

LA FUNZIONE INTERPRETATIVA DEL PRINCIPIO DI PRECAUZIONE IN DIRITTO INTERNAZIONALE

Dir. comm. internaz., fasc.2, 2006, pag. 321

Saverio Di Benedetto

Classificazioni: DIRITTO INTERNAZIONALE

Introduzione - 1. Le posizioni degli autori sul significato giuridico del principio di precauzione. - 1.1. Dalla prevenzione alla precauzione: la rilevanza giuridica dell'incertezza scientifica. - 1.2. Un modello «obbligante» di precauzione. - 1.3. Precauzione e sistema dell'Organizzazione Mondiale del Commercio: un diverso modello. - 1.4. Due modelli in gioco? - 2. Analisi dell'esperienza giuridica internazionale e funzione del principio di precauzione. - 2.1. L'ipotesi di lavoro. - 2.2. Analisi dell'esperienza giuridica internazionale: un modello interpretativo di precauzione. - a) Trattati di tutela ambientale. - b) Diritto dell'OMC (e Cartagena Protocol). - c) La Convenzione sulla diversità biologica e la Convenzione sugli inquinanti organici persistenti. - d) La Dichiarazione di Rio su ambiente e sviluppo. - e) Prassi giurisprudenziale. - 2.3. La basilare questione dei criteri operativi del principio di precauzione. - 3. Precisazioni sulla funzione interpretativa del principio di precauzione. - 3.1. Interpretazione giuridica e principio di precauzione. - 3.2. Precauzione e prevenzione. - 3.3. Il riflesso processuale della precauzione: l'alleggerimento dell'onere della prova. - 3.4. Il significato complesso della precauzione: variazioni sul tema dell'incertezza scientifica. - 3.5. La ratio interpretativa del principio di precauzione. - 4. Conclusione.

Introduzione.

Il principio di precauzione ha una storia peculiare: è presente sulla scena internazionale da circa venti anni, è stato oggetto di innumerevoli studi e dibattiti e, tuttavia, la sua collocazione e la sua portata normativa nel diritto internazionale sono ancora discusse tra gli autori (1).

Consuetudine o, almeno, principio generale del diritto internazionale, da un lato (2); norma puramente pattizia, dal contenuto vago o, addirittura, meramente orientativo (3), dall'altro. Nel mezzo, alcuni autori che propongono prospettive evolutive, come quella della norma consuetudinaria in formazione (4). La discussione non è figlia di un malcelato gusto classificatorio, ma esprime un reale problema giuridico, vista la ormai grande diffusione e importanza di questo principio, ma anche, d'altro canto, l'incertezza sulla sua reale rilevanza in alcuni contesti giuridici internazionali e, in particolare, nel diritto dell'Organizzazione Mondiale del Commercio (OMC).

In questo lavoro non si compie un'analisi, più o meno dettagliata, della prassi giuridica internazionale, volta a valutare la sussistenza o meno dei requisiti classici di una consuetudine o, comunque, l'esistenza di un principio generale del diritto. Lo studio si colloca "a monte" e riguarda la definizione stessa del significato che si intende attribuire al principio di precauzione e l'individuazione degli effetti giuridici che esso produce quando opera nei vari contesti pattizi in cui è espressamente previsto. Si tratta, in altre parole, di vedere se esiste un modello normativo prevalente di principio di precauzione, che potrà poi eventualmente essere alla base di uno studio complessivo nella prassi degli stati, volto ad accertare lo *status* del principio nel diritto internazionale generale.

1. Le posizioni degli autori sul significato giuridico del principio di precauzione.

1.1. Dalla prevenzione alla precauzione: la rilevanza giuridica dell'incertezza scientifica.

Il principio di precauzione ha cominciato ad affermarsi, nel diritto internazionale, intorno alla metà degli anni '80 del Novecento, con particolare riferimento alla protezione dell'ambiente marino (5), per poi rapidamente estendere la sua rilevanza ad altri settori della tutela ambientale (

6), fino a ricevere una definitiva consacrazione nel 1992, in occasione della Conferenza di Rio de Janeiro su Ambiente e Sviluppo (7). Nella Dichiarazione conclusiva dei lavori, al «Principio 15», troviamo probabilmente la sua più celebre formulazione (8), che così recita: «[i]n order to protect the environment, the precautionary approach shall be widely applied by States according to their capabilities. Where there are threats of serious or irreversible damage, lack of full scientific certainty shall not be used as a reason for postponing cost-effective measures to prevent environmental degradation» (9). Dopo il 1992, in quasi tutti i *Multilateral Environmental Agreements* questo principio ha giocato un ruolo importante e la sua rilevanza, ormai, va al di là della stessa tutela ambientale per interessare anche quella della salute (10).

La difficoltà per l'interprete nel ricostruire un significato unitario del principio di precauzione deriva *in primis* dalla grande eterogeneità dei contesti giuridici in cui questi è previsto: dalle dichiarazioni non vincolanti ai programmi d'azione, da una parte; dai preamboli dei trattati fino a norme cardine di fondamentali convenzioni ambientali, dall'altra. Inoltre, le stesse formulazioni differiscono in modo sensibile da uno strumento all'altro, contribuendo a generare quell'immagine di vaghezza e genericità che è stata attribuita alla regola precauzionale (11).

Vi è tuttavia un elemento che caratterizza pressoché tutte le enunciazioni del principio di precauzione offerte dai testi giuridici internazionali: il riferimento a situazioni di incertezza scientifica. Più precisamente, ciò che il principio fa è di attribuire rilevanza giuridica anche a delle situazioni in cui la scienza è divisa o incerta in ordine all'effettiva esistenza e all'entità di un rischio. La dottrina giustamente coglie in questo aspetto il carattere innovativo della precauzione rispetto alla tradizionale impostazione nelle politiche di tutela ambientale, secondo cui era necessario avere un responso scientifico certo sui rischi in questione prima di adottare misure volte ad evitarli (12): questa evoluzione è schematicamente riassunta come passaggio dalla prevenzione alla precauzione e risulta, dopo qualche titubanza passata (13), sostanzialmente acquisita dagli autori (14).

La portata del principio di precauzione trascende il campo prettamente giuridico, attingendo da un piano propriamente epistemologico. In tanto un sapere incerto rileva per il diritto in quanto vi è una sempre maggiore consapevolezza dei limiti intrinseci della scienza nel prevedere gli effetti, specie su larga scala, delle attività umane "nuove", caratterizzate cioè da una marcata impronta tecnologica. Si è infatti giustamente sottolineato (15) come il principio di precauzione affondi le sue radici nel pensiero di Hans Jonas, che tra i primi ha posto il problema dei limiti predittivi derivanti dalla "mutata natura dell'agire umano" (16).

Tuttavia, il riferimento all'incertezza scientifica costituisce solo un punto di partenza nell'analisi del significato normativo del principio di precauzione. Quando si passa a delinearne il contenuto affiorano dubbi. E esso detta obblighi di condotta o fornisce indicazioni di massima? È giusto limitarlo a degli obblighi o prevede, talvolta, anche dei diritti? O, forse, va al di là di entrambi i modelli, pur mantenendo un carattere normativo?

1.2. *Un modello «obbligante» di precauzione.*

Molti autori individuano il prevalente significato normativo della precauzione nella previsione di un obbligo di condotta per gli stati. Secondo questa opinione, le norme pattizie che si richiamano al principio di precauzione richiederebbero l'adozione di misure volte a prevenire i rischi per quei beni (di solito ambientali) che il trattato è chiamato a proteggere, anche in situazione di incertezza scientifica. Il principio di precauzione avrebbe quindi come principale effetto giuridico quello di creare siffatti obblighi in capo agli stati (17).

Questa ricostruzione di un modello di principio di precauzione - che potremmo definire obbligante - ha il pregio di riconoscerne il carattere normativo, superando quelle posizioni che tendevano a limitarne la rilevanza ad un piano prevalentemente politico (18). Essa non solo è largamente presente nei contributi della dottrina, ma è anche abitualmente presupposta da quegli autori che

poi sostengono l'appartenenza del principio di precauzione al diritto internazionale generale (19).

In effetti, questo «modello obbligante» sembra trovare argomenti di supporto nella lettera di molti trattati di protezione ambientale: leggendo le regole di questi accordi che fanno riferimento al principio di precauzione, si trovano espressioni del tipo «[t]he contracting parties *shall* apply the precautionary principle, i.e., to *take preventive measures* [...]» (20) o quali «the precautionary principle, by virtue of which action to avoid the potential transboundary impact of the release of hazardous substances *shall not be postponed* [...]» (21). Tuttavia, come si cercherà di sostenere tra poco, un'analisi più approfondita dei vari trattati ambientali, compresi quelli citati, sembra condurre a una diversa conclusione sulla determinazione del significato e degli effetti normativi del principio di precauzione.

1.3. *Precauzione e sistema dell'Organizzazione Mondiale del Commercio: un diverso modello.*

In alcuni contesti giuridici, peraltro, il principio di precauzione non sembra avere, nemmeno in apparenza, una funzione creatrice di un dovere di agire per gli stati: è il caso del diritto internazionale del commercio, dove l'enunciato normativo che si riferisce, indirettamente, al principio di precauzione, non risulta avere un carattere obbligante, bensì permissivo.

Se il principio di precauzione non è letteralmente presente negli accordi dell'OMC, vi è tuttavia una regola particolare, l'art. 5.7 dell'Accordo sulle Misure Sanitarie e Fitosanitarie (Accordo SPS) (22), che, dando espressa rilevanza a situazioni in cui la «*scientific evidence*» è insufficiente, fornisce un riferimento, implicito ma indubbio, a questo principio. Questa lettura «precauzionale» è stata autorevolmente confermata dall'Organo di Appello dell'OMC, il quale ha affermato, nel celebre caso della carne agli ormoni, che «*the precautionary principle indeed finds reflection in Article 5.7*» (23).

Ma perché il principio di precauzione versione OMC appare peculiare? Se riprendiamo il testo dell'art. 5.7 («In cases where relevant scientific evidence is insufficient, a Member *may* provisionally adopt sanitary or phytosanitary measures [...], corsivo aggiunto), vediamo che esso propone una prospettiva diversa: si parla di un diritto, non di un obbligo. La situazione di incertezza scientifica è collegata al diritto di adottare misure restrittive del commercio necessarie per proteggere la salute umana, degli animali e delle piante. Il riferimento a un diritto, che si ricava direttamente dal testo («*may*»), è coerente con la logica del sistema giuridico dell'OMC, dove la protezione dell'ambiente rileva solo come un'eccezione ai principi fondamentali del libero commercio.

Tra gli autori comincia a penetrare l'idea che questa norma implichi un modello di precauzione diverso da quello desumibile dai trattati di protezione ambientale, che si era definito «obbligante». Talvolta un'opinione del genere è affermata implicitamente, nell'ambito di una descrizione generale del significato del principio che fa riferimento alla creazione tanto di obblighi quanto di diritti (24). In alcuni casi la dottrina fa esplicito riferimento a questo differente modello di precauzione: si è parlato in tal senso di una differenza tra un principio di precauzione *version forte* e uno *version faible* (25). In particolare, il principio di precauzione è stato giustamente correlato al generale diritto di ciascun membro dell'OMC di proteggere la salute umana e l'ambiente e di determinare autonomamente il proprio livello di protezione (26).

È importante notare inoltre come non solo nel caso degli accordi OMC il principio di precauzione coinvolga un diritto degli stati. Anche nel Protocollo di Cartagena (27), che riguarda la controversa questione della disciplina degli OGM, il principio di precauzione - che è qui previsto esplicitamente - interessa un diritto delle parti.

1.4. *Due modelli in gioco?*

In conclusione, la complessità che è alla radice del principio di precauzione si manifesta anche

nella descrizione dei suoi effetti giuridici: dovere e diritto, modello obbligante e modello facoltizzante. Questi due modelli non sono in aperto conflitto, dal momento che hanno in comune il riferimento all'incertezza scientifica. Ma essi ostacolano la definizione di un significato unitario del principio: sembra difficile sostenere che un principio permetta e obblighi al contempo (28).

Si pongono così due problemi concreti. Vi è innanzitutto una ripercussione negativa sulla discussione circa lo *status* del principio nel diritto internazionale. Lo sdoppiamento del principio fornisce un forte argomento ai detrattori della tesi della sua appartenenza al diritto internazionale generale a causa della difficoltà di individuare un suo contenuto normativo definito da cui partire per una ricognizione della prassi e dell'*opinio iuris*.

Inoltre, la scissione tra i due modelli rischia di essere controproducente ai fini della interpretazione in chiave precauzionale del diritto OMC. Si consoliderebbe, semplicemente, l'idea di un principio di precauzione avvolto in un alone di vaghezza semantica, scarsamente fruibile su un piano giuridico, alimentando così la diffidenza di un sistema normativo che teme di vedere nella precauzione un «cavallo di Troia» degli interessi protezionisti degli stati. La mancanza di una definizione unitaria, oltretutto, rende più problematica la definizione dei limiti della precauzione, vista la cesura che si creerebbe tra un sistema OMC sempre più *self-contained* e il resto del diritto internazionale.

Si tratta, forse, di fare un passo indietro e vedere se è possibile delineare un diverso modello di precauzione, che possa conciliare le due versioni che emergono nella prassi e che permetta di parlare, in definitiva, di un solo principio di precauzione, semanticamente definito e giuridicamente rilevante.

2. *Analisi dell'esperienza giuridica internazionale e funzione del principio di precauzione.*

2.1. *L'ipotesi di lavoro.*

L'idea che in questo articolo ci si propone di sviluppare è quella che il principio di precauzione abbia, in realtà, una prevalente funzione interpretativa negli strumenti giuridici internazionali in cui è operante. Esso non prevedrebbe diritti o obblighi, ma fornirebbe all'interprete una chiave di lettura nuova degli strumenti di tutela ambientale già esistenti. Il riferimento a una funzione interpretativa della precauzione è già presente anche autorevolmente in dottrina (29). Ci si propone qui di sviluppare queste indicazioni, tentando una ricostruzione complessiva e analitica del significato del principio.

Il punto di partenza di questa analisi è che il principio di precauzione, nella stragrande maggioranza dei trattati dove esso compare, non è richiamato all'interno di norme che creano direttamente obblighi (o diritti) di prevenire un rischio. Gli obblighi e i diritti di prevenire un rischio sono previsti autonomamente da altre norme, diverse da quelle che sono espressione del principio di precauzione. Le norme «precauzionali», invece, influiscono su tali obblighi e diritti già esistenti, manifestando così un carattere strumentale.

Nel contempo, il principio di precauzione non ha affatto un ruolo meramente politico. Il riferimento alla precauzione compare in molti trattati con modalità tipicamente normative. Il principio di precauzione assolve al compito di rendere operativi quei diritti e quegli obblighi di prevenzione e tutela nelle situazioni di incertezza scientifica. Si cercherà di argomentare, analizzando vari strumenti giuridici internazionali, come la funzione normativa che esso svolge in concreto sembri caratterizzarlo come un principio interpretativo.

2.2. *Analisi dell'esperienza giuridica internazionale: un modello interpretativo di precauzione.*

a) *Trattati di tutela ambientale.*

Si prendono qui in esame alcuni trattati di protezione ambientale che fanno esplicito riferimento al principio di precauzione: essi forniscono un forte sostegno alla tesi della sua funzione interpretativa.

Leggendo la *Convenzione sulla protezione ed uso dei corsi d'acqua transfrontalieri e dei laghi internazionali* (30), si trova, all'art. 2.5, un chiaro riferimento al principio di precauzione: «In taking the measures referred to in paragraphs 1 and 2 of this article, the Parties shall be guided by the following principles: a) The precautionary principle, by virtue of which action to avoid the potential transboundary impact of the release of hazardous substances shall not be postponed on the ground that scientific research has not fully proved a causal link between those substances, on the one hand, and the potential transboundary impact, on the other hand; [...]» (corsivo aggiunto).

Alcune considerazioni possono essere tratte da questa Convenzione.

I) La norma che in questo contesto prevede il principio di precauzione non ha la funzione di creare obblighi di prevenzione e tutela. Questa funzione è svolta dai primi due paragrafi dell'art. 2: difatti, le «measures referred to in paragraphs 1 and 2» sono proprio misure di protezione e rappresentano l'oggetto di un obbligo per gli stati membri (31). Il principio di precauzione, allora, non impone l'adozione di misure di tutela semplicemente perché altre norme del trattato già lo fanno (32).

II) Nel contempo esso ha una espressa portata normativa: gli stati devono («shall») essere guidati da tale principio. La sua efficacia normativa, poi, riguarda il momento dell'adempimento degli obblighi di cui ai paragrafi 1 e 2.

III) La norma non si limita a prevedere genericamente questo dovere, ma fornisce indicazioni precise sul contenuto del principio di precauzione: esso impone agli stati, nell'adempimento dei loro obblighi, di non rinviare l'adozione delle misure di protezione a causa della mancanza di una piena certezza scientifica sul nesso causale tra uso delle sostanze e impatto dannoso transfrontaliero. In altre parole, il principio di precauzione impedisce agli stati di addurre una ragione (l'incertezza sul rischio) per non adottare le misure di tutela ambientale dovute in base ai paragrafi 1 e 2. Non si tratta quindi di un dovere di agire, ma di un dovere strumentale ad altri doveri (di agire) già esistenti.

Nella visione tradizionale di tutela ambientale, la mancanza di una piena certezza scientifica sul nesso causale (ossia, l'esistenza di un nesso causale non pienamente provato) era equivalente a negare l'esistenza del nesso e quindi del rischio. Il principio di precauzione rimuove questa equivalenza. In ciò sta il riflesso normativo del cambiamento di paradigma epistemologico, della consapevolezza cioè dei limiti della scienza nel prevedere gli effetti dell'agire umano.

IV) È importante sottolineare che la rilevanza normativa del principio riguarda il nesso causale tra evento da disciplinare e rischio per l'ambiente. Questo è un punto cruciale, che spinge a ritenere che il principio di precauzione abbia un carattere interpretativo. L'interpretazione giuridica è un'operazione volta ad attribuire significato a una regola. Il principio di precauzione impone agli stati (e, in caso di controversia, ai giudici) di attribuire un significato più ampio al concetto di nesso causale incorporato nelle regole di protezione che essi devono applicare, chiedendo loro di prendere in considerazione anche quelle situazioni in cui la *scientific evidence* non è pienamente disponibile. Esso, dunque, disciplina l'attribuzione di significato a regole di protezione e può, per questo motivo, essere qualificato come un principio interpretativo. Si tornerà tra breve sul punto, approfondendo la riflessione sul rapporto tra la regola di precauzione e l'interpretazione giuridica (33).

V) La questione più importante che si apre a questo punto è la definizione del livello e tipo di incertezza scientifica rilevante, per evitare un uso eccessivo - e abusivo - della precauzione. Si tratta, più in generale, della questione dei «limiti» (*thresholds*) del principio di precauzione, ossia

della individuazione dei suoi criteri operativi volti a definire le soglie di incertezza scientifica ammessa, come la gravità e irreversibilità del danno: è un punto fondamentale per evitare una deriva estremista della regola precauzionale che - mancando dei limiti - conduca a una paralisi dello sviluppo economico e tecnologico. Prima però di affrontare tale questione preme mostrare come la conclusione sulla natura strumentale e sulla funzione interpretativa del principio di precauzione, ricavata dalla Convenzione di Helsinki, sia comune a molti altri trattati ambientali (e non solo).

La *Convenzione di Londra* per la prevenzione dell'inquinamento marino (34) originariamente non faceva riferimento alla precauzione, essendo stata stipulata nel 1972. Nel 1991 le parti adottarono una *Risoluzione sull'applicazione dell'approccio precauzionale* (35), secondo la quale «*in implementing the London Dumping Convention the Contracting Parties shall be guided by a precautionary approach to environmental protection whereby appropriate preventive measures are taken when there is reason to believe the substances or energy introduced in the marine environment are likely to cause harm even when there is no conclusive evidence to prove a causal relation between inputs and their effects [...]*» (corsivo aggiunto).

Anche da questa formulazione della regola precauzionale si ricava che essa non prevede autonomamente obblighi di protezione in capo agli stati. La risoluzione in questione si inquadra infatti nell'ambito della Convenzione di Londra: ora, l'art. 2 della Convenzione prevede l'obbligo per le parti di adottare misure volte a prevenire l'inquinamento marino causato dal *dumping*, mentre l'art. 4 sviluppa questa previsione generale attraverso l'imposizione di ulteriori specifici obblighi agli stati. La risoluzione che introduce il principio di precauzione nel contesto della Convenzione sembra proprio riferirsi a queste norme protettive già esistenti, quando fa riferimento al momento della concreta applicazione della Convenzione («*in implementing*»): non crea nuovi obblighi, ma incide su quelli già esistenti.

Al contempo, la formulazione della Risoluzione sottolinea il carattere vincolante («*shall*») del principio di precauzione.

Infine, la funzione giuridica del principio sembra ugualmente essere di natura interpretativa. Il punto chiave sta nella locuzione che fa riferimento all'incertezza scientifica: nell'applicazione delle misure preventive già previste dalla Convenzione le parti non devono escludere *a priori* quelle situazioni in cui «*there is no conclusive evidence to prove a causal relation between inputs and their effects*». Anche qui l'oggetto della disciplina del principio di precauzione è il significato da attribuire al nesso causale tra attività umana ed effetti dannosi per l'ambiente. Il principio incide sull'interpretazione delle norme protettive poiché disciplina il modo di intendere un aspetto decisivo della fattispecie costitutiva degli obblighi di protezione: il nesso di causa e effetto.

Anche una delle ultime convenzioni internazionali in materia di protezione ambientale, la *Convenzione quadro per la protezione dell'ambiente marino del Mar Caspio*, adottata l'11 novembre del 2003 (36), dà un rilievo centrale al principio di precauzione, con una modalità molto simile a quella già vista.

L'art. 4 della Convenzione prevede gli obblighi generali per le parti (37), mentre gli artt. dal 7 al 16 dettano gli obblighi specifici che concretizzano quelli generali previsti dall'art. 4. L'art. 5 è volto a definire i «principi»: si fa riferimento in partenza proprio a quello di precauzione, con una formulazione del tutto simile a quella adottata dalla Convenzione di Helsinki. Anche qui il principio riguarda la fase di implementazione di norme che prevedono obblighi di tutela ambientale, anche qui è previsto con un carattere vincolante, anche qui fornisce una chiave di lettura di norme già esistenti tramite il riferimento alle situazioni di incertezza scientifica (38). La conferma offerta da questa convenzione alla tesi della funzione interpretativa della precauzione appare ancor più significativa alla luce della sua recente adozione, poiché mostra un *trend* di continuità dall'inizio degli anni '90 fino ad oggi.

In sintesi, dalla analisi di questi tre trattati si può ricavare una prima, più generale conclusione sul significato del principio qui esaminato. Il principio di precauzione richiede agli stati e ai giudici di prendere in considerazione, nell'interpretare regole che prevedono obblighi di protezione ambientale, l'intrinseca incertezza della conoscenza scientifica. Esso quindi disciplina l'operazione di determinazione del significato di tali regole di protezione, dando rilevanza giuridica ai rapporti di causa-effetto che sono incerti. Il principio di precauzione può allora essere definito come un principio interpretativo (39).

Ora, questa prima conclusione appare riproducibile, con pochissime eccezioni (40), per gli altri trattati di protezione ambientale che fanno riferimento al principio di precauzione (41). Pur se cambiano le espressioni concretamente usate, anche se il riferimento al principio di precauzione è effettuato in maniera più sintetica, si riscontrano in essi i due elementi fondamentali che sono a sostegno della tesi della sua funzione interpretativa. Da un lato, i vari obblighi di adottare misure di protezione ambientale sono previsti da regole diverse da quelle che fanno riferimento alla precauzione. Dall'altro, il principio di precauzione concerne il significato da attribuire a quegli obblighi di protezione e in particolare l'interpretazione del concetto di nesso causale che è presente nella loro fattispecie costitutiva.

b) *Diritto dell'OMC (e Cartagena Protocol).*

Si è visto che il principio di precauzione è presente anche nel sistema dell'OMC, rilevando in particolare all'art. 5.7 dell'Accordo SPS, e che, secondo un'opinione che si va consolidando, in questo contesto giuridico esso «si declina come norma attributiva di facoltà» (42), non come norma creatrice di obblighi.

Il testo dell'art. 5.7 sembrerebbe supportare appieno questa ricostruzione, dal momento che in esso si prevede che «[i]n cases where relevant scientific evidence is insufficient, a Member *may* provisionally adopt sanitary or phytosanitary measures on the basis of available pertinent information [...]» (corsivo aggiunto). In realtà, sembra possibile compiere qui un ragionamento del tutto simile a quello effettuato precedentemente *sub a)* con riferimento ai trattati di tutela ambientale, con la fondamentale differenza che qui il principio di precauzione opera in un contesto in cui la tutela ambientale è non imposta ma permessa (come eccezione ai principi di liberalizzazione degli scambi).

I) Il diritto dei Membri dell'OMC di adottare misure necessarie per proteggere la salute umana, degli animali e delle piante è chiaramente affermato dall'art. 2.1 dell'Accordo SPS (43). Inoltre, un simile diritto è previsto dall'art. XX, lett. (b) dell'Accordo Generale su Commercio e Tariffe del 1994 (Accordo GATT '94 (44)), come eccezione generale agli obblighi previsti dall'Accordo (45). Sarebbe perciò difficilmente plausibile affermare che l'art. 5.7 stabilisca un autonomo diritto di protezione che sia differente da quel diritto creato dall'art. XX dell'Accordo GATT '94 e riaffermato dall'art. 2.1 dell'Accordo SPS (46). Del resto, l'intero Accordo SPS è volto a disciplinare le condizioni e le modalità di esercizio di un tale diritto. L'art. 5.7 sembra allora seguire la stessa logica: non crea un diritto, ma riguarda le condizioni del suo operare.

II) Nello stesso tempo, «the precautionary principle indeed finds reflection in Article 5.7 of the SPS Agreement», (47) dal momento che dà rilevanza giuridica a quelle situazioni «where relevant scientific evidence is insufficient» (48).

Quale è allora il significato della precauzione qui? Sembra ragionevole affermare che il principio di precauzione abbia anche in questo contesto giuridico (in cui la protezione dell'ambiente rileva come facoltà) lo stesso ruolo ermeneutico visto in precedenza. In effetti, si possono riscontrare anche qui i due elementi fondamentali che supportano la tesi della funzione interpretativa della precauzione: l'esistenza di norme di protezione che già che prevedono la situazione soggettiva (qui: il diritto) di tutela (I); il fatto che il principio di precauzione incida sulle norme di protezione attribuendo rilevanza alle situazioni di non certezza della prova scientifica riguardo all'esistenza

del rischio (II).

In definitiva, anche nel contesto del diritto OMC il principio di precauzione disciplina l'applicazione e l'interpretazione di norme di protezione di beni fondamentali, che in questo caso si concretizzano nella previsione di una facoltà di tutela della salute umana, animale e delle piante (49). Una ricostruzione unitaria della precauzione in senso interpretativo sembra poter favorire una piena integrazione di questo principio nel sistema OMC

Almeno un altro importante trattato prevede il principio di precauzione riguardo a un diritto di adottare misure dirette a proteggere l'ambiente (e la salute umana): il *Protocollo di Cartagena sulla biosicurezza*, che è volto a disciplinare attività inerenti ai c.d. organismi geneticamente modificati (OGM) (50).

L'intero protocollo si basa sul principio di precauzione. L'art. 1 si apre col riferimento a «the precautionary approach contained in Principle 15 of the Rio Declaration» e in generale il fatto stesso di disciplinare restrittivamente la materia degli OGM è il risultato di una logica precauzionale, visto che i rischi posti da quegli organismi per la salute umana e l'ambiente non risultano ancora pienamente provati. Se da questo punto di vista il principio di precauzione si caratterizza come principio ispiratore, vi sono nel Protocollo anche disposizioni più dettagliate, espressione del principio, per le quali si può compiere una riflessione analoga a quella proposta per l'Accordo SPS.

In base all'art. 2 del Protocollo (*General Provisions*), si prevedono per le parti contraenti tanto obblighi (51) quanto diritti (52) riguardo alle attività legate agli OGM. Il Protocollo disciplina in particolare il movimento transfrontaliero di OGM. La struttura legale ruota attorno alla procedura dell'*Advanced Informed Agreement (AIA)*, che concerne i movimenti «for intentional introduction into the environment of the party of import» (53). L'art. 10 prevede la procedura di decisione per lo stato membro importatore: questo articolo (e, più in generale, tutta la procedura dell'AIA) interessa un diritto della parte contraente di approvare o vietare movimenti transfrontalieri, diritto che è soggetto a precisi requisiti. Il suo paragrafo 6 dispone che «[I]ack of scientific certainty due to insufficient relevant scientific information and knowledge regarding the extent of the potential adverse effects of a living modified organism on the conservation and sustainable use of biological diversity in the Party of import, taking also into account risks to human health, shall not prevent that Party from taking a decision [...] in order to avoid or minimize such potential adverse effects» (54).

Questa norma è una diretta espressione del principio di precauzione, dal momento che essa ha lo scopo di evitare che la mancanza di certezza scientifica riguardo agli effetti degli OGM sulla diversità biologica e sulla salute umana sia un motivo che impedisca alle parti di adottare una misura di protezione.

Anche qui, come nel caso dell'art. 5.7 dell'Accordo SPS, la norma precauzionale non crea un diritto autonomo, bensì si riferisce a un diritto che è già ampiamente previsto dall'art. 2 in generale e dai paragrafi 1-5 dell'art. 10 in particolare. Nel contempo, la sua funzione è sempre quella di dare rilevanza all'incertezza scientifica nella valutazione dei rischi, per cui sembra plausibile una ricostruzione in senso interpretativo del suo significato (55).

c) *La Convenzione sulla diversità biologica e la Convenzione sugli inquinanti organici persistenti.*

La *Convenzione sulla diversità biologica (CBD)* (56) e la *Convenzione sugli inquinanti organici persistenti (Convenzione POPs)* (57) sono due dei più importanti accordi internazionali in materia di tutela dell'ambiente: in entrambe il principio di precauzione riveste un ruolo centrale. In queste due convenzioni esso non è previsto con la stessa precisione e obbligatorietà che si riscontrano in

quelle analizzate o comunque citate *sub A*), ma sembra possibile, in definitiva, sostenere che in ciascuna di esse il principio abbia ugualmente una funzione interpretativa.

La *Convenzione sulla diversità biologica* offre una versione del principio di precauzione nel punto 9 del Preambolo, dove si afferma che «where there is a threat of significant reduction or loss of biological diversity, lack of full scientific certainty should not be used as a reason for postponing measures to avoid or minimize such a threat». Anche se limitato al preambolo, si tratta comunque di un riferimento significativo. Il preambolo costituisce un elemento importante del contesto di un trattato e di conseguenza deve essere preso in considerazione nella sua interpretazione (58). In questo senso si può dire che anche qui il principio di precauzione rivesta un ruolo interpretativo (59).

Anche la *Convenzione sugli inquinanti organici persistenti* fa un esplicito riferimento alla precauzione nel Preambolo, al paragrafo 8, per cui vale lo stesso ragionamento visto per la CBD. Nella Convenzione POPs, per giunta, il riferimento alla precauzione è ancor più incisivo, visto che già nell'art. 1 così si dispone: «Mindful of the precautionary approach as set forth in Principle 15 of Rio Declaration on Environment and Development, the objective of this Convention is to protect human health and the environment from persistent organic pollutants».

d) *La Dichiarazione di Rio su ambiente e sviluppo.*

Merita un discorso a parte la Dichiarazione di Rio del 1992. In essa, al *Principio 15* (60), troviamo probabilmente la formulazione più famosa del principio di precauzione e anche la più importante, visto il contesto politico della Conferenza di Rio e il frequente riferimento al testo del *Principio 15* come modello del principio di precauzione (61). Riprendendo il suo nucleo centrale, esso così dispone: «Where there are threats of serious or irreversible damage, lack of full scientific certainty shall not be used as a reason for postponing cost-effective measures to prevent environmental degradation». Si tratta di una formulazione molto complessa, che ha *in primis* la funzione di indirizzare le scelte degli stati, vista la natura non vincolante. Sembra comunque plausibile poter trarre da essa elementi a supporto della tesi della funzione interpretativa del principio di precauzione.

La mancanza di una piena certezza scientifica non deve essere usata come ragione, come argomento per rinviare misure preventive: questo è il contenuto centrale del principio. Ora, l'uso di un argomento è tipico di un ragionamento. Il principio di precauzione non impone o vieta un comportamento, come è proprio di un principio prescrittivo classico, ma afferma una modalità di ragionamento. Gli stati non devono nascondersi dietro la mancanza di una piena certezza scientifica, essa non è un buon argomento per rinviare quanto già dovuto.

Nello stesso tempo si tratta di un principio enunciato prescrittivamente («*shall*»), pur in un contesto non vincolante. Il suo contenuto normativo (pur potenziale) riguarda il modo di ragionare degli stati, l'uso (o, meglio, il non uso) di un argomento logico da parte di essi. Ma quand'è che il ragionamento degli stati può rilevare normativamente, quando può costituire l'oggetto di un dovere? È nell'applicazione di una norma, che implica la sua interpretazione: lo stato riflette su quale significato dare all'enunciato normativo, se e come è applicabile in uno specifico caso (62). Il principio di precauzione impone a lui, come poi al giudice, di non scartare a priori le situazioni di incertezza scientifica. Ciò peraltro avviene secondo criteri operativi definiti che evitino l'arbitrio dell'interprete nella concreta selezione dei casi di incertezza rilevanti (dalla Dichiarazione di Rio desumiamo due criteri fondamentali, la gravità e l'irreversibilità del danno) (63). In conclusione, anche in questo contesto il principio regola l'attività di interpretazione delle norme protettive, imponendo la presa in considerazione anche delle situazioni di incertezza scientifica (64).

e) *Prassi giurisprudenziale e funzione interpretativa.*

Mentre la rilevanza del principio di precauzione negli strumenti giuridici internazionali è

notevolissima, la posizione assunta nei suoi confronti dai giudici internazionali è timida e ambivalente. Oltre ai casi trattati nel diritto dell'OMC (65), solo in poche altre occasioni il principio di precauzione è stato invocato di fronte a tribunali internazionali. Per di più, i giudici hanno evitato di pronunciarsi direttamente sul contenuto e sullo *status* del principio. Tuttavia, anche dalla poca giurisprudenza in materia si possono trarre indicazioni a supporto della tesi qui sostenuta.

Il principio di precauzione è stato invocato in due occasioni di fronte alla ICJ - nel caso Nuclear Tests II (66) e nel caso Gabčíkovo - Nagymaros (67) - ma entrambe le volte la Corte non si è pronunciata direttamente su di esso. Nel primo caso, i giudici dell'Aja hanno preliminarmente rigettato la domanda, senza pronunciarsi nel merito.

Nel caso Gabčíkovo - Nagymaros (che ha visto di fronte Ungheria e Slovacchia) il principio di precauzione è stato richiamato dall'Ungheria a supporto di una delle sue linee difensive: la repubblica magiara ha sostenuto l'esistenza di uno stato di necessità ambientale che avrebbe giustificato il mancato adempimento delle sue obbligazioni nei confronti della Slovacchia (si trattava della realizzazione di un complesso di dighe e canali sul Danubio). In questo caso i giudici, senza pronunciarsi direttamente sul principio di precauzione, hanno comunque rigettato l'argomento precauzionale, ritenendo che l'elemento del pericolo, tipico dello stato di necessità, non potesse essere «any less certain and inevitable» (68). La mancanza di una pronuncia diretta ha impedito specifici riferimenti al significato del principio; resta il fatto che la linea difensiva ungherese sembra essersi avvalsa del principio in funzione ermeneutica, per interpretare lo stato di necessità come valido anche in situazioni di incertezza scientifica.

La pronuncia più significativa di una corte internazionale sembra essere quella offerta dal *Tribunale Internazionale per il Diritto del Mare* nel caso *Southern Tuna Bluefin* (69): anche in questa occasione i giudici non hanno affrontato direttamente la questione del significato del principio di precauzione nel diritto internazionale, ma la loro concreta soluzione della controversia sembra proprio conformarsi ad esso.

L'Australia e la Nuova Zelanda avevano fatto ricorso presso il Tribunale contro un programma sperimentale di pesca dei tonni nel Pacifico predisposto dal Giappone, chiedendo, in attesa della pronuncia di un tribunale arbitrale, l'adozione di misure provvisorie, in ragione della situazione di urgenza esistente. L'argomento nel merito dei ricorrenti si basava proprio sul principio di precauzione: esso è stato usato per interpretare estensivamente le disposizioni della Convenzione sul Diritto del Mare di Montego Bay (UNCLOS) (70), che prevedono obblighi a tutela dell'ambiente e delle risorse del mare, in modo da renderle rilevanti anche nella situazione di incertezza scientifica che caratterizzava, per l'appunto, la determinazione degli effetti del programma sperimentale di pesca del Giappone.

Il Tribunale ha dato ragione all'Australia e alla Nuova Zelanda, applicando di fatto il principio di precauzione in una sentenza internazionale. La regola giuridica che ha supportato la decisione del tribunale è l'art. 290 dell'UNCLOS, secondo il quale «the court or tribunal may prescribe any provisional measures which it considers appropriate under the circumstances to preserve the respective rights of the parties to the dispute or to prevent serious harm to the marine environment» (71). Si trovano qui due interessi tutelati, i diritti delle parti ma anche l'ambiente marino *per se*.

La questione più importante ai fini della decisione è stata proprio l'incertezza scientifica riguardo alla nocività degli effetti del programma di pesca giapponese. Entrambe le parti hanno fatto riferimento ad essa e il Tribunale ha sintetizzato la situazione affermando che «there is scientific uncertainty regarding measures to be taken to conserve the stock of southern bluefin tuna» (72). Ma, ciò che più conta, nella decisione si sostiene che «*although the Tribunal cannot conclusively assess the scientific evidence presented by the parties, it finds that measures should be taken as a matter of urgency to preserve the rights of the parties and to avert further deterioration of the*

southern bluefin tuna stock» (73) (corsivo aggiunto).

Da un lato, quindi, si constata la mancanza, quanto meno a livello processuale, di una piena prova scientifica; dall'altro, si stabilisce l'obbligo di adottare misure preventive. L'utilizzo del principio di precauzione appare dunque evidente (74). E si tratta di un uso strumentale del principio, che dà rilevanza all'incertezza scientifica ai fini dell'applicazione di una norma preventiva (l'art. 290 della UNCLOS). Tutto ciò sembra ben compatibile con la tesi della sua funzione interpretativa. Inoltre in questo caso il principio di precauzione rileva in una decisione avente ad oggetto un trattato che non lo prevede espressamente, proprio come fa un principio generale del diritto.

2.3. *La basilare questione dei criteri operativi del principio di precauzione.*

La ricostruzione che si è proposta è esposta ad un'obiezione fondamentale: come fanno gli interpreti, stati o giudici che siano, a determinare in concreto quando una situazione di incertezza scientifica giustifica l'adozione di una misura di protezione (come esercizio di un diritto o adempimento di un obbligo) e quando no? Se mancasse una risposta a questa domanda, il principio di precauzione resterebbe ancora nel vago e sarebbe esposto troppo all'arbitrio del caso concreto.

A seconda del livello di incertezza scientifica ammessa si può arrivare a risultati opposti nella valutazione di una situazione concreta. Una visione riduttiva del grado di incertezza tollerabile condurrebbe a una scarsa utilizzazione pratica del principio di precauzione, risolvendosi di fatto nel mantenimento del modello precedente di tutela (preventivo *tout court*). Una concezione radicale di esso rischierebbe di portare a una paralisi dello sviluppo tecnologico, a una situazione in cui ogni sospetto di rischio giustifica l'adozione di misure di tutela. Si tratta quindi di vedere se esistono dei criteri operativi della precauzione, ricavabili tanto dai testi quanto dalla sua stessa *ratio*, che accompagnino l'interprete in questo tipo di valutazione.

Nei trattati che prevedono al loro interno il principio di precauzione si trovano chiari segnali di questa necessità di distinguere tra ipotesi di incertezza scientifica. Espressioni quali «no *conclusive evidence*», (75) «lack of *full scientific certainty*» (76), «not *fully proved*» (77) (corsivo aggiunto) evidenziano proprio questo bisogno di non avere un'unica indifferenziata nozione di incertezza scientifica. Tuttavia, i testi giuridici internazionali raramente poi forniscono i criteri per operare una tale distinzione.

Sembra opportuno in primo luogo muovere dal concetto stesso di incertezza scientifica: si può ricavare dal suo significato ordinario un primo criterio per decidere se una situazione di incertezza debba essere presa in considerazione. Nel caso di una controversia tra scienziati sulla effettiva esistenza di un rischio, si dovrebbe prestare attenzione all'importanza della parte che sostiene l'ipotesi della sussistenza di un rischio. Questo criterio dovrebbe operare tanto su un piano quantitativo (il numero degli scienziati a favore della ipotesi di rischio sul totale di quelli che si sono pronunciati) quanto su quello qualitativo (il prestigio delle personalità coinvolte e l'autorevolezza delle pubblicazioni). Si tratta però di un criterio utile ma ancora insufficiente, poiché si riduce a un'operazione formale, che valuta solo il tipo e il livello di incertezza senza prendere in considerazione i concreti interessi in gioco.

Si è fatto correttamente riferimento in dottrina (78) ad altri criteri operativi, di cui si trova espressa menzione nel Principio 15 della Dichiarazione di Rio del 1992 (79). Per far scattare la precauzione, la minaccia di danni all'ambiente dovrebbe essere *grave* («serious») o *irreversibile* (80).

La gravità dipende dall'importanza del valore giuridico che è sfidato. Questo criterio è utile per evitare che sulla base del principio di precauzione si arrivi a paralizzare importanti attività economiche e tecnologiche pur in presenza di interessi pubblici (81) marginali (82) da tutelare. Esso, d'altra parte, permette di prendere in considerazione situazioni nelle quali solo pochi

scienziati suppongono l'esistenza di un rischio (per cui non si rispetterebbe il primo criterio sopra tracciato), ma gli effetti prospettati sono catastrofici.

L'irreversibilità può essere definita come l'impossibilità di invertire un processo causale in corso o di rimuovere gli effetti di un'attività. In altre parole, essa esprime l'impossibilità di tornare indietro a un punto di partenza (83) in seguito ad eventi che hanno modificato la situazione. L'irreversibilità è allora alle radici della precauzione, poiché rappresenta la ragione per anticipare un'azione senza aspettare dati scientifici ulteriori in una situazione scientificamente controversa.

Formalmente il riferimento alla serietà e all'irreversibilità è fatto nel *Principio 15* in termini disgiuntivi ("serious or irreversible»), per cui un rischio che avesse solo uno di questi due caratteri sembrerebbe già essere sufficiente a far scattare il principio di precauzione. Sembra però più ragionevole pensare che il *Principio 15* si limiti a prospettare due criteri operativi della precauzione, lasciando poi all'interprete la scelta se far riferimento a uno di essi o a entrambi nella valutazione di una specifica situazione di incertezza scientifica.

Altri criteri possono poi essere ricavati dalla logica e dalla pratica del principio di precauzione. Ciò che conta è che essi permettono un'applicazione equilibrata del principio, impedendo di affermare la sua vaghezza e di conseguenza la sua rilevanza solo su un piano politico. Il riconoscimento concreto dei criteri operativi è di particolare importanza nel diritto dell'OMC, dove maggiore è il problema del contenimento della regola precauzionale, trattandosi di un contesto in cui la tutela ambientale e della salute rileva come eccezione ai principi fondamentali del libero scambio.

3. *Precisazioni sulla funzione interpretativa del principio di precauzione.*

Dall'analisi dei testi giuridici internazionali - sviluppata nella parte II - si è ricavato un significato normativo unitario del principio di precauzione, che può essere così riassunto: gli stati e i giudici devono prendere in considerazione, nell'interpretazione e applicazione di regole di protezione ambientale, le situazioni di incertezza scientifica riguardo all'esistenza di un rischio, secondo determinati criteri operativi.

In altre parole, il principio di precauzione disciplina l'interpretazione della nozione di nesso causale (e quindi del concetto di rischio), che è presupposta dalle norme di tutela ambientale, affermando la rilevanza, nella determinazione di essa, di situazioni scientificamente controverse.

Si tratta ora di vedere in che termini si può qualificare il principio di precauzione come un principio interpretativo e quali sono le conseguenze della sua ricostruzione unitaria.

3.1. *Interpretazione giuridica e principio di precauzione.*

Si può tecnicamente definire l'interpretazione giuridica come «quel processo intellettuale attraverso il quale, partendo dalle formule linguistiche contenute negli atti normativi, si perviene alla determinazione del loro contenuto normativo: dai significanti ai significati» (84). Secondo una definizione più sintetica, essa è «the process of discovering and ascertaining the meaning of a statute, will, contract or other written documents» (85). Il momento centrale dell'operazione interpretativa consiste in definitiva nell'attribuzione di significato a una disposizione o clausola giuridica (86).

La Convenzione di Vienna sul diritto dei trattati fornisce elementi che confermano tale definizione. Secondo l'art. 31.1, «a treaty shall be interpreted in good faith in accordance with the ordinary meaning to be given to the terms of the treaty in their context and in the light of its object and purpose» (corsivo aggiunto). Questa clausola, che prevede diversi principi interpretativi generali (buona fede; interpretazione letterale, contestuale, teleologica), ha come presupposto una nozione di interpretazione intesa, appunto, come l'attività di determinazione del significato dei

termini di un trattato (87).

Alla luce di questa definizione di interpretazione giuridica e del significato di precauzione ricavato dall'analisi dei trattati, si può prospettare la qualificazione del principio di precauzione come principio interpretativo. Si è visto infatti come esso disciplini l'attribuzione di significato alle disposizioni che prevedono obblighi e diritti di tutela ambientale (e non solo), incidendo in particolare sul significato da dare al concetto di nesso causale, implicito in ogni norma di protezione. Esso sembra avere quindi una principale funzione interpretativa, che incide tanto sull'attività degli stati tenuti ad applicare le norme di protezione (88), quanto su quella dei giudici chiamati a verificarne il rispetto (89).

È chiaro che il principio di precauzione non disciplina l'attività ermeneutica in generale, come invece fanno i principi previsti dagli artt. 31 e 32 della Convenzione di Vienna e altri principi interpretativi consuetudinari (90). Lo si potrebbe forse definire come un principio di interpretazione settoriale, che riguarda cioè solo le norme di protezione di beni fondamentali quali l'ambiente e la salute umana. Il suo potenziale applicativo è comunque molto ampio: dal momento che esso regola il significato da dare al concetto di nesso causale, esso potrebbe interessare in futuro - qualora si affermasse definitivamente come principio generale - tutte le norme in cui questo nesso ha una funzione centrale.

È importante notare che la funzione interpretativa del principio di precauzione non implica affatto una negazione del suo carattere normativo. Non c'è conflitto tra interpretazione e normatività. Un principio interpretativo, in particolare quando è previsto in una forma vincolante, comporta un dovere legale per gli interpreti di operare conformemente alle sue previsioni (91).

Del resto, come già si è sottolineato, il principio di precauzione incide non solo sull'attività dei giudici, tipicamente interpretativa, ma anche sul comportamento degli stati. Infatti esso è previsto specificamente rispetto al momento applicativo di regole che prevedono diritti e obblighi di protezione. Ora, l'applicazione di una regola da parte dei destinatari (qui, gli stati) presuppone la sua interpretazione, dal momento che si tratta di attribuire ad essa un significato in una situazione concreta (che può poi portare a ritenere o meno la sua effettiva rilevanza nel caso di specie). Una conferma di questo stretto rapporto tra interpretazione e applicazione la si ricava dalla stessa Convenzione di Vienna, quando - all'art. 31.3 - essa qualifica come strumenti di interpretazione di un trattato «any subsequent agreement between the parties regarding the *interpretation* of the treaty or the *application* of its provisions» (corsivo aggiunto). Essa mette sullo stesso piano l'applicazione e l'interpretazione, quasi come elementi interscambiabili («or») e, nello stesso tempo, qualifica delle norme che disciplinano l'applicazione di un trattato come strumenti di interpretazione dello stesso.

3.2. *Precauzione e prevenzione.*

Da quanto precede si possono trarre indicazioni sul rapporto tra precauzione e prevenzione: la distinzione tra questi due concetti dovrebbe essere sviluppata su un piano funzionale. La prevenzione costituisce una modalità di protezione ambientale (la più efficace), al pari della reintegrazione e del principio del «chi inquina paga». Le regole preventive prevedono un insieme di obblighi di condotta che sono finalizzati a evitare che un certo danno ambientale si verifichi. Il concetto giuridico di prevenzione include quindi tutte le previsioni tecniche e procedurali che assolvono a un tale scopo, suddivise nelle due categorie fondamentali del *risk assessment* e del *risk management*.

Diversamente, il principio di precauzione - lo si è visto - dovrebbe definirsi come un principio interpretativo. Esso non crea obblighi di condotta per gli stati, bensì disciplina il modo di interpretare obblighi e diritti che sono volti a proteggere l'ambiente e la salute umana, dando rilevanza giuridica all'incertezza scientifica.

Le norme preventive, allora, sembrano piuttosto essere l'oggetto del principio di precauzione, ossia l'oggetto dell'attività di interpretazione che è disciplinata, in tali contesti, anche dal principio suddetto. In definitiva, quando il principio di precauzione è operativo in un certo sistema giuridico, le regole preventive di un tale sistema concerneranno anche nessi causali incerti: di conseguenza le attività di *risk assessment* e di *risk management* vedranno ampliata la loro portata (92).

3.3. *Il riflesso processuale della precauzione: l'alleggerimento dell'onere della prova.*

L'importanza in questo contesto della questione dell'onere della prova ha le sue radici nella centralità della *scientific evidence* nel concetto di precauzione. Prova scientifica e prova giuridica risultano infatti essere strettamente correlate.

Nel modello classico *ante* precauzione c'era un'equazione tra prova del fatto e prova giuridica. A livello di ordinamento interno, gli obblighi di tutela per un operatore economico nell'intraprendere un'attività rischiosa scattavano in presenza di una prova scientifica certa del rischio all'ambiente portato da tale attività. Parimenti, gli obblighi internazionali di uno stato nel proteggere l'ambiente riguardavano un rischio certo, presupponendo quindi la prova scientifica del nesso di causalità tra evento da disciplinare e possibile danno. Questo schema si traduceva sostanzialmente, a livello processuale, nell'attribuzione, a chi voleva far valere l'esistenza di un rischio ambientale, dell'onere di provarlo. Prova scientifica e prova giuridica tendevano a coincidere o, meglio, la prova giuridica in gran parte si traduceva nella riproduzione di argomenti scientifici adattati alla realtà processuale.

Si capisce, quindi, come l'affermazione del principio di precauzione abbia prodotto effetti su questo meccanismo. Fin dai primi contributi gli autori hanno associato la rivoluzione precauzionale alla tematica dell'onere della prova. L'affermazione più frequente sul punto è che il principio di precauzione comporterebbe un'inversione dell'onere della prova, per cui starebbe a chi vuol intraprendere un'attività nuova di provare l'innocuità della stessa (93). Nel diritto internazionale ciò significherebbe che, quando vi sia un obbligo di prevenire questo o quel rischio in maniera precauzionale, lo stato obbligato, nel caso di controversia giudiziale, avrebbe l'onere di provare che il rischio, di cui si paventa l'esistenza, in realtà non c'è.

Si tratta di una posizione forte, che solo raramente è supportata dalle evidenze testuali (94), e anche gli autori che la prospettano tendono a circoscriverne l'ambito di rilevanza ad alcuni trattati. Soprattutto, si tratta di una posizione che porterebbe, se generalizzata, alla paralisi delle attività economiche e di ricerca scientifica, vista la facilità di ipotizzare scenari di pericolo ambientale riguardo a una attività «nuova» e vista la difficoltà estrema di provare con certezza l'insussistenza concreta di un'ipotesi (contraddicendo la regola per cui *negativa non sunt probanda*): si configurerebbe, insomma, una vera e propria *probatio diabolica* (95).

In realtà, siamo in presenza, semplicemente, di un falso problema. La critica più forte a una tale, generalizzata opinione, viene dalla stessa logica che è a fondamento del principio di precauzione. Difatti, «la logique du renversement de la charge de la preuve est la conséquence d'une croyance, aujourd'hui dépassée, en une science capable de lever toutes les incertitudes» (96). Viceversa, è proprio la consapevolezza dei limiti umani nel predire il futuro, la comprensione cioè che l'incertezza è connaturata alla conoscenza scientifica, che è presupposta dal principio di precauzione (97). Sarebbe dunque assurdo che esso imponesse, come regola costante del suo operare, il ritorno a una logica rigidamente imperniata sul concetto di certezza, del cui superamento è lui stesso espressione. Con la tesi assolutista del rischio zero si cadrebbe in una specie di nuovo positivismo di matrice oscurantista: dando rilevanza giuridica a ogni rischio incerto si tornerebbe al paradosso di una nuova certezza del diritto, secondo cui ogni dubbio porta all'inazione.

Al posto della tesi dell'inversione dell'onere è stata proposta una posizione più sfumata: il

principio di precauzione implica l'alleggerimento dell'onere della prova, che resta comunque in capo di chi afferma l'esistenza di un rischio (98). Si tratta di una ricostruzione convincente, che valorizza appieno l'elemento dell'incertezza scientifica senza stravolgere la struttura processuale classica. In questo modo il principio di precauzione incide sul contenuto della prova che deve essere portata (99), permettendo a chi vuol provare la violazione - ad esempio - di una norma che impone un obbligo di prevenzione, di basarsi anche su scenari di rischio caratterizzati da una situazione di incertezza scientifica (100). Ciò, però, non implicherà automaticamente il successo di quella posizione: il giudice, nell'applicare concretamente il principio di precauzione, dovrà tener conto dei suoi limiti, ossia dei criteri operativi che lo governano, in modo da evitare che esso si traduca in un principio rigidamente conservatore (101).

Il pregio di questa ricostruzione è duplice: prospetta un meccanismo flessibile, che valorizza gli interessi in gioco e nello stesso tempo è valida nei vari contesti in cui il principio è chiamato ad operare, quindi sia per gli accordi ambientali che in seno all'OMC.

Tuttavia, essa non affronta realmente la questione del significato della precauzione, poiché rileva solo nel momento processuale. Dire allora che il contenuto normativo della precauzione consiste, o addirittura si esaurisce, nell'alleggerimento dell'onere della prova sarebbe una espressione sintetica, una *fictio*, una *sineddoche*, che perde di vista il contesto giuridico in cui, sulla base dei trattati, opera la precauzione: i diritti e gli obblighi di protezione degli stati, che rilevano *in primis* nelle normali relazioni internazionali e solo eventualmente davanti a un giudice.

In realtà, la tesi dell'alleggerimento dell'onere della prova sembrerebbe la corretta traduzione processuale proprio della funzione interpretativa del principio: la possibilità di interpretare in maniera meno restrittiva il nesso di causa-effetto alla base di un diritto o di un dovere permette, a chi vuol far valere il diritto o il dovere in giudizio, di provare la sua esistenza anche in una situazione di incertezza scientifica e quindi di avere un alleggerimento del proprio onere probatorio.

Ma la cosa importante è che la tesi interpretativa fornisce una spiegazione anche della fase extraprocessuale e più propriamente normativa di rilevanza del principio, facendo in primo luogo riferimento al momento dell'interpretazione e applicazione delle norme di prevenzione e tutela da parte degli stati.

3.4. *Il significato complesso della precauzione: variazioni sul tema dell'incertezza scientifica.*

Se l'analisi si limitasse a quanto sinora esposto, la tesi qui formulata correrebbe il rischio di essere troppo semplicante, di non tener conto fino in fondo di quella complessità del principio che pur è stata posta come una delle premesse della riflessione sin qui svolta.

Innanzitutto, il principio di precauzione rileva in tutta una serie di strumenti non vincolanti (dichiarazioni di conferenze internazionali; programmi di azione; dichiarazioni di principi): in questi casi chiaramente non vi è la previsione di un complesso di diritti e obblighi, per cui il principio di precauzione assume una generale funzione di indirizzo per le politiche ambientali e sanitarie degli stati (102).

Ora, però, la complessità fenomenologica del principio di precauzione non si esaurisce nello schema binario *hard law / soft law*, ma si manifesta anche trasversalmente ad esso. È il caso di alcuni accordi che prevedono semplicemente obblighi di cooperazione ambientale (103): in essi il principio di precauzione ha sì la funzione di guidare le parti nella fase di *law making*, ma la presenza di specifici obblighi di cooperazione e la sua previsione in forma imperativa ("shall") rendono improprio definirlo in casi del genere come meramente ispiratore.

In altri casi, all'affermazione del principio di precauzione in un contesto pattizio è collegata la previsione di obblighi accessori per gli stati, finalizzati in sostanza all'assunzione ulteriore di

informazioni, al loro costante aggiornamento e alla eventuale revisione delle misure «precauzionali» (104).

Qual è la logica di questi obblighi accessori? È quella di predisporre strumenti di controllo dell'incertezza scientifica. La difficoltà nel predire gli effetti ambientali di determinate attività umane non è eterna, ma varia ed in prospettiva può essere superata (105). L'adozione di un approccio precauzionale dovrebbe, allora, accompagnarsi sempre a un tentativo di limare l'incertezza, di accrescere i dati a disposizione: ciò per rendere più tempestive ed efficaci le misure di tutela, ma anche e soprattutto per evitare che le misure siano sproporzionate rispetto alla reale entità del rischio che si sta man mano rivelando.

Questi obblighi completano e arricchiscono il quadro normativo della precauzione: essi non sono in contraddizione con l'ipotesi della funzione interpretativa, ma piuttosto assolvono il compito fondamentale di favorire l'applicazione concreta del principio.

Una considerazione a parte merita, infine, la *Convenzione Quadro sul Cambiamento Climatico* (106). In questo accordo il principio di precauzione ha un ruolo spiccatamente ispiratore, in un modo però del tutto diverso dai casi visti prima in un contesto cooperativo. Tutto il sistema di tutela da essa predisposto è infatti incentrato su una situazione di incertezza scientifica di partenza (107), per cui il principio di precauzione ha operato a monte, spingendo gli stati ad accordarsi per affrontare il problema (108). Esso ha in altre parole permesso di individuare la situazione concreta da disciplinare. Nello stesso tempo, esso è presente nella parte dispositiva dell'accordo, dove si prevede l'obbligo di adottare misure precauzionali, con un riferimento a un nuovo tipo di azione, l'anticipazione, che si affianca alla prevenzione e alla tutela successiva. Questa convenzione sembra rappresentare una forma di evoluzione del principio di precauzione nel diritto internazionale, costituendo un momento di sintesi del suo duplice ruolo ispirativo e normativo.

3.5. *La ratio interpretativa del principio di precauzione.*

Si propone ora una riflessione conclusiva a sostegno della tesi della funzione interpretativa del principio di precauzione: essa prende spunto dalla premessa epistemologica che ne costituisce il fondamento.

L'incertezza scientifica, a cui il principio di precauzione dà rilevanza giuridica, esprime più generalmente una dimensione odierna della conoscenza umana. L'antico adagio socratico - «so di non sapere» - è riscoperto dopo un periodo di supremazia dello scientismo. Nella sua riproposizione «circolare» tale adagio risulta però attualizzato alla luce dell'imponente progresso tecnologico, per cui il non poter prevedere comporta oggi effetti catastrofici un tempo inimmaginabili. È qui il mutamento di paradigma che porta alla «soggettività» delle generazioni future, è qui la necessità etica (109) del principio di precauzione.

La precauzione apre dunque l'esperienza giuridica alla consapevolezza dei limiti umani nel conoscere con chiarezza gli effetti della tecnologia; essa giuridizza un nuovo modo di pensare (110), quello della complessità e dell'incertezza.

Questa premessa sembra già mettere al centro l'interpretazione giuridica. L'attività ermeneutica dà un senso alle norme, le adatta a una realtà che si evolve (111), ai mutati contesti storici. È il luogo giuridico più adatto a recepire un'evoluzione nel pensiero, una innovativa *Weltanschauung*. Così, coniugandosi precauzione e interpretazione, questa nuova «etica per la società tecnologica» (112) può filtrare nel diritto, non scardinando le sue regole, ma trasformandole.

4. *Conclusione.*

Nella complessità semantica di un principio multiforme, un significato normativo prevalente di precauzione è stato così delineato. Secondo questa ricostruzione del principio di precauzione, i

giudici e gli stati devono prendere in considerazione, *nell'interpretazione e nell'applicazione di regole di protezione ambientale*, le situazioni di incertezza riguardo l'esistenza e la dimensione del rischio, secondo determinati criteri selettivi.

La tesi, qui sostenuta, della funzione interpretativa del principio di precauzione è il risultato di un'analisi degli strumenti di diritto internazionale - *in primis* i trattati - che fanno ad esso riferimento, nonché una conseguenza della premessa epistemologica che ne è a fondamento.

Questa ricostruzione unitaria del significato del principio di precauzione rappresenta un tentativo di conciliare i due differenti modelli che sembrano ricavarsi dal sistema dell'OMC e dai trattati ambientali. Essa va contro le critiche di vaghezza e mancanza di normatività ad esso rivolte e sembra fornire un argomento a favore della sua qualità di principio del diritto internazionale generale.

Note:

1 Cfr. in tal senso P. Sands, *Principles of International Environmental Law*, 2^a ed., Cambridge 2003, p. 272.

2 V.J. Cameron, *The Status of the Precautionary Principle in International Law*, in *Interpreting the Precautionary Principle*, London 1994 p. 270 ss; D. Freestone, *International Fisheries Law since Rio: the Continued Rise of the Precautionary Principle*, in A.E. Boyle e D. Freestone, *International Law and Sustainable Development*, Oxford 1999, p. 135-164; A. Trouwborst, *Evolution and Status of the Precautionary Principle in International Law*, The Hague/London/New York 2002.

3 V. L. Gündling, *The Status in International Law of the Principle of Precautionary Action*, in *International Journal Estuarine and Coastal Law*, 1990 (5), pp. 23-30; D. Bodansky, *New Developments in International Environmental Law*, in *Proceedings of the American Society of International Law*, 1991, pp. 413-417.

4 P.M. Dupuy, *Le principe de précaution, règle émergente du droit international général*, in C. Leben e J. Verhoeven, *Le principe de précaution. Aspects de droit international et communautaire*. Parigi 2002 p. 95-111.

5 Il primo riferimento, a livello internazionale, al principio di precauzione («precautionary measures») si trova nella Dichiarazione Ministeriale della Prima Conferenza Internazionale sulla Protezione del Mare del Nord, adottata a Brema il 1° novembre 1984, ai paragrafi D,3 e H,7, in D. Freestone e T. Ijlstra, *The North Sea: Basic Legal Documents on Regional Environmental Cooperation*, The Hague, 1991, p. 61 ss. Nella Dichiarazione Ministeriale della Seconda Conferenza Internazionale sulla Protezione del Mare del Nord, adottata a Londra il 25 novembre 1987, al suo paragrafo XVI, si trova la prima formulazione estesa del «principle of precautionary action» (in D. Freestone e T. Ijlstra, op. cit., p. 3). Del 1989 è la Raccomandazione sul Principio dell'Azione Precauzionale, adottata nel quadro della Convention for the Prevention of Marine Pollution from Land-Based Sources, in D. Freestone e T. Ijlstra, op. cit., p. 152.

6 È il caso in particolare della Convenzione di Vienna per la protezione della fascia di ozono del 1985 e del relativo Protocollo di Montreal del 1987, nei preamboli dei quali vi è un riferimento (peraltro senza formulazioni ulteriori) a «precautionary measures» (in 26 I.L.M. 1987, rispettivamente pp. 1529-1540 e 1550-1561).

7 Il principio di precauzione ha un ruolo di rilievo nelle due Convenzioni aperte alla firma a Rio (la Convenzione sulla Biodiversità e la Convenzione quadro sul Cambiamento Climatico) ed è enunciato dal Principio 15 della Dichiarazione conclusiva: v. infra, II.2) d). Per una raccolta completa degli strumenti giuridici adottati a Rio, v. *The Earth Summit. The United Nations Conference on Environment and Development (UNCED)*, a cura di S.P. Johnson, London/Dordrecht/Boston 1993. Di quell'anno è anche il Trattato di Maastricht, che ha introdotto la precauzione nel diritto comunitario come un principio fondamentale della tutela ambientale (oggi nell'art. 174.2 del trattato di Roma).

8 Declaration of the UN Conference on Environment and Development adottata a Rio de Janeiro il 14 giugno 1992, in 31 I.L.M., 1992, pp. 874-880.

9 Per un'analisi del Principio 15 della Dichiarazione di Rio v. infra, II.2) d).

10 Si vedrà come il principio di precauzione, nel contesto dell'OMC, abbia finora riguardato principalmente la tutela della salute. Anche a livello comunitario questo principio interessa ormai

anche la politica sanitaria, come è affermato in modo chiaro nella Comunicazione della Commissione sul principio di precauzione, COM (2000) 1, del 2 febbraio 2000.

11 V. ad esempio D. Bodansky, *New developments in international environmental law*, « it is far too vague to serve as a regulatory standard ».

12 Sul punto v., tra gli altri, O. Mc Intyre & T. Mosedale, *The precautionary principle as a norm of customary international law*, in *Journal of Environmental Law* 1997, pp. 221-242 (222).

13 In passato alcuni autori hanno teso a sovrapporre i due concetti. V. ad esempio C. Tinker, *State responsibility and Precautionary Principle*, in D. Freestone and E. Hey, *The Precautionary Principle and International Law*, The Hague/London/Boston 1996, pp. 53-71: in questo lavoro manca un diretto riferimento alla incertezza scientifica come fondamentale componente del principio di precauzione. Anche Hohmann, nella sua monografia sul principio di precauzione, pur riconoscendo il carattere dell'incertezza scientifica nel definire la precauzione, afferma che «these efforts at sharply differentiating between protective and precautionary principle are hardly operable» (H. Hohmann, *Precautionary Legal Duties and Principles of Modern International Environmental Law*, London/Dordrecht/Boston 1994, p. 334).

14 Cfr. P. Martin-Bidou, *Le principe de précaution en droit international de l'environnement*, in *Revue Générale de Droit International Public*, 1999, p. 647: «Cette incertitude est la principale caractéristique du principe de précaution. Elle en fait la spécificité et le distingue nettement du principe de prévention»; J. Cameron, *The Precautionary Principle in International Law*, in T. O'Riordan, J. Cameron e A. Jordan, *Reinterpreting the Precautionary Principle*, London 2001, pp. 113-142: «If there is no uncertainty about the environmental risks of a situation, then the measure is preventative, not precautionary» (p. 116); L. Boisson de Chazournes, *Le principe de précaution: nature, contenum limites*, in C. Leben e J. Verhoeven, *Le principe de precaution. Aspects de droit international et communautaire*, Paris 2002, p. 80: «(il s'agit d') ériger l'élément d'incertitude au rang de condition sine qua non d'application et même de légitimité du principe de précaution. En effet, ce dernier se distingue essentiellement du principe de prévention par la référence à cet élément».

15 V. ad esempio C. Larrere, *Le contexte philosophique du principe de précaution*, in C. Leben e J. Verhoeven, op. cit., pp. 15-27.

16 H. Jonas, *Il principio responsabilità. Un'etica per la società tecnologica*, Torino, 1990 (l'edizione originale in tedesco, *Der Prinzip Verantwortung*, è del 1979).

17 Ad esempio, per Philippe Sands, «the principle requires activities and substances which may be harmful to the environment to be regulated, and possibly prohibited, even if no conclusive or overwhelming evidence is available as to harm or likely harm they may cause to the environment» (P. Sands, op. cit., p. 272, emphasis added) mentre, secondo Pierre-Marie Dupuy, il principio di precauzione designa delle «obligations de moyen», che non solo si traducono in «obligations de s'abstenir», ma possono anche essere «obligations "de faire"» (P.M. Dupuy, *Le principe de précaution et le droit international de la mer*, in *Mélanges offerts à L. Lucchini et J.-P. Quéneudec*, 2004, pp. 205-220 (219). Arie Trouwborst sviluppa la sua analisi sullo status del principio di precauzione in diritto internazionale partendo da un tale modello obbligante (A. Trouwborst, *Evolution and Status of the Precautionary Principle in International Law*, cit., passim), così come già Harald Hohmann aveva fatto (H. Hohmann, op. cit.). Ovviamente tutte le opinioni che affermano o presuppongono un tale modello differiscono l'un l'altra per molti aspetti, quali la definizione dei criteri operativi della precauzione, la sua presunta natura consuetudinaria, etc.

18 V. supra nota 3.

19 È il caso di A. Trouwborst, op. cit.; H. Hohmann, op. cit.; O. Mc Intyre & T. Mosedale, *The precautionary principle as a norm of customary international law*, cit.

20 *Convention on the Protection of the Marine Environment of the Baltic Sea Area* firmata a Helsinki il 9 Aprile 1992, art. 3.2, in *Yearbook of International Environmental Law*, 1992.

21 *Convention on the Protection and Use of Transboundary Watercourses and International Lakes*, art. 2.5, in *31 International Legal Materials (I.L.M.)* 1992, pp. 1312-1329.

22 *Wto, The Legal Texts. The Results of the Uruguay Round of Multilateral Trade Negotiations*, Cambridge 1999, pp. 59-72.

23 *European Communities - Measures Concerning Meat and Meat Products («ECs-Hormones»)*, Appellate Body Report, 16 gennaio 1998, (WT/DS26/AB/R and WT/DS48/AB/R), p. 46 (§ 124).

24 V. G. Marceau, *Le principe de précaution et les règles de l'Organisation Mondiale du*

Commerce, in C. Leben e J. Verhoeven, op. cit., pp. 131-149 («Le principe de précaution obligerait parfois les gouvernements à entamer certaines actions positives; parfois il justifierait des mesures plus restrictives et même d'exception», p. 136, corsivo aggiunto); J. Cameron, op. cit., p. 116; J. Cazala, Principe de précaution et procédure devant le juge international, in C. Leben e J. Verhoeven, op. cit., pp. 151-192 («le principe de précaution est mise en oeuvre par un Etat en tant qu'obligation ou en tant que mécanisme permettant à l'état de déroger à ses obligations internationales», p. 154).

25 O. Godard, Le principe de précaution dans la conduite des affaires humaines, Paris, 1997, p. 25. Sulla stessa linea, per un'analisi approfondita, cfr. F. Bassan, Gli obblighi di precauzione nel diritto internazionale, Roma 2004, dove si sottolinea che «le norme aventi un contenuto precauzionale [...] si riconducono [...] alla distinzione fondamentale tra norme che impongono agli stati obblighi di agire in via precauzionale e norme che condizionano la facoltà di agire degli stati per determinare il proprio livello di autotutela» (p. 164).

26 L. Gradoni, Il principio di precauzione nel diritto dell'Organizzazione mondiale del commercio, in Diritto comunitario e degli scambi internazionali, 2005, pp. 625-684, dove si afferma "la sostanziale autonomia tra le due versioni del principio" (p. 631).

27 Protocol on Biosafety (to the Convention on Biological Diversity), adottato a Cartagena de Indias (Colombia) il 29 gennaio 2000 (Cartagena Protocol), in 39 I.L.M., 2000, pp. 1027-1046. V. infra, II.2) c).

28 Un tentativo di ricostruzione unitaria dei due modelli, diverso da quello qui proposto, è stato prospettato da F. Bassan, op. cit., pp. 207-221.

29 Si è detto che «the precautionary principle becomes an instrument for an extensive interpretation of the norms of the SPS Agreement» (F. Francioni e M. Montini, Integrating Scientific Evidence into Environmental Law: the International Dimension, in Biondi, Cecchetti, Grassi e Lee, Scientific Evidence in European Environmental Rule-Making, The Hague, London, Boston 2003, p. 39). Uno degli autori si è spinto ancor più in là affermando che il principio di precauzione rivestirebbe in generale il ruolo di «criterio interpretativo in grado di permettere una "interpretazione evolutiva" delle norme esistenti» (M. Montini, Il ruolo del principio precauzionale a tutela della sicurezza alimentare nel commercio internazionale e comunitario, in F. Francioni, F. Lenzerini, M. Montini (ed.) Organizzazione Mondiale del Commercio e diritto della Comunità Europea nella prospettiva della risoluzione delle controversie, Milano 2005, pp. 213-249 (220). Secondo un'altra opinione, il principio di precauzione «pourrait également assumer une fonction interprétative»: N. De Sadeleer, Le statut du principe de précaution en droit international, in Paques e Faure (ed.), La protection de l'environnement au coeur du système juridique international et du droit interne. Acteurs, valeurs, efficacité, Bruxelles 2003, pp. 373-396 (387).

30 Convention on the Protection and Use of Transboundary Watercourses and International Lakes, firmata ad Helsinki il 17 marzo 1992 ed entrata in vigore nel 1996, cit.

31 Art. 2.1 The Parties shall take all appropriate measures to prevent, control and reduce any transboundary impact. Art. 2.2 The Parties shall, in particular, take all appropriate measures: (a) To prevent, control and reduce pollution of waters causing or likely to cause transboundary impact; (b) To ensure that transboundary waters are used with the aim of ecologically sound and rational water management, conservation of water resources and environmental protection; (c) To ensure that transboundary waters are used in a reasonable and equitable way, taking into particular account their transboundary character, in the case of activities which cause or are likely to cause transboundary impact; (d) To ensure conservation and, where necessary, restoration of ecosystems.

32 Si potrebbe obiettare che l'art. 2.5 prevede comunque un obbligo per gli stati, diverso da quelli dei paragrafi 1 e 2, quello di adottare misure protettive anche in situazione di incertezza scientifica. Ma così facendo si svuoterebbe di fatto la portata delle norme previste dai commi 1 e 2, che prevedono tout court l'adozione di misure protettive, giacché l'obbligo di adottare misure anche in situazione di incertezza comprende pure tutte quelle ipotesi in cui tale incertezza non vi è. Una tale obiezione, allora, si scontrerebbe con un principio fondamentale di interpretazione del diritto, quello espresso dal brocardo latino «magis valeat quam pereat»: «It is an acknowledged rule of interpretation that treaty clauses must not only be considered as a whole, but must also be interpreted so as to avoid as much as possible depriving one of them of practical effect for the benefit of others» (International Status of South West Africa case, dissenting opinion of Mr de

Visser, ICJ Reports, 1950, p. 187).

33 V. infra III. 1.

34 Convention for the Prevention of Marine Pollution by Dumping of Wastes and Other Matter, adottata il 29 dicembre 1972, in P.W. Birnie e A.E. Boyle, *Basic Documents on International Law and the Environment*, Oxford 1995, p. 174.

35 Testo in A. Trouwborst, *Evolution and Status*, cit., p. 308.

36 In 44 I.L.M., 2005, pp. 1-12.

37 Art. 4 (General Obligations). «The Contracting Parties shall: a) individually or jointly take all appropriate measures to prevent, reduce and control pollution of the Caspian Sea; b) individually or jointly take all appropriate measures to protect, preserve and restore the environment of the Caspian Sea; c) [...]; d) [...]».

38 Non si fa in questo trattato esplicita menzione del nesso di causa ed effetto, ma l'incertezza scientifica, essendo riferita all'accadimento di un possibile danno, attiene logicamente al nesso causale tra attività umane e, appunto, danno all'ambiente marino.

39 Per un'analisi più dettagliata del significato interpretativo della precauzione v. infra, III. 1).

40 Una posizione differente potrebbe essere ricavata dalla UN Framework Convention on Climate Change (UNFCCC) adottata a Rio de Janeiro nel 1992, in P.W. Birnie e A.E. Boyle, *Basic Documents on International Law and the Environment*, cit., p. 252. Il testo di questo accordo sembra postulare una funzione obbligante del principio di precauzione. Infatti, secondo l'art. 3.3, le Parti «should take precautionary measures to anticipate, prevent or minimize the causes of climate change and mitigate its adverse effects». Tuttavia, il dovere previsto dall'art. 3.3 non si limita a una forma di tutela preventiva («anticipate», «prevent» and «minimize»), ma abbraccia anche una tutela successiva («mitigate» gli effetti dannosi), prospettando un significato molto ampio di precauzione. Resta, inoltre, non chiaro il riferimento alle misure che «anticipano» i rischi: vi sarebbe una differenza tra misure precauzionali volte a prevenire e misure precauzionali volte ad anticipare?

41 V. in particolare: Agreement on the Conservation of Cetaceans of the Black Sea, Mediterranean Sea and Contiguous Atlantic Area (adottato a Monaco il 24 November 1996, in *Yearbook of International Environmental Law*, 1996, pp. 697-717); Agreement on the Conservation of African-Eurasian Migratory Water Birds (firmato all'Aja il 16 June 1995, in *Yearbook of International Environmental Law*, 1995, pp. 907-938); Convention for the Protection of the Marine Environment and the Coastal Region of the Mediterranean (adottata a Barcelona il 10 June 1995, in sostituzione della Convention for the Protection of the Mediterranean Sea Against Pollution); Convention on the Protection of the Marine Environment of the Baltic Sea Area, cit.; Convention for the Protection of the Marine Environment of the North-East Atlantic («OSPAR Convention», adottata a Parigi il 22 September 1992, in 32 I.L.M., 1993, pp. 1069-1100).

42 L. Gradoni, *Il principio di precauzione nel diritto dell'Organizzazione mondiale del commercio*, cit., p. 626.

43 «Members have the right to take sanitary and phytosanitary measures necessary for the protection of human, animal or plant life or health, provided that such measures are not inconsistent with the provisions of this Agreement».

44 In Wto, *The Legal Texts*, cit., pp. 424-472.

45 Che vi sia un collegamento tra l'art. XX lett. (b) del GATT '47 e tutto l'accordo SPS lo testimonia chiaramente l'esplicito riferimento nel preambolo di quest'ultimo accordo all'art. XX del GATT (nonché la riproposizione nell'Accordo SPS della pressoché identica formulazione presente in quella norma).

46 Vale anche qui il ragionamento imperniato sul principio del magis valeat quam pereat (supra, nota 31).

47 Appellate Body, caso «ECs-Hormones», cit., p. 46.

48 L'ultima decisione dell'Organo di Appello sull'art. 5.7 (quando scriviamo si è in attesa della pronuncia del panel sul caso OGM) sembra distaccarsi dalle precedenti posizioni espresse sul punto. In essa, i giudici hanno sostenuto che la "application of Article 5.7 is triggered not by the existence of scientific uncertainty, but rather by the insufficiency of scientific evidence" e che questi due concetti "are not interchangeable" (Japan - Measures Affecting the Importation of Apples (DS245)). Appellate Body Report, 26 November 2003, (WT/DS245/AB/R), p. 67 (§ 184). Una tale affermazione, non supportata da concreti argomenti, sembra un escamotage verbale per

ridurre la effettiva portata del principio di precauzione nell'Accordo SPS.

49 Secondo l'Organo di Appello l'art. 5.7 non esaurisce la rilevanza nell'Accordo SPS del principio di precauzione, il quale «is reflected also in the sixth paragraph of the preamble and in Article 3.3» (Appellate Body Report, caso «ECs-Hormones», loc. cit.

50 In base all'art. 1, «the objective of this Protocol is to contribute to ensuring an adequate level of protection in the field of the safe transfer, handling and use of living modified organisms resulting from modern biotechnology that may have adverse effects on the conservation and sustainable use of biological diversity [...]», Cartagena Protocol, cit., p. 1026.

51 L'articolo 2.2 dispone che: «The Parties shall ensure that the development, handling, transport, use, transfer and release of any living modified organisms are undertaken in a manner that prevents or reduces the risks to biological diversity, taking also into account risks to human health» (corsivo aggiunto), Cartagena Protocol, cit.

52 Secondo l'art. 2.4, «Nothing in this Protocol shall be interpreted as restricting the right of a Party to take action that is more protective of the conservation and sustainable use of biological diversity than that called for in this Protocol [...]» (corsivo aggiunto), Cartagena Protocol, cit.

53 La procedura AIA è regolata dagli art. 8-10 e 12 del Protocollo. Inoltre, una procedura semplificata per movimenti transfrontalieri di OGM «intended for direct use as food or feed, or for processing» è prevista dall'art. 11.

54 Il paragrafo 8 dell'art. 11 ha lo stesso contenuto dell'art. 10.6, con riguardo agli OGM usati direttamente come cibo, nutrimento animale o per trattamenti ulteriori.

55 A dire il vero l'incertezza scientifica ha ad oggetto, secondo la lettera dell'art. 10.6, l'ampiezza (extent) degli effetti negativi, più che la loro stessa esistenza (e quindi l'esistenza del nesso causale). Il concetto di ampiezza, peraltro, esprime un elemento quantitativo: se l'incertezza si ha tra un'ipotesi in cui il rischio ha un'ampiezza x e un'altra ipotesi in cui il rischio ha un'ampiezza 0 , allora ecco che essa concerne l'esistenza stessa del rischio. L'art. 10.6, allora, non sembra discostarsi di fatto dal modello di precauzione delineato in precedenza.

56 In 31 I.L.M., 1992, pp. 818-841.

57 In 40 I.L.M., 2001, pp. 532-563.

58 Vienna Convention on the Law of Treaties, Art. 31 (1) and (2).

59 In questo senso v. R. Pavoni, Biodiversità e biotecnologie nel diritto internazionale e comunitario, Milano 2004, pp. 268-269. Un argomento a favore della tesi interpretativa viene anche dalla formulazione operata dal punto 9 del Preambolo, laddove fa riferimento a una reason for postponing che viene meno. Si svilupperà questo punto nel paragrafo seguente, alla nota 62, poiché la stessa formulazione è adottata dal Principio 15 della Dichiarazione di Rio.

60 Per una citazione completa del testo e per i riferimenti bibliografici v. supra, I. 1).

61 Ad esempio, la Convenzione POPs e il Cartagena Protocol fanno riferimento, nel loro primo articolo, al Principio 15 della Dichiarazione di Rio sull'ambiente e sviluppo come un modello di «the precautionary approach».

62 Si tornerà sul rapporto tra interpretazione e applicazione: v. infra III. 1).

63 Sul punto v. infra II. 3).

64 Nella Dichiarazione di Rio sembra trovarsi anche un'indicazione testuale che supporta l'idea di un significato interpretativo del principio di precauzione. Il Principio 15 fa riferimento a un rinvio delle misure preventive (che sia giustificato appunto con l'argomento dell'incertezza scientifica). Il rinvio sembra presupporre un qualcosa che già è previsto e che appunto viene posticipato. Si potrebbe allora presumere che le misure preventive, di cui si fa cenno nel testo, siano pensate come contenuto di un'autonoma previsione, come preesistenti all'operare della precauzione e quindi oggetto di essa: varrebbe allora anche in questo contesto il ragionamento svolto innanzi, secondo cui il fatto che gli obblighi (o i diritti) di prevenzione e tutela siano già previsti da altre norme rappresenta un forte argomento a sostegno della tesi della funzione interpretativa del principio di precauzione.

65 V. supra II. 2 C). È significativo come l'organo di appello si sia esplicitamente rifiutato di affrontare la questione dello status del principio di precauzione in diritto internazionale (Hormones Case, cit., p. 124, § 46).

66 Request for an Examination of the Situation in Accordance with Paragraph 63 of the Court's Judgement of 20 December 1974 in the Nuclear Tests (New Zealand v. France) Case, Order of 22 September 1995, in ICJ Reports, 1995, p. 288.

- 67 Gabčíkovo-Nagymaros Project (Hungary/Slovakia), judgment, I.C.J. Reports, 1997, p. 7.
- 68 Op. cit., p. 42 (par. 54).
- 69 International Tribunal for the Law Of the Sea (ITLOS), Southern Bluefin Tuna Cases (New Zealand/Japan; Australia/Japan), Requests for provisional measures, order, in 38 I.L.M., 1999, pp. 1624-1637.
- 70 United Nation Convention on the Law Of the Sea (UNCLOS), firmata a Montego Bay il 10 dicembre 1982, in 21 I.L.M., 1982, pp. 1261-1354.
- 71 UNCLOS, cit., p. 1323.
- 72 Itlos, Southern Bluefin Tuna Cases, cit. p. 1634 (§ 79).
- 73 Itlos, Southern Bluefin Tuna Cases, loc. cit. (§ 80).
- 74 Cfr. in tal senso D. Freestone, Caution or precaution: a rose by another name, in YIEL, 1999, pp. 25-32 (32); N. De Sadeleer, Environmental Principles. From Political Slogans to Legal Rules, Oxford 2002, p. 109; A. Trouwborst, op. cit., p. 169 ss.
- 75 London Dumping Convention, cit.; Convention on the Protection of the Marine Environment of the Baltic Sea Area, cit.; Oskar, Convention, cit.
- 76 V. Principio 15 della Dichiarazione di Rio, cit. e diversi trattati che si riferiscono ad esso.
- 77 Helsinki Convention on the Protection and Use of Transboundary Watercourses and International Lakes, cit.
- 78 Cfr. N. De Sadeleer, The effect of uncertainty on the Thresholds Levels to which the Precautionary Principle appears to be subject, in M. Sheridan e L. Lavrysen (ed.), Environmental Law Principles in Practice, Bruxelles 2002, pp. 17-43. Per un'analisi della questione dei criteri operativi del principio di precauzione nel contesto OMC, v. L. Gradoni, op. cit., pp. 665-672.
- 79 La scelta di ricavare alcuni criteri generali dal Principio 15 è giustificata dalla generale accettazione della Dichiarazione che lo prevede nonché dal riferimento che molti trattati fanno al Principio 15 come punto di riferimento per la precauzione (cfr. supra II. 2) D).
- 80 Secondo Laurence Boisson de Chazournes, la gravità e l'irreversibilità sono i due principali caratteri del più generale criterio del danno (L. Boisson De Chazournes, op. cit., pp. 76-78).
- 81 Il principio di precauzione opera normalmente riguardo ad interessi riconducibili alla tutela della salute e dell'ambiente, ma sembra possibile in prospettiva che esso possa interessare altri settori giuridici, specialmente qualora sia riconosciuta la sua qualità di principio generale.
- 82 Sul punto cfr. J. Cameron, op. cit., p. 117, che individua come «threshold» il concetto di rischio «non-negligible».
- 83 N. De Sadeleer, The effect of uncertainty, cit., p. 35.
- 84 G. Zagrebelsky, Diritto Costituzionale I - Il sistema delle fonti del diritto, Torino 1988, p. 68.
- 85 Black's Law Dictionary, 6 th edition, St Paul, Minnesota, p. 817.
- 86 Secondo Charles de Visscher, «[l]a fonction de toute interprétation juridique est de choisir entre plusieurs significations possibles d'un texte ou d'un comportement celle qui paraît à la fois la plus conforme aux données observées et la mieux adaptée à certaines fins» (C. De Visscher, Problèmes d'interprétation judiciaire en droit international public, Paris 1963, p. 14).
- 87 Questa definizione di interpretazione è presupposta anche dall'art. 32: l'interprete può far ricorso a mezzi supplementari di interpretazione «to determine the meaning [of the treaty clause] when the interpretation [...]» (corsivo aggiunto), per cui la definizione dell'attività ermeneutica che se ne ricava consiste anche qui in un'attribuzione di significato giuridico a una norma.
- 88 Che ciò poi consista nell'adempimento di un obbligo o nel corretto esercizio di un diritto.
- 89 Questa funzione interpretativa diretta va quindi distinta dalla funzione interpretativa indiretta che può avere un principio quando è usato in un contesto diverso da quello in cui è direttamente previsto.
- 90 Come ad esempio il principio *ut res magis valeat quam pereat*.
- 91 Si potrebbe ritenere che il carattere strumentale della precauzione porti a qualificare le norme che la esprimono come norme accessorie, secondo la distinzione tra norme primarie, norme accessorie e norme secondarie delineata da P. Picone, Obblighi reciproci ed obblighi erga omnes degli stati nel campo della protezione internazionale dell'ambiente marino dall'inquinamento, in V. Starace (ed.), Diritto internazionale e protezione dell'ambiente marino, Milano 1983, pp. 15-135 (67-73). Secondo la classificazione di Picone, vi sono tre tipi di norme accessorie: norme che fissano standards di comportamento; norme procedurali di prevenzione di illeciti; norme volte a rimuovere gli effetti materiali di un illecito (op. cit., p. 69). Le norme precauzionali non rientrano

certamente nella seconda e terza categoria; potrebbero rientrare, in senso molto lato, nella prima, anche se la categoria sembra costruita rispetto a norme tecniche specifiche. In ogni caso, come l'autore precisa, non vi è affatto un parallelismo tra norma primaria e hard law e norma accessoria e soft law (op. cit., nota 113 p. 68), per cui anche se si qualificassero le norme che richiamano la precauzione come accessorie, si tratterebbe di una considerazione di ordine funzionale, che non negherebbe il loro carattere interpretativo e normativo.

92 Specificamente in questo senso v. ad esempio la Convenzione POPs, cit., Art. 8 (7) and (9) e la «London Dumping Convention», Resolution LDC 44/14.

93 Cfr., ex multis, D. Freestone e E. Hey, *Origins and Developments of the Precautionary Principle*, in D. Freestone e E. Hey, op. cit., pp. 3-15; A. Fabra, *The LOSC and the Implementation of the Precautionary Principle*, in *Yearbook of International Environmental Law* 1999, p. 16; W. Burke, *The New International Law of Fisheries*, Oxford 1994, p. 271.

94 È il caso in particolare del nuovo testo della London Dumping Convention, in 36 I.L.M., 1997, pp. 1-30.

95 J. Cazala, *Principe de précaution et procédure devant le juge international*, cit. p. 171.

96 J. Cazala, op. cit., p. 169. Sulla stessa linea critica v. anche A. Trouwborst, op. cit., p. 15.

97 A monte sta la contraddizione paradossale tra l'idea positivista - ancor oggi dominante - che la scienza possa garantire all'uomo una sicurezza totale e la consapevolezza che la scienza stessa è fonte di nuovi rischi non prevedibili (v. D. Amirante, *Il principio precauzionale tra scienza e diritto. Profili introduttivi*, in *Diritto e gestione dell'ambiente* 2/2001. Numero speciale. *Il principio di precauzione tra scienza e diritto*, p. 19 s.).

98 J. Cazala, op. cit., p. 192. Per una posizione analoga nel contesto del diritto dell'OMC, v. F. Francioni e M. Montini, op. cit., p. 39.

99 Così J. Cazala, op. cit., p. 172 ss.

100 Si è scritto che «The main effect of Principle 15» della Rio Declaration «is to lower the standard of proof required before preventive action is called for» (P.W. Birnie e A.E. Boyle, *International Law and the Environment*, 2^a ed., cit., p. 117).

101 È quindi proprio il binomio incertezza giuridica - incertezza del diritto che permette di mantenere il principio di precauzione nell'alveo della ragionevolezza: una certa incertezza giuridica (questo rischio potenziale va prevenuto o no? E in che modo?) valorizza il ruolo dell'interpretazione del giudice nel caso concreto, senza però che ciò si traduca in un generico arbitrio, in virtù dei criteri operativi individuati su un piano generale.

102 Oltre alla Dichiarazione di Rio, che ha meritato un'analisi autonoma (supra II. 2) D), è il caso p. es. delle Dichiarazioni delle conferenze sul Mare del Nord (supra, nota 12) o delle Decisioni del Consiglio dell'UNEP sugli inquinanti organici persistenti (su <http://www.unep.ch>). Talvolta, oltretutto, lo schema binario hard law/soft law non sembra sufficiente a inquadrare il significato giuridico della precauzione. È il caso di quei trattati che prevedono semplicemente obblighi di cooperazione ambientale (v. ad es. la Convention on Cooperation for the Protection and Sustainable Use of the Danube River, adottata a Sofia il 29 giugno 1994): il principio di precauzione ha sì la funzione di guidare le parti nella fase di law making ma la presenza di specifici obblighi di cooperazione e la sua previsione in una forma imperativa («shall») rendono improprio definirlo in casi del genere come principio meramente ispiratore.

103 Cfr. la Convention on Cooperation for the Protection and Sustainable Use of the Danube River, adottata a Sofia il 29 giugno 1994 (v. A. Trouwborst, op. cit., p. 312).

104 V. Agreement for the Implementation of the Provisions of the 1982 UNCLOS Relating to the Conservation and Management of Straddling Fish Stocks and Highly Migratory Fish Stocks, art. 6, in UN Doc. A/CONF.164.38, 1995; Resolution LDC 44/14 on the Application of the Precautionary Approach to Environmental Protection within the Framework of London Dumping Convention, citata da A. Trouwborst, op. cit., p. 308); SPS Agreement, cit., art. 5.7.

105 V.L. Boisson De Chazournes, op. cit., pp. 81-82 («le droit ne recommande pas une inaction perpetuelle [...]. Les connaissances doivent sans cesse être renouvelées et complétées»).

106 V. supra nota 40.

107 Riguardo alle ipotesi di surriscaldamento del pianeta sono stati infatti elaborati modelli esplicativi differenti: per alcuni l'attuale innalzamento delle temperature è un fenomeno 'naturale', rientrante nelle normali oscillazioni del lungo periodo; per altri, esso è dovuto alle emissioni di anidride carbonica causate da attività umane e porterebbe, se non frenato, a un catastrofico

innalzamento del livello del mare.

108 Nel Preambolo si nota che "there are many uncertainties in predictions of climate change, particularly with regard to the timing, magnitude and regional patterns thereof".

109 L. Boisson De Chazournes, op. cit., p. 91.

110 Ibid., p. 68.

111 Sul principio dell'interpretazione evolutiva, nella prospettiva di riconciliare il sistema dell'OMC e la tutela internazionale dell'ambiente, v. F. Francioni, Environment, Human Rights and the Limits of Free Trade, in F. Francioni (ed.) Environment, Human Rights and International Trade, Oxford-Portland 2001, pp. 1-26 (23).

112 H. Jonas, Il principio responsabilità. Un'etica per la società tecnologica, cit.

Utente: centr7718 CENTRO SERVIZI BIBLIOTECARI

www.iusexplorer.it - 29.10.2014

© Copyright Giuffrè 2014. Tutti i diritti riservati. P.IVA 00829840156