè, la norma precauzionale come segno della regolazione giuridica della scienza e della tecnica o, viceversa, come sintomo del dominio della scienza e della tecnica sulla normatività giuridica¹.

Nella prima prospettiva, la produzione di norme attuative del principio di precauzione costituisce l'esito più maturo del tentativo del diritto, e dei processi di decisione politica che lo animano, di regolare la scienza e la tecnica. Secondo questo punto di vista, la normazione precauzionale, cioè la produzione di norme a contenuto tecnico-scientifico attuative del principio di precauzione, non deve essere letta come il sintomo dell'avvento del c.d. «giusttecnicismo»², ma, con esito opposto, come la riaffermazione delle ragioni del diritto nei confronti dell'apparato tecnico-scientifico, ovvero come la conferma che una regolazione del sapere scientifico e tecnologico è sempre possibile e che, quindi, esso può essere asservito alla scelta politica e, quindi, alla decisione giuridica.

Nella seconda delle prospettive indicate, invece, la conoscenza scientifico-tecnologica esprime una propria autonoma normatività, capace di assorbire quella giuridica, frutto del processo di decisione politica. Ne deriva la supremazia delle logiche interne agli apparati tecnico-scientifici sulle decisioni politiche e giuridiche: le seconde

¹ Il dilemma emerge, seppur con riguardo al generale rapporto tra normatività giuridica e scientifico-tecnologica, nel dialogo tra giurista e filosofo che ha impegnato N. IRTI, E. SEVERINO, *Dialogo su diritto e tecnica*, Roma-Bari, 2001; EA., *Le domande del giurista e le risposte del filosofo (un dialogo su diritto e tecnica)*, in *Contr. e impr.*, 2000, p. 665 ss.

² Così, efficacemente, E. SEVERINO, *La tendenza fondamentale del nostro tempo*, Milano, 1988, II, p. 1.

Osservatorio sulle fonti

devono cedere il passo alle prime e uniformarsi ad esse³. Alla stregua di questa seconda impostazione, quello di attuare il principio di precauzione attraverso procedimenti normativi capaci di riaffermare la dimensione valutativa e di sintesi della volontà politica rischia di apparire un tentativo vano e destinato al fallimento.

Senza che qui si possa in alcun modo contribuire allo studio della complessa questione del rapporto tra fenomeno giuridico e tecnica in punto di teoria generale del diritto, si può comunque osservare in una prospettiva più limitata come sia la stessa natura del principio di precauzione a premere affinché il conflitto che si consuma tra dominio della scienza e normatività del diritto nei procedimenti normativi precauzionali venga considerato risolubile a favore della seconda.

A tale conclusione si può arrivare, infatti, se si tiene in adeguato conto che l'intrinseca delimitazione dell'ambito materiale di applicabilità del principio di precauzione ai casi in cui sussista incertezza scientifica sui rischi per l'ambiente e la salute di una data attività⁴ postula implicitamente che l'attuazione normativa del principio in questione richieda una decisione in ordine al livello di rischio che si può considerare accettabile per la società, nonché alle concrete modalità di gestione del medesimo. È in quest'aspetto che risiede l'insopprimibile politicità, e quindi giuridicità, dell'approccio normativo precauzionale. Com'è stato, infatti, efficacemente affermato in relazione al principio in esame, «a fronte del cedimento del fondamento epistemologico della certezza della scienza, rivelatasi, al pari delle scienze sociali, fallibile e graduale, la dimensione politica recupera terreno» e, quindi, «per l'influenza del diritto sulla scienza si aprono ampi spazi»⁵.

Sotto questo profilo, il principio di precauzione è il segno dell'avvenuto passaggio dalla «soggezione alla scienza certa» alla «regolazione della scienza incerta»⁶ ed offre l'occasione per delineare un modello di «governo dell'incertezza scientifica»⁷ e per

³ Così conclude E. SEVERINO in N. IRTI, E. SEVERINO, *Dialogo su diritto e tecnica*, cit. Sulla linea di Severino, analogamente, U. GALIMBERTI, *Psiche e techne. L'uomo nell'età della tecnica*, Milano, 2000, p. 449, secondo cui «la tecnica decide sulle decisioni».

⁴ Al riguardo cfr. CdS, Sez. VI, 12.01.2011, n. 98, secondo cui la mancanza di certezza scientifica è il presupposto dell'invocabilità del principio di precauzione.

⁵ Così L. BUFFONI, *La "dottrina" dello sviluppo sostenibile e della solidarietà generazionale. Il giusto procedimento di formazione ambientale*, in *Federalismi.it*, 8/2007, p. 12, cui si riferiscono entrambi i virgolettati. Sull'approccio precauzionale e l'incertezza come sua fonte di legittimazione, cfr., anche per ulteriori riferimenti, G. MANFREDI, *Note sull'attuazione del principio di precauzione in diritto pubblico*, in *Diritto pubblico*, n. 3/2004, pp. 1075 ss.

⁶ Sui profili di incertezza "oggettiva" e "soggettiva" che connotano i saperi scientifici e tecnici contemporanei cfr. M.C. TALLACCHINI, *Ambiente e diritto della scienza incerta*, in S. GRASSI, M. CECCHETTI, A. ANDRONIO, *Ambiente e diritto*, I, Firenze, 1999, p. 85; ID., *Scientific Evidence and Environmental Rule-Making: the Co-Production of Science and Law*, in A. BIONDI, M. CECCHETTI, S. GRASSI, M. LEE (eds), *Scientific Evidence in European Environmental Rule-Making: The Case of the Landfill and End-of-Life Vehicles Directives*, The Hague/London/New York, 2003, *passim*.

⁷ Così M. CECCHETTI, *Criticità della "normazione tecnica" a tutela dell'ambiente nell'ordinamento italiano. Il caso dell'attuazione delle direttive 99/31/CE (sulle discariche di rifiuti) e su 00/53/CE (sui veicoli fuori uso)*, in www.olea.unifi.it.

Osservatorio sulle fonti

acquisire, al contempo, piena consapevolezza della dimensione politico-valutativa del rapporto scienza-diritto⁸.

2. (segue): la valenza procedurale del principio di precauzione

Quanto brevemente detto vale a mettere in luce che la vocazione del principio di precauzione a disciplinare le situazioni di incertezza, le quali rappresentano ormai la condizione fisiologica e ricorrente del sapere provvisorio imposto dalla logica ipotetica della scienza, comporta che esso sia inevitabilmente e strutturalmente privo di un fondamento contenutistico idoneo a sorreggerlo e giustificarlo *a priori*.

La legittimazione dell'approccio precauzionale deve, conseguentemente, essere ricercata nel modo in cui si strutturano le procedure attraverso cui il pubblico potere prende consapevolezza e decide sulle valutazioni scientifiche, economiche e politiche che giustificano l'adozione del singolo provvedimento attuativo del principio. Nella convergenza dei linguaggi eteromorfi ed incongrui della scienza, dell'economia e del diritto, infatti, le uniche possibili prescrizioni in grado assicurare la convivenza dei linguaggi, sono quelle che governano il procedimento di formazione della norma precauzionale.

Il principio di precauzione non può, dunque, non assumere un significato ed una valenza prevalentemente procedurale e metodologica⁹. Infatti, solo l'abbandono della sua originaria valenza etica ed ideologica può scongiurare il rischio che il medesimo si traduca in una forma di oscurantismo scientifico.

Tali considerazioni trovano conforto nell'evoluzione dell'ordinamento interno ed in particolare nel proclama del Comitato nazionale di bioetica, in cui, assai significativamente dal nostro punto di vista, si legge che «il principio di precauzione permette di passare da una generica attitudine alla cautela ed alla prudenza alla individuazione di un percorso, anche *procedurale*, che i pubblici poteri sono chiamati a seguire nelle situazioni di incertezza» (*corsivo nostro*)¹⁰.

Il principio è, dunque, da considerare un modo *di procedere* (fondato sull'obbligo di presa in considerazione dell'incertezza scientifica nell'ambito dell'analisi di rischio), uno strumento di regolazione della scienza incerta attraverso procedure, non una regola *per decidere*¹¹.

⁸ Sul punto cfr. F. SALMONI, *Le norme tecniche*, Milano, 2001, pp. 180 ss., alla quale si rinvia per l'esposizione critica delle opinioni dottrinali che negano il carattere neutrale delle norme tecniche e ne sottolineano, all'opposto, la dimensione politica.

⁹ Sulla valenza procedurale del principio cfr. G. MANFREDI, *Note sull'attuazione del principio di precauzione in diritto pubblico*, cit.; S. BARTOLOMMEI, *Sul principio di precauzione: norma assoluta o regola procedurale*, in *Bioetica*, 2001, p. 321; A. BARONE, *Il diritto del rischio*, Milano, 2006, pp. 79 ss.

¹⁰ COMITATO NAZIONALE DI BIOETICA. *Il principio di precauzione: profili bioetici, filosofici, giuridici*, in www.palazzochigi.it/bioetica/pareri.html, p. 30.

¹¹ Sull'alternativa tra significato "formale" ("debole") di regola di procedere e significato "sostanziale" ("forte") di regola per decidere vedi F. FONDERICO, *La tutela dall'inquinamento elettromagnetico. Profili giuridici*. Quaderni del Giornale di diritto amministrativo, Milano, 2002, pp. 51 ss.; ID., *Tutela dall'inquinamento elettromagnetico e amministrazione 'precauzionale'*, in *Giorn. dir.*

Osservatorio sulle fonti

Non sfugge che si intercetta qui uno degli aspetti più intimi dell'evoluzione degli ordinamenti contemporanei: tramontata la fede nell'autorità dello Stato e nella "sostanza" delle sue leggi, ciò che resta è il funzionamento delle procedure, cioè lo svolgersi delle volontà nei meccanismi produttivi delle norme, nei "nomo-dotti"¹², che, appunto, conducono la volontà dalla proposizione alla posizione delle norme¹³.

È in quei canali, nella strumentalità delle procedure, che si consuma il rapporto tra la volontà scientifica, tecnologica, economica e politica e, in ultima analisi, tra la scienza e il diritto nel governo dell'ambiente. La forza delle ideologie politiche di affermarsi come ragioni di diritto e di determinare la genesi della norma nei confronti della scienza, della tecnica e dell'economia dipende, quindi, dalle procedure di normazione precauzionale e dal loro grado di "ragionevolezza", intesa non quale astratta conformità a ragione del procedimento (razionalità), ma piuttosto come capacità di bilanciare le istanze sostanziali della produzione giuridica.

Alla luce delle brevi considerazioni svolte, da un lato, sul rapporto tra tecnica e diritto nei procedimenti normativi, dall'altro, sul carattere eminentemente procedurale del principio di precauzione, dovrebbe risultare maggiormente chiaro quanto si diceva in apertura circa il ruolo strategico che l'indagine sui procedimenti normativi precauzionali ricopre nella valutazione complessiva degli effetti sul sistema delle fonti interne delle norme e delle politiche attraverso cui l'Unione persegue l'armonizzazione delle legislazioni. Non può sfuggire, infatti, che la procedimentalizzazione dei rapporti tra tecnica e diritto, nella formazione delle norme ispirate al principio di precauzione, è in grado di produrre un formidabile effetto conformativo sul diritto interno, proprio nella prospettiva della struttura dei procedimenti normativi e del loro risultato finale (il contenuto delle norme), che da essa è inevitabilmente condizionato.

Per tale ragione si è inteso centrare l'attenzione sull'articolazione del procedimento normativo attuativo del principio di precauzione prefigurata dall'ordinamento dell'Unione, avuto peculiare riguardo agli strumenti normativi adoperati per agevolare la diffusione dello statuto normativo della precauzione negli Stati membri. Tale indagine, però, per poter fornire qualche indicazione utile ai nostri dichiarati fini, dovrà necessariamente essere accompagnata dalla verifica del grado di penetrazione del modello comunitario nell'ordinamento nazionale e di corrispondenza del diritto statale alle condizioni del "giusto procedimento normativo". Solo in forza degli esiti di tale verifica, infine, si potrà riflettere sulla effettiva esistenza di una dimensione formale-procedurale dell'armonizzazione e sul suo eventuale significato nella prospettiva dell'integrazione costituzionale europea.

amm., 2004, p. 339. Il dubbio che si intende instillare con le riflessioni che seguono è che, forse, il significato "forte" del principio precauzionale è quello procedurale e non quello sostanziale di regola per decidere.

¹² L'espressione è mutuata da N. IRTI, E. SEVERINO, *Dialogo su diritto e tecnica*, cit., p. 45.

¹³ Sull'artificialità del fenomeno giuridico come minimo comune denominatore che il diritto condivide con la tecnica, nonché come unico metodo che consente al primo di regolare la seconda riflette N. IRTI, *Norma e luoghi. Problemi di geo-diritto*, Roma-Bari, 2001, pp. 60 e 67.

Osservatorio sulle fonti

3. Il procedimento normativo precauzionale nell'ordinamento dell'Unione. La preferenza per la soft-law

Se si guarda alle fonti del diritto dell'Unione che regolano il principio di precauzione, ci si avvede che il medesimo è enunciato, oltre che nel TFUE (art. 191), in molti regolamenti, direttive e decisioni.

Sono, infatti, innumerevoli gli atti vincolanti che prescrivono il rispetto o favoriscono la diffusione del principio di precauzione nelle politiche ambientali degli Stati membri¹⁴. In via esemplificativa, si pensi: all'art. 3, comma 3, lett. c), del regolamento n. 1255/2011/UE del Parlamento europeo e del Consiglio, che istituisce un programma di sostegno per l'ulteriore sviluppo di una politica marittima integrata, che individua come obiettivo del programma la facilitazione del coordinamento tra Stati membri e altri attori nell'applicare il principio di precauzione; all'art. 6 della direttiva del Parlamento europeo e del Consiglio n. 2011/65/UE, relativa alla restrizione dell'uso di determinate sostanze pericolose nelle apparecchiature elettriche ed elettroniche, che ancora il riesame da parte della Commissione dell'elenco delle sostanze con restrizione d'uso al rispetto del principio di precauzione; all'art. 1 del regolamento n. 1107/2009/CE del Parlamento europeo e del Consiglio, relativo all'immissione sul mercato dei prodotti fitosanitari, che, allo scopo di assicurare un elevato livello di protezione della salute attraverso l'armonizzazione delle norme relative ai prodotti fitosanitari, si fonda sul principio di precauzione e richiede agli Stati membri di applicare il medesimo quando sul piano scientifico vi siano incertezze in ordine ai rischi per la salute o l'ambiente derivanti da tali prodotti; all'art. 2 della direttiva n. 2009/128/CE, che istituisce un quadro per l'azione comunitaria ai fini dell'utilizzo sostenibile dei pesticidi, ove si acconsente alla possibilità che gli Stati membri applichino il principio di precauzione ai fini della limitazione o del divieto di utilizzo di pesticidi; all'art. 39 della direttiva n. 2009/48/CE, sulla sicurezza dei giocattoli, che prescrive che le autorità competenti degli Stati membri ad adottare le misure sulla sicurezza dei giocattoli devono tenere conto del principio di precauzione; all'art. 4 della direttiva n. 2008/98/CE, relativa ai rifiuti, che nell'applicare la gerarchia dei rifiuti impone agli Stati membri il rispetto del principio di precauzione; all'art. 186 della decisione n. 2008/805/CE, relativa alla firma e all'applicazione provvisoria dell'accordo di partenariato economico tra gli Stati del Cariforum e l'Unione e i suoi Stati membri, ove le parti riconoscono che nel corso dell'elaborazione e dell'attuazione delle misure di tutela dell'ambiente e della salute pubblica che incidono sugli scambi tra le parti è importante tenere conto delle informazioni scientifiche e tecniche e del principio di precauzione; all'art. 1 della decisione n. 2007/799/CE, inerente alla firma, a nome della Comunità, del protocollo sui trasporti, che impegna le parti contraenti a sviluppare il settore dei trasporti tenendo conto del principio di precauzione; all'art. 1 del regolamento n. 1907/2006/CE, concernente la registrazione, la valutazione,

¹⁴ Per un'analitica ricostruzione cfr. F. DE LEONARDIS, *Il principio di precauzione nell'amministrazione di rischio*, Milano, 2005, pp. 37 ss.

Osservatorio sulle fonti

l'autorizzazione e la restrizione delle sostanze chimiche, informa le sue disposizioni sugli obblighi dei fabbricanti, importatori ed utilizzatori al principio di precauzione; all'art. II della decisione n. 2006/871/CE, relativa alla conclusione, a nome della Comunità europea, dell'accordo sulla conservazione degli uccelli acquatici migratori afro-euroasiatici, che al comma 2 impone alle parti contraenti il rispetto del principio di precauzione nell'adottare le misure coordinate per mantenere o ripristinare le specie di uccelli acquatici migratori; al considerando 42 della decisione 2003/549/CE, che menziona la precauzione per proteggere le acque; all'art. 1 del regolamento n. 1946/2003/CE, sui movimenti transfrontalieri degli organismi geneticamente modificati, che si prefigge di istituire un sistema comune di notifica e informazione per i movimenti transfrontalieri di ogm nel rispetto del principio di precauzione; all'art. 8, comma 2, della direttiva n. 2001/95/CE, relativa alla sicurezza generale dei prodotti, che disciplina l'adozione da parte delle autorità competenti degli Stati membri di misure nel rispetto del principio di precauzione, prescrivendone la proporzionalità alla gravità del rischio; al considerando 13 della direttiva 2001/81/CE, relativa ai limiti nazionali di emissione di inquinanti atmosferici; al considerando 1 della direttiva 2000/69/CE, concernente i valori limite per il benzene ed il monossido nell'aria.

Ciò che vale la pena evidenziare è che tutte quelle citate sono regolazioni giuridiche adottate nell'ambito delle politiche di ravvicinamento delle legislazioni degli Stati membri funzionali alla costruzione del mercato unico europeo (*ex art. 95 Trattato CE*) ovvero sulla base di misure di armonizzazione in materia ambientale (*ex art. 175 Trattato CE*)¹⁵, le quali oscillano tra l'obiettivo dell'unificazione del diritto degli Stati membri, perseguito attraverso i regolamenti, e quello dell'armonizzazione del diritto interno, sulla base delle direttive.

Tutte queste previsioni, inoltre, sono accomunate dalla prescrizione o dal *favor* per il principio di precauzione nell'elaborazione delle politiche pubbliche da parte degli Stati membri, ma dall'assenza di indicazioni in ordine alle modalità di adozione della decisione precauzionale.

Tra gli atti comunitari vincolanti solo il regolamento n. 178/2002/CE e la decisione n. 2002/623/CE normano le fasi del procedimento di adozione della misura precauzionale. Il primo, che, come noto, stabilisce i requisiti generali della legislazione alimentare, istituisce l'Autorità europea per la sicurezza alimentare, fissa procedure nel campo della sicurezza alimentare e disciplina l'analisi del rischio che deve fondare la misura precauzionale. In particolare, ai sensi degli artt. 6 e 7 del regolamento, da un lato, la valutazione del rischio, che ne precede la gestione, deve fondarsi «sugli elementi scientifici a disposizione» ed essere «svolta in modo indipendente, obiettivo e trasparente», in una «situazione d'incertezza sul piano scientifico», dall'altro, la

¹⁵ Come noto, l'individuazione della base legale delle norme europee di armonizzazione rileva ai fini della facoltà di deroga da parte degli Stati membri che, nel caso di misure di armonizzazione comunitaria fondate sull'*ex art. 95*, possono adottare discipline meno restrittive, per esigenze non ambientali, laddove, nel caso di misure giustificate *ex art. 175*, possono solo imporre un livello maggiore di protezione ambientale rispetto a quello stabilito a livello comunitario: sul punto A. BARONE, *Il diritto del rischio*, cit., pp. 110-1.

Osservatorio sulle fonti

gestione del rischio richiede misure provvisorie «in attesa di ulteriori informazioni scientifiche per una valutazione più esauriente del rischio», proporzionate, che tengano conto della realizzabilità tecnica ed economica e che devono essere riesaminate entro un periodo di tempo ragionevole a seconda della natura del rischio per la vita o per la salute e del tipo di informazioni scientifiche necessarie per risolvere la situazione di incertezza scientifica. La seconda, recante note orientative ad integrazione della direttiva 2001/18/CE sull'emissione deliberata nell'ambiente di organismi geneticamente modificati, dispone che in base al principio di precauzione «la valutazione del rischio ambientale deve essere effettuata in maniera scientificamente valida e trasparente, sulla base dei dati scientifici e tecnici disponibili. La valutazione dei potenziali effetti negativi deve basarsi su dati scientifici e tecnici e su una metodologia comune per l'individuazione, la raccolta e l'interpretazione dei dati. [...]. Il ricorso a tecniche di modellizzazione scientificamente valide può fornire i dati mancanti, utili per la valutazione del rischio ambientale»¹⁶.

Sono, però, solo gli atti di *soft law*, quali pareri, raccomandazioni e comunicazioni, che consentono di delineare un paradigma comunitario di “giusto procedimento normativo precauzionale” e di configurarlo come modello per le procedure di decisione precauzionale degli Stati membri. In particolare, si intende fare riferimento alla raccomandazione del Consiglio 1999/519/CE del 12 luglio 1999, alla risoluzione del Consiglio del 13 aprile 1999, al parere del Comitato economico e sociale del 12 luglio 2000 su “Il ricorso al principio di precauzione” ed alla risoluzione del Consiglio del 4 dicembre 2000 (allegato III alle conclusioni della Presidenza formulate all'esito del Consiglio europeo di Nizza del 7, 8 e 9 dicembre 2000). Ma, come noto, è soprattutto con la comunicazione del 2 febbraio 2000 che la Commissione europea ha enucleato le condizioni di adozione delle decisioni fondate sul principio di precauzione. E ciò con l'espressa ammissione che «gli orientamenti contenuti nella presente comunicazione intendono unicamente costituire un punto di riferimento generale e non modificano in alcun modo le disposizioni del Trattato o della legislazione comunitaria derivata».

3.1. (segue): le valutazioni scientifiche e tecniche del rischio nei procedimenti normativi (analisi di rischio)

Negli atti di *soft law* testé menzionati il primo aspetto degno di essere rilevato attiene ad una modulazione del procedimento normativo in funzione della sua permeabilità alle

¹⁶ Già il Considerando n. 21 della direttiva 2001/18/CE dichiarava che gli Stati membri e la Commissione «dovrebbero assicurare che sia realizzata una ricerca sistematica ed indipendente sui rischi potenziali inerenti all'emissione deliberata ed all'immissione sul mercato di Ogm», stanziando le «risorse necessarie» e mettendo a disposizione di «ricercatori indipendenti» tutto il materiale pertinente, ed il Considerando n. 20 disponeva che non solo è necessario stabilire una metodologia comune per eseguire la valutazione del rischio ambientale, ma che essa va effettuata in base a «pareri scientifici indipendenti». Sul punto cfr. F. GIAMPIETRO, *Rischio ambientale e principio di precauzione nella direttiva sugli Ogm*, in *Ambiente e sviluppo*, n. 10/2001, p. 955.

Osservatorio sulle fonti

valutazioni scientifiche e tecniche fondanti la scelta politica della gestione del rischio nell'incertezza scientifica sugli effetti negativi di un dato fenomeno.

Vi si legge al riguardo che «la valutazione scientifica del rischio deve seguire un percorso logico [...] in un contesto di ricerca appropriato [...] a livello nazionale e internazionale»¹⁷. L'ordinamento dell'Unione, quindi, valorizza la fase istruttoria del procedimento normativo, in modo da acquisire le opinioni, anche minoritarie, della comunità scientifica, così da far emergere nella scelta tra le diverse tesi scientifiche i margini di discrezionalità dei pubblici poteri, che in passato restavano celati sotto il dogma della certezza della scienza.

Si tende, cioè, a conformare procedimenti che, per un verso, «garantiscono l'attendibilità dei dati, giudizi e previsioni e che evitino il rischio di un abuso strumentale di proposizione pseudoscientifiche»¹⁸, per l'altro, «consentano di rendere evidenti le componenti descrittive ed assiologiche della decisione finale, giustificando le scelte, avvalorando i dati e i modelli da considerare attendibili, aggiornando le nozioni obsolete»¹⁹.

L'immissione di tale duplice esigenza nei canali delle procedure impone, in primo luogo, di forgiare un'istruttoria tecnico-scientifica completa, articolata ed aperta a tutti i soggetti detentori di dati scientifici e tecnici rilevanti. Segnatamente, in ordine al contributo conoscitivo dell'*expertise* tecnico-scientifico ed economico nella normazione precauzionale, alle indicazioni presenti nelle citate comunicazione della Commissione del 2 febbraio del 2000 e risoluzione del Consiglio del 4 dicembre 2000 si è, più di recente, affiancata, relativamente al contributo conoscitivo di organi tecnico-scientifici autorevoli ed indipendenti, l'espressa previsione della procedura di rettifica dei pareri tecnici discordanti, ad opera del già ricordato regolamento n. 178/2002/CE (in materia di sicurezza alimentare). Sia la comunicazione, sia la risoluzione, sia il regolamento prefigurano, cioè, un procedimento di normazione precauzionale aperto al dibattito della comunità scientifica, nelle sue plurime e dissonanti voci, e guidato da criteri scientifici e trasparenti nella selezione delle opinioni scientifiche cui accordare prevalenza²⁰. Nell'istruttoria normativa la giurisprudenza comunitaria aggiunge il ricorso a meccanismi di semplificazione dell'analisi scientifica, quale lo strumento della *peer review*²¹, vale a dire del sistema attraverso il quale la comunità scientifica, pur senza

¹⁷ Cfr. Commissione europea, Comunicazione sul principio di precauzione del 2 febbraio 2000, 1; Comitato economico e sociale, Parere sul tema "Il ricorso al principio di precauzione", (nat/065), 12 luglio 2000; Consiglio, risoluzione sul principio di precauzione del 4 dicembre 2000 (allegato III alle conclusioni della Presidenza formulate all'esito del Consiglio europeo di Nizza del 7, 8 e 9 dicembre 2000).

¹⁸ Così M. C. TALLACCHINI, *Ambiente e diritto della scienza incerta*, cit., p. 91.

¹⁹ *Ivi*, p. 93.

²⁰ Più in generale, sulle linee guida nel ricorso alle consulenze di esperti esterni cfr. Commissione, Comunicazione "Collection and use of expertise by the Commission: principles and guidelines" dell'11.12.2002, COM(2002)713.

²¹ Tale strumento è stato valorizzato dalla Corte di Giustizia delle Comunità europee nella sentenza 9 settembre 2003, in causa C-236/01. Per l'importanza della *peer review* all'interno delle valutazioni scientifiche (nonché politiche e giuridiche) sui rischi vedi, per una prima approssimazione, C.C.R.

Osservatorio sulle fonti

occultare le opinioni dissenzienti e minoritarie e nell'auspicabile partecipazione pubblica²², riconosce la validità di una ricerca. Tale analitica vivisezione del peso specifico delle voci che animano il panorama scientifico consente un immediato controllo della scelta operata dal decisore politico.

In secondo luogo, la fondatezza scientifica della norma cautelare richiede l'attribuzione dell'istruttoria ad un organo imparziale. Sotto tale profilo, precipuo rilievo assume la procedura di nomina dell'organo consultivo, la cui tipologia e composizione non può essere demandata all'*intuitu fiduciae* dell'amministrazione precedente, ma deve rispondere a obiettivi criteri di concorsualità pubblica²³.

In terzo luogo, esige la messa a punto di meccanismi normativi di adeguamento delle conoscenze scientifiche e tecniche al progresso ed all'innovazione e di revisione delle misure cautelative sulla base dei dati scientifici disponibili, onde garantirne la proporzionalità. In proposito, l'art. III-233 del poi abbandonato progetto di Costituzione europea, nel proclamare il principio di precauzione come uno dei fondamenti della politica dell'Unione in materia ambientale, contemplava l'obbligo per l'Unione di tenere conto, nel predisporre la politica ambientale, dei «dati scientifici e tecnici disponibili».

Parimenti, il diritto derivato, in ciò implementato dalla giurisprudenza²⁴, non ha mancato di prevedere valutazioni, periodicamente obbligatorie, degli sviluppi tecnico-scientifici che conducano ad una riconferma (o modifica) delle norme di tutela, come nel caso del più volte ricordato regolamento sulla sicurezza alimentare (art. 7). Così come il monitoraggio dell'evoluzione scientifica e l'adeguamento *in progress* delle normative esistenti ha trovato utile e soddisfacente sbocco nel c.d. *incremental process*, qualificato dalla comunicazione del 12 maggio 2004 della Commissione europea come scelta preferibile di regolazione del fenomeno "nanotecnologico".

3.2. (segue): l'analisi economica delle misure cautelative (costs-benefits analysis)

Un secondo profilo che emerge dall'analisi della disciplina dettata dagli atti di *soft law* dell'Unione in tema di procedimenti normativi precauzionali attiene alla «necessità di una preventiva analisi economica dei vantaggi e degli oneri risultanti dall'azione o dall'inazione», espressamente riconosciuta dalla comunicazione della Commissione del 2 febbraio del 2000 e dalla risoluzione del Consiglio del 4 dicembre 2000.

SUNSTEIN, *Risk and Reason. Safety, Law and the Environment*, Cambridge University Press, 2002, p. 115; N. DE SADELEER, *The Precautionary Principle in EC Health and Environmental Law*, in *European Law Journal*, 2006, vol. 12, n. 2, p. 153.

²² Per l'introduzione nei processi di *peer review* di forme di partecipazione pubblica cfr. S. JASANOFF, *Science at the Bar. Law, Science and Technology in America*, Harvard University Press, 1997, p. 95.

²³ Cfr., sul punto, AUTORITÀ EUROPEA PER LA SICUREZZA ALIMENTARE, *Invito a manifestare interesse a partecipare in qualità di membro ad un gruppo di esperti scientifici dell'Autorità europea per la sicurezza alimentare*, in *GUCE*, 17 dicembre 2003, n. C/307 A.

²⁴ Cfr., ad esempio, CGCE, 12 gennaio 2006, in causa C-504/04 (punto 40), che postula l'esigenza dell'adeguamento della normativa precauzionale ai dati scientifici sopravvenuti.

Osservatorio sulle fonti

L'analisi costi-benefici nella normazione attuativa del principio precauzionale²⁵ dovrebbe quantificare, oltre che identificare, in via preventiva i costi economici ed i potenziali benefici delle varie ipotesi regolative, nonché descriverne e valutarne gli effetti “qualitativi” avuto riguardo ad un giudizio comparativo che tenga conto, da un lato, della necessità di salvaguardare preminenti valori ambientali, dall'altro, dell'interesse economico implicato dall'attività rischiosa.

Con ciò l'ordinamento dell'Unione non pare avvalorare un procedimento normativo che fondi la decisione giuridica sulla sola analisi economica o che compia, *a priori*, una scelta tra economia e diritto²⁶. Le considerazioni sopra svolte in ordine all'insufficienza concettuale della scienza e della tecnica a sostenere la prescrittività del diritto e, quindi, del dispositivo giuridico in cui si traduce di volta in volta il principio di precauzione valgono, infatti, anche per la scienza economica. Per questa ragione il diritto dell'Unione tenta di portare l'attenzione sull'opportunità di garantire nei meccanismi produttivi della normazione precauzionale un'istruttoria completa, idonea a motivare la scelta regolativa anche in ordine ai profili economico-sociali. D'altro canto, è lo stesso rapporto tra costi economici e potenziali benefici cautelativi ad indirizzare, in concreto, la modulazione del principio di proporzionalità, al cui *test* la norma precauzionale non può sottrarsi.

In questa prospettiva l'analisi costi-benefici dell'ipotesi regolativa precauzionale ben si armonizza con la crescente attenzione per le tecniche di analisi economica della regolazione (le note analisi di impatto), sviluppate soprattutto su impulso della comunicazione della Commissione europea *Impact Assessment* del 5 giugno 2002 e dell'Accordo interistituzionale *Better Lawmaking* del 13 dicembre 2003.

3.3. (segue): le consultation procedures e l'informazione pubblica

Ove, però, i procedimenti normativi si aprissero solo alle valutazioni dell'*expertise* tecnico-scientifico, diverrebbe concreto il rischio che la scienza e la tecnica eliminino il ruolo politico-trasformativo della partecipazione pubblica e della decisione democratica; rischio aggravato dalla acquisita consapevolezza che l'apparato scientifico-tecnologico, deresponsabilizzato e schermato da un velo di neutralità e terzietà oggettivata, è in realtà il vettore più potente degli interessi e delle ideologie,

²⁵ Di “prezzo” della paura e dell'ansietà parla al riguardo M. D. ADLER, *Fear Assessment: Cost-Benefit Analysis and the Pricing of Fear and Anxiety*, in *www.srn.com*, pp. 1-63. Cfr. anche C.R. SUNSTEIN, *Risk and Reason. Safety, Law and the Environment*, cit., pp. XV-342; ID., *Laws of fear. Beyond the Precautionary Principle*, Cambridge University Press, 2005, pp. XII-234.

²⁶ Di “scelta tragica” parlano, come noto, G. CALABRESI, P. BOBBITT, *Tragic Choices*, New York, 1978, trad. it. a cura di C. M. Mazzoni, V. Varano, *Scelte tragiche*, Milano, 1986, su cui si rinvia, anche per un primo approccio alla c.d. analisi economica del diritto, a F. M. SALERNO, *L'analisi economica del diritto. Economia o diritto: una scelta 'tragica'*, in B. MONTANARI (a cura di), *Spicchi di Novecento*, Torino, 1998, pp. 201 ss.

Osservatorio sulle fonti

perché dissimulato ed indifferente ad ogni scopo che non sia l'incremento del proprio ruolo²⁷.

Si è posto allora, con forza, nell'ordinamento dell'Unione il problema politico di rendere aperto e non autoritario il linguaggio della scienza e si è affermata la tendenza ad ispirare il modello precauzionale di regolazione scientifica al modello partecipativo di relazioni tra scienza e società.

Vi è, infatti, una non celabile responsabilità politica nella determinazione del livello di rischio accettabile per la società innanzi all'incertezza scientifica, a fronte della quale il problema istituzionale di fondo diviene, per un verso, garantire forme di partecipazione pubblica ai procedimenti normativi precauzionali onde attenuarne l'autoreferenzialità, per l'altro, assicurare idonee modalità di informazione pubblica. Ad esigerlo, non a caso, è proprio la più volte citata comunicazione della commissione del 2 febbraio 2000 che, a fronte dell'elevato tasso di politicità sotteso alla normazione precauzionale, impone, a realizzare una sorta di bilanciamento, «trasparenza e dialogo con le parti interessate»²⁸.

Sotto questo profilo, il “modello comunitario” di consultazioni, delineato dal Libro Bianco sulla *Governance* europea (Com/5 agosto 2001/428) e dalla Comunicazione della Commissione dell'11 dicembre 2002²⁹, incentrato su un'istruttoria “aperta”, tanto nella forma dell'inchiesta quanto in quella dell'istruttoria pubblica, ed indifferente alla distinzione tipologica tra atti amministrativi e normativi, ben si attaglia alla natura della normazione precauzionale, chiamata al delicato dosaggio di tecnicità e politicità o, in altri termini, alla definizione del corretto equilibrio tra provvedere e prevedere. La scelta in ordine al livello di rischio socialmente accettabile, in condizioni di incertezza scientifica, non può, infatti, che essere il frutto di una mediazione trasparente e socialmente condivisa di tutti gli interessi coinvolti. Viceversa, l'opzione per un'istruttoria “chiusa”, per un verso, finirebbe per risolvere il meccanismo partecipativo in un metodo di accesso privilegiato delle categorie forti che, istituzionalizzando i

²⁷ G. PRETEROSI, *Autorità*, Bologna, 2002, p. 164 ss., che vede nel “nichilismo compiuto” del dominio della tecnica, “vuoto” e onnidirezionale, la più potente insidia neoautoritaria.

²⁸ Cfr. anche la risoluzione del 4 dicembre 2000 del Consiglio, il regolamento in materia di sicurezza alimentare n. 178/2002, nonché le conclusioni Avvocato generale Maduro, 14 settembre 2004, in causa C-41/02.

²⁹ Gli snodi nevralgici della politica comunitaria di miglioramento della regolazione, mediante l'implementazione delle procedure di consultazione, degli obblighi di pubblicità e delle analisi preventive di impatto, sono contenute in: Commissione europea, Libro bianco “*La Governance europea*”, COM(2001)428 del 5 agosto 2001; Id., Comunicazione “*European Governance: Better Lawmaking*” del 5 giugno 2002, COM(2002)275; Id., Comunicazione “*Piano d'azione: semplificazione e migliorare la regolamentazione*” del 5 giugno 2002, COM(2002)278; Id., Comunicazione “*Better Regulation for Growth and Jobs in the European Union*” del 16 marzo 2005, COM(2005)97; Id., Rapporto annuale “*Better Lawmaking 2004*” del 25 marzo 2005 (COM(2005)98); Id., Comunicazione, “*Impact Assessment Guidelines*” del 15 giugno 2005, SEC(2005)791, tutte in www.europa.eu.int. Per un articolato commento alla normativa ed alla prassi comunitaria in tema di procedure di consultazione si rinvia, anche per alcuni basilari riferimenti bibliografici, a P. FAVA, *La Consulta e la qualità della regolazione nella multilevel governance: i rischi e i pericoli di un'apertura incondizionata alle procedure di consultazione degli interessati e alla motivazione delle leggi*, in *Corr. giur.*, 2005, 11, pp. 1515 ss.

Osservatorio sulle fonti

propri rapporti con il mondo politico, creerebbero gravi pericoli di cattura del regolatore, per l'altro, priverebbe le procedure consultive dell'*appeal* democratico, quanto mai necessarie in materie attinenti al governo dell'ambiente per contrastare le derive "neautoritarie" del sapere tecnico-scientifico.

Tale apertura del procedimento alla consultazione è, però, stata, come noto, accompagnata nell'ordinamento dell'Unione da alcuni limiti, preordinati a contenere la democraticità del procedimento con l'efficacia delle decisioni. Secondo lo statuto comunitario della partecipazione, in primo luogo, le procedure di consultazione sono *esterne* al procedimento di formazione degli atti di regolazione, di talché risultano pacificamente inammissibili impugnazioni meramente defatigatorie fondate su "formalistici" vizi procedurali. In secondo luogo, nell'*acquis* comunitario la consultazione attribuisce la facoltà di «esprimere un'opinione, non già un voto»³⁰ (o veto), essendo la decisione finale comunque rimessa all'organo politico istituzionalmente responsabile³¹. Ciò appare particolarmente rilevante nelle materie ad alto livello di specializzazione e tecnicità, quale quelle implicate dall'approccio precauzionale, ove sono presenti forti interessi economici, in relazione alle quali il regolatore, dovendo pur sempre tutelare "gli assenti" (consumatori, lavoratori, utenti e, in sintesi, cittadini), cioè coloro che potrebbero non aver partecipato alla consultazione perché non in possesso delle conoscenze specifiche richieste e dei mezzi economici, tecnici e finanziari necessari, ben potrebbe legittimamente adottare una regolazione di contenuto diverso e contrario alla maggioranza delle osservazioni eventualmente pervenute solo dai membri dell'*industry*. Significativo esempio di *giustizia* attraverso il procedimento è quello offerto in materia ambientale (seppur non precauzionale) dalle proposte di direttiva nn. 667/2005 e 397/2006, relative rispettivamente alla disciplina dei rifiuti e degli standard di qualità ambientale nel settore della politica delle acque (recante la modifica della direttiva 2000/60/CE). La lettura delle relazioni di accompagnamento delle proposte evidenzia, infatti, la completezza dell'istruttoria, articolata nella consultazione degli esperti tecnico-scientifici, dei soggetti "interessati" (quali organizzazioni rappresentative a livello comunitario e nazionale), nonché nella consultazione "aperta" per via telematica, nella pubblicazione integrale dei documenti, pareri e dati acquisiti in sede di consultazione, nell'indicazione dei criteri seguiti nella valutazione delle osservazioni pervenute, nella analisi dell'impatto delle diverse ipotesi regolative (sempre in contraddittorio ed estesa anche all'analisi costi-benefici), nonché nella previsione di meccanismi di adeguamento della disciplina al progresso scientifico e tecnologico.

³⁰ Così, alla lettera, Commissione, Comunicazione "*Verso una cultura di maggiore consultazione e dialogo – Principi generali e requisiti minimi per la consultazione delle parti interessate ad opera della Commissione*" dell'11.12.2002, COM(2002)704.

³¹ Così, particolarmente perspicue in tema di limiti dell'obbligo di "giustificazione scientifica" le sentenze del Tribunale europeo di primo grado, 11 settembre 2002, causa T-13/99, in *Raccolta*, 2002, II, p. 3305 e Id., 11 settembre 2002, causa T-70/99, in *Raccolta*, 2002, II, p. 3495.

Osservatorio sulle fonti

4. Il procedimento normativo nell'ordinamento nazionale dalla l. n. 36/2001 al d.lgs. n. 152/2006: i limiti del ravvicinamento formale-procedurale

Alla luce del fin qui ricostruito quadro, è possibile provare a indagare se, e fino a che punto, nell'ordinamento interno si sia affermato un modello procedurale di normazione precauzionale effettivamente ispirato alle regole derivanti dal diritto dell'Unione.

Punto di avvio dell'indagine non può che essere il procedimento disciplinato dalla legge che ha avviato la stagione della normativa ambientale ispirata all'approccio precauzionale (c.d. di terza generazione), e cioè la legge quadro sulla protezione dalle esposizioni a campi elettrici, magnetici ed elettromagnetici (l. n. 36 del 2001), per l'adozione dei "valori-soglia"³². Il riferimento è all'art. 4, comma 2, lett. a) e b), che demanda la fissazione dei limiti di esposizione, dei valori di attenzione, degli obiettivi di qualità, delle tecniche di misurazione e rilevamento dell'inquinamento elettromagnetico, nonché dei parametri per la previsione di fasce di rispetto per gli elettrodotti, al decreto del Presidente del Consiglio dei Ministri, da adottarsi «su proposta del Ministro dell'ambiente, di concerto con il Ministro della sanità, sentiti il Comitato di cui all'articolo 6 [n.d.r. il Comitato interministeriale per la prevenzione e la riduzione dell'inquinamento elettromagnetico] e le competenti Commissioni parlamentari, previa intesa in sede di Conferenza unificata».

Anche ad una prima lettura, il procedimento appena delineato manifesta l'inidoneità a soddisfare i requisiti dei procedimenti normativi precauzionali previsti dal diritto comunitario in ordine tanto all'istruttoria tecnico-scientifica, quanto alle forme di partecipazione ed informazione pubblica.

In primo luogo, carente, se non addirittura inesistente, è la regolazione dell'istruttoria tecnico-scientifica. L'art. 4 prevede, infatti, solo l'apporto del Parlamento (tramite il parere, seppure non vincolante, delle Commissioni competenti) e delle autonomie (con l'intesa «debole» in sede di Conferenza unificata), ma non contempla il contributo conoscitivo di organi tecnici pubblici, autorevoli e indipendenti (quali l'Istituto superiore di sanità-ISS; l'Agenzia nazionale per la protezione dell'ambiente e per i servizi tecnici-APAT; l'ISPESL; l'Istituto di ricerca sulle onde elettromagnetiche del Consiglio nazionale delle ricerche-CNR-IROE). Né a diversa conclusione può indurre la circostanza che in sede di attuazione si sia provveduto ad acquisire il parere del Consiglio superiore della sanità e ad istituire, con un provvedimento dei Ministri per la tutela dell'ambiente, della salute e delle comunicazioni, il «Comitato internazionale di Valutazione per l'indagine sui Rischi Sanitari dell'esposizione ai campi elettrici, magnetici ed elettromagnetici (CEM)». Non può, infatti, passarsi sotto silenzio che i componenti del Comitato non sono stati selezionati mediante quelle procedure

³² Adottati con i due d.P.C.M. dell'8 luglio 2003, in *G.U.*, Serie gen., 28 agosto 2003, n. 199 e 29 agosto 2003, n. 200. Per un primo commento, M. MAZZOLENI, *Campi elettromagnetici: finalmente i decreti attuativi della legge n. 36/2001*, in *Ambiente*, 2003, pp. 1025 ss.; F. GIAMPIETRO, *Precauzione e rischio socialmente accettabile: criterio interpretativo della legge n. 36/2001*, in *Ambiente e sviluppo*, n. 5/2001, pp. 429 ss.

Osservatorio sulle fonti

concorsuali che sole possono garantire l'imparzialità dell'organo e la pluralità delle voci³³.

In secondo luogo, è mancata la previsione di meccanismi per l'adeguamento delle conoscenze scientifiche e tecniche e per la revisione delle norme tecniche, con il concreto pericolo che l'attendibilità dei valori-soglia si appanni con il trascorrere del tempo.

In terzo luogo, la laconica disciplina delle forme partecipative stride con le procedure comunitarie di consultazioni, aperte e pubbliche. Nel caso che ci occupa, infatti, il procedimento è stato forgiato sul modello dell'istruttoria "chiusa", limitata alle Commissioni parlamentari ed all'intesa in sede di Conferenza unificata, che, peraltro, assai significativamente, non è stata raggiunta. Non è stata, invece, contemplata alcuna forma di istruttoria pubblica mediante procedure consultive (nelle forme del *focus groups*, *panels*, interviste semistruzzurate, inchieste campionarie), né tanto meno forme di pubblicazione o divulgazione dei dati tecnico-scientifici acquisiti e delle osservazioni, comunque, pervenute³⁴.

Di non univoca lettura ai fini del modello procedimentale prescelto dal legislatore delegato appare, invece, l'attuazione del principio di precauzione prefigurata nel d.lgs. n. 152 del 2006. L'art. 301, infatti, dopo aver sottolineato al comma 2 la centralità di una "preliminare valutazione scientifica obiettiva", ha attribuito al Ministero dell'ambiente e della tutela del territorio la facoltà di adottare, in applicazione del principio di precauzione, misure proporzionate, non discriminatorie e coerenti, basate sull'esame di potenziali vantaggi ed oneri, aggiornabili alla luce di nuovi dati scientifici. Se, infatti, da un lato, l'art. 301 attribuisce indubbio (e positivamente valutabile) rilievo alla triplice esigenza di un'istruttoria tecnico-scientifica obiettiva, di un'analisi qualitativa e quantitativa dei costi-benefici dell'ipotesi regolativa, nonché di meccanismi idonei a garantire l'aggiornabilità dei dati scientifici, dall'altro, il medesimo tace sulle modalità di articolazione del procedimento idonee a recepire tali condivisibili contenuti.

Più articolata, sebbene ancora incompleta rispetto al modello comunitario, appare, invece, l'istruttoria delineata dall'art. 12 del d.lgs. n. 190 del 2010 che, in attuazione della direttiva 2008/56/CE, istituisce un quadro per l'azione comunitaria nel campo della politica per l'ambiente marino. Nell'istruttoria per l'elaborazione dei programmi di misure conformi al principio di precauzione, l'art. 12 impone di tenere in debita considerazione gli impatti socio-economici delle misure, di individuare misure efficaci rispetto ai costi e tecnicamente fattibili, alla luce di un'analisi di impatto che comprenda

³³ Critica la limitazione dell'istruttoria tecnica alla acquisizione dei pareri del Consiglio superiore della sanità e del Comitato internazionale G. D. COMPORI, *Contenuto e limiti del governo amministrativo dell'inquinamento elettromagnetico alla luce del principio di precauzione*, in *Riv. giur. ambiente*, n. 2/2005, p. 217.

³⁴ Considerazioni di analogo tenore in merito all'insufficienza dell'istruttoria, all'inadeguatezza della valutazione del rischio potrebbero, del resto, svolgersi in relazione al d.P.C.M. n. 479/1999, sulla fissazione di valori tabellari per la bonifica dei siti inquinati. Sul punto si rinvia alla puntuale analisi di L. BUTTI, *Il principio di precauzione nel diritto ambientale. Né arbitrario né capriccioso se interpretato con equilibrio*, in corso di pubblicazione.

Osservatorio sulle fonti

la valutazione del rapporto costi/benefici di ciascuna misura. Anche in tal caso manca, però, una rigorosa proceduralizzazione dell'apporto tecnico-scientifico e dell'analisi economica costi-benefici.

Le poche considerazioni svolte consentono di affermare che, se si tenta una valutazione di sintesi del procedimento normativo precauzionale nelle fonti del diritto interno, si può concludere che l'effetto conformativo spiegato dal diritto dell'Unione nei confronti dei procedimenti normativi nazionali è senz'altro evidente, ma suscettibile ancora di essere portato ad ulteriori conseguenze. Ove poi si volessero indagare le ragioni delle perduranti disarmonie tra ordinamento interno e ordinamento dell'Unione, potrebbe forse dirsi che trova qui conferma quella vocazione italiana a subire le politiche ambientali dell'Ue laddove contenute in atti vincolanti, ma non già a considerarle modello virtuoso di azione pubblica ove delineate in atti di *soft-law*³⁵.

Ciò non esclude, però, che, allo stato attuale, seppur con una qualche fuga in avanti, l'interprete potrebbe "costruire" un "giusto procedimento" per la normazione attuativa del principio di precauzione, "travasando" gli elementi indefettibili enunciati all'art. 301 negli strumenti contemplati dall'ordinamento al fine di migliorare la qualità della regolazione e la sua trasparenza³⁶. Il riferimento è come ovvio all'entrata a regime, con l'art. 14 della l. n. 246/2005, dell'analisi *ex ante* di impatto della regolamentazione (AIR) ed alla sua valutazione *ex post* (VIR), all'embrionale strutturazione di procedure di consultazione, nonché alla sperimentazione degli obblighi di pubblicazione degli schemi normativi e di informazione pubblica³⁷. E così, partitamene, nella valutazione preventiva dell'impatto espressamente aperta al contraddittorio ed alla consultazione dei potenziali destinatari potrebbero trovare adeguato svolgimento le procedure di consultazione trasparenti e accessibili a tutti i soggetti interessati e destinatari dell'ipotesi regolativa, onde acquisire dati tecnico-scientifici, nonché analisi sul rapporto costi-benefici³⁸. Le esigenze sottese alle forme di partecipazione pubblica

³⁵ Sul mancato ravvicinamento delle politiche ambientali nazionali a quelle Ue, cfr. M. CECCHETTI, *La dimensione europea delle politiche ambientali: un "acquis" solo apparentemente scontato*, in *Federalismi.it*, n. 16/2012, pp. 4-5.

³⁶ Questo il tentativo già esperito da M. CECCHETTI, *Principio di precauzione e produzione pubblica del diritto. La funzione normativa di fronte alle sfide del 'governo' dell'incertezza scientifica*, in G. GUERRA, A. MURATORIO, E. PARIOTTI, M. PICCINI, D. RUGGIU (a cura di), *Forme di responsabilità, regolazione e nanotecnologie*, Bologna, 2011, pp. 156 ss.

³⁷ Per una puntuale analisi dello stato dell'arte in punto di strumenti di miglioramento della regolazione e del suo tasso di democraticità e condivisione si rinvia, per alcuni fondamentali ragguagli normativi e dottrinari, a P. FAVA, *La consultazione degli interessati nella multilevel governance*, in www.associazionedeicostituzionalisti.it, sulla consultazione come cuore pulsante delle politiche per il miglioramento della qualità della regolazione; Id., *La Consulta e la qualità della regolazione nella multilevel governance: i rischi e i pericoli di un'apertura incondizionata alle procedure di consultazione degli interessati e alla motivazione delle leggi*, cit.; A. VALASTRO, *La valutazione ed i molteplici volti della partecipazione: quale ruolo per la consultazione?*, in M. RAVERAIRA (a cura di), *"Buona" regole, democrazia e sviluppo. La valutazione normativa nella dialettica tra pubblico e privato*, Rubbettino, 2006, pp. 149 ss.

³⁸ Sull'analisi economica della regolazione e sulla sua recessività allo stato attuale dell'ordinamento italiano cfr. Consiglio di Stato, Ad. Gen., parere 25 ottobre 2004, 10548 n. Gab. 2/04, ove si legge che

Osservatorio sulle fonti

generalizzata in materia ambientale, volte non a coinvolgere l'*expertise* scientifico per una valutazione obiettiva, ma a ricevere i contributi e le osservazioni dell'opinione pubblica potrebbero, d'altro canto, trovare soddisfazione nella predisposizione, tipica delle istruttorie comunitarie, di consultazioni telematiche aperte, nella forma di *focus groups*, *panels*, inchieste campionarie. La trasparenza e la condivisione ad ampio raggio del prodotto normativo finale potrebbe, infine, avvalersi della previsione di cui alla legge di semplificazione per il 2001, che – come noto – all'abrogato art. 18 aveva avviato in via sperimentale la pubblicazione in Internet degli schemi di provvedimenti normativi, con facoltà di far pervenire contributi personali e di partecipare, così, alla gestazione delle norme da parte dei destinatari.

5. Il paradigma procedurale del ravvicinamento e le ragioni dell'integrazione costituzionale europea

Quanto fin qui evidenziato in ordine agli effetti ed alle potenzialità conformative che il diritto dell'Unione produce nei confronti dei procedimenti normativi interni attuativi del principio di precauzione rende rilevante chiedersi se la pur incompiuta dimensione procedurale-formale del ravvicinamento delle normazioni precauzionali possa essere considerata o meno coerente e legata al processo di integrazione costituzionale europea e, quindi, sia suscettibile di essere concettualizzata in tal senso.

Al riguardo pare di poter osservare che la standardizzazione delle regole dell'istruttoria tecnico-scientifica, dei procedimenti di consultazione pubblica, nonché degli obblighi di informazione pubblica perseguita dall'ordinamento dell'Unione nella formazione della norma precauzionale investe direttamente le forme di produzione del diritto e pare rinviare ad un paradigma di integrazione procedurale. Come noto, esistono due concorrenti paradigmi attraverso i quali il diritto dell'Ue persegue il fine dell'integrazione costituzionale europea ed essi rispondono a logiche funzionali diverse ed irriducibili: da un lato, l'*integrazione materiale*, che si alimenta dalle Costituzioni nazionali, si nutre dalla *terra* dei singoli Stati e procede, prima, dal basso verso l'alto e, solo poi, dall'alto verso il basso, per radicarsi nel diritto nazionale e fare ad esso ritorno; dall'altro, al contrario, l'*integrazione formale*, che prescinde dagli ordinamenti nazionali, è da essi *sradicata*, non li presuppone e procede unilateralmente dal diritto dell'Unione a quello degli Stati membri. La seconda forma di integrazione ha, come noto, la propria autonomia normativa in forza dell'esplicito fondamento che se ne rinviene nella disciplina dettata dai Trattati in tema di armonizzazione delle legislazioni nazionali. Soprattutto, essa è concettualmente autonoma dal processo di "comunitarizzazione" al quale comunemente – muovendo dal condiviso presupposto che la penetrazione dei valori è l'unico fondamento di legittimità possibile per una aggregazione sociale e politica priva di dimensione procedurale e di guida carismatica –

«l'analisi economica delle regole è rimasta a lungo fuori dal dibattito politico-istituzionale sulla normazione, e la produzione delle leggi è stata, specie all'inizio, fortemente influenzata da un'impostazione di tipo "giuridico", non sempre attenta agli effetti che si dispiegano sui destinatari delle regole».

Osservatorio sulle fonti

si affida la conquista di un'*integrazione materiale* di senso intorno ai diritti ed alle libertà nello spazio costituzionale europeo.

In questo quadro, il fenomeno qui indagato del “ravvicinamento formale-procedurale” della normazione precauzionale assume una valenza del tutto particolare, giacché esso si appunta, quale che sia il contenuto del precetto normativo, da un lato, sui procedimenti di formazione delle norme, dall'altro, sui rapporti tra norme interne e dell'Unione, sulle garanzie del principio di legalità e sugli incentivi all'armonizzazione. L'integrazione attraverso le procedure non mira, infatti, a ricostruire una comunità di senso ma a rendere riconoscibile l'*acquis communautaire* dalla formazione e dalla formulazione delle norme, nonché dal loro modo di comporsi ed animare il sistema delle fonti. Questo tipo di processo potrebbe consentire al popolo europeo di rappresentarsi e riconoscersi nei caratteri del sistema delle fonti e nella vita delle norme (genesì, modificazione, estinzione), non nei valori che esse propugnano o nei fini che le medesime perseguono. Detto ancora altrimenti, il diritto della normazione potrebbe rappresentare un fattore di integrazione dell'ordinamento dell'Unione attraverso l'originale via che porta ad uniformare i sistemi normativi nazionali per il tramite dell'introduzione di un modello tendenzialmente unitario di creazione giuridica e di funzionamento del sistema delle fonti.

D'altro canto, non è difficile intuire, in una più ampia prospettiva di teoria generale del diritto, perché le teorie proceduralistiche tendano ad apparire le più compatibili con la dimensione pluralistica immanente all'ordinamento dell'Unione. Esse muovono, infatti, dalla constatazione dello sgretolamento dell'unità politica sostanziale per affrontare la ricostruzione di condizioni unitarie minime che assicurino la convivenza tra gli uomini. Presupposta, cioè, l'inconseguitabilità nel pluralismo estremo degli ordinamenti contemporanei di un accordo, se non minimo, su norme sostanziali, attribuiscono centralità alla nozione di procedura ai fini della giustificazione razionale delle istituzioni politiche e del diritto. Solo, infatti, se il discorso è incapace di produrre un consenso su valori sostanziali, il consenso si restringe alle sole procedure che attori orientati alla comprensione reciproca dovrebbero seguire per la costruzione discorsiva di un orizzonte politico condiviso. È il disaccordo sui valori, che elimina la possibilità che l'unità assiologica sia ancora un dato presupposto, a spostare la ricerca del consenso sulle forme e sulle procedure, che diventano l'unica unità preesistente possibile per selezionare la pluralità dei contenuti dell'unità sostanziale da raggiungere.

Sono, però, altrettanto note le obiezioni a cui va incontro il paradigma procedurale. Le forme di *produzione* della norma giuridica possono apparire come una specie post-moderna di riduzionismo legalistico, vale a dire di riduzione del diritto a forma, che è poi la riduzione del diritto a forza (il diritto come forma della forza)³⁹. Il dubbio radicato è che il paradigma procedurale sia l'anticamera della schepsi e del nichilismo giuridico o, ancora, la via contemporanea del ritorno al monismo formalista del positivismo giuridico. E che, quindi, vi sia innanzitutto radicale antinomia tra teoria procedurale del diritto e fondazionalismo dei diritti, tra integrazione europea

³⁹ Il riferimento è alle note riflessioni di Natalino Irti.

Osservatorio sulle fonti

procedurale e materiale, nella misura in cui la prima potrebbe significare l'apertura della norma a tutti i possibili contenuti e la seconda è ancorata all'idea di un fondamento valoriale universale dell'ordine giuridico⁴⁰.

La ricerca da parte del diritto comunitario del “giusto procedimento di formazione della norma” (che qui abbiamo potuto indagare solo nel campo delle norme precauzionali) pare, però, prestarsi anche ad una differente lettura. Se, infatti, come si è cercato fin qui di mettere in luce, per un verso, essa pare testimoniare la possibile esistenza uno specifico canale dell'integrazione costituzionale europea che si sviluppa facendo leva sulla forma dei procedimenti normativi e sulle caratteristiche del sistema delle fonti (rapporti tra norme, principio di legalità e incentivi all'armonizzazione), piuttosto che sul contenuto dei precetti normativi, per l'altro, appare innegabile che proprio quell'orizzonte procedurale è asservito espressamente alla migliore tutela di alcuni interessi sostanziali (la salute, l'ambiente). Si può, allora, prendere spunto dall'omogeneizzazione dei procedimenti normativi precauzionali per chiarire che accedere alla prospettiva evocata non significa negare che regole di formazione e contenuto della legge vivono nell'ordinamento senza soluzione di continuità ed in un osmotico rapporto in cui la conformazione dell'istruttoria determina il comando legislativo e l'oggetto della norma presuppone un dato *iter* formativo. Del resto, il rapporto tra la dimensione procedurale e sostantiva del fenomeno giuridico nella condizione pluralista è tutt'altro che di separatezza, perché, a ben guardare, le procedure non sono mai procedure pure o *value-free*, ma procedure di cui è predicabile un metavalore. Come è stato recentemente affermato, infatti, «il consenso sulle procedure implica il consenso su valori»⁴¹.

Se così è, l'integrazione mediante le procedure di formazione delle norme giuridiche non è necessariamente svuotamento della legge da ogni contenuto sostanziale, ovvero sacralizzazione della potenza illimitata della procedura. Nella condizione di pluralismo estremo, la giustizia procedurale della legge potrebbe, al contrario, costituire quel tanto di giustizia di cui si può discutere in un ordinamento che abbandona concezioni assolute di giustizia, ma che non si arrende ad esiti nichilistici ed accoglie la sfida della concorrenza tra le diverse concezioni del bene che si confrontano nei canali delle procedure. Del resto, l'ideale regolativo deliberativista, cui rinvia la concezione giustiziale della legge (e su cui, non a caso, come visto, insiste il diritto dell'Unione), si presenta come idoneo a sorreggere una teoria del «diritto ragionevole, oggetto del *consensus* di una comunità organizzata»⁴², in cui l'argomentazione e la dialettica hanno come campo di elezione la condivisione dei valori, cosicché la procedimentalizzazione

⁴⁰ Nel dibattito filosofico contemporaneo è ormai un solco battuto quello della fine dei saperi universali, totalizzanti e, per l'appunto, “fondazionali”, vale a dire volti a cercare la totalità e perennità dei propri fondamenti ed impermeabili all'eventualità dell'autoconfutazione, su cui per tutti F. D'AGOSTINI (a cura di), *Analitici e continentali. Guida alla filosofia degli ultimi trent'anni*, Milano, 1997, p. 195 ss.

⁴¹ Sul punto cfr. L. BUFFONI, *Processo e pluralismo nell'ordinamento costituzionale italiano. Apologia e limiti dell'universalismo procedurale*, Napoli, 2012, p. 386.

⁴² C. PERELMAN, *Logique juridique. Nouvelle rhétorique*, Paris, 1976, §§ 37, 40, 48 e 97.

Osservatorio sulle fonti

della legge potrebbe piuttosto apparire il tentativo di estendere il procedimento di argomentazione razionale alla sfera dei valori.

Da ultimo può essere non del tutto privo di interesse mostrare come l'implicazione tra forma e sostanza nel fenomeno giuridico offra anche la possibilità di inquadrare il discorso sul paradigma procedurale dell'integrazione costituzionale in una prospettiva culturale più ampia⁴³. Essa consente, infatti, di sottolineare la circostanza che le due vie dell'integrazione europea che si sono delineate nell'esperienza giuridica contemporanea (quella materiale e quella formale-procedurale, quest'ultima nell'accezione che è emersa nello studio del procedimento normativo precauzionale) paiono strutturate in maniera da riportare gli ancestrali segni distintivi dei due grandi quadranti lungo cui si sviluppa tutta l'esistenza occidentale: il cristianesimo e il giudaismo. Il paradigma dell'*integrazione materiale*, in particolare, pare rimandare – e qui si torna alla riflessione di geo-diritto da cui si sono prese le mosse – all'idea cristiana del Nomos, del diritto inestricabilmente connesso alla terra (*Ortung*), alle lingue, ai costumi del popolo. Il Nomos solca la terra, segna confini, si *stabilisce*. Dalla terra si allontana solo per bonificare il mare e il deserto. E sulle nuove terre porta il diritto, dando ad esso stabilità con la forza (*Gewalt*), mettendo radici. Il paradigma dell'*integrazione formale*, invece, incarna l'antinomismo ebraico, richiama alla mente la visione giudaica della Legge, che ordina l'esodo (*Entortung*) al suo popolo, che *recide* il diritto da ogni *radice* terranea, che coltiva l'aspirazione messianica nel perenne errare senza terra e senza lingua. Per la Legge giudaica terre e lingue sono simboli, idoli. Non a caso la sua immagine è la stella di David, che esprime l'idea della redenzione (*Erlösung*) che risale lungo i raggi verso il fuoco della fede.

E come per cristianesimo ed ebraismo, per Nomos e Legge, “è dato spiare i segni del comune lavoro”⁴⁴, così integrazione procedurale e sostanziale giocano nella dimensione costituzionale europea l'una a vantaggio dell'altra: l'integrazione procedurale favorisce la trasmissione dei valori costituzionali europei attraverso l'omogeneizzazione formale delle fonti, l'integrazione materiale legittima le richieste di *prestazioni di qualità normativa*, destinate altrimenti – come ogni altro strumento di integrazione funzionale – ad essere autoritarie ed inconciliabili con l'orizzonte delle democrazie pluraliste contemporanee.

6. Il ravvicinamento procedurale delle “fonti” del diritto dell'ambiente ed il suo ruolo costituzionale strategico

L'esperita tematizzazione del ravvicinamento procedurale-formale delle “fonti” del diritto ambientale ed, in particolare, della normazione precauzionale consente, infine, di svolgere alcune considerazioni conclusive sull'importanza della materia ambientale nella prospettiva della teoria delle fonti e dell'integrazione costituzionale europea.

⁴³ La riflessione sul punto è già stata sviluppata in A. CARDONE, *La qualità della normazione nella prospettiva dell'integrazione costituzionale europea*, in *Osservatoriosullefonti.it*, n. 2/2008, pp. 46 ss.

⁴⁴ M. CACCIARI, *Icone della legge*, Milano, 2002, p. 57.

Osservatorio sulle fonti

Al riguardo si può notare che l'artificialità sottesa alla dimensione procedurale del ravvicinamento delle legislazioni ambientali si oppone all'idea dell'ordine naturale delle cose, cui parrebbe rinviare di primo acchito il bene-valore ambiente, in quanto la prima è il frutto esclusivo della volontà cristallizzata nella norma. Se si guarda alla armonizzazione della forma delle fonti del diritto ambientale da questo punto di vista, ci si avvede, infatti, che qui, più che altrove, si manifesta la radice *antinomica* del governo dell'ambiente nella dimensione europea. In esso si consuma lo scontro tra le teoriche dell'ordine concreto e le teoriche normativiste del rapporto norma-terra e si celebra la vittoria delle seconde sulle prime.

Il *nomos* della terra nella celebre concettualizzazione schmittiana vive nella compenetrazione tra diritto ed occupazione della terra, che unisce in sé la localizzazione (o il radicamento) di uno spazio (*ortung*) e la creazione di un ordinamento (*ordnung*)⁴⁵. «L'occupazione della terra precede l'ordinamento, che deriva da essa non solo logicamente ma anche storicamente.... Essa è il “mettere radici” nel regno di senso della storia»⁴⁶.

Etimologicamente *nòmos* deriva da *nèmein*, che possedeva in origine il triplice ed intrecciato significato di presa di possesso (della terra), di spartizione della terra acquisita e creazione di regimi proprietari ed, infine, di coltivazione e valorizzazione (pascolo, *nomòs*) della terra⁴⁷. *Nèmein* si trasfigura così nel “*sapere abitare*” la terra, che è poi la quintessenza della funzione del diritto ambientale nella contemporaneità. C'è, quindi, nella concezione schmittiana del diritto un legame terrestre, un fondamento tellurico⁴⁸ ed una efficacia tutta terranea⁴⁹. Facendo proprio il linguaggio mitico, la terra è detta «madre del diritto» e persino della «giustizia», perché la terra «ricompensa», con «intima proporzione», la fatica ed il lavoro della semina con «la crescita ed il raccolto»⁵⁰. In questo orizzonte ha senso parlare della terra e della sua occupazione come di «atto primordiale che istituisce diritto», «fondamento dell'intero diritto» o «archetipo di un processo giuridico costitutivo»⁵¹. Si riscopre così il senso primigenio, concreto e *reale*, dell'immagine della «fonte del diritto» nell'accezione eraclitea di origine (la terra, per l'appunto) da cui «trae nutrimento» tutto il diritto seguente⁵² e «decaduta a mera metafora» solo successivamente per l'uso invalso tra i giuristi positivisti⁵³. Il *nomos* è, dunque, la misura che distribuisce e ripartisce la terra e la

⁴⁵ Fondamentali C. SCHMITT, *Il Nomos della terra*, Milano, 1991, trad. it. di E. Castrucci, pp. 19-29, pp. 54-71 e pp. 439-40; ID., *Il concetto d'Impero nel diritto internazionale*, 1941, trad. it., di F. Pierandrei, Roma, 1996, p. 10; ID., *La condizione della scienza giuridica europea (1943-1944)*, trad. it. di L. Cimmino, Roma, 1996, pp. 67-8. Sul rapporto tra ordine e radice in Schmitt in un prospettiva di geofilosofia, densa di spunti di geo-diritto, M. CACCIARI, *Geofilosofia dell'Europa*, Milano, 2008, p. 107 ss.

⁴⁶ C. SCHMITT, *Il Nomos della terra*, cit., pp. 27-8.

⁴⁷ *Ivi*, p. 59.

⁴⁸ N. IRTI, *Norma e luoghi. Problemi di geo-diritto*, cit., pp. 3 e 29.

⁴⁹ M. CACCIARI, *Geofilosofia*, cit., p. 111.

⁵⁰ C. SCHMITT, *Il Nomos della terra*, cit., p. 19.

⁵¹ *Ivi*, pp. 23-5.

⁵² *Ivi*, p. 28.

⁵³ *Ivi*, p. 59.

Osservatorio sulle fonti

forma che assume l'ordinamento politico. «Misura, ordinamento e forma costituiscono qui una concreta unità spaziale»⁵⁴. Ed è l'ordine concreto della terra, da cui il *nomos* riceve la forza giuridica non mediata da leggi, che incarna la legittimità «che solo conferisce senso alla legalità della mera legge»⁵⁵. Le leggi sono mediate ed artificiali, il *nomos* concreto, immediato e radicato nella terra. E quel rapporto tra spazio-ambiente e diritto è a tal punto vitale, *costituzionale*, che in esso vive il principio dell'ordine giuridico e del costituirsi identitario di un popolo. In Schmitt «l'identità di un diritto coincide con l'identità spaziale di un popolo, col suo proprio essere su una parte della superficie terrestre»⁵⁶.

Non si fatica a concludere che assai difficilmente la teorica dell'ordine concreto del rapporto norma-terra potrebbe sostenere l'idea procedurale di un governo dell'ambiente, nello spazio europeo, fondato su un comune metodo di produzione delle fonti del diritto.

Specularmente, nella prospettiva tipicamente normativista, che rifiuta la concretezza del *nomos*, lo spazio-ambiente è un dato esterno all'ordinamento, una mera dimensione, un “dove” applicativo, un ambito topografico di vigenza della norma⁵⁷. L'esistere della norma non è legato al rapporto *tellurico*, ma al processo artificiale di produzione di ciascun ordinamento.

Ma se così è, la norma si sbarazza della fisicità terrestre e dell'ordine concreto e si sradica dai luoghi⁵⁸. Il diritto, che perde l'ancora alla terra, si fa duttile e sciolto. Lo sradicamento aumenta la potenzialità normatrice anche oltre il dato materiale. A differenza del *nomos* schmittiano, che ha la immobilità e fissità della terra, l'artificialità del normativismo si affranca dai vincoli naturali ed apre alla logica a-spaziale del mercato. Qui il perseguimento del ravvicinamento formale-procedurale delle legislazioni ambientali può diventare a pieno titolo il segno della normatività giuridica europea.

In questa prospettiva potrebbe allora dirsi che il calvario del *nomos* della terra si conclude, per una paradossale eterogenesi dei fini, proprio nel diritto dell'ambiente. Tutto, anche la conformazione della terra, è diventato artificio dell'uomo, un prodotto “legalitario” della sua esperienza, non più *nomos* ma *psephisma*, decisione artificiale⁵⁹.

Ed ecco allora che anche il titolo e l'*incipit* di questo lavoro ed, in particolare, l'uso virgolettato della nozione di “fonti” del diritto ambientale sembrano assumere un più pregnante significato. Grazie alla riflessione schmittiana, può, infatti, notarsi come la storia della locuzione “fonte del diritto” tradisca oggi il paradosso logico e storico,

⁵⁴ *Ivi*, p. 59.

⁵⁵ *Ivi*, p. 63.

⁵⁶ N. IRTI, *Norme e luoghi*, cit., p. 35

⁵⁷ Sul rapporto esistente tra spazio e norme nella teoria normativista H. KELSEN, *Il problema della sovranità e la teoria del diritto internazionale*, 1920, trad. it. di A. Carrino, Milano, 1989, p. 105; ID., *Teoria generale delle norme*, a cura di M.G. Losano, trad. it. di M. Torre, Torino, 1985, p. 225.

⁵⁸ N. IRTI, *Norme e luoghi*, cit., p. 44.

⁵⁹ Sulla distinzione tra *nomos* (talora indicato come *thesmos*) e *psephisma* come esemplificazione dei due volti del diritto, vedi di recente G. ZAGREBELSKY, *La legge e la sua giustizia*, Bologna, 2008, pp. 61-2.

Osservatorio sulle fonti

ancora prima che giuridico, di una espressione che, nata nell'alveo di concezioni tipicamente concrete e "terranee" del diritto, la cui "fonte" era per l'appunto "la terra", è divenuta nella comunità dei giuristi l'emblema e la matrice del sistema normativista degli atti di posizione che esercitano comando e richiedono obbedienza e, con esso, del positivismo giuridico, che, però, come nota Schmitt, «non conosce né origine né archetipi, ma solo cause. Al positivismo [...] interessa solo la "legge dell'apparire", e non quella dell'origine. Luogo d'origine e provenienza non sono per il positivismo caratteri specifici fondanti»⁶⁰.

Potrebbe allora concludersi che proprio le "fonti" del diritto positivo dell'ambiente rendono manifesta la perenne tensione tra la dimensione tellurica e quella artificiale del diritto. E aggiungersi che quella tensione può forse trovare soluzione ove si individui appunto nella dimensione procedurale delle fonti del diritto la via per una più autentica armonizzazione tra le politiche ambientali dell'Unione e quelle nazionali.

⁶⁰ C. SCHMITT, *Il Nomos della terra*, cit., p. 60.