



18 NOVEMBRE 2020

Principio di precauzione e ragionevole
bilanciamento dei diritti nello stato di
emergenza

di Francesco Scalia

Professore straordinario di Diritto amministrativo
Università degli Studi di Cassino e del Lazio meridionale



Principio di precauzione e ragionevole bilanciamento dei diritti nello stato di emergenza*

di Francesco Scalia

Professore straordinario di Diritto amministrativo
Università degli Studi di Cassino e del Lazio meridionale

Abstract [It]: L'intento del saggio è dimostrare che il bilanciamento dei diritti operato dal legislatore e giudicato dalla Corte Costituzionale è condizionato dallo stato di emergenza, che rende ragionevole ciò che, in condizioni ordinarie, sarebbe assolutamente sproporzionato. La proporzionalità, elemento essenziale dell'approccio precauzionale, trova infatti un diverso punto di equilibrio a seconda del contesto nel quale vengono assunte le misure precauzionali. E però, l'autore evidenzia che il principio di precauzione deve informare non soltanto la risposta allo stato di emergenza, quanto anche la pianificazione della stessa e la prevenzione.

Abstract [En]: The essay aims to show that the balance of rights implemented by the legislator and judged by the Constitutional Court is affected by the state of emergency, which makes reasonable what, in ordinary conditions, would have been absolutely disproportionate. The proportionality, which is necessarily inherent to precautionary approach, finds in fact, a different balance point according to the context in which the precautionary measures are adopted. Nevertheless, the author points out, that the precautionary principle must not only shape the answer to the state of emergency, but also affect its planning and prevention.

Sommario: 1. Premessa. 2. Il principio di precauzione. 3. La proporzionalità quale elemento essenziale dell'approccio precauzionale. 4. I principi di precauzione e proporzionalità nell'ordinamento interno. 5. Il bilanciamento dei diritti ed interessi nel tempo "ordinario" e nel tempo dell'"emergenza". 6. *Segue.* Il diritto alla salute nell'operazione di bilanciamento del legislatore nel tempo ordinario. 7. *Segue.* Il "nucleo irriducibile" dei diritti fondamentali. 8. L'approccio precauzionale nella prevenzione e nella pianificazione dell'emergenza.

1. Premessa

Il rapido diffondersi nel gennaio 2020 dell'epidemia da Covid-19, fino ad assumere i caratteri della pandemia¹, ha indotto i Governi di molti paesi, tra cui l'Italia², ad adottare misure fortemente limitative di diritti e libertà fondamentali, garantiti dalle diverse Costituzioni³, nel tentativo di rallentare e

*Articolo sottoposto a referaggio.

¹ Il 30.1.2020 l'OMS ha dichiarato l'epidemia da Covid-19 un'«*emergenza di salute pubblica di rilevanza internazionale*».

² Lo stato di emergenza è stato dichiarato con delibera del Consiglio dei ministri a far data dal 31 gennaio e fino al 31 luglio, ai sensi dell'art. 7, co. 1, lett. c) e 24, co. 1, del d.lgs. 2 gennaio 2018, n. 1 e prorogato sino al 15 ottobre 2020 con d.-l. 29 luglio 2020, n. 83. Sottolinea M. LUCIANI, *Il sistema delle fonti del diritto alla prova dell'emergenza*, in *Consulta Online*, 11.4.2020, p. 7, che nel nostro ordinamento «l'«*emergenza*» è uno specifico istituto giuridico (che non può confondersi con la guerra, l'eccezione, lo stato d'assedio, etc.), del quale il diritto positivo, al di là delle sue determinazioni teorico-general, definisce presupposti (art. 1 e 7 del Codice [della Protezione civile]), conseguenze giuridiche (in particolare, artt. 24 e 25) e limiti temporali (art. 24, comma 3)».

³ Le libertà di circolazione, di riunione, di esercizio della propria fede religiosa, di accesso all'istruzione e al lavoro, di iniziativa economica, garantite dalla Costituzione italiana rispettivamente agli artt. 16, 17, 19, 34, 35, 4 e 41.

circoscrivere la circolazione del virus e di guadagnare il tempo necessario ad organizzare un'efficace risposta del sistema sanitario.

Nel nostro paese la dottrina si è molto soffermata – dividendosi – sulla legalità costituzionale degli strumenti normativi utilizzati dal Governo per imporre tali limitazioni. In particolare, è stato criticato il massivo ricorso ai decreti del Presidente del Consiglio dei ministri e la genericità del relativo aggancio normativo primario⁴: il decreto-legge n. 6⁵ del 23 febbraio 2020, poi sostituito dal decreto-legge n. 19 del 25 marzo 2020⁶.

Il punto è che la Costituzione italiana – a differenza di quelle di altri paesi⁷ – non contiene disposizioni che definiscano l'assetto e la distribuzione dei poteri per far fronte all'emergenza⁸, con la sola eccezione dell'art. 78, relativo alla dichiarazione dello stato di guerra, affidata alle Camere, le quali conferiscono al Governo i poteri necessari⁹.

Autorevole dottrina, però, individua nel *ragionevole* bilanciamento tra i diritti e i doveri il diretto fondamento costituzionale “anche” dell'emergenza (e, conseguentemente, della normazione *extra*

⁴ Oltre quello offerto dallo stesso Codice della Protezione civile.

⁵ Il quale, dopo aver disposto numerose misure restrittive dei diritti di libertà, all'art. 2 rimetteva all'autorità amministrativa (*recte*: le autorità competenti) il potere di adottare non meglio identificate «*ulteriori misure*» di contenimento e gestione dell'emergenza. G. SILVESTRI, *Covid-19 e Costituzione*, in www.unicost.eu, del 10.4.2020, parla a questo proposito di disposizione “in bianco”, «*meramente attributiva di potere, senza alcuna delimitazione di forma o di contenuto*». Tale norma è stata poi abrogata dal d.l. n. 19/2020, il quale ha così «*sposto rimedio ad un evidente difetto di determinatezza*» (in questi termini, M. LUCIANI, *Il sistema delle fonti del diritto alla prova dell'emergenza*, cit., p. 3).

⁶ Si veda per una serrata ed articolata critica, L.A. MAZZAROLLI, «*Riserva di legge*» e «*principio di legalità*» in tempo di emergenza nazionale. Di un parlamentarismo che non regge e cede il passo a una sorta di presidenzialismo *extra ordinem*, con ovvio, conseguente strapotere delle pp.aa.. La reiterata e prolungata violazione degli artt. 16, 70 ss., 77 Cost., per tacer d'altri, in federalismi.it, 23.3.2020. Si veda anche per giudizi analoghi F.R. TRABUCCO, *Prime note al D.P.C.M. 8 marzo 2020: con l'emergenza Coronavirus la gerarchia delle fonti diventa un optional*, in www.lexitalia.it; M. CALAMO SPECCHIA, *Principio di legalità e stato di necessità al tempo del “COVID-19”*, in *Rivista AIC*, n. 3/2020 del 28.4.2020, pp. 142 ss. (spec. pp. 157-158) ed il documento della Commissione Covid-19 dell'Accademia Nazionale dei Lincei del 16 giugno 2020, in www.lincei.it. Liquidata, invece, le polemiche sull'abuso del d.p.c.m. come «*spicciole (e futili)*», E. GROSSO, *La legalità ed effettività negli spazi e nei tempi del diritto costituzionale dell'emergenza. È proprio vero che “nulla potrà più essere come prima”?*, in federalismi.it, 27.5.2020, mentre M. LUCIANI, *Il sistema delle fonti del diritto alla prova dell'emergenza*, cit., pp. 25-26, nel giudicare corrette, sia pure con qualche “slabbratura” le procedure seguite, afferma, con riguardo all'alternativa tra decreti-legge e d.p.c.m. che «*è tutto da dimostrare che per la garanzia dei diritti sia più efficace la catena fonte primaria/provvedimento applicativo e non quella fonte primaria/fonte secondaria provvedimento applicativo*».

⁷ Ad esempio, le Costituzioni della Francia, della Spagna e della Germania (artt. 81 ss.). L'art. 16 della Costituzione francese prevede che il Presidente della Repubblica possa concentrare in condizioni eccezionali i poteri legislativi, regolamentari e amministrativi, divenendo una sorta di *dictator*, nell'accezione del diritto romano del termine (cfr. J. RIVERO – J. WALINE, *Droit administratif*, Parigi, 2004, p. 274). La Costituzione spagnola del 1978 contiene una disciplina puntuale degli stati costituzionali di eccezione: art. 116, che disciplina gli stati d'allarme, di eccezione e di assedio, l'art. 55, che prevede i casi in cui sia possibile sospendere i diritti fondamentali, e l'art. 117, co. 5 e 6, che dispone la competenza giurisdizionale del tribunale militare durante gli stati di eccezione e di assedio.

⁸ Omissione voluta, ricorda G. SILVESTRI, *Covid-19 e Costituzione*, cit., perché non era ancora svanito il ricordo, nella mente dei Costituenti, dell'art. 48 della Costituzione di Weimar, che contribuì notevolmente ad aprire la strada all'affermazione del regime nazista.

⁹ Altre discipline specifiche legate a eventi straordinari, in deroga al regime ordinario, sono poste dall'art. 77, sulla decretazione d'urgenza, e dall'art. 120, co. 2, che prevede poteri dello Stato sostitutivi di quelli regionali in caso di pericolo grave per l'incolumità e la sicurezza pubblica.

ordinem)¹⁰, nella consapevolezza della preponderanza, in tale bilanciamento, dei tradizionali principi del *primum vivere* e della *salus rei publicae*¹¹, indicando nella legge (e nel decreto-legge) la fonte di legittimazione di misure *temporaneae*¹² restrittive di libertà costituzionali¹³.

Il dibattito assai vivace sulla legalità costituzionale delle fonti normative utilizzate per la gestione dell'emergenza sembra – in assoluta prevalenza – non aver posto in discussione l'opportunità delle misure adottate. Vi è stato un larghissimo consenso della dottrina (e della stessa popolazione, che ha rispettato con rigore le limitazioni imposte) circa l'opportunità di misure fortemente limitative di diritti fondamentali e pregiudizievoli di interessi costituzionalmente tutelati, al fine di garantire il diritto alla salute nella sua duplice dimensione di diritto fondamentale della persona e di interesse della comunità.

Invero, l'emergenza condiziona la ponderazione degli interessi in conflitto rendendo prevalente (“tiranno” per usare un lemma utilizzato dalla Consulta¹⁴) l'uno (quello minacciato dalla situazione che

¹⁰ B. CARAVITA, *L'Italia ai tempi del coronavirus: rileggendo la Costituzione italiana*, in *federalismi.it*, 18.3.2020, afferma che il bilanciamento tra diritti e doveri costituisce la prima chiave di lettura dell'equilibrio costituzionale, sottolineando che l'art. 2 Cost., a fianco al riconoscimento e alla garanzia dei diritti inviolabili dell'uomo, sia come singolo sia nelle formazioni sociali ove si svolge la sua personalità, richiede «l'adempimento dei doveri inderogabili di solidarietà politica, economica e sociale». V. BALDINI, *Emergenza costituzionale e Costituzione dell'emergenza. Brevi riflessioni (e parziali) di teoria del diritto*, in *Dirittifondamentali.it*, fasc. 1/2020, pp. 883 ss. (citando C. MORTATI, voce *Costituzione*, in *Enciclopedia del diritto*, XI, Milano, 1962, p. 192) afferma che nella Costituzione si rivengono criteri e regole cogenti da osservarsi, *rebus sic stantibus*, nella gestione dell'emergenza, a partire dall'organo titolare dei poteri gestionali per finire all'osservanza del criterio di stretta proporzionalità nella sospensione delle tutele costituzionali. A. VENANZONI, *L'innominabile attuale. L'emergenza Covid-19 tra diritti fondamentali e stato di eccezione*, in *Forum di Quaderni Costituzionali*, n. 1/2020, pp. 490 ss., sottolinea che la Costituzione consente rimedi eccezionali ed anche estemporanei per far fronte a situazioni di tutto fuori controllo, ma che questa sospensione deve essere sempre connessa ad un requisito logico di ragionevolezza, di proporzionalità e soprattutto di temporaneità. Anche E. GROSSO, *Legalità ed effettività negli spazi e nei tempi del diritto costituzionale dell'emergenza. È proprio vero che “nulla potrà più essere come prima”?*, in *federalismi.it*, 27.5.2020, ritiene che le misure limitative dell'ordinario svolgimento della democrazia costituzionale «in tanto sono dalla Costituzione ammesse in quanto sorrette da proporzionalità e soprattutto da temporaneità». Precisa G. SILVESTRI, *L'individuazione dei diritti della persona*, in *Diritto Penale Contemporaneo*, 2018, p. 9, che «[i]l bilanciamento è sempre tra diritti fondamentali. Anche quando vengono chiamati in causa interessi fondamentali della collettività (sicurezza, salute, etc.) è necessario, sia per il legislatore che per gli interpreti, scomporre idealmente l'interesse generale invocato, per vedere se la lesione ipotizzata, che giustifica la limitazione, colpisca uno o più diritti fondamentali compresi nell'area del principio invocato in opposizione. In altre parole, se si parla di sicurezza, si deve precisare quali diritti fondamentali dei cittadini vengono lesi o messi in pericolo».

¹¹ M. LUCIANI, *Il sistema delle fonti del diritto alla prova dell'emergenza*, in *Consulta Online*, cit., p. 4, individua il fondamento costituzionale dell'emergenza «nei tradizionali principi del *primum vivere* e della *salus rei publicae*», la cui positivizzazione («[s]ebbene i Costituenti abbiano consapevolmente deciso di non normare esplicitamente lo stato di emergenza») si rinverrebbe «in significativi loci: nella previsione dell'indivisibilità (art. 5) e dell'unità (art. 87) della Repubblica, ma anche in quell'intangibilità dei principi supremi del vigente ordine costituzionale, quali argini alla negoziazione pattizia, alla revisione costituzionale, al diritto sovranazionale e al diritto internazionale (artt. 7, 10, 11 e 139)».

¹² Sulla necessaria temporaneità dei provvedimenti *extra ordinem* si veda Corte cost., 22 marzo 2011, n. 115.

¹³ Cfr. G. SILVESTRI, *Covid-19 e Costituzione*, cit.: «[o]ggi più che mai è necessario riaffermare, senza tentennamenti, che qualunque limitazione di diritti fondamentali sanciti dalla Costituzione o disciplina restrittiva della generale libertà dei comportamenti – anche sotto forma di istituzione o ampliamento di doveri – deve trovare il suo presupposto in una statuizione di rango legislativo – legge formale o atto con forza di legge – perché, in un modo o nell'altro, la limitazione stessa possa essere assoggettata al vaglio del Parlamento. [...] Resta fuori dal quadro costituzionale, in ogni caso, la rimozione in blocco del controllo parlamentare e, di conseguenza, del Presidente della Repubblica e della Corte costituzionale. Ne deriva che, nelle ipotesi di emergenza, lo strumento, non surrogabile, da utilizzare per interventi immediati, è il decreto legge».

¹⁴ Corte cost., 9.5.2013, n. 85 – sulla quale ci si soffermerà *infra* – con chiaro riferimento alla lezione che Schmitt tenne a Ebrach nel 1959, ora in di C. SCHMITT, *La tirannia dei valori* (ed. italiana a cura di G. GURISATTI, Milano, 2008),

ha determinato l'emergenza) sugli altri. In altre parole, quel che in condizioni ordinarie è accettato, ovvero un certo grado di sacrificio di ciascun interesse in funzione del loro ragionevole equilibrio, viene nello stato di emergenza pacificamente stravolto.

Per stare a quanto avvenuto in questi mesi, il legislatore e l'amministrazione pubblica hanno ritenuto proporzionato limitare sino ad annullare la libertà di circolazione, cancellare il diritto al lavoro ed all'impresa economica di intere categorie, compromettere l'equilibrio del bilancio statale, pregiudicare la qualità dell'istruzione¹⁵, porre a rischio la salute fisica (di coloro le cui cure sono state posticipate per garantire la risposta sanitaria all'emergenza) e psichica¹⁶ (si pensi solo ai bambini che hanno fatto esperienza nel loro tempo "dilatato" della privazione della libertà), per fronteggiare il rischio della diffusione del contagio.

Sia il legislatore che l'amministrazione hanno fatto applicazione del principio di precauzione, il quale – come vedremo – impone un test di proporzionalità, i cui termini variano a seconda dello stato – emergenziale o ordinario – in cui la decisione precauzionale è assunta.

Senonché – ed è questo il tema che vorrei, in conclusione, evidenziare – l'approccio precauzionale dovrebbe essere un imperativo per il decisore pubblico non solo per far fronte allo stato emergenziale, quanto – e soprattutto – nella stessa pianificazione della risposta all'emergenza e nell'adozione delle misure atte ad evitare che questa insorga o a limitarne i danni, oltre a dover essere assunto, nella "società del rischio"¹⁷, come «*elemento conformativo dell'intero modo di concepire il diritto costituzionale*»¹⁸.

Nel dibattito sul dopo pandemia, perché tutto "non" torni come prima, si inseriscono – timidamente – queste mie riflessioni.

2. Il principio di precauzione

Il principio di precauzione si è affermato nella dottrina e giurisprudenza tedesca già dalla prima metà del secolo scorso¹⁹. Richiamato, nell'ordinamento europeo, dal Trattato di Maastricht del 1992, che lo ha posto alla base della politica comunitaria sull'ambiente insieme a quelli dell'azione preventiva, della

oggetto di profonda analisi critica da parte del Redattore della sentenza citata (cfr. G. SILVESTRI, *Dal potere ai principi. Libertà ed eguaglianza nel costituzionalismo contemporaneo*, Roma – Bari, 2009).

¹⁵ Anche in considerazione del diverso grado di informatizzazione delle scuole e di accesso ad internet delle famiglie.

¹⁶ Sugli impatti sulla salute mentale del *lockdown* si vedano S.K. BROOKS – R.K. WEBSTER – L.E. SMITH – L. WOODLAND – S. WESSELY – N. GREENBERG – G.J. RUBIN, *The psychological impact of quarantine and how to reduce it: rapid review of the evidence*, in *The Lancet*, 26.2.2020 e E.A. HOLMES ET AL., *Multidisciplinary research priorities for the COVID-19 pandemic: a call for action for mental health science*, in *The Lancet Psychiatry*, 15.4.2020.

¹⁷ Cfr. U. BECK, *Risikogesellschaft. Auf dem Weg in eine andere Moderne*, Frankfurt am Main, 1986.

¹⁸ G. ZAGREBELSKY, *Decidere noi della scienza*, in www.repubblica.it, 21 febbraio 2012. L'Autore prosegue: «[i]l diritto costituzionale di oggi deve essere un "diritto prognostico", che guarda avanti, fin dove, nel tempo, le previsioni scientifiche permettono di gettare lo sguardo».

¹⁹ Per un'approfondita analisi della precauzione nel diritto pubblico tedesco si veda P. SAVONA, *Il principio di precauzione e il suo ruolo nel sindacato giurisdizionale sulle questioni scientifiche controverse*, in *federalismi.it*, 28 dicembre 2011.

correzione in via prioritaria alla fonte e del “chi inquina paga”²⁰, ha ricevuto la sua definitiva consacrazione come principio del diritto internazionale nella Dichiarazione di Rio del 1992, il cui principio n. 15 sancisce che «[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»²¹.

Per vero, l'appartenenza del principio di precauzione al diritto internazionale consuetudinario è ancora controversa, essendo da parte di autorevole dottrina ritenuto «*far too vague to serve as a regulatory standard*»²². Tale giudizio, però, prevalente prima di Rio 1992²³, risulta riequilibrato da chi ha identificato proprio nella Dichiarazione conclusiva dell'*Earth Summit* l'evento che ha completato il processo di cristallizzazione consuetudinaria del principio²⁴.

²⁰ Originariamente l'art. 130R, divenuto poi art. 174, par. 2, TCE e, quindi, oggi, art. 191, par. 2, TFUE. Per un commento all'art. 130 R si veda A. DOYLE, *Precaution and prevention: giving effect to Art. 130r without direct effect*, in *European Environmental Law Review*, 1999, pp. 44 ss..

²¹ La letteratura giuridica sul principio di precauzione è molto vasta. Tra i contributi più recenti, con ampie citazioni della dottrina precedente, si indicano: P. CRAIG, *EU Administrative Law*, III ed., Oxford, 2018, pp. 694 ss. e l'ampia dottrina ivi citata; R. TITOMANLIO, *Il principio di precauzione fra ordinamento europeo e ordinamento italiano*, Torino, 2018; F. DE LEONARDIS, *Tra precauzione, prevenzione e programmazione*, in L. GIANI – M. D'ORSOGNA – A. POLICE, *Dal diritto dell'emergenza al diritto del rischio*, Napoli, 2018, pp. 49 ss.; S. GIULIETTI, *I principi di prevenzione e precauzione nella materia ambientale*, *ibidem*, pp. 237 ss..

²² D. BODANSKY, *New Developments in International Environmental Law*, in *American Society of International Law Proceedings*, 85, 1991, pp. 413-418. Si veda, sul tema, anche D. BODANSKY, *Customary (and Not So Customary) Environmental Law*, in *Indiana Journal of Global Legal Studies*, vol. 3, 1995, pp. 105 ss.. Vi è anche chi vede nell'indeterminatezza del principio un vantaggio. Si veda in questo senso A. HERWIG, *The precautionary principle in support of practical reason. An argument against formalistic interpretations of the precautionary principle*, in C. JOERGES – E.U. PETERSMAN (eds), *Constitutionalism, Multilevel Trade Governance and Social Regulation*, Oxford, 2006, p. 305: «[t]he indeterminacy of the precautionary principle is an advantage, because it invites decision makers to search for better round for justifying regulatory responses to hazards». A. AUST, *Handbook of International Law*, Cambridge (UK), 2010, pp. 306-307, ritiene che il principio di precauzione non corrisponda al diritto consuetudinario, ma può essere rilevante per interpretare ed applicare il diritto consuetudinario sulla responsabilità dello Stato e sulla prevenzione dei rischi. C. FOCARELLI, *Economia globale e diritto internazionale*, Bologna, 2016, p. 58, afferma che «*si può anche parlare di “principio” se per principio si intende un'idea largamente riscontrabile nella prassi, soprattutto convenzionale, ma è da escludersi che ne derivino obblighi specifici oltre quelli previsti dagli strumenti convenzionali che lo sanciscono*».

²³ Osserva L. GRADONI, *Il principio di precauzione nel diritto dell'Organizzazione Mondiale del Commercio*, in A. BIANCHI – M. GESTRI (a cura di), *Il principio precauzionale nel diritto internazionale e comunitario*, Milano, 2006, pp. 155-156, nota n. 21, che nel periodo antecedente alla Conferenza di Rio la dottrina ha espresso uno scetticismo quasi unanime sull'appartenenza del principio al diritto internazionale generale, citando, oltre al già indicato Bodansky, L. GÜNDLING, *The Status in International Law of the Principle of Precautionary Action*, in *International Journal of Estuarine and Coastal Law*, 1990, pp. 23 ss.; P.A. NOLLKAEMPER, *The Precautionary Principle in International Environmental Law: What's New under the Sun?*, in *Marine Pollution Bulletin*, 1991, pp. 107 ss.; P. BIRNIE – A. BOYLE, *International Law and the Environment*, Oxford, 1992, pp. 98 ss.. *Contra*, E. HEY, *The Precautionary Concept in Environmental Policy and Law: Institutionalizing Caution*, in *Georgetown International Environmental Law Review*, 1992, pp. 303 ss..

²⁴ Così ancora L. GRADONI, *Il principio di precauzione del diritto dell'Organizzazione Mondiale del Commercio*, cit., pp. 155-156, nota n. 21, che indica tra gli Autori interpreti di questo orientamento J. CAMERON, *The Status of the Precautionary Principle in International Law*, in T. O'RIORDAN – J. CAMERON (eds), *Interpreting the Precautionary Principle*, Londra, 1994, pp. 263 ss.; O. MCINTYRE – T. MOSEDALE, *The Precautionary Principle as a Norm of Customary International Law*, in *Journal of Environmental Law*, 1997, pp. 221 ss.. La Corte internazionale di giustizia, nella sentenza del 20 aprile 2010, *Argentina v. Uruguay* (relativa al caso delle cartiere sul fiume Uruguay), ha parlato del «*principio di precauzione quale regola consuetudinaria la cui origine è da rinvenire nell'obbligo di diligenza che lo Stato deve rispettare nel territorio*». Sulla natura della consuetudine internazionale quale comportamento costante ed uniforme tenuto dagli Stati, accompagnato dalla

Il principio si afferma, quindi, in funzione della tutela dell'ambiente e come tale è stato sancito nel diritto internazionale²⁵, dell'Unione europea (art. 191, paragrafo 2, TFUE) e di diversi Stati²⁶. Nella sua applicazione il principio è stato esteso nei vari ordinamenti a presidio anche di altri interessi²⁷, tutti, però – come la tutela della salute umana²⁸ – comunque riconducibili al valore ambiente nella sua accezione più lata²⁹, per i quali rileva l'incertezza scientifica circa la possibilità di danni³⁰.

convinzione dell'obbligatorietà e della necessità dello stesso (quindi, con i due elementi costitutivi della *diuturnitas* e dell'*opinio juris sive necessitatis*), si veda per tutti B. CONFORTI, *Diritto internazionale*, XI ed., Milano, 2018, pp. 40 ss.. Si veda l'illustre Autore anche per il ruolo delle dichiarazioni delle Nazioni Unite ai fini della formazione del diritto consuetudinario, in quanto «*somma degli atteggiamenti degli Stati che le adottano*» (*ibidem*, p. 67). L'Autore però poi, chiedendosi se lo Stato sia obbligato dal diritto internazionale generale a gestire razionalmente le risorse del proprio territorio secondo i principi dello “sviluppo sostenibile”, della “responsabilità intergenerazionale” e dell’“approccio precauzionale”, conclude negativamente, in assenza di sicuri dati della prassi, limitandosi a rilevare «*una linea di tendenza che va affermandosi in seno alla comunità internazionale*» (*ibidem*, pp. 242-243). Ritengono che il principio di precauzione integri una consuetudine internazionale TROUWBORST, *Precautionary Rights and Duties of States*, Leiden, 2006 e ID., *Evolution and Status of the Precautionary Principle in International Law*, L'Aia – Londra – New York, 2002; D. FREESTONE, *International Fisheries Law since Rio: the Continued Rise of the Precautionary Principle*, in A.E. BOYLE – D. FREESTONE, *International Law and Sustainable Development*, Oxford, 1999, pp. 134 ss.; J. CAMERON, *The Status of the Precautionary Principle in International Law*, in T. O'RIORDAN – J. CAMERON (eds), *Interpreting the Precautionary Principle*, Londra, 1994, p. 270. Ritengono, invece, che il principio rappresenti una norma consuetudinaria in formazione P.M. DUPUY, *Le principe de précaution, règle émergente du droit international général*, in C. LEBEN – J. VERHOEVEN, *Le principe de précaution. Aspects de droit international ed communautaire*, Parigi, 2002; pp. 95 ss.. Si vedano anche le opinioni espresse dal Giudice Weeramantry nel *Case concerning Gabčíkovo-Nagymaros Project (Hungary v. Slovakia)*, deciso dalla Corte internazionale di giustizia con sentenza del 25 settembre 1997 e dallo stesso Giudice e dal Giudice Palmer, nella richiesta di riesame da parte della Nuova Zelanda della decisione nel *Nuclear Tests Case* del 1974, di cui all'ordinanza del 22 settembre 1995. Entrambi i giudici sostengono che il principio di precauzione sia norma di diritto internazionale generale riguardante l'ambiente.

²⁵ Nello stesso *Earth Summit* di Rio de Janeiro del 1992, conclusosi con la citata dichiarazione, è stata adottata la Convenzione Quadro sui cambiamenti climatici, che contempla il principio di precauzione all'art. 3.3.. Anche il Preambolo della Convenzione sulla diversità biologica, adottata nella stessa Conferenza, fa riferimento al principio di precauzione. Prima ancora, il principio di era stato oggetto di riferimento nella Carta mondiale della natura adottata dall'Assemblea Generale delle Nazioni Unite nel 1982, ripreso poi nella seconda metà degli anni Ottanta del secolo scorso in documenti in materia di tutela internazionale dell'ambiente marino (le Dichiarazioni Ministeriale della Prima e Seconda Conferenza Internazionale sulla protezione del Mare del Nord, adottate rispettivamente a Brema il 1° novembre 1984 e a Londra il 25 novembre 1987 e la Convenzione di Parigi per la protezione dell'ambiente marino per l'Atlantico Nord-Orientale del 1992), e citato nei Preamboli della Convenzione di Vienna per la protezione della fascia di ozono del 1985 e del relativo Protocollo di Montreal del 1987.

²⁶ Italia, Germania, Spagna, Belgio, Svezia, Olanda, Regno Unito. La Francia ha inserito nel 2004 il principio nell'art. 5 della propria Costituzione, sancendo che «*lorsque la réalisation d'un dommage, bien qu'incertaine en l'état des connaissances scientifiques, pourrait affecter de manière grave et irréversible l'environnement, les autorités publiques veillent, par application du principe de précaution, à l'adoption de mesures provisoires et proportionnées afin d'éviter la réalisation du dommage ainsi qu'à la mise en uvre de procédures d'évaluation des risques encourus*».

²⁷ F. DE LEONARDIS, *Il principio di precauzione*, in M. RENNA – F. SAIITA (a cura di), *Studi sui principi del diritto amministrativo*, Milano, 2012, pp. 413 ss. (spec. pp. 416-417) afferma che deve ritenersi, anche in conformità con quanto stabilisce il diritto comunitario, che il principio di precauzione abbia portata più ampia del diritto ambientale e che possa essere applicato trasversalmente in molti altri settori, rilevando che sono più di cinquanta le direttive, i regolamenti, le decisioni che citano espressamente il principio di precauzione in settori differenti dall'ambiente e dalla salute (citando oltre alla legislazione alimentare e agli OGM, la sicurezza generale dei prodotti, la ricerca, i fondi strutturali, l'alimentazione animale e gli aiuti di stato). Sottolineano che il principio di precauzione, sebbene nato con riferimento alla materia ambientale, oggi non possa più riferirsi soltanto ad essa P. KOURILSKY – G. VINEY, *Le principe de précaution*, Parigi, 2000, p. 144.

²⁸ Cfr. Corte Giust. UE (Grande Sezione), 1.10.2019, *Mathieu Blaise e a.*, C-616/17, par. 41: «*sebbene l'articolo 191, paragrafo 2, TFUE preveda che la politica in materia ambientale è fondata, in particolare, sul principio di precauzione, tale principio è applicabile anche nel contesto di altre politiche dell'Unione, segnatamente della politica di protezione della salute pubblica nonché quando le*

Non è condivisibile invece la tesi di Sunstein³¹, che pone in relazione il principio a qualsiasi interesse meritevole di tutela, rinvenendo un approccio precauzionale financo nella decisione degli Stati Uniti di muovere guerra all'Iraq, pur non avendo la certezza del possesso da parte di questo di armi di distruzione di massa. Così inteso, il principio non può non innescare un cortocircuito logico, perché qualsiasi decisione si pone come precauzionale rispetto ad un interesse ma al tempo stesso pregiudizievole di altri interessi in conflitto, pur sempre meritevoli di tutela³².

Per tale ragione può forse affermarsi che il principio consacra una tendenziale prevalenza dell'interesse alla tutela dell'ambiente e della salute umana sugli altri interessi in conflitto³³.

3. La proporzionalità quale elemento essenziale dell'approccio precauzionale

L'art. 191, paragrafo 2, TFUE contempla il principio di precauzione non come un principio "assoluto", ma come uno dei principi su cui si fonda la politica ambientale dell'Unione, la quale, ai sensi del paragrafo 3 dello stesso articolo, deve tener conto, oltre che dei dati scientifici e tecnici disponibili, delle condizioni dell'ambiente nelle varie regioni dell'Unione, dei vantaggi e degli oneri che possono derivare dall'azione o dall'assenza di azione e dello sviluppo socioeconomico dell'Unione nel suo insieme e dello sviluppo equilibrato delle sue singole regioni.

istituzione dell'Unione europea adottano, nell'ambito della politica agricola comune o della politica del mercato interno, misure di protezione per la salute umana».

²⁹ Fabrizio Fracchia, proprio riflettendo sugli effetti della pandemia da Covid-19, afferma che «il diritto dell'ambiente ha senso anche e soprattutto perché serve a proteggere la specie umana, sicché, anche per una finalità banalmente egoistica (che comunque innerva con forza questo settore del diritto), dobbiamo prenderci seriamente cura del contesto in cui viviamo. In caso contrario, la natura, aggredita, ci aggredirà (o ci renderà più deboli nei confronti delle pandemie): la cifra essenziale del diritto dell'ambiente (senso del limite e salutare freno all'illusione di onnipotenza e di controllo totale dell'uomo), dunque, dovrà irradiare di sé tutto l'ordinamento giuridico così come dovrà illuminare le scelte programmatiche e pianificatorie dei poteri pubblici» (F. FRACCHIA, *Coronavirus, senso del limite, deglobalizzazione e diritto amministrativo: nulla sarà più come prima?*, in *Diritto dell'economia*, n. 3/2019, p. 584). È noto, d'altronde, che nel nostro ordinamento, in assenza di un'originaria previsione costituzionale (ma tuttora la Costituzione italiana contempla la tutela dell'ambiente solo nell'art. 117, in materia di riparto delle competenze legislative tra Stato e Regioni), l'ambiente si sia affermato per via giurisprudenziale come valore costituzionale in quanto diritto ad un ambiente salubre, muovendo dall'art. 32 Cost.. Si vedano, per le prime pronunce, Corte cost., 23 luglio 1974, n. 247 e Cass., Sez. un., 6 ottobre 1979, n. 5172.

³⁰ La comunicazione della Commissione sul principio di precauzione (COM/2000/0001 def.) del 2 febbraio 2000 afferma che il principio «trova applicazione in tutti i casi in cui una preliminare valutazione scientifica obiettiva indica che vi sono ragionevoli motivi di temere che i possibili effetti nocivi sull'ambiente e sulla salute degli esseri umani possano essere incompatibili con l'elevato livello di protezione prescelto dalla Comunità».

³¹ C.R. SUNSTEIN, *Laws of Fear. Beyond the Precautionary Principle*, Cambridge, 2005, *passim*.

³² Questo limite è riconosciuto dallo stesso Sunstein che indica, perciò, nell'incoerenza il vero problema del principio di precauzione (come dall'Autore inteso) nella sua forma più stringente, in quanto le misure regolative che il principio induce ad adottare generano nuovi rischi, per cui il principio stesso vieta ciò che contemporaneamente impone di fare (cfr. *op.cit.* p. 27).

³³ Si veda, in tal senso, Cons. St., 11.5.2020, n. 2964: «[i]l "principio di precauzione", che è principio generale di diritto comunitario, fa obbligo alle autorità competenti di adottare tutti i provvedimenti appropriati al fine di prevenire taluni rischi potenziali per la salute pubblica, per la sicurezza e per l'ambiente, facendo prevalere le esigenze connesse alla protezione di tali valori sugli altri interessi concorrenti».

Coerentemente, la Commissione europea³⁴ indica i principi generali di una buona gestione dei rischi, sulla base dei quali vengono legittimamente adottate misure precauzionali, ponendo al primo posto la “proporzionalità”, quindi la “non discriminazione”, la “coerenza”, l’“esame dei vantaggi e degli oneri derivanti dall’azione o dalla mancata azione” e l’“esame dell’evoluzione scientifica”.

Pare evidente come tali principi siano tutti predicato o esplicazione del primo, il principio di proporzionalità³⁵, concetto chiave del costituzionalismo globale, frutto della circolazione dei modelli giuridici e delle tecniche argomentative nel sistema multilivello di protezione dei diritti dell’uomo³⁶.

La proporzionalità è anche principio generale dell’ordinamento europeo, posto dall’art. 5, paragrafo 4, del TUE³⁷ – ove si prevede che in virtù di tale principio «*il contenuto e la forma dell’azione dell’Unione si limitano a quanto è necessario per il conseguimento degli obiettivi dei Trattati*» – ed assunto dalle Corti europee – di Giustizia e dei diritti dell’uomo – quale parametro di validità delle misure nazionali o degli atti dell’Unione che incidono sull’esercizio dei diritti e libertà fondamentali³⁸.

³⁴ Comunicazione della Commissione sul principio di precauzione COM (2000)0001 def.

³⁵ Come è stato osservato, «[l]e principe de précaution est indissociable du principe de proportionnalité. Il repose sur un art des pondération» (F. EWALD – C. GOLLIERS – N. DE SADELEER, *Le principe de précaution*, cit., p. 54). E ancora: «[i]l principio di precauzione costituisce un importante paradigma del principio di proporzionalità» (S. COGNETTI, *Potere amministrativo e principio di precauzione fra discrezionalità tecnica e discrezionalità pura*, in AA.VV., *Istituzioni di diritto amministrativo*, Torino, 2017, p. 130). Anche la letteratura giuridica sul principio di proporzionalità è molto estesa. Limitandomi alle sole monografie ed opere collettanee, indico tra le principali: A. FACHECHI (a cura di), *Dialoghi su ragionevolezza e proporzionalità*, Napoli, 2019; G. MOSCHETTI, *Il principio di proporzionalità come “giusta misura” del potere nel diritto tributario*, Padova, 2017; E. BUOSO, *Proporzionalità, efficienza e accordi nell’attività amministrativa*, Padova, 2013; A. SAU, *La proporzionalità nei sistemi amministrativi complessi. Il caso del governo del territorio*, Milano, 2013; A. BARAK, *Proportionality: Constitutional Rights and Their Limitations*, Cambridge, 2012; V. FANTI, *Dimensioni della proporzionalità. Profili ricostruttivi tra attività e processo*, Torino, 2012; S. COGNETTI, *Principio di proporzionalità. Profili di teoria generale e di analisi sistematica*, Torino, 2011; F. MERUSI, *Ragionevolezza e discrezionalità amministrativa*, Napoli, 2011; S. VILLAMENA, *Contributo in tema di proporzionalità amministrativa*, Milano, 2008; F. MODUGNO, *La ragionevolezza nella giustizia costituzionale*, Napoli, 2007; A. MORRONE, *Il custode della ragionevolezza*, Milano, 2001; G. SCACCIA, *Gli “strumenti” della ragionevolezza del giudizio costituzionale*, Milano, 2000; E. ELLIS (ed), *The Principle of Proportionality in the Laws of Europe*, Oxford, 1999; D.U. GALETTA, *Principio di proporzionalità e sindacato giurisdizionale nel diritto amministrativo*, Milano, 1998; A. SANDULLI, *La proporzionalità dell’azione amministrativa*, Padova, 1998; N. EMILIOU, *The Principle of Proportionality in European Law: A Comparative Study*, London, 1996; M.P. VIPIANA, *Introduzione al principio di ragionevolezza nel diritto pubblico*, Padova, 1993; R. BIN, *Diritti e argomenti. Il bilanciamento degli interessi nella giurisprudenza costituzionale*, Milano, 1992; A. SANDULLI, *Il principio di ragionevolezza nella giurisprudenza costituzionale*, ora in *Scritti giuridici*, vol. I, Napoli, 1990, pp. 683 ss.; R. VON KRAUSS, *Der Grundsatz der Verhältnismäßigkeit in seiner Bedeutung für die Notwendigkeit des Mittels im Verwaltungsrecht*, Hamburg, 1955. Rimane, inoltre, fondamentale ed anticipatore il saggio di M.S. GIANNINI, *Il potere discrezionale della pubblica amministrazione: concetti e problemi*, Milano, 1939.

³⁶ Così G. SCACCIA, *Proporzionalità e bilanciamento tra diritti nella giurisprudenza delle Corti europee*, in *Rivista AIC*, n. 3, 26 settembre 2017. L’Autore richiama sul punto T.A. ALEINIKOFF, *Constitutional Law in the Age of Balancing*, in *Yale Law Journal*, vol. 96, 1987, pp. 943 ss., che collegava all’affermarsi del *balancing* come modalità centrale di *legal reasoning* nel costituzionalismo lo stesso effetto di spiazzamento che la teoria della relatività aveva prodotto sulle scienze esatte. Sul tema si veda anche A. STONE SWEET – J. MATHEWS, *Proportionality Balancing and Global Constitutionalism*, in *Columbia Journal Transnational Law*, 47, 2008, pp. 72 ss. e G. DELLA CANANEA, *Reasonableness in Administrative Law*, in G. BONGIOVANNI – G. SARTOR – C. VALENTINI (eds), *Reasonableness and Law*, L’Aia, 2009, pp. 171 ss.. Al principio di proporzionalità è stato dedicato il volume dell’*Annuaire International de Justice Constitutionnelle*, XXV – 2009, Marsiglia, 2010, che raccoglie contributi di autori di tutto il mondo.

³⁷ L’articolo riproduce senza sostanziali variazioni l’art. 3-b del Trattato di Maastricht.

³⁸ L’art. 52, par. 1, della Carta dei diritti fondamentali nell’Unione europea, proclamata a Nizza il 7 dicembre 2000, dopo aver premesso che «[e]ventuali limitazioni all’esercizio dei diritti e delle libertà riconosciuti dalla presente Carta devono essere

Anche il principio di proporzionalità ha le proprie origini nel diritto tedesco³⁹ ed è stato portato a livello europeo dalla Corte di giustizia⁴⁰, rielaborato e restituito agli Stati membri, secondo un processo che Merusi definisce «*circolarità germanica*», in quanto ha riguardato la formazione di quasi tutti i principi dell'ordinamento europeo⁴¹.

Il test di proporzionalità si articola su tre livelli di giudizio⁴²: idoneità, necessità e proporzionalità in senso stretto⁴³. Il primo valuta l'attitudine della misura adottata a realizzare gli obiettivi di interesse

previste dalla legge e rispettare il contenuto essenziale di detti diritti e libertà», dispone che «[n]el rispetto del principio di proporzionalità, possono essere apportate limitazioni solo laddove siano necessarie e rispondano effettivamente a finalità di interesse generale riconosciute dall'Unione o all'esigenza di proteggere i diritti e le libertà altrui».

³⁹ Si veda sul punto A. BARAK, *Proportionality: Constitutional Rights and Their Limitations*, cit., pp 175 ss..

⁴⁰ Sin dalle proprie prime sentenze la Corte vi fa esplicito riferimento. Cfr. Corte Giust. CEE, 16.7.1956, *Fédération Charbonnière*, C-8/1955; 14.12.1962, *Società acciaierie San Michele*, C-5-11 e 13-15/62; 19.3.1964, *Schmitz*, C-18/63. Più in generale, la Corte di giustizia, sin dalla sentenza 12.7.1957, *Algera*, C-7/56, 3/57-7/57, ha statuito che, allo scopo di non denegare giustizia, nell'ipotesi in cui non vi fosse alcuna norma giuridica di riferimento nei Trattati o nel diritto derivato, essa sarebbe stata tenuta «*a risolvere tale problema informandosi alle leggi, alla dottrina ed alla giurisprudenza dei paesi membri*». Per questa via, muovendo proprio dagli ordinamenti dei paesi membri (ed in particolare da quello tedesco), la Corte ha elaborato ed enunciato i principi generali del diritto europeo, i quali si impongono poi allo stesso diritto derivato UE ed al diritto nazionale dei paesi membri ogni volta ci si trovi nell'ambito di applicazione del diritto UE. Come osservato da D.U. GALETTA, *Il principio di proporzionalità e il suo effetto di "spillover" negli ordinamenti nazionali*, in *Nuove Autonomie*, 2005, pp. 541 ss., il principio di proporzionalità (e gli altri principi generali posti dalla giurisprudenza UE) non è rimasto relegato solo nell'ambito delle materie di competenza dell'Unione, estendendosi, grazie all'uso fattone da parte dei giudici degli Stati membri, anche ad ambiti e materie non strettamente di rilevanza per il diritto UE. E ciò perché i principi generali del diritto non conoscono confini di materia quanto alla possibile estensione del loro ambito di applicazione. Sul tema si veda, della stessa Autrice, *Il principio di proporzionalità fra diritto nazionale e diritto europeo (e con uno sguardo anche al di là dei confini dell'Unione Europea)*, in www.giustizia-amministrativa.it, 31 gennaio 2020.

⁴¹ F. MERUSI, *La legalità amministrativa. Altri sentieri interrotti*, Bologna, 2012, p. 14. L'Autore si riferisce in particolare al principio del legittimo affidamento, ma l'efficace definizione del modello può essere applicata agli altri principi derivati dal diritto tedesco.

⁴² M. CARTABIA, *I principi di ragionevolezza e proporzionalità nella giurisprudenza costituzionale italiana*, in www.cortecostituzionale.it, 12.11.2013, rileva che alcune Corti contemplano quattro fasi, la prima delle quali, detta di «*legittimità*», consiste nella verifica che il legislatore abbia agito per uno scopo legittimo, non in contrasto con i principi costituzionali.

⁴³ I tre livelli di giudizio sono stati indicati dalla giurisprudenza costituzionale tedesca già nella sentenza del Bundesverfassungsgericht, 11 giugno 1958, in *BVerfGE* 7, pp. 377 ss.. Si veda per un esempio di scrutinio trifasico Corte Giust., 10.9.2009, *Commissione c. Repubblica di Malta*, C-76/08, ove la Corte, a proposito della legittimità di deroghe che sono state introdotte dalla Repubblica di Malta autorizzando la caccia, rispetto agli obblighi imposti agli Stati membri dalla direttiva 79/49/CEE relativa alla protezione di talune specie di uccelli selvatici, ha ritenuto le deroghe stesse idonee e necessarie, ma non proporzionali in senso stretto, poiché gli obiettivi perseguiti dalla direttiva ne risultavano gravemente minacciati. Si veda anche, come esempi del modello di sindacato trifasico: Corte Giust., 10.3.2005, *Tempelman*, C-96 e 97/03; 18 maggio 1993, *Ives Rocher*, i C-126/91; 11.7.1989, *Schröder*, C-265/87. Moltissime, invece, sono le pronunce nelle quali lo scrutinio della Corte si ferma al secondo stadio di giudizio, statuendo che «*il principio di proporzionalità, come parte integrante dei principi generali del diritto dell'Unione, esige che gli strumenti disposti da una norma siano idonei a realizzare lo scopo perseguito e non vadano oltre quanto è necessario per raggiungerlo*» (così, Corte Giust. UE, 23.9.2013, *Repubblica di Estonia v. Parlamento e Consiglio UE*, C-508/13, par. 28; cfr. in termini, *ex multis*, Corte Giust. UE, 8.4.2014, *Digital Rights Ireland Ltd v. Minister for Communications, Marine and Natural Resources et a.* e *Kärntner Landesregierung et a.* C-293/12 e C-594/12 par. 46 e la giurisprudenza ivi citata). Si veda anche la recente Corte Giust. UE, 30.1.2020, *Tim S.p.A. c. CONSIP e Min. economia e finanze*, C-395/18, par. 45, che, sulla base di una valutazione di sola necessità fa discendere dal principio di proporzionalità il divieto di *gold plating*, statuendo che «*in osservanza del principio di proporzionalità che costituisce un principio generale del diritto dell'Unione, le norme stabilite dagli Stati membri o dalle amministrazioni aggiudicatrici nell'ambito dell'attuazione delle disposizioni della direttiva di cui sopra, come le norme destinate a specificare le condizioni di applicazione dell'articolo 57 di tale direttiva, non devono andare oltre quanto è necessario per raggiungere gli obiettivi previsti da questa stessa direttiva*». Tant'è che D.U. GALETTA, *Il principio di proporzionalità*, in M. RENNA – F. SAIITA,

pubblico attesi; il secondo è volto ad accertare se la misura sia la meno lesiva di altri interessi in conflitto tra quelle astrattamente idonee a produrre il medesimo obiettivo pratico ed il terzo si sostanzia in una valutazione comparativa dei beni e degli interessi coinvolti dalla misura stessa. L'ultimo livello del test ha un carattere residuale. Ad esso si ricorre solo quando il livello più elevato di realizzazione di un interesse pubblico è assicurato dalla misura che – tra le diverse possibili – più incide lesivamente sugli interessi in conflitto. In tal caso dovrà operarsi un vero e proprio bilanciamento di interessi per decidere se, nel caso di specie, vadano privilegiate le utilità cui la misura è funzionale o evitati i danni che la stessa arreca agli interessi in conflitto⁴⁴. Robert Alexy individua la “legge del bilanciamento” nella seguente regola: «quanto più alto è il grado di non-realizzazione o di lesione di un principio, tanto più grande deve essere l'importanza della realizzazione dell'altro principio»⁴⁵.

Il giudizio di proporzionalità si sostanzia, quindi, in una valutazione che, se riguarda misure legislative, ha carattere politico: politica è la scelta delle finalità di interesse pubblico da perseguire; politica è la decisione circa le utilità che vanno privilegiate e i beni che vanno sacrificati nell'operazione di bilanciamento⁴⁶. Si tratta però di discrezionalità politica condizionata da limiti esterni, globali, rappresentati dalle norme consuetudinarie e pattizie del diritto internazionale e dagli impegni assunti in

Studi sui principi del diritto amministrativo, cit., p. 400, afferma che «[s]e non possono sussistere dubbi sul fatto che la giurisprudenza comunitaria abbia mutuato il principio di proporzionalità dall'ordinamento tedesco, è tuttavia altrettanto assodato che il modello di sindacato giurisdizionale “a tre gradini” proposto dalla dottrina tedesca non ha mai trovato piena accoglienza nella giurisprudenza dei giudici UE». Si vedano sul punto M. FROMONT, *Le principe de proportionnalité*, in *Actualité juridique-droit administratif*, 1995, n. spécial, pp. 156 ss.. Infine, nelle sentenze su domanda di pronuncia pregiudiziale solitamente la Corte di giustizia rimette al giudice del rinvio la verifica in concreto nel carattere necessario e proporzionato (anche in senso stretto) della norma interna. Si veda ad esempio Corte Giust. UE, 28.5.2020, *Syndyk Masy Upadłości ECO-WIND Construction S, A, w upadłości*, C-727/17, par. 81.

⁴⁴ Cfr. in questo senso G. SCACCIA, *Proporzionalità e bilanciamento tra diritti nella giurisprudenza delle Corti europee*, cit., pp. 5-6. D.U. GALETTA, *Il principio di proporzionalità*, cit., p. 392, rileva che il parametro della proporzionalità in senso stretto implica che la misura adottata dai pubblici poteri non deve essere tale da gravare in maniera eccessiva sull'interessato e da risultargli, perciò, intollerabile, osservando che non è un caso se tale parametro si sia affermato pienamente come criterio valutativo solo dopo il 1945: è, infatti, a seguito dell'esperienza totalitaria dello Stato nazionalsocialista che si fa largo fra i giuristi tedeschi l'idea che sia necessario paragonare obiettivo e mezzo e ponderarli nella loro rispettiva importanza. M. CARTABIA, *I principi di ragionevolezza e proporzionalità*, cit., p. 5, osserva che è quest'ultima la fase più delicata, quella che esige che il giudice spalanchi lo sguardo delle sue valutazioni, fino a proiettarsi sull'impatto effettivo della legislazione sottoposta al suo esame: ciò richiede una conoscenza del dato di esperienza reale che la legge disciplina, che supera di gran lunga il dato giuridico positivo, strettamente inteso.

⁴⁵ R. ALEXY, *Dignità umana e proporzionalità*, in *Lo Stato*, n. 10, 2018, p. 17. L'illustre Autore afferma che i principi di adeguatezza e necessità si riferiscono all'ottimizzazione relativamente alle possibilità di fatto, la quale consiste nell'evitare i costi evitabili. Quando i principi collidono, tuttavia, i costi sono inevitabili e allora il bilanciamento diviene necessario. Il bilanciamento è l'oggetto del terzo sottoprincipio del principio di proporzionalità: il principio di proporzionalità in senso stretto. Tale principio esprime il significato dell'ottimizzazione relativamente alle possibilità giuridiche.

⁴⁶ La Commissione europea, al punto 5 del sommario della comunicazione sul principio di precauzione, evidenzia che «[g]iudicare quale sia un livello di rischio “accettabile” per la società costituisce una responsabilità eminentemente politica [enfasi nel testo]».

quell'arena, e dal limite interno della ragionevolezza della ponderazione comparativa degli interessi coinvolti in ragione della tutela accordata loro dall'ordinamento⁴⁷.

Il carattere "politico" della scelta si riverbera, a giudizio della Corte di giustizia, anche sul relativo sindacato giurisdizionale, limitato alla manifesta inappropriata della misura adottata⁴⁸, sulla base di una valutazione *ex ante*⁴⁹.

4. I principi di precauzione e proporzionalità nell'ordinamento interno

L'Italia ha codificato in via generale il principio di precauzione con il d.lgs. 3 aprile 2006, n. 152, recante il c.d. Codice dell'ambiente, il quale dopo averlo richiamato all'art. 3-ter tra i principi che devono informare l'azione ambientale, gli dedica l'art. 301.

I principi di precauzione e proporzionalità erano però già entrati nell'ordinamento interno sia direttamente per il principio di integrazione tra fonti eurounitarie e nazionali, con supremazia delle prime sulle seconde, sia per il rinvio recettizio operato con la riforma del 2005 della legge sul procedimento amministrativo, che ha inserito all'art. 1, comma 1, fra i principi da cui è retta l'attività amministrativa, i «*principi dell'ordinamento comunitario*»⁵⁰. Successivamente, il codice del processo amministrativo (d.lgs. 2 luglio 2010, n. 104) ha disposto con il suo art. 1 che la giurisdizione amministrativa assicura una tutela piena ed effettiva «*secondo i principi della Costituzione e del diritto europeo*», tant'è che il giudice amministrativo ha recentemente affermato che, con l'integrazione del nostro ordinamento con quello dell'Unione europea, «*il tradizionale catalogo dei vizi [dell'atto amministrativo] si è arricchito di una serie di principi di derivazione euro-unitaria direttamente applicabili al nostro sistema di giustizia in*

⁴⁷ Cfr. T.A. ALENIKOFF, *Constitutional Law in the Age of Balancing*, in *Yale Law Journal*, vol. 96, 1987, pp. 943 ss. Giustamente B. CARAVITA, *L'Italia ai tempi del Coronavirus: rileggendo la Costituzione italiana*, cit., p. 5, rilevando che il bilanciamento che va costruito con i provvedimenti di risposta all'emergenza pandemica riguarda specificamente il diritto alla salute, osserva, per il valore che a tale diritto assegna la nostra Costituzione, che tale necessario bilanciamento «*costituisce un tratto che definisce, ai sensi dell'art. 4, comma 2, TUE, l'identità nazionale italiana, non rendendo possibili soluzioni drastiche di deliberato scarso controllo sulla diffusione del virus, come quelle che sembravano profilarsi per il Regno Unito*».

⁴⁸ Cfr. Corte Giust. UE, 9.6.2016, *Giovanni Pesce e a. e Cesare Serinelli e a. v. Presidenza del Consiglio dei Ministri Italia e a.*, C-78/16 e C-79/16, punto 49; 7.9.2006, *Regno di Spagna c. Consiglio UE*, C-310/04, punto 97; 12.7.2001, *Jippes e a.*, C-189/01, punto 80; UE, 22.12.2010, *Gowan Comércio Internacional e Serviços*, C-77/09, punto 82.

⁴⁹ Cfr. Corte Giust. UE, 9.6.2016 cit., par. 50: «*la validità di un atto dell'Unione deve essere valutata in base agli elementi di fatto e di diritto esistenti alla data in cui tale atto è stato adottato e non può dunque dipendere da valutazioni retrospettive riguardanti il suo grado di efficacia. Quando il legislatore dell'Unione è chiamato a valutare gli effetti futuri di una normativa da adottare, sebbene questi effetti non possano essere previsti con certezza, la sua valutazione può essere oggetto di censura solo qualora appaia manifestamente erronea alla luce degli elementi di cui esso disponeva al momento dell'adozione della normativa stessa*». Cfr. anche Corte Giust. UE, 17.10.2013, *Schaible*, C-101/12, punto 50 e la giurisprudenza ivi citata.

⁵⁰ Cfr. l'art. 1, comma 1, legge n. 15 del 2005 di modifica dell'art. 1, comma 1, legge n. 241 del 1990. Ma già la legge costituzionale n. 3 del 2001, di riforma del titolo V della Costituzione, aveva sancito la prevalenza dell'ordinamento eurounitario sull'ordinamento interno, modificando l'art. 117, comma 1, Cost., a mente del quale «*[l]a potestà legislativa è esercitata dallo Stato e dalle Regioni nel rispetto della Costituzione, nonché dei vincoli derivanti dall'ordinamento comunitario e dagli obblighi internazionali*».

virtù del richiamo esterno ad essi operato dall'art. 1 c.p.a.», i quali, pertanto, assumono «rilevanza diretta anche nelle materie non rientranti nelle competenze dell'Unione»⁵¹.

Il principio di proporzionalità, come oggi configurato dalla giurisprudenza amministrativa, è però frutto di un graduale processo di affinamento del tradizionale principio di ragionevolezza dell'azione amministrativa⁵² e si ritrova espresso già in sentenze dei primi anni '90⁵³.

Nell'accezione corrente della giustizia amministrativa il principio di proporzionalità⁵⁴ è indicato come principio cardine dell'azione amministrativa che, ancorché non sempre annoverato dalle discipline di settore tra le regole formali a cui deve conformarsi l'esercizio del potere restrittivo della sfera giuridica del destinatario del provvedimento amministrativo, costituisce norma immanente dell'agire pubblico, rappresentandone il limite interno al corretto esercizio⁵⁵.

La Corte costituzionale ha scandito precisamente, mutuandoli dalla giurisprudenza della Corte di giustizia UE, i passaggi logici del controllo di proporzionalità delle leggi, affermando: «[i]l test di proporzionalità utilizzato da questa Corte come da molte delle giurisdizioni costituzionali europee, spesso insieme con quello di ragionevolezza, ed essenziale strumento della Corte di Giustizia dell'Unione europea per il controllo giurisdizionale di legittimità degli atti dell'Unione e degli Stati membri, richiede di valutare se la norma oggetto di scrutinio, con la misura e le modalità di applicazione stabilite, sia necessaria e idonea al conseguimento di obiettivi legittimamente perseguiti, in quanto, tra più misure appropriate, prescriba quella meno restrittiva dei diritti a confronto e stabilisca oneri non sproporzionati rispetto al perseguimento di detti obiettivi»⁵⁶.

⁵¹ TAR Lazio, Roma, sez. II, 8.7.2020, n. 7849, punto 7. Per la verità, a mio avviso, il “tradizionale catalogo dei vizi” è rimasto tale, essendo la violazione dei principi di derivazione euro-unitaria inquadrabile o nella violazione di legge (art. 1, co. 1, l. n. 241/1990) o nell'eccesso di potere, il cui strumentario di sindacato giurisdizionale (le tradizionali figure sintomatiche) è – questo sì – risultato arricchito dai principi europei.

⁵² Autorevole dottrina ha evidenziato che entrambi gli istituti, della ragionevolezza e della proporzionalità, rappresentano l'espressione della medesima esigenza, di consentire un efficace controllo sull'attività amministrativa (così P.M. VIPIANA, *Introduzione allo studio del principio di ragionevolezza nel diritto pubblico*, cit., p. 67) e che «tutte le espressioni dell'eccesso di potere possano trovare in quella clausola [il principio di ragionevolezza] la spiegazione più appagante» (così F. LEDDA, *L'attività amministrativa*, Milano, 1987, p. 110). Anche la Corte costituzionale ha statuito che il «principio di proporzionalità [...] rappresenta una diretta espressione del generale canone di ragionevolezza (ex art. 3 Cost.)» (Corte cost., 1.6.1995, n. 220).

⁵³ Cfr. Cons. St., sez. V, 3.4.1990, n. 332 e 18.2.1992, n. 132. Ma, come osserva M. CARTABIA, *I principi di ragionevolezza e proporzionalità*, cit. p. 2, «la Corte costituzionale italiana non opera alcuna distinzione tra principio di ragionevolezza e principio di proporzionalità, i quali sono spesso usati in modo del tutto fungibile l'uno rispetto all'altro».

⁵⁴ Spesso citato in coppia con il “principio di adeguatezza”. Ma a me pare evidente che non si tratti di due principi diversi, essendo l'adeguatezza uno dei connotati della proporzionalità.

⁵⁵ Si veda da ultimo TAR Lazio, Roma, sez. II, n. 7849/2020, cit., punto 8, che richiama il modello trifasico del test di proporzionalità.

⁵⁶ Corte cost., 13.1.2014, n. 1 che cita la sentenza 22.12.1988, n. 1130, a mente della quale il bilanciamento degli interessi costituzionalmente rilevanti deve svolgersi «attraverso ponderazioni relative alla proporzionalità dei mezzi prescelti dal legislatore nella sua insindacabile discrezionalità rispetto alle esigenze obiettive da soddisfare o alle finalità che intende perseguire, tenuto conto delle circostanze e delle limitazioni concretamente sussistenti». Si vedano anche Corte cost., 21.2.2019, n. 20; 27.6.2018, n. 137; 29.1.2016, n. 10; 22.12.2015, n. 272.

Inoltre, tanto la giurisprudenza amministrativa⁵⁷ che quella della Corte costituzionale⁵⁸ evidenziano l'intima connessione tra i principi di precauzione e di proporzionalità, rilevando che il primo deve essere applicato tenendo conto del secondo.

Quanto, infine, al principio di precauzione, la giurisprudenza amministrativa interna ha recepito integralmente i risultati dell'elaborazione della Corte di giustizia, affermando che *«la disciplina di tutela ambientale e della salute dei cittadini deve ritenersi ormai orientata da tale principio»*⁵⁹ e che lo stesso si sostanzia *«quale obbligo giuridico di assicurare un elevato livello di tutela ambientale con l'adozione delle migliori tecnologie disponibili finalizzato ad anticipare la tutela, poi da apprestarsi in sede legislativa, a decorrere dal momento in cui si profili un danno da riparare, ai fini sia della sua prevenzione, ove possibile, sia del suo contenimento»*⁶⁰. Si tratta, quindi, di principio generale, con valenza non solo programmatica, ma direttamente operativa qualora sussistano incertezze riguardo all'esistenza o alla portata di rischi per l'ambiente e la salute delle persone. In particolare, *«[q]ualora risulti impossibile determinare con certezza l'esistenza o la portata del rischio asserito, a causa della natura non concludente dei risultati sugli studi condotti, ma persista la probabilità di un danno reale per la salute pubblica nell'ipotesi in cui il rischio si realizzasse, il principio di precauzione giustifica l'adozione di misure restrittive»*⁶¹.

Il Consiglio di Stato ha efficacemente rappresentato il legame tra scienza e principio di precauzione affermando che la dinamica applicativa di questo, *«lungi dal fondarsi su un pregiudizio antiscientifico, postula più di qualunque altro principio del diritto una solida base scientifica»*, permettendo di individuare *«il percorso di procedimentalizzazione delle decisioni delle autorità pubbliche in situazioni di incertezza»* e di consentire così *«una gestione collettiva del rischio»*⁶². Lo stesso parere del Consiglio di Stato, poi ribadisce la coesistenzialità del principio con quello di proporzionalità affermando che *«il principio di precauzione non obbliga affatto alla scelta del “rischio zero”, semmai impone al decisore pubblico (legislatore o amministratore), in contesti determinati, di*

⁵⁷ Si veda la recente Cons. St., sez. III, 9.3.2020, n. 1692, sul noto caso *Xylella fastidiosa*, che al punto 9.3. ribadisce che il principio di precauzione deve essere applicato *«tenendo conto del principio di proporzionalità, in quale esige che gli atti delle istituzioni dell'Unione e quelli adottati dalle amministrazioni nazionali in conseguenza non superino i limiti di ciò che è appropriato e necessario per il conseguimento degli obiettivi legittimi perseguiti dalla normativa di cui trattasi, fermo restando che, qualora sia possibile una scelta tra più misure appropriate, si deve ricorrere a quella meno gravosa, e che gli inconvenienti causati non devono essere eccessivi rispetto agli scopi perseguiti»*.

⁵⁸ Si vedano Corte cost., 9.5.2013, n. 85, su cui ci si soffermerà *infra*, e Corte cost., 17.3.2006, n. 116, punto 6: *«la formulazione e specificazione del principio di coesistenza tra colture transgeniche, biologiche e convenzionali, rappresenta il punto di sintesi fra i divergenti interessi, di rilievo costituzionale, costituiti da un lato dalla libertà di iniziativa economica dell'imprenditore agricolo e dall'altro dall'esigenza che tale libertà non sia esercitata in contrasto con l'utilità sociale, ed in particolare recando danni sproporzionati all'ambiente e alla salute»*. Secondo la sentenza l'imposizione di tali limiti avviene *«sulla base dei principi di prevenzione e precauzione»*. Sul tema in dottrina G. DI COSIMO, *Corte costituzionale, bilanciamento di interessi e principio di precauzione*, in *forumcostituzionale.it*, 10.3.2015.

⁵⁹ Cons. St., sez. II, 6.4.2020, n. 2248.

⁶⁰ Cons. St., sez. II, 11.5.2020, n. 2964; Cons. St., sez. II, 6.4.2020, n. 2248 e Cons. St., sez. IV, 18.7.2017, n. 3559.

⁶¹ Cons. St., sez. III, 9.3.2020, n. 1692, che cita Corte Giust. UE, 17.12.2015, *Neptune Distribution SNC c. Ministre de l'Economie et des Finances*, C-157/14.

⁶² Cons. St., Comm. Spec., parere del 26.9.2017, n. 2065, punto 40.

prediligere, tra le plurime ipotizzabili, la soluzione che renda possibile il bilanciamento tra la minimizzazione dei rischi e la massimizzazione dei vantaggi, attraverso l'individuazione, sulla base di un test di proporzionalità, di una soglia di pericolo accettabile; la selezione di tale soglia, tuttavia può compiersi unicamente sulla base di una conoscenza completa e, soprattutto, accreditata dalla migliore scienza disponibile»⁶³.

5. Il bilanciamento dei diritti ed interessi nel tempo “ordinario” e nel tempo dell’“emergenza”

In un suo prezioso saggio Gustavo Zagrebelsky definisce “mitezza costituzionale” la necessaria coesistenza di valori e principi su cui si fonda la Costituzione, ciò che richiede che ciascuno di tali valori e tali principi sia assunto in una valenza non assoluta, compatibile con quelli con i quali deve convivere⁶⁴.

Questa considerazione – o constatazione –, condivisa dalla dottrina prevalente⁶⁵ e “praticata” nel tempo dalla giurisprudenza costituzionale⁶⁶, è stata immortalata dalla Consulta nella controversa sentenza sul caso ILVA, laddove si afferma che «*tutti i diritti fondamentali tutelati dalla Costituzione si trovano in rapporto di integrazione reciproca e non è possibile pertanto individuare uno di essi che abbia la prevalenza assoluta sugli altri. La tutela deve essere sempre “sistemica e non frazionata in una serie di norme non coordinate ed in potenziale conflitto tra loro” (sentenza n. 264 del 2012). Se così non fosse, si verificherebbe l'illimitata espansione di uno dei diritti, che*

⁶³ Cfr. anche C.G.A.R.S., 3.9.2015, n. 581.

⁶⁴ G. ZAGREBELSKY, *Il diritto mite*, Torino, 1992, pp. 11-17. L'illustre Autore assegna carattere assoluto soltanto a un «meta-valore che si esprime nel duplice imperativo del mantenimento del pluralismo dei valori (per quanto riguarda l'aspetto sostanziale) e del loro confronto leale (per quanto riguarda l'aspetto procedurale)» (p. 11). Ed aggiunge: «[l]’unico contenuto “solido”, che la scienza di una costituzione pluralista dovrebbe difendere rigorosamente e vigorosamente contro le aggressioni dei suoi nemici, è quello della pluralità dei valori e dei principi. L'unico valore “semplice” è quello del temperamento necessario e l'unico contenuto costituzionale che non si presta ad essere “integrato” in altri più comprensivi e che quindi può assumere la durezza di un concetto costituzionale “combattente”. Ma – al di là dei casi non frequenti in cui la Costituzione stessa stabilisce delle gradazioni e delle gerarchie – come i valori e i principi si accompagnino tra loro non è più un problema della scienza costituzionale, ma un problema della politica costituzionale» (p. 16).

⁶⁵ Si veda O. CHESSA, *La misura minima essenziale dei diritti sociali: problemi e implicazioni di un difficile bilanciamento*, in *Giurisprudenza Costituzionale*, fasc. 2, 1998, pp. 1170 ss.: «[l]a considerazione del bilanciamento costituzionale alla stregua di un principio immanente all'ordinamento costituzionale discende dall'idea che la Costituzione debba assolvere ad un compito essenziale e principale di “unificazione”, all'idea, cioè, che la Costituzione sia principalmente un “sistema di valori” da armonizzare per mezzo di un'opera attenta di relativizzazione interpretativa» (nota n. 8). Si veda, ancora, R. BIN, *Diritti e argomenti*, Milano, 1992, pp. 65 ss.; ID., *Ragionevolezza e divisione dei poteri*, in *Diritto & questioni pubbliche*, 2 agosto 2002, p. 117, secondo cui «Ogni diritto, anche il più alto, nasce limitato e va inteso e apprezzato nel fascio complessivo degli altri diritti e dei diritti altrui». Si vedano infine M. CARTABIA, *I principi di ragionevolezza e proporzionalità*, cit., pp. 8-9; F. MODUGNO, *Ragione e ragionevolezza*, Napoli, 2009, pp. 90 ss.; M. LA TORRE – A. SPADARO, *La ragionevolezza nel diritto*, Torino, 2002 ed, in particolare, i contributi di A. RUGGERI, *Ragionevolezza e valori, attraverso il prisma della giustizia costituzionale*, pp. 97 ss. e O. CHESSA, *Principi, valori e interessi nel ragionevole bilanciamento dei diritti*, pp. 207 ss.; A. MORRONE, *Il custode della ragionevolezza nel diritto*, cit., pp. 279 ss.; G. SCACCIA, *Gli “strumenti” della ragionevolezza nel giudizio costituzionale*, Milano, 2000, pp. 332 ss. (oltre, dello stesso Autore, il già citato *Proporzionalità e bilanciamento tra diritti nella giurisprudenza delle Corti europee*); M. LUCIANI, *Corte costituzionale e unità nel nome dei valori*, in AA.VV., *La giustizia costituzionale ad una svolta*, Torino, 1991, pp. 170 ss..

⁶⁶ Cfr. tra le tante: Corte cost., 131.12014, n. 1 e Corte cost., 18.3.2005, n. 108. Rileva M. CARTABIA, *I principi di ragionevolezza e proporzionalità*, cit., pp. 8-9 che nella giurisprudenza costituzionale italiana, il giudizio di bilanciamento è praticato da molto tempo come strumento indispensabile per l'attuazione di una Costituzione pluralista nella quale i diritti fondamentali non sono mai affermati in termini assoluti, ma fanno parte di un tessuto costituzionale complesso in cui altri diritti ed altri interessi e beni costituzionalmente protetti possono legittimamente limitarne la portata.

diverrebbe “tiranno” nei confronti delle altre situazioni giuridiche costituzionalmente riconosciute e protette, che costituiscono nel loro insieme, espressione della dignità della persona»⁶⁷.

La sentenza è stata molto criticata perché tra i termini del bilanciamento figurava il diritto alla salute (ed all'ambiente salubre), qualificato dall'art. 32 Cost. “fondamentale”⁶⁸ (sull'altro piatto della bilancia la Corte, non il giudice rimettente, poneva il diritto al lavoro, sancito dall'art. 4 Cost.)⁶⁹. La Corte però ha ritenuto di non condividere l'assunto secondo cui l'aggettivo “fondamentale” sarebbe rivelatore di un “carattere preminente” del diritto alla salute rispetto a tutti i diritti della persona e, richiamando la propria giurisprudenza⁷⁰, ha affermato che la definizione in essa data dell'ambiente e della salute come “valori primari” non implica una “rigida” gerarchia tra diritti fondamentali.

Invero, la Costituzione italiana, come le altre Costituzioni democratiche e pluraliste contemporanee, richiede un continuo e vicendevole bilanciamento tra principi e diritti fondamentali, senza pretese di assolutezza per nessuno di essi. La qualificazione come “primari” dei valori dell'ambiente e della salute significa pertanto che gli stessi non possono essere sacrificati ad altri interessi, ancorché

⁶⁷ Corte cost., 9.5.2013, n. 85, punto 9.

⁶⁸ Sottolinea M. LUCIANI, voce *Salute (diritto costituzionale)*, in *Enciclopedia Giuridica*, vol. XXVII, Roma, 1991, l'unico diritto esplicitamente definito “fondamentale” nel testo costituzionale. Sul diritto alla salute si veda il recente saggio di L. BUSATTA, *La salute sostenibile. La complessa determinazione del diritto ad accedere alle prestazioni sanitarie*, Torino, 2018 e l'ampia dottrina ivi citata.

⁶⁹ La questione di costituzionalità è stata sollevata dal Gip e dal Tribunale del riesame di Taranto avverso il d.l. 3.12.2012, n. 207, con il quale il Governo aveva di fatto eluso, precludendone il dispiegarsi degli effetti, il provvedimento di sequestro degli impianti industriali ILVA di Taranto, emesso sulla base di due perizie (una chimica, l'altra epidemiologica), la seconda delle quali attribuiva agli inquinanti emessi dallo stabilimento fortissime ripercussioni sulla salute dei cittadini residenti nelle vicinanze (le ipotesi di reato contestate ai vertici dell'acciaieria erano: disastro ambientale, avvelenamento di sostanze alimentari e omissione dolosa di cautele contro gli infortuni sul lavoro). I giudici rimettenti indicavano, come termine del bilanciamento con il diritto alla salute e alla tutela dell'ambiente, la libertà d'impresa, garantita dall'art. 41 Cost.. La Corte, invece, ha individuato l'altro termine di bilanciamento nel diritto al lavoro, per le ricadute occupazionali che il fermo dell'impianto avrebbe determinato. Sulla sentenza si vedano, tra i tanti commenti critici della dottrina, T. GUARNIER, *Della ponderazione di un “valore primario”. Il caso ILVA sotto la lente della Corte costituzionale*, in *Diritto e Società*, n. 2/2018, pp. 173 ss.; D. PAMELIN, *Il difficile bilanciamento tra diritto alla salute e libertà economiche: i casi ILVA e TEXACO-Chevron*, in *Costituzionalismo.it*, n. 2/2017; D. MORANA, *I rapporti tra Parlamento e Corte costituzionale nella garanzia dei diritti sociali*, in *Amministrazione In Cammino*, 2015; A. CIERVO, *Esercizi di neo-liberismo: in margine alla sentenza della Corte costituzionale sul caso ILVA*, in *Questione Giustizia*, n. 2/2015, pp. 134 ss.; B. DEIDDA – A. NATALE, *Introduzione: il diritto alla salute alla prova del caso ILVA. Uno sguardo d'insieme*, in *Questione Giustizia*, n. 2/2014, 67 ss.; L. GENINATTI-SATÈ, “Caso Ilva”: *la tutela dell'ambiente attraverso la rivalutazione del carattere formale del diritto (una prima lettura di Corte cost., sent. N. 85/2013)*, in *forumcostituzionale.it* del 13 maggio 2013; E. VIVALDI, *Il caso ILVA: la “tensione” tra poteri dello Stato ed il bilanciamento dei principi costituzionali*, in *federalismi.it*, 17.7.2013; A. MORELLI, *Il decreto Ilva: un drammatico bilanciamento tra principi costituzionali*, in *Diritto penale contemporaneo*, n. 1/2013, pp. 7 ss.. Tra le poche voci che si sono levate in difesa della sentenza si segnala quella, autorevole, di V. ONIDA, *Un conflitto fra poteri sotto la veste di questione di costituzionalità: amministrazione e giurisdizione per la tutela dell'ambiente. Nota a Corte costituzionale, Sentenza n. 85 del 2013*, in *Giurisprudenza costituzionale*, 2013, fasc. 3, pp. 1494 ss.. Sugli altri profili di costituzionalità del decreto-legge, si vedano R. BIN, *Giurisdizione o amministrazione, chi deve prevenire reati ambientali? Nota alla sentenza “Ilva”*, in *Giurisprudenza costituzionale*, n. 3/2013, pp. 1510 ss., ID., *L'ILVA e il soldato Baldini* e G. ARCONZO, *Il decreto legge “ad Ilvam” approda alla Corte costituzionale: osservazioni preliminari al giudizio di costituzionalità*, entrambi in *Diritto penale contemporaneo*, n. 1/2013, rispettivamente pp. 5 ss. e pp. 28 ss.; A. MARCHETTI, *Il «decreto ILVA»: profili di costituzionalità di una legge-provvedimento*, in *federalismi.it*, n. 15/2013 del 17.7.2013.

⁷⁰ Corte cost., ordinanza, 30.7.1993, n. 365.

costituzionalmente tutelati, non già che gli stessi siano posti alla sommità di un ordine gerarchico assoluto. Il punto di equilibrio, proprio perché dinamico e non prefissato in anticipo, deve essere valutato – dal legislatore nella statuizione delle norme e dal giudice delle leggi in sede di controllo – secondo criteri di proporzionalità e di ragionevolezza, tali da non consentire un sacrificio del loro nucleo essenziale.

I medesimi principi sono stati espressi dalla Consulta nelle due sentenze che hanno riguardato successivi decreti-legge relativi al caso ILVA: la n. 182 del 2017 e la n. 58 del 2018, quest'ultima però risoltasi nella declaratoria di illegittimità costituzionale del provvedimento legislativo del Governo per irragionevolezza.

E proprio dal confronto tra queste tre sentenze possono trarsi argomenti a supporto delle considerazioni sin qui espresse: il carattere “politico” del bilanciamento di interessi e l'influenza che sullo stesso ha lo stato di emergenza.

È tale, a giudizio della sentenza n. 85 del 2013, la condizione in cui il Governo avrebbe operato il bilanciamento dei diritti alla salute ed al lavoro (indicati nel caso come tra loro in conflitto)⁷¹. Invero, sia la normativa generale che quella particolare si sarebbero mosse *«nell'ambito di una situazione di emergenza ambientale, dato il pregiudizio recato all'ambiente e alla salute degli abitanti del territorio circostante, e di emergenza occupazionale, considerato che l'eventuale chiusura dell'Itha [avrebbe potuto] determinare la perdita del posto di lavoro per molte migliaia di persone (tanto più numerose comprendendo il cosiddetto indotto)»*. A giudizio della Corte, la temporaneità delle misure adottate avrebbe risposto ad una delle condizioni poste dalla propria giurisprudenza⁷² perché una legislazione speciale fondata sull'emergenza possa ritenersi costituzionalmente compatibile. In tale contesto, la Consulta ha ritenuto ragionevole che il legislatore affidasse all'Autorizzazione Integrale Ambientale revisionata l'individuazione del punto di equilibrio in ordine all'accettabilità e alla gestione dei rischi, che derivano dall'attività oggetto dell'autorizzazione. Questa, infatti, costituisce l'esito della confluenza di plurimi contributi tecnici e amministrativi in un unico procedimento, nel quale devono trovare simultanea applicazione i principi di prevenzione, precauzione, correzione alla fonte, informazione e partecipazione, che caratterizzano l'intero sistema normativo ambientale. L'autorizzazione revisionata, avrebbe indicato, quindi, un nuovo punto di equilibrio, che avrebbe consentito *«la prosecuzione dell'attività produttiva a diverse condizioni, nell'ambito delle quali l'attività stessa [avrebbe dovuto] essere ritenuta lecita nello spazio temporale massimo (36 mesi), considerato dal*

⁷¹ Cfr. Corte cost. n. 83/2013, punto 12.2: «[c]on riferimento all'individuazione diretta dell'impianto siderurgico della società Itha di Taranto come “stabilimento di interesse strategico nazionale”, si deve osservare che a Taranto si è verificata una situazione grave ed eccezionale, ha indotto il legislatore ad omettere, per ragione di urgenza, il passaggio attraverso un decreto del Presidente del Consiglio dei ministri in vista della qualificazione di cui sopra».

⁷² La Corte richiama come precedente la sentenza 9.11.1992, n. 418 (cfr. Corte cost. n. 83/2013, punto 12.2).

legislatore necessario e sufficiente a rimuovere, anche con investimenti straordinari da parte dell'impresa interessata, le cause dell'inquinamento ambientale e dei pericoli conseguenti per la salute delle popolazioni»⁷³.

La Corte ha, pertanto, ritenuto ragionevole che un'attività lesiva del diritto alla salute (il presupposto pacifico da cui muovevano tanto il legislatore che la Consulta era che l'attività produttiva di ILVA fosse gravemente lesiva della salute dei lavoratori e delle popolazioni residenti nei pressi dell'impianto⁷⁴) potesse essere proseguita per il tempo necessario (tre anni, nella prospettiva iniziale) per adeguare l'impianto con tecnologie che consentissero di continuare l'attività produttiva riconducendo in limiti accettabili l'impatto sulla salute umana.

Quindi la compressione di un diritto fondamentale – generalmente non tollerata, in una condizione ordinaria⁷⁵ – diviene ragionevole se temporanea e se funzionale a prevenire un'altra emergenza: la perdita dell'occupazione di migliaia di persone.

L'interesse privilegiato, in questo caso, nel bilanciamento “politico” è la tutela dell'occupazione, che solo in una prospettiva di medio termine (e a condizione che le prescrizioni dell'AIA fossero tutte attuate – ma la storia testimonia che ciò non è avvenuto) sarebbe tornato in equilibrio – nel giudizio del legislatore – con l'interesse alla tutela della salute.

Da notare come nel caso la natura politica del bilanciamento degli interessi operato dal legislatore si integri con la discrezionalità tecnica di cui è espressione l'AIA, circoscrivendo – come noto – i margini di sindacato giurisdizionale anche su tale atto amministrativo⁷⁶, e come l'applicazione dei principi di precauzione e di prevenzione sia rimessa dal legislatore all'amministrazione, prevedendo però un tempo durante il quale le misure precauzionali o, addirittura, di prevenzione prescritte dall'autorizzazione revisionata potessero essere disattese (ovvero i trentasei mesi indicati come necessari per adeguare gli

⁷³ Cfr. Corte cost. n. 85/2013, punto 10.2. La Corte conclude sul punto rilevando che «in via generale, la combinazione tra un atto amministrativo (AIA) e una previsione legislativa (art. 1 del d.l. n. 207 del 2012) determina le condizioni e i limiti della liceità della prosecuzione di un'attività produttiva per un tempo definito, in tutti i casi in cui uno stabilimento dichiarato, nei modi previsti dalla legge, di interesse strategico nazionale – abbia procurato inquinamento dell'ambiente, al punto da provocare l'intervento cautelare dell'autorità giudiziaria. La normativa censurata non prevede, infatti, la continuazione pura e semplice dell'attività, alle medesime condizioni che avevano reso necessario l'intervento repressivo dell'autorità giudiziaria, ma impone nuove condizioni, la cui osservanza deve essere continuamente controllata, con tutte le conseguenze giuridiche previste in generale dalle leggi vigenti per i comportamenti illecitamente lesivi della salute e dell'ambiente. Essa è pertanto ispirata alla finalità di attuare un non irragionevole bilanciamento tra i principi della tutela della salute e dell'occupazione, e non al totale annientamento del primo».

⁷⁴ I decreti-legge adottati dal Governo per consentire la prosecuzione dell'attività di ILVA riconoscono sempre che ciò avveniva nonostante essa «abbia comportato e comporti oggettivamente pericoli gravi e rilevanti per l'integrità dell'ambiente e della salute» (così, art. 1 del d.l. 4.6.2016, n. 61).

⁷⁵ Dalla storica sentenza della Cass., Sez. un., 6.10.1979, n. 5172, in *Il Foro Italiano*, vol. 102, 1979, pp. 2301 ss., con nota di A. Lener, il diritto ad un ambiente salubre è assunto come ordinariamente preminente rispetto ad altri interessi in conflitto.

⁷⁶ La Corte riconosce che «[i]l punto di equilibrio contenuto nell'AIA non è necessariamente il migliore in assoluto – essendo ben possibile nutrire altre opinioni sui mezzi più efficaci per conseguire i risultati voluti – ma deve presumersi ragionevole, avuto riguardo alle garanzie predisposte dall'ordinamento quanto all'intervento di organi tecnici e del personale competente; all'individuazione delle migliori tecnologie disponibili; alla partecipazione di enti e soggetti diversi nel procedimento preparatorio e alla pubblicità dell'iter formativo, che mette cittadini e comunità nelle condizioni di far valere, con mezzi comunicativi, politici, ed anche giudiziari, nelle ipotesi di illegittimità, i loro punti di vista» (punto. 10.3).

impianti alle prescrizioni AIA, durante i quali quindi l'attività produttiva sarebbe continuata in violazione di dette prescrizioni).

Tale situazione porterà nel 2019 la Corte europea per i diritti dell'uomo a condannare l'Italia per violazione dell'art. 8 della Carta⁷⁷, citando le risultanze dei diversi studi scientifici che attestano la lesività per la salute delle emissioni dell'impianto⁷⁸. E proprio l'asimmetria prospettica del sindacato operato tra le due Corti⁷⁹ – l'uno concentrato sulla verifica della violazione del singolo diritto in gioco, l'altro in una valutazione sistemica dei valori coinvolti⁸⁰ – conferma come la situazione di emergenza occupazionale abbia condizionato il giudizio della Consulta, sino ad indurla a ritenere ragionevole l'accertata lesione di un diritto fondamentale.

Con la sentenza n. 182 del 2017, la Corte ha ribadito i medesimi principi (precisando, peraltro, che tra i termini del bilanciamento giudicato ragionevole vi fosse anche «l'interesse nazionale alla prosecuzione dell'attività di uno stabilimento avente natura strategica»⁸¹) e, perdurando lo stato di emergenza⁸² – nonostante

⁷⁷ CEDU, 29.1.2019, *Cordella e a. c. Italia* – ricorsi nn. 54414/13 e 54264/15.

⁷⁸ In particolare, lo studio Sentieri. Cfr. punto n. 164: «[i]n questo contesto, è opportuno evocare in particolare il rapporto SENTIERI del 2012, che afferma che esiste un nesso di causalità tra l'esposizione ambientale alle sostanze cancerogene inalabili prodotte dalla società Ilva e l'insorgenza di tumori dei polmoni e della pleura, nonché di patologie del sistema cardiocircolatorio nelle persone residenti nelle zone interessate».

⁷⁹ Parlano di «asimmetria prospettica tra i sindacati operati dalle due Corti», P. CARNEVALE – G. PISTORIO, *Il principio di tutela del legittimo affidamento del cittadino dinanzi alla legge fra garanzia costituzionale e salvaguardia convenzionale*, in *Costituzionalismo.it*, 2014.

⁸⁰ Osserva A. RUGGERI, *La Consulta rimette abilmente a punto la strategia dei suoi rapporti con la Corte EDU e, indossando la maschera della consonanza, cela il volto di un sostanziale perdurante dissenso nei riguardi della giurisprudenza convenzionale*, in *Diritti Comparati*, 14.12.2012, p. 6: «a Strasburgo, preme stabilire se v'è stata, o no, la violazione del singolo diritto in gioco; a Roma, non ci si può fermare a questo soltanto e devesi piuttosto verificare che ne è dell'intero sistema dei diritti e, più largamente, dei beni o interessi costituzionalmente protetti». Come evidenziato dalla stessa Corte costituzionale, questa – a differenza della CEDU – «opera una valutazione sistemica, e non isolata, dei valori coinvolti dalla norma di volta in volta scrutinata» ed è quindi tenuta al loro bilanciamento (Corte cost., 28.12.2012, n. 264). La Corte, inoltre, rileva che la stessa norma convenzionale, «nel momento in cui va ad integrare il primo comma dell'art. 117 Cost., come norma interposta, diviene oggetto di bilanciamento, secondo le ordinarie operazioni cui questa Corte è chiamata in tutti i giudizi di sua competenza (sent. n. 317 del 2009). Operazioni volte non già all'affermazione della primazia dell'ordinamento nazionale, ma alla integrazione delle tutele». Per commenti alla sentenza si vedano, oltre al già citato A. RUGGERI, *La Consulta rimette abilmente a punto la strategia dei suoi rapporti con la Corte EDU*, cit., E. SCODITTI, *Se un diritto umano diventa diritto fondamentale: la CEDU come parametro interposto di costituzionalità*, in *Foro it.*, 2013, I, pp. 788 ss. e R. DICKMANN, *Corte costituzionale e controlimiti al diritto internazionale. Ancora sulle relazioni tra ordinamento costituzionale e Cedu (dalle sent. nn. 348-349 del 2007 alla sent. n. 264 del 2012)*, in *federalismi.it*, 16.9.2013; R. CAPONI, *Retroattività delle leggi: limiti sostanziali v. limiti processuali nel dialogo tra le corti*, in *Giur. Cost.*, 2012, pp. 4232 ss.. M. BIGNAMI, *La Corte Edu e le leggi retroattive*, in *www.questionegiustizia.it.*, rileva un graduale processo di avvicinamento tra la CEDU ed il nostro giudice costituzionale, osservando, però, che «fino a quando l'approccio metodologico alle questioni non si sarà sufficientemente ibridato così da rendere la Corte Edu più simile ai tribunali costituzionali nel dominio astratto di un sistema integrato di principi, e questi ultimi più vicini alla dimensione concreta della lite subito colta a Strasburgo, fino ad allora appunto le differenze continueranno a marcare il passo, e i conflitti ad alimentare le dispute giuridiche».

⁸¹ Cfr. punto 3.2. della sentenza: «gli interventi legislativi riguardanti lo stabilimento ILVA di Taranto, seppur diversi nel loro contenuto, sono accomunati da una medesima ratio, quella di realizzare un ragionevole bilanciamento tra una pluralità di interessi costituzionalmente rilevanti: da un lato, l'interesse nazionale alla prosecuzione dell'attività di uno stabilimento avente natura strategica e al mantenimento dei livelli occupazionali; dall'altro, l'interesse a che l'attività produttiva prosegua nel rispetto dell'ambiente circostante e della salute degli individui». Su tale sentenza si veda E. VERDOLINI, *Il Caso ILVA Taranto e il fil rouge degli interessi costituzionali: commento alla sentenza 182 del 2017 della Corte Costituzionale*, in *Forum di Quaderni Costituzionali* del 24.2.2018.

⁸² Corte cost. n. 182/2017, punto n. 4: «[l]a disciplina ora censurata, riguardante una situazione grave e eccezionale, si inserisce in questa cornice costituzionale che impone alle istituzioni di tenere in considerazione l'esigenza di garantire la continuità produttiva di

fossero trascorsi quattro anni dal primo decreto-legge –, ha rigettato il ricorso della Regione Puglia, che lamentava il mancato coinvolgimento nel procedimento di modifica ed integrazione del Piano delle misure e delle attività di tutela ambientale e sanitaria⁸³.

L'ultima sentenza della serie (la n. 58 del 2018) riafferma il principio espresso nella sentenza n. 85 del 2013⁸⁴, ma ritiene il bilanciamento nel caso operato dal legislatore non rispondente ai criteri di proporzionalità e ragionevolezza, non avendo tenuto «*in adeguata considerazione le esigenze di tutela della salute, sicurezza e incolumità dei lavoratori, a fronte di situazioni che espongono questi ultimi a rischio della stessa vita*». Invero, «*a differenza di quanto avvenuto nel 2012, il legislatore ha finito col privilegiare in modo eccessivo l'interesse alla prosecuzione dell'attività produttiva, trascurando del tutto le esigenze di diritti costituzionali inviolabili legati alla tutela della salute e della vita stessa (artt. 2 e 32 Cost.), cui deve ritenersi inscindibilmente connesso il diritto al lavoro in ambiente sicuro e non pericoloso (art. 4 e 35 Cost.)*»⁸⁵.

È interessante notare come, a fronte della medesima situazione di fatto (l'emergenza sanitaria a distanza di sei anni non si era attenuata e permaneva identica anche l'emergenza occupazionale), i termini del bilanciamento giudicato (ma in realtà operato) dalla Corte non fossero più il diritto ad un ambiente salubre di un'indistinta pluralità di persone ed il diritto all'occupazione di migliaia di persone fisicamente individuabili, ma l'interesse alla prosecuzione dell'attività produttiva, da un lato, e, dall'altro, i diritti costituzionali inviolabili alla tutela della salute e della vita stessa, cui deve ritenersi «*inscindibilmente connesso il diritto al lavoro in ambiente sicuro e non pericoloso*». In buona sostanza, sparisce dall'orizzonte della Corte l'emergenza occupazionale, mentre il diritto alla salute, da antagonista del diritto al lavoro, ne diviene elemento inscindibile (quale diritto al lavoro in ambiente salubre).

Il bilanciamento, quindi, è tra esigenze legate a diritti fondamentali ed inviolabili e la libertà di iniziativa economica (art. 41 Cost.), per costante giurisprudenza della Corte cedevole rispetto alla sicurezza del lavoratore⁸⁶.

ILVA, scongiurando una crisi occupazionale, “senza tuttavia sottovalutare la grave compromissione della salubrità dell'ambiente, e quindi della salute delle popolazioni presenti nelle zone limitrofe” (sentenza n. 85 del 2013).

⁸³ La Corte così conclude sul punto: «[I]a procedura introdotta con l'art. 1, comma 1, lettera b), del d.l. n. 98 del 2016 risponde a esigenze di accelerazione, rese doverose dalla peculiarità e dalla gravità della situazione creatasi a Taranto e concretizzatesi nell'anticipazione della fase della valutazione delle eventuali modifiche o integrazioni al Piano del 14 marzo 2014 al momento della selezione dei soggetti offerenti. Ma, al contempo, predispone diversi strumenti di coinvolgimento della Regione interessata, nel rispetto del principio di leale collaborazione il quale, secondo un orientamento costante della giurisprudenza costituzionale, può esprimersi a livelli e con strumenti “diversi in relazione al tipo di interessi coinvolti e alla natura e all'intensità delle esigenze unitarie che devono essere soddisfatte”».

⁸⁴ Cfr. punto 3.1.

⁸⁵ Per un commento in dottrina su tale sentenza si veda D. SERVETTI, *Il fattore tempo nel bilanciamento tra lavoro e salute. Alcune note alla nuova sentenza della Corte costituzionale sull'Ilva di Taranto*, in *Costituzionalismo.it*, 2018, pp. 193 ss..

⁸⁶ La sentenza n. 58/2018 così conclude: «questa Corte ha del resto già avuto occasione di affermare che l'art. 41 Cost., deve essere interpretato nel senso che esso “limita espressamente la tutela dell'iniziativa economica privata quando questa ponga in pericolo la ‘sicurezza’ del lavoratore” (sentenza n. 405 del 1999). Così come è costante la giurisprudenza costituzionale nel ribadire che anche le norme costituzionali di cui agli artt. 32 e 41 Cost. impongono ai datori di lavoro la massima attenzione per la protezione della salute e dell'integrità fisica dei lavoratori (sentenza n. 399 del 1996) ». D'altronde, l'art. 41, co. 2, dispone che l'iniziativa economica privata «[n]on può svolgersi in contrasto con l'utilità sociale o in modo da recare danno alla sicurezza, alla libertà, alla dignità umana».

Ora, ferme le evidenti carenze del provvedimento legislativo censurato, non può non osservarsi come nel caso il giudizio della Corte possa essere stato influenzato dalla circostanza che all'origine del sequestro dell'impianto non vi fossero – come per il primo provvedimento cautelare – le decine di decessi e malattie rilevati statisticamente dalla perizia epidemiologica posta a fondamento dello stesso, quanto la morte nell'altoforno n. 2 di un operaio. Ciò che pare confermare l'assunto che vita e salute della persona umana sembrano giuridicamente valere meno quando non è ancora possibile sapere chi è destinato al sacrificio⁸⁷.

Più in generale – e con uno sguardo meno cinico, ovviamente da parte di chi scrive – sembra rilevare nel giudizio della Corte, ancorché taciuta, la circostanza che il sequestro riguardi solo una parte dell'impianto (l'altoforno n. 2, appunto), cosa che le consente di omettere tra i termini del bilanciamento l'emergenza occupazionale, la quale, pur rimanendo sullo sfondo, non è conseguenza immediata del provvedimento cautelare del magistrato e, quindi, interesse ragionevolmente ponderato dal legislatore con il decreto censurato, anche se nello stesso indicato⁸⁸.

La Corte quindi valuta il bilanciamento operato dal legislatore epurandolo dal condizionamento della stretta emergenziale, che ha portato nelle precedenti decisioni a privilegiare l'interesse immediatamente minacciato, e pone a confronto l'interesse alla prosecuzione dell'attività produttiva, anche nella parte di impianto sequestrato, non solo con il diritto alla salute delle popolazioni residenti nei pressi dello stabilimento quanto anche – e soprattutto – con il diritto dei dipendenti al lavoro in ambiente sicuro e non pericoloso. È evidente che nessun provvedimento che non eliminasse immediatamente le cause di rischio per i lavoratori nell'altoforno avrebbe potuto superare il test di proporzionalità.

Pertanto, non solo l'evidenza di quanto avvenuto nei giorni della pandemia, ma l'analisi delle decisioni della Corte testé citate conferma l'assunto iniziale di queste pagine: lo stato di emergenza condiziona il bilanciamento dei diritti ed interessi operato dal legislatore e dall'amministrazione, rendendo ragionevole, per la salvaguardia di quello più direttamente minacciato, la compressione di diritti e interessi in conflitto, a volte attingendo anche il loro nucleo essenziale.

La vicenda ILVA testimonia che l'esigenza di salvaguardare l'occupazione di migliaia di persone – immediatamente e direttamente minacciata dal provvedimento cautelare del giudice – e, in prospettiva, assicurare all'impresa, con la continuità della produzione, le risorse necessarie per adeguarsi a migliori *standard* ambientali, ha consentito di comprimere – fino ad intaccarne il nucleo essenziale – il diritto alla salute degli stessi lavoratori e dei cittadini residenti nei pressi dell'impianto.

⁸⁷ Così S. COGNETTI, *Potere amministrativo e principio di precauzione*, cit., p. 132.

⁸⁸ L'art. 3 del d.l. 4.7.2015, n. 92, dichiarato incostituzionale, si apre indicando come termini del bilanciamento «*le esigenze di continuità dell'attività produttiva, di salvaguardia dell'occupazione, della sicurezza sul luogo di lavoro, della salute e dell'ambiente salubre*», nonché le finalità di giustizia.

Usando le categorie di Peter Häberle, sembra possa concludersi che sul “pensiero pluralistico delle alternative” (*pluralistisches Alternativendenken*), proprio del tempo ordinario, si imponga nel tempo dell'emergenza il modo di pensiero della necessità (*Notwendigkeitsdenken*), tipico delle concezioni strumentali del diritto, concepito come mezzo necessario a un fine⁸⁹.

6. *Segue.* Il diritto alla salute nell'operazione di bilanciamento del legislatore nel tempo ordinario

Si è detto che l'art. 32 Cost. si riferisce alla salute, quale *diritto fondamentale dell'individuo ed interesse della collettività*.

Tale duplice dimensione è stata ben evidenziata dalla Consulta con la sentenza 18 gennaio 2018, n. 5, in materia di obblighi vaccinali⁹⁰: «l'art. 32 Cost. postula il necessario contemperamento del diritto alla salute del singolo (anche nel suo contenuto di libertà di cura) con il coesistente e reciproco diritto degli altri e con l'interesse della collettività»⁹¹.

Per rappresentare la struttura dicotomica della garanzia costituzionale del diritto alla salute la dottrina ha usato la metafora del Giano bifronte⁹². Guardato, però, nella prospettiva delle posizioni giuridiche soggettive che nell'art. 32 trovano fondamento, pare più appropriata – per rimanere nella metafora – l'immagine del tridente di Posidone. La norma costituzionale, infatti, esprime una posizione giuridica soggettiva complessa e tripartita, fondata essenzialmente sul riconoscimento della salute come valore sociale, che attribuisce al singolo la titolarità sia di un diritto sociale (pretesa alle prestazioni e all'attività

⁸⁹ P. HÄBERLE, *Demokratische Verfassungstheorie im Lichte des Möglichkeitsdenkens*, 1977, ora in ID., *Die Verfassung des Pluralismus*, Königstein, 1980, pp. 1 ss. (citato da G. ZAGREBELSKY, *Il diritto mite*, cit., p. 19, nota n. 15) distingue il pensiero possibilistico, indicato come il “pensiero pluralistico delle alternative” (*pluralistisches Alternativendenken*), il modo di pensiero della necessità (*Notwendigkeitsdenken*), tipico delle concezioni strumentali del diritto, concepito come mezzo necessario a un fine e il modo di pensiero della realtà (*Wirklichkeitsdenken*), tipico del pensiero costituzionale orientato alla concretezza della situazione esistente.

⁹⁰ La sentenza ha deciso sul ricorso promosso dalla Regione Veneto avverso il d.l. 7 giugno 2017, n. 73, recante disposizioni urgenti in materia di prevenzione vaccinale.

⁹¹ Corte cost. n. 5/2018, punto 8.2.1, che continua: «nonché, nel caso di vaccinazioni obbligatorie, con l'interesse del bambino, che esige tutela anche nei confronti dei genitori che non adempiono ai loro compiti di cura». La sentenza ribadisce la costante giurisprudenza della Corte in materia di vaccinazioni obbligatorie: si vedano Corte cost., 22.6.1990, n. 307; 23.6.1994, n. 258 e 18.4.1996, n. 118. In particolare, la prima sentenza della serie, imponeva il ragionevole bilanciamento tra il diritto (di libertà) alla salute (all'integrità psico-fisica), minacciato, sia pur eccezionalmente, dalle vaccinazioni obbligatorie, e l'interesse della collettività alla copertura vaccinale, di talché la Consulta ha ritenuto violato il diritto individuale alla salute perché la legge non aveva saputo bilanciare in modo ragionevole «le due dimensioni de valore salute», prevedendo un equo indennizzo a favore di color che avessero riportato danni permanenti dalle vaccinazioni obbligatorie.

⁹² L. BUSATTA, *La salute sostenibile*, cit., spec. pp. 31 ss.. In realtà, l'Autrice rileva che la metafora è utilizzata in relazione alle molteplici dimensioni dicotomiche in cui si può articolare, a seconda dei contesti, il diritto alla salute: tra diritto sociale e diritto fondamentale; tra diritto individuale e interesse della collettività; tra norma programmatica e norma precettiva. Per l'uso di tale metafora si veda anche R. FERRARA, *Il diritto alla salute: i principi costituzionali*, in R. FERRARA (a cura di), *Salute e sanità*, in S. RODOTÀ – P. ZATTI (diretta da), *Trattato di biodiritto*, vol. IV, Milano, 2010, p. 21; A. ANZON, *L'altra “faccia” del diritto alla salute*, in *Giurisprudenza costituzionale*, 1, 1979, p. 656.

pubblica in campo sanitario), sia di un diritto di libertà (pretesa di astensione da ogni interferenza illegittima nella sfera di autodeterminazione del singolo e diritto ad un ambiente salubre) e, correlativamente, gli impone un dovere (che è sostanzialmente quello di concorrere, anche attraverso limitazioni della sua libertà, a preservare la salute pubblica)⁹³.

Del bilanciamento della salute quale diritto di libertà (alla tutela dell'integrità psico-fisica) si è detto trattando delle sentenze sul caso ILVA.

Altro esempio, tornato di attualità, è offerto dalla disciplina in materia di protezione dalle esposizioni a campi elettrici, magnetici ed elettromagnetici. L'art. 38, comma 6, d.l. 16 luglio 2020, n. 76, (c.d. decreto semplificazioni), ha sostituito il comma 6 dell'art. 8 della legge 22 febbraio 2001, n. 36⁹⁴, disponendo che «[i] comuni possono adottare un regolamento per assicurare il corretto insediamento urbanistico e territoriale degli impianti e minimizzare l'esposizione della popolazione ai campi elettromagnetici con riferimento a siti sensibili individuati in modo specifico, con esclusione della possibilità di introdurre limitazioni alla localizzazione in aree generalizzate del territorio di stazioni radio base per reti di comunicazioni elettroniche di qualsiasi tipologia e, in ogni caso, di incidere, anche in via indiretta o mediante provvedimenti contingibili e urgenti, sui limiti di esposizione a campi elettrici, magnetici ed elettromagnetici, sui valori di attenzione e sugli obiettivi di qualità, riservati allo Stato ai sensi dell'articolo 4»⁹⁵.

L'intervento del Governo è stato letto come inteso a bloccare le centinaia di ordinanze sindacali di divieto di installazione di impianti per la trasmissione 5G, adottate in applicazione di un "preteso" principio di precauzione⁹⁶. In realtà, la novella traduce in legge i principi espressi dalla giurisprudenza prevalente sul tema⁹⁷, la quale impone il necessario ragionevole bilanciamento tra i diritti di derivazione

⁹³ Così, B. PEZZINI, *Il diritto alla salute: profili costituzionali*, in *Diritto e Società*, 1, 1983, p. 31.

⁹⁴ Legge quadro sulla protezione dalle esposizioni a campi elettrici, magnetici ed elettromagnetici, su cui si veda S. CASSESE, *La nuova disciplina sulla protezione dalle esposizioni a campi elettromagnetici. Commento*, in *Giornale di diritto amministrativo*, n. 5/2001, pp. 329 ss..

⁹⁵ L'art. 4 della l. n. 36/2001 assegna allo Stato la funzione relativa, tra le altre, «alla determinazione dei limiti di esposizione, dei valori di attenzione e degli obiettivi di qualità, in quanto valori di campo come definiti dall'articolo 3, comma 1, lettera d), numero 2), in considerazione del preminente interesse nazionale alla definizione di criteri unitari e di normative omogenee in relazione alle finalità di cui all'articolo 12».

⁹⁶ Il principio è richiamato espressamente dall'art. 1, l. n. 36/2001, il quale dispone: «[I]a presente legge ha lo scopo di dettare i principi fondamentali diretti a: a) assicurare la tutela della salute dei lavoratori, delle lavoratrici e della popolazione dagli effetti dell'esposizione a determinati livelli di campi elettrici, magnetici ed elettromagnetici ai sensi e nel rispetto dell'articolo 32 della Costituzione; b) promuovere la ricerca scientifica per la valutazione degli effetti a lungo termine e attivare misure di cautela da adottare in applicazione del principio di precauzione di cui all'articolo 174, paragrafo 2, del trattato istitutivo dell'Unione Europea; c) assicurare la tutela dell'ambiente e del paesaggio e promuovere l'innovazione tecnologica e le azioni di risanamento volte a minimizzare l'intensità e gli effetti dei campi elettrici, magnetici ed elettromagnetici secondo le migliori tecnologie disponibili». Si veda sul tema F. MERUSI, *Dal fatto incerto alla precauzione: la legge sull'elettrosmog*, in *Foro Amm.*, fasc. 1, 2001, pp. 221 ss..

⁹⁷ Il comma sostituito si limitava a disporre che: «[i] comuni possono adottare un regolamento per assicurare il corretto insediamento urbanistico e territoriale degli impianti e minimizzare l'esposizione della popolazione ai campi elettromagnetici» e tale disciplina è stata intesa dalla prevalente giurisprudenza (si veda, tra le tante, Cons. St., sez. VI, 13.3.2018, n. 1592) nel senso che «è consentito agli enti territoriali - nell'ambito delle proprie e rispettive competenze - individuare criteri localizzativi degli impianti di telefonia mobile (anche espressi sotto forma di divieto) quali ad esempio il divieto di collocare antenne su specifici edifici (ospedali, case di cura ecc.) mentre non è loro consentito introdurre limitazioni alla localizzazione, consistenti in criteri distanziali generici ed eterogenei (prescrizione di distanze minime, da rispettare nell'installazione degli impianti, dal perimetro esterno di edifici destinati ad abitazioni, a luoghi di lavoro o ad attività diverse da quelle specificamente connesse all'esercizio degli impianti stessi, di ospedali, case di cura e di riposo, edifici adibiti al

europea all'informazione e alla comunicazione telefonica e elettronica, senza limitazioni di carattere spaziale-territoriale⁹⁸ – principi garantiti anche dagli articoli 15 e 21 della Costituzione – con l'interesse alla tutela dell'ambiente, della salute e del corretto assetto del territorio⁹⁹.

In coerenza con tale giurisprudenza, il Consiglio di Stato ha statuito che: *«posto che i dati scientifici attualmente a disposizione non dimostrano in modo certo che le emissioni elettromagnetiche siano dannose per la salute; posto che il principio di precauzione impone comunque di adottare ogni cautela in vista di danni ipoteticamente possibili, allora occorre definire i limiti oltre i quali, precauzionalmente, non sono legittime le emissioni. Tali limiti segnano la misura dell'incomprimibilità del diritto alla salute. La massimizzazione del diritto alla comunicazione troverebbe quindi in essi un primo confine invalicabile: le emissioni delle antenne dovranno essere sempre inferiori ai limiti cautelativi posti sulla base delle risultanze scientifiche anzidette. D'altra parte, dato che il diritto alla comunicazione non può essere arbitrariamente e ingiustificatamente compresso o limitato, le amministrazioni preposte al corretto governo del territorio dovranno trovare le soluzioni che di volta in volta meglio consentano il minor sacrificio dello stesso e, allo stesso tempo, la massima tutela del diritto alla comunicazione. Sorge quindi, a quest'ultimo proposito, la necessità di individuare un bilanciamento»*. Consapevole, però, della preminenza che l'ordinamento europeo accorda ai diritti di comunicazione¹⁰⁰, il Consiglio di Stato ha rimesso alla Corte di giustizia UE la questione *«se il diritto dell'Unione europea osti a una normativa nazionale, come quella di cui all'art. 8, comma 6, l. 22 febbraio 2001, n. 36 (come quella di cui all'articolo 8 comma 6 legge 22 febbraio 2001, n. 36), intesa ed applicata nel senso di consentire alle singole amministrazioni locali criteri localizzativi degli impianti di telefonia mobile, anche espressi sotto forma di divieto,*

culto, scuole ed asili nido nonché di immobili vincolati ai sensi della legislazione sui beni storico-artistici o individuati come edifici di pregio storico-architettonico, di parchi pubblici, parchi gioco, aree verdi attrezzate ed impianti sportivi» (Cons. St., sez. VI, ord., 27.3.2019, n. 2033, punto 5.1).

⁹⁸ Cfr. artt. 1, comma 3-*bis*, 3 e 8 della direttiva 2002/21/CE, che istituisce un quadro normativo comune per le reti ed i servizi di comunicazione elettronica, e 3 ed 8 della direttiva 2002/22/CE del Parlamento europeo e del Consiglio del 7.3.2002, relativa al servizio universale e ai diritti degli utenti in materia di servizi di reti e di servizi di comunicazione elettronica. Le direttive 2002/21/CE, 2002/22/CE sono state abrogate dalla direttiva (UE) 2018/1972 del Parlamento europeo e del Consiglio dell'11.12.2018, che istituisce il Codice europeo delle comunicazioni elettroniche.

⁹⁹ Osserva il Consiglio di Stato nell'ordinanza citata (n. 2033/2019, punto. 5.2) che *«la massimizzazione della tutela dell'ambiente esigerebbe che non vi fosse alcuna emissione elettromagnetica artificiale e pertanto nessun apparato/antenna idonea a produrlo; quella al corretto assetto del territorio che non vi fossero pali, tralicci o altre strutture più o meno impattanti; quella della salute imporrebbe, sulla scorta del principio di precauzione, di evitare qualsiasi tipo di emissione elettromagnetica in quanto potenzialmente dannosa»*.

¹⁰⁰ L'Unione europea con la direttiva (UE) 2018/1972 ed il regolamento (UE) 2018/1971, entrambi del Parlamento europeo e del Consiglio, ha, rispettivamente, istituito il Codice europeo delle comunicazioni elettroniche e modificato la disciplina dell'Organismo dei regolatori europei delle comunicazioni elettroniche (BEREC). Le due iniziative legislative erano state proposte dalla Commissione europea nel 2016, nel quadro di un ambizioso pacchetto di misure volte a trasformare l'Unione in una "società dei Gigabit" (c.d. pacchetto connettività), che comprendeva anche il piano d'azione per il 5G e un regolamento sulla promozione dell'offerta di connettività WI-FI gratuita nelle comunità locali. Obiettivo di fondo nel nuovo Codice europeo delle comunicazioni elettroniche (che sostituisce le quattro direttive del 2002 che disciplinavano l'intera materia – le 19, 20, 21 e 22) è creare un contesto normativo favorevole agli investimenti necessari per lo sviluppo di reti ad altissima capacità e per il conseguimento dei nuovi obiettivi di connettività al 2025, adeguando al contempo la disciplina ai nuovi scenari concorrenziali del mercato.

quali il divieto di collocare antenne in determinate aree ovvero ad una determinata distanza da edifici appartenenti ad una data tipologia»¹⁰¹.

Quindi, il giudice italiano, nel bilanciamento tra i diritti di comunicazione ed il diritto alla salute (inteso come diritto di libertà: ad un ambiente salubre ed al benessere fisico e psichico) ritiene incomprimibile quest'ultimo (mentre non si esprime sugli altri: la tutela dell'ambiente e del paesaggio), ma chiede su tale interpretazione l'avallo della Corte di giustizia UE.

Peraltro, la disciplina in materia di comunicazione elettronica offre un esempio – tra i molti – di possibile conflitto delle dimensioni di diritto fondamentale dell'individuo e di interesse della collettività della garanzia della salute. La diffusione di tecnologie ad alta capacità e velocità di trasmissione e la relativa infrastrutturazione, se da un lato pone (possibili ma ancora incerti) problemi di tutela della salute di coloro che vivono nei pressi degli impianti, dall'altro consente di sviluppare forme di assistenza medica (la telemedicina) in grado di elevare e rendere omogenei sul territorio i livelli di prestazione sanitaria.

Fondamentale nel bilanciamento – nel tempo ordinario – tra il diritto alla salute, quale diritto di libertà, ed i diritti con lo stesso in conflitto è la nozione giuridica della “soglia di rischio”: risultato essa stessa di un'operazione di bilanciamento dei diritti ed interessi in conflitto, indica il livello di accettabilità giuridica del rischio¹⁰².

Non essendo configurabile in natura il *rischio zero*, il conflitto di interessi bilanciato dal legislatore impone necessariamente l'accettazione di un certo grado di rischio, che corrisponde alla misura di sacrificio imposto a ciascuno di essi.

Si tratta quindi di un dato convenzionale, che presuppone sin dove possibile l'assunzione da parte del legislatore del dato scientifico, il quale ultimo però sconta da un lato la permeabilità della stessa scienza agli interessi in gioco¹⁰³; dall'altro – e soprattutto – la discrezionalità del legislatore nell'operazione di

¹⁰¹ Cfr. Cons. St., sez. VI, ord. n. 2033/2019, cit..

¹⁰² Si veda sul tema S. COGNETTI, *Potere amministrativo e principio di precauzione*, cit., pp. 28-137. L'Autore sottolinea che una cosa è la *sicurezza* in quanto tale, da intendere come *concetto di natura tecnica*; altra cosa è la *soglia di sicurezza*, da intendere come *concetto di natura giuridica*, calcolata con criteri che esulano dalla tecnica, vale a dire in base al confronto e al bilanciamento con altri interessi in gioco che afferiscono alla fattispecie. Una cosa è il concetto di *rischio* come *dato reale* offerto aritmeticamente in forma di numeri dalla scienza e dalla statistica, altra cosa è l'*accettabilità giuridica del rischio* stesso come *dato convenzionale* offerto dalla politica, vale a dire deciso in via autonoma e puntuale nella peculiarità della fattispecie concreta, con l'apposizione di un *limite legale* variabile col mutare del contesto istruttorio e del valore instabile e contingente attribuito ai singoli diritti e interessi posti in comparazione fra loro.

¹⁰³ Su cui si vedano le già citate riflessioni di F. SALVIA, *La permeabilità della tecnica agli interessi e la sua diversa incidenza nei processi decisionali*, cit., pp. 1091-1095 e l'efficace brano di Karl Popper ivi riportato: «[I]a scienza non posa su un solido stato di roccia. L'ardita struttura delle sue teorie si eleva, per così dire, sopra una palude. È come un edificio costruito su palafitte. Le palafitte vengono conficcate dall'alto, giù nella palude: ma non in una base naturale o 'data'; il fatto che desistiamo dai nostri tentativi di conficcare più a fondo le palafitte non significa che abbiamo trovato un terreno solido. Semplicemente ci fermiamo quando siamo soddisfatti e riteniamo che almeno per il momento i sostegni siano abbastanza solidi da sorreggere la struttura» (K. POPPER, *Logica della scoperta scientifica*, Torino, 1970).

bilanciamento e nella scelta del livello di protezione da garantire¹⁰⁴. Come è stato efficacemente osservato, questi «– sfruttando la sua “onnipotenza” – abbassa o modifica certi standards prescritti a tutela dell’ambiente o della salute, non già per adeguare le normative alla evoluzione delle conoscenze tecnico-scientifiche, ma per la più banale ragione che le preesistenti soglie di sicurezza, non consentivano di intraprendere o di proseguire certe attività (industriali, agricole, ecc.), o l’utilizzazione di certi beni (si pensi agli standards per le acque potabili, balneari, ecc.)»¹⁰⁵.

Spetta al legislatore nazionale la competenza alla fissazione delle soglie di rischio e *standards*.

Proprio la disciplina sull’elettrosmog ha indotto la Corte costituzionale, con le sentenze 7 ottobre 2003, n. 307 e 7 novembre 2003, n. 331¹⁰⁶, a mutare il proprio orientamento circa la modificabilità in *melius* ad opera delle Regioni degli *standards* fissati da legge statale in materia di protezione ambientale e della salute, laddove questi rappresentino il punto di equilibrio di interessi contrapposti garantiti dalla Costituzione¹⁰⁷. Tale principio ha innovato rispetto al criterio della «*tutela più rigorosa del livello territoriale*

¹⁰⁴ Cfr. C.G.A.R.S., 3.9.2015, n. 581, a mente della quale l’applicazione del principio di precauzione nei casi concreti «è sempre condizionata, per un verso, dal livello di protezione che si intende garantire (l’individuazione di siffatto livello è, soprattutto, oggetto di una scelta di carattere politico) e, per altro verso, dal tipo e dalla misura degli approfondimenti scientifici disponibili».

¹⁰⁵ F. SALVIA, *La permeabilità della tecnica agli interessi e la sua diversa incidenza nei processi decisionali*, cit., p. 1095.

¹⁰⁶ Con tali sentenze la Corte dichiarò incostituzionali alcune leggi regionali che fissavano limiti territoriali ulteriori rispetto a quelli derivanti dalla legislazione statale in materia di inquinamento elettromagnetico.

¹⁰⁷ Cfr. Corte cost., 7.10.2003, n. 307: «[i]n sostanza, la fissazione a livello nazionale dei valori-soglia, non derogabili dalle Regioni nemmeno in senso più restrittivo, rappresenta il punto di equilibrio fra le esigenze contrapposte di evitare al massimo l’impatto delle emissioni elettromagnetiche, e di realizzare impianti necessari al paese, nella logica per cui la competenza delle Regioni in materia di trasporto dell’energia e di ordinamento della comunicazione è di tipo concorrente, vincolata ai principi fondamentali stabiliti dalle leggi dello Stato». La Corte sembra aderire ai rilievi espressi in dottrina da R. CHIEPPA, *L’ambiente nel nuovo ordinamento costituzionale, in Urbanistica e appalti*, n. 11/2002, pp. 1251-1252, che, commentando la sentenza n. 407/2002, ne criticava proprio la mancata fissazione di un limite di compatibilità di una tutela più rigorosa fissata dal livello regionale. Secondo l’Autore, infatti, «non è ragionevole ritenere che il potere di adottare misure più rigorose da parte delle regioni sia assoluto e insindacabile [...] è opportuno che siano fissati standards qualitativi uniformi sull’intero territorio nazionale, derogabili dalle singole regioni solo in presenza di specifiche situazioni per le quali le migliori acquisizioni scientifiche consiglino l’adozione di misure più restrittive rispetto a quelle statali». M. CERUTI, *La Corte Costituzionale detta il “decalogo” della buona legge regionale in materia di inquinamento elettromagnetico sulla base dell’inderogabilità (anche in melius) dei valori soglia statali*, in *Rivista Giuridica dell’Ambiente*, 2004, pp. 258 ss., ritiene invece che con le sentenze n. 307 e 331 del 2003 non si pervenga all’accantonamento del principio della tutela più rigorosa a livello territoriale inferiore, di cui anzi verrebbe formalmente ribadita la vigenza, ma piuttosto se ne escluda l’operatività nel settore dell’inquinamento elettromagnetico, in ragione della particolarità della relativa normativa (legge quadro n. 36/2001). F. FONDERICO, *La tutela dall’inquinamento elettromagnetico*, Milano, 2002, p. 92, rileva che l’inderogabilità regionale degli *standard* statali di esposizione viene bilanciata nella legge 36/2001, sotto il profilo formale, dalla necessaria acquisizione, in ragione del principio collaborativo, dell’intesa in sede di Conferenza unificata (art. 4, comma 2). Mentre, sotto il profilo sostanziale, il principio precauzionale (art. 1, comma 1) impone la fissazione di limiti particolarmente restrittivi. Pertanto «una volta che [...] l’equilibrio tra i molteplici valori costituzionali sia stato fissato a livello nazionale, nell’ambito di una procedura concertata guidata da un rigoroso approccio precauzionale, non sembrano residuare spazi ulteriori di disciplina, se non quelli espressamente e tassativamente attribuiti dalla medesima legislazione statale». Si veda anche, a commento delle sentenze citate, M.A. MAZZOLA, *Ambiente, salute, urbanistica e poi... l’elettrosmog: quale potestà legislativa tra Stato e Regioni dopo il nuovo titolo V della Costituzione?*, in *Rivista Giuridica Ambiente*, 2004, pp. 269 ss. e G.M. SALERNO, *Derogabilità in melius e inviolabilità dell’equilibrio stabilito dalla legislazione statale organica, in federalismi.it*, 4.12.2003, il quale ne evidenzia la portata innovativa. P. DELL’ANNO, *La tutela dell’ambiente come «materia» e come valore costituzionale di solidarietà e di elevata protezione*, in *Ambiente & Sviluppo*, n. 7/2009, p. 589, fonda l’inderogabilità assoluta – anche in *melius* – degli *standards* posti dal legislatore statale sulla «necessità che principi fondamentali e criteri uniformi non siano derogati dalle Regioni, in violazione della disposizione contenuta nell’art. 117 Cost., comma 2, lett. m), che riserva alla potestà legislativa statale la determinazione dei livelli essenziali delle prestazioni concernenti i diritti civili e sociali che devono essere garantiti su tutto il territorio nazionale. Non può essere revocato in dubbio che l’esercizio dell’impresa economica

inferiore», ripetutamente enunciato dalla Consulta¹⁰⁸ – ribadito dopo la riforma del titolo V con la sentenza 26 luglio 2002, n. 407 e con altre pronunce successive¹⁰⁹ – e considerato in dottrina *«uno dei cardini fondamentali - e, in fondo, quasi scontati - del sistema di governo dell'ambiente»*¹¹⁰.

7. Segue. Il “nucleo irriducibile” dei diritti fondamentali

La giurisprudenza della Corte costituzionale afferma che il bilanciamento dei diritti costituzionali trova il suo limite nel sacrificio del nucleo essenziale ed irriducibile di ciascuno di essi.

Ora, mentre per i diritti di libertà il “contenuto essenziale” rappresenta un limite costituzionale agli interventi legislativi che comprimono in misura irragionevole sfere di libertà riconosciute e protette dalla Costituzione, nei diritti sociali il contenuto essenziale presuppone l'intervento legislativo come condizione necessaria di attuazione e si configura, pertanto, sia come limite costituzionale alle decisioni legislative di ridurre il grado di tale intervento oltre una soglia minima di tutela, se già esiste una soddisfacente disciplina attuativa, sia come obbligo costituzionale per il legislatore di apprestare un'adeguata disciplina attuativa dei diritti di prestazione, qualora questa dovesse mancare¹¹¹.

Come determinare, però, tale contenuto essenziale?

In dottrina si è ritenuto che *«[l]’unica regola certa, anche se implicitamente codificata, che dalla giurisprudenza costituzionale pare possa ricavarsi è quella secondo la quale la determinazione del contenuto essenziale dei diritti inviolabili, intangibile dalla legge, avviene per mezzo della c.d. tecnica o principio del “bilanciamento costituzionale” (che segue il bilanciamento precedentemente operato dal legislatore nella politicità delle sue attribuzioni). Da ciò discende che il*

costituisca un diritto costituzionalmente protetto (art. 41, primo comma), anche per le finalità sociali ad esso sottese. La disciplina in modo difforme da Regione a Regione della tutela dell'ambiente, secondo criteri, modalità e procedimenti permessivi differenziati, costituisce una violazione del principio fondamentale scolpito nella richiamata disposizione costituzionale. Anche l'art. 120, comma 1, Cost., laddove vieta alle Regioni di “adottare provvedimenti che ostacolino in qualsiasi modo la libera circolazione delle [...] cose tra le Regioni”, rappresenta un principio applicativo che assume diretta rilevanza nell'adozione e nell'attuazione delle politiche ambientali».

¹⁰⁸ Si vedano per tale orientamento le pronunce nn. 151/1986 e 379/1994 (in materia di paesaggio), 192/1987 e 744/1988 (in materia di gestione dei rifiuti), 1002/1988, 577/1990 e 578/1990 (sulla caccia), 366/1992 (in materia di aeree naturali protette).

¹⁰⁹ Corte cost., 20.12.2002, n. 536; 24.6.2003, n. 222; 18.3.2005, n. 108; 31.5.2005, n. 214 e 20.4.2006 n. 182. M. DE GIORGI, *Focus sulla giurisprudenza costituzionale in materia di “tutela dell'ambiente”*, in *Istituzioni del federalismo*, n. 3/4, 2010, pp. 409-410, rileva che *«l'apparente contraddizione in cui sembra incorrere la Consulta è frutto dell'applicazione - nello scrutinio delle misure statali volte al bilanciamento di contrapposti interessi - del criterio di “ragionevolezza”».*

¹¹⁰ M. CECCHETTI, *Principi costituzionali per la tutela dell'ambiente*, Milano, 2000, pp. 285 ss.. Per la verità, già con la sentenza 6 febbraio 1991, n. 53, in materia di inquinamento atmosferico, la Corte aveva riconosciuto costituzionalmente legittima la normativa nazionale che riservava allo Stato la determinazione dei valori di emissione, sia minimi che massimo, consentendo alle Regioni di stabilire limiti più rigorosi solo per le *«zone particolarmente inquinate»* o per *«specifiche esigenze di tutela ambientale»*, e ciò in quanto l'autorità centrale è in possesso di mezzi di conoscenza sanitaria superiori a quelli disponibili da parte delle Regioni e perché risulta necessario garantire uniformità di trattamento delle varie imprese operanti in concorrenza fra loro. La stessa Corte costituzionale, nella sentenza n. 331 del 2003, cit., osservò come dalla propria giurisprudenza precedente non potesse *«trarsi in generale il principio della derogabilità in melius (rispetto alla tutela dei valori ambientali), da parte delle Regioni, degli standard posti dallo Stato».*

¹¹¹ Così O. CHESSA, *La misura minima essenziale dei diritti sociali: problemi e implicazioni di un difficile bilanciamento*, cit..

contenuto essenziale di una libertà costituzionale è violato quando il limite disposto dalla legge è irragionevole»¹¹².

Come, però, riconosce lo stesso Autore, il contenuto essenziale dei diritti – così inteso – è un concetto “relativo”, non “assoluto”, che ha una dimensione variabile, sia perché definito sempre *a posteriori*, cioè a partire dalla irragionevolezza della restrizione legislativa cui è sottoposto, sia perché diversa può essere l’incidenza dei valori costituzionali di volta in volta concorrenti¹¹³.

Tale ricostruzione non sfugge alla contraddizione logica rappresentata da un valore che è al tempo stesso “relativo” ed “essenziale”.

In altre parole, il contenuto “essenziale” di un diritto non può essere “relativo”, in quanto la relatività ammette in teoria la compressione sino alla cancellazione (nel caso concreto) del diritto in conflitto con un interesse assolutamente preponderante: quindi la soppressione dell’“essenza” del diritto.

È quanto avvenuto – al di là delle affermazioni di principio della Consulta – nel caso ILVA, laddove il diritto fondamentale all’integrità fisica è stato – nel caso concreto, sia pur, nelle intenzioni, transitoriamente – sacrificato all’interesse al mantenimento dei livelli occupazionali.

È quanto avvenuto per le principali libertà costituzionali durante la pandemia.

Viceversa, a mio avviso, il contenuto essenziale del diritto non può che rappresentare un valore assoluto, il quale varia nel tempo – espandendosi – in ragione della progressiva attuazione della Costituzione¹¹⁴, ma non è il risultato del bilanciamento, rappresentandone invece il limite esterno oggettivo (quanto meno in “tempo ordinario”).

Il contenuto essenziale dei diritti va rintracciato in ciò che li rende *inviolabili* e *inderogabili*, tali da essere *riconosciuti* e non posti dalla Repubblica e, quindi, dalla stessa Costituzione (art. 2): la dignità della

¹¹² O. CHESSA, *op.cit.*.

¹¹³ O. CHESSA, *op.cit.*.

¹¹⁴ Osserva G. SILVESTRI, *L’individuazione dei diritti della persona*, cit., pp. 1-2 (citando P. BARILE, *Diritti dell’uomo e libertà fondamentali*, Bologna, 1984, p. 56), che «[q]ualunque sia il grado di perfezione della tutela dei diritti giuridicamente previsti e garantiti, residua sempre una “eccedenza dell’esigenza di giustizia rispetto alle possibilità di realizzazione umane”».

persona umana¹¹⁵, richiamata, esplicitamente o implicitamente, da tutte le costituzioni e da tutte le carte dei diritti sovranazionali e internazionali¹¹⁶.

Come è stato osservato, la garanzia del contenuto essenziale può essere considerata “norma di chiusura” che esprime riassuntivamente la centralità dei diritti della persona nel rapporto tra governanti e governati, quale elemento caratterizzante la forma di Stato costituzionale democratico: in tal senso depone, tra l’altro, la diffusa constatazione per cui il rispetto del contenuto essenziale dei diritti sarebbe condizione ineludibile per la realizzazione della dignità umana, la quale, a sua volta, viene assunta a fondamento dello Stato costituzionale, nell’ambito della tendenza a riempire la categoria della sovranità di contenuti “di valore”¹¹⁷.

In questi termini, d’altronde, si esprime costantemente¹¹⁸ la stessa Corte costituzionale¹¹⁹ che recentemente ha censurato il divieto di iscrizione all’anagrafe per gli stranieri richiedenti asilo, disposto con uno dei c.d. “decreti Salvini”¹²⁰, non solo per la sua irrazionalità intrinseca – sortendo l’effetto opposto a quello dichiaratamente perseguito¹²¹ – quanto perché «[l]a norma censurata, privando i richiedenti asilo del riconoscimento giuridico della loro condizione di residenti, incide [...] irragionevolmente sulla «pari dignità

¹¹⁵ «Dignità che esige libertà del pensiero e della coscienza, libertà della persona nel corpo e nella sfera spirituale e materiale, libertà di comunicare con gli altri e con loro associarsi. Dignità da conseguire attraverso il lavoro e la sua difesa, l’istruzione, la tutela della salute, le risorse per vivere a chi il lavoro non ha, un ambiente salubre per crescere i figli, tutela del patrimonio artistico e culturale per non disperdere la ricchezza delle tradizioni» (così, L. CARLASSARE, *Nel segno della Costituzione. La nostra carta per il futuro*, Milano, 2012, p. 18). Evidenzia l’Autrice (p. 21) che la nostra carta fondamentale richiama la “pari dignità sociale” nel principio di uguaglianza (art. 3), pone la “dignità umana” come limite all’iniziativa economica privata (art. 41) e come limite ai trattamenti sanitari (art. 32); la esprime nel divieto di pene contrarie “al senso di umanità” (art. 27) e di ogni “violenza fisica e morale” sulle persone sottoposte a restrizioni di libertà (art. 13); assume la vita “dignitosa” come misura per la retribuzione dei lavoratori (art. 37). Sia il Preambolo che l’art. 1 della Dichiarazione universale dei diritti dell’uomo del 1948 si aprono con il richiamo alla dignità: «Whereas recognition of the inherent dignity and of the equal and inalienable rights of all members of the human family is the foundation of freedom, justice and peace in the worlds»; art. 1 «All human beings are born free and equal in dignity and rights».

¹¹⁶ Osserva G. SILVESTRI, *L’individuazione dei diritti della persona*, cit., p. 11, che la dignità umana, in quanto premessa dei diritti fondamentali, non è un diritto fondamentale a sé stante, ma sintesi di tutti di principi e diritti fondamentali costituzionalmente tutelati. Sulla dignità umana la letteratura giuridica è sterminata. Si rinvia, anche per gli ampi riferimenti di dottrina ad A. RUGGERI, *La dignità dell’uomo e il diritto di avere diritti (profili problematici e ricostruttivi)*, in *Consulta online*, fasc. II, 2018, pp. 392 ss. ed al testo a cui sin dal titolo il saggio fa riferimento: S. RODOTÀ, *Il diritto di avere diritti*, Bari – Roma, 2012.

¹¹⁷ Così D. MESSINEO, *Garanzia del contenuto essenziale e tutela multilivello dei diritti fondamentali*, Macerata, 2010, p. 18, il quale cita P. HÄBERLE, *Die Wesensgehaltgarantie del Art. 19 Abs. 2, Grundgesetzes*, 1983, trad. it. a cura di P. RIDOLA, *Le libertà fondamentali nello Stato costituzionale*, Roma, 1993, p. 177 e ID., *La dignità umana come fondamento della comunità statale*, in ID., *Cultura dei diritti e diritti della cultura nello spazio costituzionale europeo*, Milano, 2003, p. 52.

¹¹⁸ Cfr. tra le tante la già citata Corte cost. n. 203/2016, punto 8, e le numerose sentenze ivi citate.

¹¹⁹ Sentenza 31.7.2020, n. 186.

¹²⁰ La norma censurata era l’art. 4, co. 1 *bis*, del d.lgs. 18 agosto 2015, n. 142, come introdotto dall’art. 13, co. 1, lett. a), n. 2), del d.l. 4.10.2018, n. 113, convertito, con modificazioni, nella legge 1.12.2018, n. 132.

¹²¹ La Corte rileva che il legislatore ha contraddetto «la ratio complessiva del decreto-legge al cui interno si colloca la disposizione denunciata. Infatti, a dispetto del dichiarato obiettivo dell’intervento normativo di aumentare il livello di sicurezza pubblica, la norma in esame, impedendo l’iscrizione anagrafica dei richiedenti asilo, finisce con il limitare le capacità di controllo e monitoraggio dell’autorità pubblica sulla popolazione effettivamente residente sul suo territorio, escludendo da essa una categoria di persone, gli stranieri richiedenti asilo, regolarmente soggiornanti nel territorio italiano» (punto 4.1).

sociale», riconosciuta dall'art. 3 Cost. alla persona in quanto tale, a prescindere dal suo status e dal grado di stabilità della sua permanenza regolare nel territorio italiano»¹²².

Tale contenuto essenziale dovrebbe costituire un limite invalicabile per l'azione dei poteri pubblici e privati. Invero, la dignità umana, come radice di tutti i diritti fondamentali, non è suscettibile di bilanciamento con nessun diritto fondamentale singolare¹²³.

Ammoniva Costantino Mortati che «[l]a dignità fa sorgere la pretesa a un trattamento che non scenda mai a un livello capace di comprometterla»¹²⁴. Sennonché, per far fronte all'emergenza, il limite viene valicato, il livello ridotto, spesso con il consenso dei più e – stando alla sua giurisprudenza, al di là delle affermazioni di principio – della stessa Corte costituzionale¹²⁵.

Non si può infatti definire coerente con la “dignità umana” la vita dei residenti del quartiere Tamburi di Taranto e le condizioni di lavoro degli operai dell'altoforno dello stabilimento ILVA, ivi insediato. Eppure, la Consulta ha ritenuto quelle condizioni di vita e di lavoro ragionevoli.

Come non si può ritenere propria della “dignità umana” la condizione dei disabili gravi e delle loro famiglie lasciati, durante la pandemia, per mesi senza assistenza e dei malati “ordinari” dimenticati da un sistema sanitario costretto a far fronte all'emergenza Covid¹²⁶. Eppure – e si tratta solo di alcuni esempi – è quanto avvenuto in questi mesi e ritenuto dai più necessario per garantire la sicurezza pubblica.

Non è questa la sede per dar compiutamente conto del dibattito sul rapporto tra proporzionalità e dignità umana¹²⁷, se non per accennare che si fronteggiano due ricostruzioni: la teoria assoluta, secondo la quale la garanzia della dignità umana è una norma che prevale in tutti i casi su ogni altra norma ed è,

¹²² Punto 4.2.

¹²³ Così si esprime la Corte costituzionale tedesca. Cfr. BVerfGE 75, 369 (380). G. SILVESTRI, *L'individuazione dei diritti della persona*, cit., p. 11, sottolinea che la dignità umana non è bilanciabile, in quanto è essa stessa la bilancia sulla quale disporre i beni costituzionalmente tutelati, che subiscono compressioni, e corrispondenti aumenti, entro i limiti di tutela della dignità, che nasce piena in ogni individuo e non si acquista per meriti e non si perde per demeriti.

¹²⁴ C. MORTATI, *La persona, lo Stato e le comunità intermedie*, Torino, 1959, p. 34.

¹²⁵ La quale, in più occasioni, ha offerto argomenti a chi ritiene esista una precisa nozione europea della dignità umana, distinta da quella propria della cultura giuridica statunitense, che si caratterizzerebbe per un complessivo ripensamento del ruolo dell'individuo, spogliato di talune prerogative nella misura in cui ciò sia richiesto dalla realizzazione di un più ampio progetto di società elaborato dallo Stato. Si veda in questi termini N. RAO, *On the use and abuse of dignity in Constitutional law*, in *Columbia Journal of European Law*, 2008, vol. 14, n. 2, pp. 201 ss.. Sul tema D. MESSINEO, *Garanzia del contenuto essenziale e tutela multilivello dei diritti fondamentali*, cit., p. 8-9, il quale ritiene tale riflessione frutto di una semplificazione eccessiva. L'Autore sottolinea che nel contesto europeo la dignità dell'uomo non è stata invocata soltanto per giustificare restrizioni legate ad esigenze di ordine pubblico ma spesso, all'opposto, in funzione dell'espansione degli spazi di libera autodeterminazione dell'individuo.

¹²⁶ Durante la fase acuta della pandemia si è verificato il paradosso che per la tutela della sanità pubblica si è sacrificato il diritto alla salute dei singoli, con una drammatica scissione della garanzia costituzionale della salute nella sua dimensione individuale e comunitaria.

¹²⁷ Per il quale si rinvia a D. MESSINEO, *Garanzia del contenuto essenziale e tutela multilivello dei diritti fondamentali*, cit., spec. pp. 55-78 ed all'ampia dottrina ivi citata. Si veda anche R. ALEXY, *Dignità umana e proporzionalità*, cit., pp. 13 ss., il quale definisce il rapporto tra proporzionalità e dignità umana uno dei temi più controversi nel dibattito sulla struttura normativa della garanzia della dignità umana.

quindi, sottratta al bilanciamento, e quella relativa, che, invece, ritiene la dignità umana valore da ricomprendere nel bilanciamento.

A me pare possa ritenersi “ragionevole” una posizione mediana. La dignità umana – come detto – è un valore assoluto e, come tale, non può essere il risultato di un’operazione di bilanciamento, né termine dello stesso. La vita di un uomo solo ha lo stesso valore della vita di mille uomini. Ciò che è incommensurabile non è – per definizione – bilanciabile. E però, il bilanciamento tra contrapposti diritti può rendere ragionevole anche la lesione della dignità umana. In altre parole, il bilanciamento, se strettamente proporzionato, può rendere ragionevole la “riduzione” sino all’estinzione del “nucleo” del diritto fondamentale, ovvero del suo “contenuto essenziale”.

Paradigmatico è il dilemma posto da Luhmann¹²⁸: esistono nella nostra società ancora delle norme irrinunciabili? Il sociologo tedesco, ipotizzando il caso limite del *ticking-bomb-scenario*, nel quale un terrorista catturato si rifiuti di rivelare dove ha nascosto una bomba nucleare con timer innescato, afferma di no, ammettendo nel caso il ricorso alla tortura. La Corte costituzionale tedesca¹²⁹ e la Corte europea dei diritti dell’uomo¹³⁰ ritengono il contrario.

Diverso sembra essere l’atteggiamento della Corte costituzionale italiana.

¹²⁸ N. LUHMANN, *Gibt es in unserer Gesellschaft noch unverzichtbare Normen?*, Heidelberg, 1993.

¹²⁹ Ad esempio, il *Bundesverfassungsgericht* ha affermato, con sentenza del 15 febbraio 2006, l’incostituzionalità della legge tedesca sulla Sicurezza Aerea dell’11 gennaio 2005, che, emanata sull’onda dell’attacco terroristico alle Torri gemelle dell’11 settembre 2001, autorizzava (§14 III LuftSIG) l’aviazione militare ad abbattere un aereo civile che, dirottato da un commando terrorista, venga trasformato in arma diretta contro la vita dei cittadini, così conferendo alle autorità statali la potestà di ordinare l’uccisione dei passeggeri e dei membri dell’equipaggio, loro malgrado coinvolti nel destino dell’aereo sequestrato. La Corte di Karlsruhe ha ritenuto la norma in contrasto con il diritto alla vita sancito dall’art. 2 II 1 della Legge Fondamentale, in combinato disposto con la tutela della dignità umana previsto dall’art. 1 I, laddove l’impiego di armi contro l’aereo sequestrato interessava anche le sorti degli individui innocenti a bordo del velivolo. Ciò infatti avrebbe trasformato tali persone in oggetti spersonalizzati e privati dei loro diritti («*verdinglicht und zugleich entrechtlicht*»), con grave violazione del loro diritto alla vita e del diritto a decidere della propria esistenza e, conseguentemente, della loro dignità. Di contro, la Corte non ha ravvisato elementi di incostituzionalità della norma nella parte in cui questa consentiva l’intervento armato contro un aereo sequestrato, ove il velivolo fosse occupato solo dai responsabili del dirottamento, intenzionati ad utilizzare l’aeromobile come strumenti di distruzione della vita degli esseri viventi a terra. In tale eventualità, infatti, verrebbe comunque riconosciuta la dignità soggettiva degli individui che, attraverso una libera iniziativa personale, hanno scelto di rendersi responsabili della minaccia alla collettività. Anche il principio di proporzionalità sarebbe in questo modo rispettato, in quanto l’obiettivo perseguito dalla norma di salvare la vita di esseri umani è di rilevanza tale da giustificare una pur pesante intromissione nel diritto fondamentale alla vita dei responsabili dell’atto criminale. Sulla sentenza si veda A. DE PRETIS, *Tra libertà e sicurezza prevale la dignità umana, dice il Bundesverfassungsgericht*, in www.associazionedeicostituzionalisti.it.

¹³⁰ Si veda CEDU (Grande Camera), 15.11.1996, *Chahal v. Regno Unito*, par. 88): «[t]he Court is well aware of the immense difficulties faced by States in modern times in protecting their communities from terrorist violence. However, even in these circumstances, the Convention prohibits in absolute terms torture or inhuman or degrading treatment or punishment, irrespective of the victim’s conduct. Unlike most of the substantive clauses of the Convention and of Protocols Nos. 1 and 4 (P1, P4), Article 3 (art. 3) makes no provision for exceptions and no derogation from it is permissible under Article 15 (art. 15) even in the event of a public emergency threatening the life of the nation (see the *Ireland v. the United Kingdom* judgment of 18 January 1978, Series A no. 25, p. 65, para. 163, and also the *Tomasi v. France* judgment of 27 August 1992, Series A no. 241-A, p. 42, para. 115)».

Sia pure non arrivando a tali estremi, è noto che la legislazione italiana “emergenziale” di contrasto al terrorismo abbia inciso sul “nucleo essenziale” delle libertà costituzionali, ricevendo ciò nonostante l’avallo della Consulta¹³¹.

Come attinge tale nucleo essenziale, a giudizio della Corte di giustizia dei diritti dell’uomo, la legislazione “emergenziale” contro il fenomeno mafioso. Recentemente la Corte di Strasburgo¹³² ha condannato l’Italia per la disciplina dell’ordinamento penitenziario (legge 25 luglio 1975, n. 345) relativa al c.d. “ergastolo ostativo”¹³³, pur riconoscendo che «*i delitti per i quali il ricorrente è stato condannato riguardano un fenomeno particolarmente pericoloso per la società*» ed il contesto emergenziale nel quale la norma censurata è stata introdotta, ma affermando che «*la lotta contro tale flagello non dovrebbe giustificare deroghe alle disposizioni dell’articolo 3 della Convenzione, che proibiscono in termini assoluti le pene inumane e degradanti*»¹³⁴ e ribadendo che «*il principio della “dignità umana” impedisce di privare una persona della libertà, senza lavorare allo stesso tempo al suo reinserimento e senza fornire alla stessa la possibilità di riconquistare un giorno questa libertà*»¹³⁵.

Da notare che la medesima disciplina ha superato più volte indenne il sindacato della Consulta¹³⁶, la quale ha avallato le scelte di politica criminale del legislatore intese a privilegiare la prevenzione generale e la protezione della collettività con lo strumento della collaborazione dei membri delle associazioni mafiose, ritenuto di capitale importanza nel contesto della lotta contro il crimine organizzato.

Come ha sostanzialmente superato il vaglio della Consulta l’altro cardine della riforma del regime penitenziario del 1992, emanata all’indomani delle stragi di Capaci e di Via D’Amelio: l’art. 41 *bis*, comma 2, dell’ordinamento penitenziario. Tale norma – come noto – ha introdotto un regime carcerario particolarmente restrittivo per i detenuti per delitti connessi alla criminalità organizzata¹³⁷. La

¹³¹ Si veda Corte cost., 1.12.1982, n. 15. La Corte ha affermato che di fronte ad una situazione d’emergenza, quale quella provocata dal terrorismo, «*Parlamento e Governo hanno non solo il diritto e potere, ma anche il preciso ed indeclinabile dovere di provvedere, adottando una apposita legislazione d’emergenza*».

¹³² CEDU, 13 giugno 2019, *Viola c. Italia* (N° 2).

¹³³ Il regime in questione è il risultato dell’applicazione combinata dell’art. 22 c.p. e degli artt. 4 *bis* e 58 *ter* della legge sull’ordinamento penitenziario e prevede un trattamento penitenziario differenziato, che ha l’effetto di impedire la concessione della liberazione condizionale, nonché l’accesso agli altri benefici penitenziari e alle misure alternative alla detenzione (ad eccezione della “liberazione anticipata”), qualora non sia soddisfatta la necessaria condizione della collaborazione con la giustizia.

¹³⁴ Par. 130. La Corte nota che «*l’introduzione dell’art. 4 bis è il risultato della riforma del regime penitenziario del 1992 e che tale riforma è avvenuta in un contesto emergenziale, dove il legislatore è stato chiamato a intervenire in seguito ad un episodio estremamente drammatico per l’Italia, in una situazione particolarmente critica*».

¹³⁵ Par. 113. La Corte richiama il suo precedente *Vinter* (CEDU, Grande Camera, 9 luglio 2013, *Vinter e a. v. Regno Unito*).

¹³⁶ Sentenze 11.6.1993 n. 306; 5.7.2001, n. 273; 24.4.2003, n. 135. Con ord. 20.12.2018, n. 4474, la Corte di Cassazione ha sollevato di nuovo questione di legittimità costituzionale dell’art. 4 *bis* dell’ordinamento penitenziario con riguardo alla funzione di risocializzazione della pena.

¹³⁷ La disposizione rinvia al primo comma dell’art. 4 *bis* della stessa legge per l’individuazione dei delitti, statuendo che quando ricorrono gravi motivi di ordine e di sicurezza pubblica, anche a richiesta del Ministro dell’interno, il Ministro della giustizia ha la facoltà di sospendere, in tutto o in parte, nei confronti dei detenuti internati per delitti in questione o comunque per un delitto che sia stato commesso avvalendosi delle condizioni o al fine di agevolare l’associazione di tipo mafioso, in relazione ai quali vi siano elementi tali da far ritenere la sussistenza di collegamenti con

Corte costituzionale, con una serie di sentenze interpretative di rigetto, ha ridisegnato le modalità applicative della norma per adeguarla ai principi costituzionali¹³⁸, mentre con le sentenze 20 giugno 2013, n. 143 e 22 maggio 2020, n. 97, ha dichiarato l'illegittimità di alcuni degli ulteriori aggravamenti al regime carcerario introdotti nel 2009¹³⁹ in quanto inutilmente limitativi dei diritti dei detenuti, in assenza di esigenze specifiche di sicurezza¹⁴⁰.

Anche la Corte di Strasburgo ha ritenuto in linea di principio compatibile con l'art. 3 della Convenzione il regime carcerario previsto dall'art. 41 *bis*, in quanto necessario a recidere i legami tra il detenuto e l'organizzazione criminale di appartenenza¹⁴¹. D'altronde, secondo la giurisprudenza della Corte, la norma convenzionale citata trova applicazione quando un maltrattamento raggiunge un livello minimo di gravità, la cui valutazione è relativa e dipende dall'insieme dei dati di causa (in particolare la durata del trattamento ed i suoi effetti sullo stato della salute fisica e mentale, nonché l'età, il sesso, lo stato di salute)¹⁴², gravando sul detenuto l'onere della prova della lesività del trattamento subito al di là di ogni ragionevole dubbio¹⁴³.

un'associazione criminale, terroristica o eversiva, l'applicazione delle regole di trattamento e degli istituti previsti dall'ordinamento penitenziario che possano porsi in concreto contrasto con le esigenze di ordine e di sicurezza. La sospensione comporta le restrizioni necessarie per il soddisfacimento delle predette esigenze e per impedire i collegamenti con l'associazione.

¹³⁸ Sentenze 28.7.1993, n. 349; 23.11.1993, n. 410; 18.10.1996, n. 351 e 5.12.1997, n. 376. La Corte ha statuito che: il Ministro della giustizia può sospendere solo le regole e gli istituti del diritto penitenziario che già appartengono alla competenza di ciascuna amministrazione carceraria e che si riferiscono al regime di detenzione in senso stretto; i decreti adottati dal Ministro sono sottoponibili alla cognizione del Tribunale di sorveglianza con la procedura del reclamo; i provvedimenti sono disapplicabili dal giudice, in tutto o in parte; è vietato adottare misure restrittive concretanti un trattamento contrario al senso di umanità, o tali da vanificare del tutto la finalità rieducativa della pena.

¹³⁹ Con legge 15.7.2009, n. 94, recante disposizioni in materia di sicurezza pubblica, che ha introdotto, tra gli altri, il comma 41 *bis*, comma 2 *quater*, lettera f, dell'ordinamento penitenziario censurato con le due sentenze citate.

¹⁴⁰ La sentenza del 2013 ha dichiarato l'illegittimità costituzionale della norma citata nella parte in cui prevedeva limitazioni ingiustificate ai colloqui con i difensori, in quanto, non potendo ovviamente la disposizione cancellare del tutto quei colloqui, essa introduceva limiti suscettibili, bensì, di penalizzare la difesa, ma inutili a impedire, anche parzialmente, il temuto passaggio di direttive e informazioni tra il carcere e l'esterno. La sentenza del 2020 ha cassato il divieto, contenuto nella stessa disposizione, di scambiare oggetti di qualunque genere, quand'anche realizzato tra detenuti appartenenti al medesimo gruppo di socialità e quindi abilitati comunque a comunicare tra loro. La Corte, però, ha tenuto a precisare (punto 8 del *Considerato in diritto*) che «l'applicazione necessaria e generalizzata del divieto di scambiare oggetti anche ai detenuti appartenenti al medesimo gruppo di socialità, sconta il limite di essere frutto di un bilanciamento condotto ex ante dal legislatore, a prescindere, perciò, da una verifica in concreto dell'esistenza delle ricordate, specifiche, esigenze di sicurezza, e senza possibilità di adattamenti calibrati sulle peculiarità dei singoli casi. [...] Invece, anche dopo la presente sentenza di accoglimento, in forza della disposizione di cui alla lettera a) del comma 2-*quater* dell'art. 31-*bis*, ordin. penit. – secondo cui la sospensione delle regole di trattamento e degli istituti di cui al comma 2 può comportare "l'adozione di misure di elevata sicurezza interna ed esterna" – resterà consentito all'amministrazione penitenziaria di disciplinare le modalità di effettuazione degli scambi tra detenuti appartenenti al medesimo gruppo [...], nonché di predeterminare le condizioni per introdurre eventuali limitazioni [...].»

¹⁴¹ Cfr. CEDU, 8.1.2008, *Ercolano c. Italia* e 9 gennaio 2001, *Salvatore c. Italia*.

¹⁴² Cfr. CEDU, 25.10.2018, *Provenzano c. Italia*, par. 126: «[I]l Corte ribadisce che l'articolo 3 della Convenzione sancisce uno dei valori fondamentali di una società democratica. Proibisce in modo assoluto la tortura o le pene e i trattamenti inumani o degradanti, indipendentemente dalle circostanze e dal comportamento della vittima. Per essere compreso nel campo di applicazione dell'articolo 3 il maltrattamento deve comunque raggiungere un livello minimo di gravità. La valutazione di tale minimo è relativa: dipende da tutte le circostanze del caso, quali la durata del trattamento, i suoi effetti fisici e mentali e, in alcuni casi, il sesso, l'età e lo stato di salute della vittima». In quell'occasione, però, la Corte aveva concluso per la violazione da parte dell'Italia dell'art. 3 per il periodo successivo alla proroga del regime di cui all'art. 41 *bis*, in data 23 marzo 2016, non avendo il Governo dato prova

La Corte ha ritenuto, però, in varie occasioni violate dal regime carcerario speciale introdotto dalla norma citata altri diritti fondamentali¹⁴⁴.

Tali sentenze si concludono al più con la condanna a risarcimenti per poche migliaia di euro o, spesso, con la sola affermazione del principio. Rilevano, però, in quanto le disposizioni della Convenzione europea dei diritti dell'uomo, così come interpretate dalla Corte di Strasburgo (art. 32 della Convenzione), operano, ai sensi dell'art. 117, primo comma, Cost., come parametro per il giudizio di legittimità costituzionale delle norme interne¹⁴⁵. Sul punto, però, la Consulta ha statuito che il primato del diritto europeo si ferma innanzi ai principi supremi dell'ordine costituzionale¹⁴⁶. E ben può ritenersi a mio avviso che le norme menzionate, censurate dalla Corte di Strasburgo, siano poste a tutela della *salus rei publicae* e che, pertanto – laddove il conflitto tra ciò che la Costituzione consente “per” tale

sufficiente che tale proroga si rendesse necessaria, essendo ormai compromessa la situazione cognitiva del detenuto, tale da rendere impossibile il riacciare i rapporti con l'organizzazione mafiosa.

¹⁴³ Cfr. CEDU, 25.10.2018, *Provenzano c. Italia*, par. 130: «*per quanto riguarda il livello della prova, la Corte ribadisce che le accuse di maltrattamento devono essere supportate da prove adeguate. Per valutare tali prove, la Corte adotta il criterio della prova “oltre ogni ragionevole dubbio”, ma aggiunge che tale prova può derivare dalla coesistenza di inferenze sufficientemente forti, chiare e concordanti o di analoghe presunzioni di fatto non confutate*». Cfr. anche CEDU, 19.1.2010, *Montani c. Italia*, par. 23-29; 10.6.2008, *Scoppola c. Italia*, par. 40-44; 8.1.2008, *Indelicato c. Italia*, par. 3; 10.11.2005, *Argenti c. Italia*, par. 21.

¹⁴⁴ Il diritto al rispetto della corrispondenza sancito dall'art. 8 della Convenzione (cfr. CEDU, 19.1.2010, *Montani c. Italia* e 1.12.2009, *Stolder c. Italia*) e il diritto di accesso ad un tribunale e di un ricorso effettivo avverso il provvedimento di sottoposizione al regime speciale e della sua proroga, di cui agli artt. 6 e 13 della Convenzione (cfr. CEDU, 28.9.2000, *Messina c. Italia* e 28.8.2000, *Gangi c. Italia*).

¹⁴⁵ Le prime sentenze che hanno fatto applicazione di tale parametro costituzionale sono Corte cost., 24.10.2007, n. 348, in *Giur. Cost.*, 2007, 3475, con note di Pinelli e di Moscarini, e Corte cost., 24.10.2007, n. 349, *ibidem*, con note di Cartabia, Guazzarotti e Sciarabba.

¹⁴⁶ Cfr. Corte cost., 10.4.2018, n. 115 che ha chiuso la c.d. saga Taricco, su cui fiumi di inchiostro sono stati versati. La vicenda ha avuto origine con le sentenze della Corte di giustizia, 8.9.2017, C-105/14, *Taricco ed a.* e (Grande Sezione), 5.12.2015, C-42/17, *M.A.S. e M.B.* (ribattezzata *Taricco bis*) che avevano posto una regola sul calcolo della prescrizione in materia di IVA ritenute dalla Corte costituzionale in contrasto con i principi di determinatezza delle fattispecie di reato e di irretroattività della legge penale meno favorevole per il reo. La Consulta, affermando che l'eventuale applicazione della “regola Taricco” nel nostro ordinamento violerebbe gli artt. 25, secondo comma, e 101, secondo comma, Cost., e non potrebbe perciò essere consentita neppure alla luce del primato del diritto dell'Unione, ma ritenendo che la stessa sentenza Taricco (par. 53 e 55) tendesse ad escludere tale applicazione ogni qual volta essa venga a trovarsi in conflitto con l'identità costituzionale dello Stato membro e in particolare implichi una violazione del principio di legalità penale, secondo l'apprezzamento delle competenti autorità di tale Stato, aveva, con ord. 26.1.2017, n. 24, rimesso alla Corte di giustizia la conferma di tale propria interpretazione. La Grande sezione della Corte di giustizia, con sentenza 5.12.2017, C-42/17, *M.A.S. e M.B.*, avrebbe compreso – a giudizio della Consulta – il proprio dubbio, affermando che l'obbligo per il giudice nazionale di disapplicare la normativa interna in materia di prescrizione, sulla base della “regola Taricco”, viene meno quando ciò comporta una violazione del principio di legalità dei reati e delle pene, a causa dell'insufficiente determinatezza della legge applicabile o dell'applicazione retroattiva di una normativa che prevede un regime di punibilità più severo di quello vigente al momento della commissione del reato. Ciò ha consentito alla Consulta di pronunciare una sentenza interpretativa di rigetto (la citata n. 115/2018), con la quale ha riaffermato il principio che «[l']autorità competente a svolgere il controllo sollecitato dalla Corte di giustizia è la Corte costituzionale, cui spetta in via esclusiva il compito di accertare se il diritto dell'Unione è in contrasto con i principi supremi dell'ordine costituzionale e in particolare con i diritti inalienabili della persona». Su tale sentenza si vedano D. GALLO, *La Corte costituzionale chiude la “saga Taricco”: tra riserva di legge, opposizione de facto del controlimito e implicita negazione dell'effetto diretto*, in *European Papers*, 3, n. 2, pp. 885 ss.; C. AMALFITANO – O. POLLICINO, *Jusqu'ici tout va bien... ma non sino alla fine della storia. Luci, ombre ed atterraggio della sentenza n. 115/2018 della Corte costituzionale che chiude (?) la saga Taricco*, in *Diritti comparati*, 5 giugno 2018. Più in generale, sul tema dei controlimiti, si veda A. BERNARDI (a cura di), *I controlimiti. Primato delle norme europee e difesa dei principi costituzionali*, Napoli, 2017.

finalità e ciò che la CEDU vieta “nonostante” tale finalità sia insanabile – devono essere ritenute costituzionalmente legittime.

Quindi, per cominciare a trarre qualche conclusione: lo stato di emergenza condiziona il ragionevole bilanciamento dei diritti costituzionali, rendendo ragionevole la compressione del nucleo essenziale del diritto antagonista rispetto a quello minacciato e ritenuto prevalente, se resa strettamente necessaria dalla garanzia di quest’ultimo.

Inoltre, lo stato di emergenza incide anche su tale giudizio di stretta proporzionalità.

Infatti, *«in ogni ipotesi inerente al concetto elastico di rischio, la proporzione nella precauzione si gioca tutta sulla scelta dei suoi termini di raffronto, delle sue scale, delle sue misure, dei suoi standard, dei suoi criteri valutativi da applicare ragionevolmente, di volta in volta, alla fattispecie reale. In definitiva, per qualunque concetto elastico da determinare è solo il contesto di appartenenza ad offrire i parametri per valutare l’entità di un eventuale pregiudizio. Parametri che consentono anche di misurare quanta parte del valore insito in ciascuno dei principi posti a confronto possa essere ragionevolmente sacrificata. [...] Senza una visione d’insieme che offra all’interprete tutti i coefficienti di riferimento mancano i presupposti per stabilire in concreto il recesso totale o parziale di un principio rispetto all’altro, nonché l’entità del sacrificio delle rispettive posizioni ad esso correlate, poiché vengono meno i termini stessi del rapporto di proporzione fra valori, fra soggetti, fra situazioni»*¹⁴⁷.

La necessità di una risposta immediata all’emergenza tende a precludere – o a rendere assai complessa – tale visione d’insieme, favorendo il sacrificio sproporzionale di interessi e valori stante l’urgenza di tutelare il bene ritenuto primario.

Il tema conclusivo, cui sarà dedicato il prossimo paragrafo, è se l’approccio precauzionale si imponga anche nella prevenzione e nella pianificazione dell’emergenza, al fine di ridurre, per quanto possibile, le occasioni del suo insorgere e – soprattutto – per assicurare al decisore pubblico gli strumenti ed il tempo utili al più ottimale bilanciamento dei diritti.

8. L’approccio precauzionale nella prevenzione e nella pianificazione dell’emergenza

La dottrina tende a distinguere i principi di prevenzione e di precauzione in ragione della distinzione tra certezza e incertezza scientifica circa il verificarsi di danni futuri e, quindi, della distinzione tra pericolo – quale situazione cui è collegato, in rapporto di causa ed effetto, un danno – e rischio, quale situazione caratterizzata dall’incertezza circa la possibilità che il danno si verifichi¹⁴⁸.

¹⁴⁷ Così S. COGNETTI, *Potere amministrativo e principio di precauzione fra discrezionalità tecnica e discrezionalità pura*, cit., p. 130.

¹⁴⁸ Le due categorie riecheggiano la distinzione, propria della dottrina tedesca, tra pericolo (*Gefahr*), quale situazione cui è collegato, in rapporto di causa ed effetto, un danno (il quale è altamente probabile che si verifichi se non si pone rimedio), e rischio (*Risiko*), situazione invece in cui non è valutabile la probabilità che l’evento dannoso si verifichi. Al concetto di pericolo corrisponde il principio di prevenzione (*Gefahrenabwehr*), mentre a quello di rischio il principio di

Il confine tra certezza ed incertezza scientifica è però assai labile e mutevole¹⁴⁹. E, soprattutto, il pensiero “semplificante”, proprio della scienza classica, che alimentava un’idea della Natura a struttura matematica e meccanica regolata da un ordine definitivo ed eterno¹⁵⁰, è stato da tempo sopraffatto dall’evidenza del “disordine”¹⁵¹ in ogni ambito della realtà (dall’infinitamente piccolo¹⁵² all’infinitamente grande¹⁵³) e dall’inevitabilità di un approccio “complesso” all’oggetto dell’indagine scientifica e del pensiero in genere¹⁵⁴.

precauzione (*Vorsorge*). Si veda E. SCHMIDT-ABMANN, *Das allgemeine Verwaltungsrecht als Ordnungsidee*, Berlin-Heidelberg, 2006, p. 16. Su prevenzione e precauzione nel diritto pubblico tedesco si veda P. SAVONA, *Il principio di precauzione e il suo ruolo del sindacato giurisdizionale sulle questioni scientifiche controverse*, in *federalismi.it*, n. 25/2011, pp. 2-7. Sul punto, per la dottrina italiana si veda W. GIULIETTI, *I principi di prevenzione e precauzione nella materia ambientale*, in L. GIANI – M. D’ORSOGNA – A. POLICE, *Dal diritto dell’emergenza al diritto del rischio*, cit., p. 238: «[i] principi di precauzione e di prevenzione presentano, in particolare, una comune dinamica in senso giuridico, in quanto entrambi impongono l’anticipazione della rilevanza dei fenomeni da cui origina una possibile lesione dell’interesse protetto e la conseguente reazione ordinamentale. Sulla base di tale radice comune il principio di prevenzione e quello di precauzione si differenziano in relazione ai presupposti concernenti la diversa consapevolezza e conoscibilità dei fattori di compromissione: in termini obbiettivi e prevedibili nel caso della prevenzione, in termini ipotetici, ma pur sempre scientificamente fondati, per quanto riguarda la precauzione».

¹⁴⁹ Secondo Karl Popper «tutta la conoscenza scientifica è ipotetica o congetturale» (K. POPPER, *Scienza e filosofia. Problemi e scopi della scienza*, Torino, 1969, p. 136). Popper, nella *Logica della scoperta scientifica*, Torino, 2010 (prima pubblicazione nel 1934), capovolge l’evidenza secondo cui la scienza si identifica con la certezza che essa apporta, e afferma che essa si riconnette al suo carattere ipotetico; una teoria è scientifica non perché è inconfutabile, ma perché offre la possibilità di essere confutata. Osserva M. ALLENA, *Il principio di precauzione: tutela anticipata v. legalità-prevedibilità dell’azione amministrativa*, in *Il diritto dell’economia*, vol. 29, n. 90, 2016, p. 412, che il substrato teorico del principio di precauzione è da rinvenirsi in quelle elaborazioni che, a partire dalla seconda metà del Ventesimo secolo, hanno ridimensionato la “certezza” del sapere scientifico, attraverso la dimostrazione di come quest’ultimo finisca spesso per fornire solo delle ipotesi ricostruttive, le quali ben possono venire smentite da successive evidenze empiriche. R. FERRARA, *Etica, ambiente e diritto: il punto di vista del giurista*, in R. FERRARA – M4.A. SANDULLI (diretto da), *Trattato di diritto dell’ambiente*, vol. 1, in R. FERRARA – C.E. GALLO (a cura di), *Le politiche ambientali, lo sviluppo sostenibile e il danno*, Milano, 2014, p. 26, afferma che il principio di precauzione «costituisce il riflesso sensibile del mutato assetto di rapporti fra la scienza e la techne, e pertanto della crisi di identità e di affidabilità che la “scienza incerta” e i suoi operatori vivono drammaticamente nel mondo contemporaneo».

¹⁵⁰ E. MORIN, *La sfida della complessità*, Firenze, 2017 p. 32 scrive: «Fino a Newton è la perfezione divina che garantisce la perfezione delle Leggi della Natura; in seguito, essendo Dio stato ridotto alla disoccupazione tecnologica dalla scienza del XIX secolo, l’Ordine si fonda su se stesso, o piuttosto è il mondo concepito come macchina perfetta che acquista l’assolutezza strappata a Dio».

¹⁵¹ A. ANSELMO, *La sfida di Edgar Morin*, in E. MORIN, *La sfida della complessità*, pp. 13-14, fa risalire alla formulazione del secondo principio della termodinamica da parte di Fourier nei primi anni dell’ottocento la crisi della scienza meccanicistica classica con le sue verità oggettive e dei principi sui quali la stessa si fondava, a partire dal principio di causalità. La scoperta, infatti, che tutti i corpi cedono e assorbono calore, con il flusso di calore dal corpo più caldo al più freddo, e che nello scambio, una parte di calore si disperde sotto forma di energia degradata, non più riutilizzabile, introduce il “disordine” all’interno di un sistema. Infatti, essendo la differenza di temperatura tra i due corpi la causa dello scambio di calore, una volta verificatosi l’effetto dell’equilibrio termico, non si potrà più, partendo dall’effetto, risalire a ciò che lo ha generato, perché la differenza di temperatura è appunto scomparsa.

¹⁵² Osserva E. MORIN, *La sfida della complessità*, cit. pp. 48-49, che la particella non è soltanto un oggetto equivoco, che si manifesta tanto come onda che come corpuscolo, è un’entità intermittente, una sorta di micro buco nero, una “frontiera” tra il percepito e il non percepito, il rilevato e non rilevato, la realtà tridimensionale e la realtà quantica. Come costituente della particella c’è il quark: empiricamente non isolabile, esistente solo teoricamente. Questo oggetto primario, oggi necessario all’intelligibilità, è puramente matematico e concettuale.

¹⁵³ Osserva ancora E. MORIN, *La sfida della complessità*, cit. p. 40 che il riconoscimento dell’espansione dell’universo, la scoperta dello scontro delle galassie, dell’esplosione delle stelle, dei buchi neri divoranti, e l’ipotesi sempre più plausibile di una catastrofe termica originaria hanno reso evidente che il disordine gioca un ruolo iniziale e permanente nel nostro universo.

¹⁵⁴ Cfr. E. MORIN, *Il metodo 1. La natura della natura*, Milano, 2001, *passim*, il quale rileva «Noi abbiamo bisogno di un metodo che colleghi il separato, che affronti l’incerto e che superi le insufficienze logiche; - che restituisca, ricostituisca o

Di qui anche l'affermarsi della consapevolezza che l'ecosistema è un sistema complesso, nel quale le attività antropiche interagiscono tra di loro e con i fenomeni naturali, con *feedback* positivi e negativi, producendo andamenti multidimensionali difficili da interpretare e da predire anche quando vi è "certezza" scientifica circa il rapporto causale tra i singoli fenomeni.

Probabilmente anche per queste ragioni la giurisprudenza italiana, con senso pratico, tende a riferirsi ai due principi in coppia e a qualificare il principio di prevenzione, quale «*specificata ricaduta del più ampio principio di precauzione*»¹⁵⁵.

A me pare che il rapporto tra precauzione e prevenzione possa qualificarsi in termini di relazione tra mezzo e fine: la precauzione è l'approccio che il decisore pubblico deve usare in funzione della prevenzione¹⁵⁶, intesa con Luhmann quale «*preparazione a dei futuri incerti, mirata alla riduzione tanto della probabilità che si verifichi un danno, quanto del suo ammontare*»¹⁵⁷.

Così impostato, il rapporto tra precauzione e prevenzione consente di anticipare quanto più possibile l'intervento dei poteri pubblici per rispondere alla richiesta di sicurezza dei cittadini¹⁵⁸. Tanto da poter considerare la sola imprevedibilità del verificarsi di un determinato rischio come qualificante una situazione di fatto quale emergenza, tale da giustificare l'esercizio di poteri *extra ordinem*¹⁵⁹.

L'approccio precauzionale è proprio, quindi, non solo dell'amministrazione "straordinaria" dell'emergenza e dell'esercizio dei poteri *extra ordinem* che, sin dall'unificazione amministrativa del Regno d'Italia, vengono dalla stessa legittimati. È proprio anzitutto dell'amministrazione ordinaria, che

ricomponga gli insiemi/ sistemi a Unità complesse; - che sia in grado di riconoscere il risorgere del cosmo, della natura, della vita, dell'uomo, che erano stati disintegrati; - che possa operare la riemersione degli esseri, degli esistenti, degli individui buttati nella spazzatura dalla scienza classica; - che ci possa condurre a una necessaria rifondazione concettuale. (E. MORIN, *La sfida della complessità*, cit. pp. 73-74).

¹⁵⁵ Cons. St., sez. II, 20.2.2020, n. 1275.

¹⁵⁶ Sembra argomentare in questi termini Cons. St., Comm. Spec., parere 20.9.2017, cit., punto 42: «[a] quello di precauzione si accompagna poi il principio di prevenzione, atteso che la massima efficacia della minimizzazione del rischio [...] si ottiene, in genere, attraverso un intervento sulle cause della possibile insorgenza del pericolo». Si veda anche P. SAVONA, *Dal pericolo al rischio: l'anticipazione dell'intervento pubblico*, in *Diritto amministrativo*, fasc. 2, 2010, pp. 355 ss..

¹⁵⁷ N. LUHMANN, *Sociologia del rischio*, Milano, 1996, p. 4.

¹⁵⁸ Si veda Cons. St., Ad. Plen., ord. 25.9.2013, n. 21 che, pur ribadendo la consolidata distinzione tra prevenzione e precauzione, afferma che «*la ricerca di livelli di sicurezza sempre più elevati porta a un consistente arretramento della soglia dell'intervento delle Autorità a difesa della salute dell'uomo e del suo ambiente: la tutela diviene "tutela anticipata" e oggetto dell'attività di prevenzione e di riparazione diventano non soltanto i rischi conosciuti, ma anche quelli di cui semplicemente si sospetta l'esistenza. Il principio di prevenzione presenta tratti comuni con il principio di precauzione, in quanto entrambi condividono la natura anticipatoria rispetto al verificarsi di un danno per l'ambiente. Il principio di prevenzione si differenzia da quello di precauzione perché si occupa della prevenzione del danno rispetto a rischi già conosciuti e scientificamente provati relativi comportamenti o prodotti per i quali esiste la piena certezza circa la loro pericolosità per l'ambiente.*»

¹⁵⁹ Così A. POLICE, *L'emergenza come figura sintomatica di sviamento della funzione pubblica*, in L. GIANI – M. D'ORSOGNA – A. POLICE, *Dal diritto dell'emergenza al diritto del rischio*, cit., pp. 90-91, il quale «*ritiene che l'utilizzazione dei principi di precauzione e di prevenzione possa occorrere anche a questo fine, cioè a ridurre e confinare le emergenze nella sfera del non prevedibile e non prevenibile.*»

deve valutare, pianificare ed adottare tutte le misure funzionali a prevenire l'insorgere dell'emergenza e, nel caso, a renderne quanto più efficace possibile la risposta¹⁶⁰.

È quanto, d'altronde, prescritto dal legislatore per molte attività potenzialmente rischiose. Si è già detto che il principio è esplicitamente richiamato dalla legge quadro sulla protezione dalle esposizioni a campi elettrici, magnetici ed elettromagnetici¹⁶¹. In ragione dell'art. 3 *quater* del Codice dell'ambiente, il principio di precauzione deve permeare la valutazione ambientale strategica dei piani e programmi e la valutazione di impatto ambientale dei progetti, come d'altronde tutti i procedimenti autorizzatori disciplinati dallo stesso codice. Ed altri esempi potrebbero indicarsi.

Senonché, il principio di precauzione come principio generale dell'ordinamento europeo¹⁶² e, quindi, dell'ordinamento interno informa l'azione amministrativa indipendentemente da un esplicito richiamo legislativo.

L'approccio precauzionale deve essere proprio anche della stessa amministrazione "ordinaria" della Protezione civile che ha nella «*previsione, prevenzione e mitigazione dei rischi*» il suo ambito prioritario¹⁶³.

Inoltre, quale principio generale dell'ordinamento europeo il principio di precauzione informa la stessa legislazione interna. E ciò per il primato del diritto europeo su quello interno e per la considerazione che il principio di precauzione – lungi dal porsi in conflitto con l'identità costituzionale dello Stato italiano – ne favorisce la più piena esplicazione, concorrendo all'attuazione del programma costituzionale.

Al centro della nostra Costituzione c'è la dignità dell'uomo in quanto tale¹⁶⁴, che si realizza non solo nella garanzia dei diritti inviolabili ad esso "riconosciuti", sia come singolo che nelle formazioni sociali ove si svolge la sua personalità, quant'anche nell'adempimento dei doveri inderogabili di solidarietà

¹⁶⁰ Efficacemente M.P. CHITI, *Il rischio sanitario e l'evoluzione dall'amministrazione dell'emergenza all'amministrazione precauzionale*, in *Rivista italiana di diritto pubblico comunitario*, fasc. 1, 2006, pp. 1 ss. indica la ragione del passaggio all'"amministrazione precauzionale" (da quella dell'emergenza) «*nell'intervenuta consapevolezza che le emergenze non sono una circostanza eccezionale rispetto ad una "normalità" disciplinata compiutamente dalla legge e gestita dalla pubblica amministrazione; ma, accompagnandosi in modo costante a rischi certi o solo anche potenziali, connotano complessivamente l'attuale società quale "società del rischio" o dell'emergenza quotidiana endemica*».

¹⁶¹ Art. 1, legge 22.2.2001, n. 36.

¹⁶² Così definito dalla Corte di giustizia sin dalla sentenza del Tribunale di 1° grado, 26.9.2002, T-47/00, *Rica Foods c. Commissione*.

¹⁶³ Cfr. l'art. 2, co. 1, d.lgs. n. 1/2008. Si veda sul punto F. FRACCHIA – P. PANTALONE, *Le calamità naturali e le risposte del diritto al rischio di alluvioni: un'analisi comparata tra Italia e Spagna*, in L. GIANI – M. D'ORSOGNA – A. POLICE, *Dal diritto dell'emergenza al diritto del rischio*, cit., pp.386-387. Gli Autori affermano che per l'amministrazione del rischio è in atto un'evoluzione da un approccio straordinario a uno ordinario. La configurazione iniziale era quella di un'amministrazione straordinaria di breve durata, legittimata ad intervenire in situazioni imprevedibili mediante poteri *extra ordinem* di pronto intervento. Oggi, si sta invece imponendo un modello in cui la durata degli interventi si è allungata: l'amministrazione di gestione delle emergenze, cioè, si integra e si completa con l'amministrazione della prevenzione e della precauzione.

¹⁶⁴ Piero Calamandrei, nella lezione che tenne agli studenti dell'Università Cattolica di Milano il 26.1.1955 ammoniva che «*finché ci saranno ostacoli alla dignità dell'uomo, la Carta sarà incompiuta*».

politica, economica e sociale (art. 2)¹⁶⁵. Anzi, in una visione prospettica che tiene conto delle generazioni future, i doveri sono preminenti rispetto ai diritti¹⁶⁶.

In questa dimensione (che è etica¹⁶⁷, prima che giuridica) esplica la sua funzione normativa il principio di precauzione.

¹⁶⁵ Cfr. L. CARLASSARE, *Nel segno della Costituzione. La nostra carta per il futuro*, cit., p. 203: «[I]a “solidarietà politica, economica e sociale”, di cui parla l’articolo 2 della Costituzione è motivo di fondo della nostra Carta. La Corte costituzionale è chiara: il principio solidarista “è posto dalla Costituzione tra i valori fondanti dell’ordinamento giuridico, tanto da essere solennemente riconosciuto e garantito, insieme ai diritti inviolabili dell’uomo, dall’articolo 2 [...] come base della convivenza sociale normativamente prefigurata dal Costituente” (sent. n. 409/1989 e n. 75/1992)». Si veda anche B. CARAVITA, *L’Italia ai tempi del coronavirus: rileggendo la Costituzione italiana*, cit., p. 4: «[I]a chiave di volta non può che essere l’art. 2, il quale, affianco al riconoscimento e alla garanzia dei diritti inviolabili dell’uomo, sia come singolo sia nelle formazioni sociali dove si svolge la sua personalità, “richiede l’adempimento dei doveri inderogabili di solidarietà politica, economica e sociale».

¹⁶⁶ Scriveva Simon Weil: «[I]a notion d’obligation prime celle de droit, qui lui est subordonnée et relative. Un droit n’est pas efficace par lui-même, mais seulement par l’obligation a’ laquelle il correspond. [...] L’objet de l’obligation, dans le domaine des choses humaines, est toujours l’être humain comme tel. Il y a obligation evers tout être humain, du seul fait qu’il est un être humain» (S. WEILL, *L’enracinement. Prélude a’ une déclaration des devoirs envers l’être humain*, Parigi, 1949, pp. 6-7). Si veda anche R. BIFULCO, *Diritto e generazioni future. Problemi giuridici della responsabilità intergenerazionale*, Milano, 2008, spec. pp. 21 ss. e F. FRACCHIA, *Sviluppo sostenibile e diritti delle generazioni future*, in *RQDA*, 2010 e ID., *Lo sviluppo sostenibile. La voce flebile dell’altro tra protezione dell’ambiente e tutela della specie umana*, Napoli, 2010, che riconduce il principio dello sviluppo sostenibile al dovere di solidarietà e condivisione sancito dall’art. 2 Cost..

¹⁶⁷ H. JONAS, *Tecnologia e responsabilità. Riflessioni sui nuovi compiti dell’etica*, ora in ID., *Dalla fede antica all’uomo tecnologico*, Bologna, 1991, pp. 46 ss., osserva che «nessun’etica precedente doveva tener conto della condizione globale della vita umana e del futuro più remoto, perfino della sopravvivenza della specie. Il fatto che ora questi costituiscano quesiti di fondo, esige, in breve, una nuova concezione dei diritti e dei doveri, per cui l’etica e la metafisica tradizionali non forniscono nemmeno i principi, per non parlare di una dottrina compiuta» (p. 50). Il filosofo tedesco in *Das Prinzip Verantwortung*, Frankfurt am Main, 1979 (trad. it., *Il principio responsabilità. Un’etica per la civiltà tecnologica*, Torino, 1990), sottoponendo a critica l’utopia marxista e capitalistica nella prospettiva dell’etica della responsabilità, afferma che «[i]n ultima analisi la questione non è perciò che cosa l’uomo sarà ancora in grado di fare – questo dipende dal nostro orientamento prometeico – ma quanto di tutto ciò la natura potrà sopportare. Oggi nessuno mette in dubbio che esistano a questo proposito dei limiti numerici – il che vuol dire demografici – di tolleranza, così che nell’attuale contesto c’è soltanto da chiedersi se l’“utopia” si collochi all’interno o all’esterno di essi. [...] Quei limiti vengono varcati, forse in modo irreversibile, quando gli sforzi diretti in un’unica direzione spingono l’intero sistema, composto di innumerevoli e delicati equilibri, alla catastrofe, almeno in rapporto alle finalità umane. (Di per sé la natura non conosce catastrofi). Che un evento del genere non sia soltanto possibile in linea di principio, ma possa essere (e in larga misura già sia) il prodotto dell’interferenza umana sul corso dell’“astronave terra”, è un convincimento relativamente nuovo, che ridimensiona in maniera radicale la fede nel progresso socialista non meno che in quello capitalistico» (pp. 237-238). Come è stato acutamente osservato (cfr. C. LARRERE, *Le contexte philosophique du principe de précaution*, in C. LEBEN – J. VERHOEVEN (a cura di), *Le principe de précaution. Aspects de droit international et communautaire*, Parigi, 2002, pp. 15 ss.), il principio di precauzione, che grande parte ha avuto ed ha nello sviluppo del diritto internazionale dell’ambiente, affonda le proprie radici proprio nel pensiero di Hans Jonas, che tra i primi ha posto il tema dei limiti predittivi derivanti dalla mutata natura dell’agire umano. Osserva L. GIANI, *Dalla cultura dell’emergenza alla cultura del rischio. Potere pubblico e gestione delle emergenze*, in L. GIANI – M. D’ORSOGNA – A. POLICE, *Dal diritto dell’emergenza al diritto del rischio*, cit., pp. 21-22, che «[I]a questione della “mancata previsione” [...] va ricondotta alla individuazione e contestualizzazione dei principi generali di “precauzione”, “prevenzione” e “sostenibilità” letti attraverso la lente del principio di “responsabilità” rispetto al quale deve ritenersi superata la ritenuta irrilevanza etica del rapporto dell’uomo con “il mondo extraumano”, fondata sulla non necessarietà, in favore di una impostazione che non può prescindere dalla valutazione delle conseguenze a lungo termine delle azioni umane, con il conseguente mutamento dell’imperativo categorico nel senso di non poter rischiare “il non essere delle generazioni future” garantendo la sostenibilità, anche per le generazioni presenti, delle scelte».