



Dottrina

n. 9 - 2020

Francesco Scalia

Principio di precauzione e ragionevole bilanciamento dei diritti al tempo della pandemia

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, quale "diritto di libertà" nell'operazione di bilanciamento del legislatore nel tempo ordinario. **7.** *Segue.* Il diritto alla salute, quale "diritto sociale" nell'operazione di bilanciamento del legislatore nel tempo ordinario. **8.** *Segue.* Il "nucleo irriducibile" dei diritti fondamentali. **9.** L'approccio precauzionale nella prevenzione e nella pianificazione dell'emergenza. **10.** Conclusioni: l'irragionevolezza – in una retrospettiva di medio-lungo termine – della gestione italiana della pandemia.

1. Premessa

Il rapido diffondersi nel gennaio 2020 dell'epidemia da Covid-19, fino ad assumere i caratteri della pandemia[1], ha indotto i Governi di molti paesi, tra cui l'Italia[2], ad adottare misure fortemente limitative di diritti e libertà fondamentali, garantiti dalle diverse Costituzioni[3], nel tentativo di rallentare e 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 primario[4]: il decreto-legge n.

6[5] del 23 febbraio 2020, poi sostituito dal decreto-legge n. 19 del 25 marzo 2020[6].

Il punto è che la Costituzione italiana – a differenza di quelle di altri paesi[7] – non contiene disposizioni che definiscano l’assetto e la distribuzione dei poteri per far fronte all’emergenza[8], con la sola eccezione dell’art. 78, relativo alla dichiarazione dello stato di guerra, affidata alle Camere, le quali conferiscono al Governo i poteri necessari[9].

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 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 *temporanee*[12] restrittive di libertà costituzionali[13].

Diversi Autori, invece, hanno evocato la “sospensione” o la “rottura” della Costituzione, indicando nella pandemia lo “stato di eccezione” che legittimerebbe un diritto *extra ordinem* costituzionale, fondato su di una “nuova” *Grundnorm*[14] (per chi accede alla impostazione di Kelsen) o nella forza del *fatto*[15] che legittima la decisione del “Sovrano”, nella costruzione di Carl Schmitt[16].

Ebbene, – senza alcun giudizio di valore su ricostruzioni di dottrina generale del diritto, in quell’ambito teorico plausibili[17] – a me sembra si possa serenamente affermare che nulla di tutto ciò (per fortuna) sia accaduto al nostro ordinamento nei giorni della pandemia[18].

Viceversa, è stata fatta applicazione dell’art. 77 Cost. e di norme poste da legge primaria (il già richiamato Codice della Protezione civile e l’art. 32 della legge n. 833 del 1978[19]), che hanno superato il vaglio della Corte costituzionale[20]. Si sono limitate libertà che, pur in situazioni ordinarie, la Costituzione consente di sacrificare – con legge o atto avente la relativa forza – in nome dell’interesse collettivo alla salute[21]. Probabilmente con “slabbrature”[22] che legittimano il sospetto di incostituzionalità o di illegittimità di singoli interventi[23], ma si sono emanati pur sempre provvedimenti legislativi e amministrativi soggetti al sindacato rispettivamente della Consulta e del giudice amministrativo[24] e ordinario (in caso di opposizione a sanzioni). Tant’è che un Giudice di pace ha potuto annullare una sanzione irrogata per violazione delle prescrizioni di un d.p.c.m., assumendo l’illegittimità della stessa dichiarazione dello stato di emergenza[25]. In particolare, sulla legittimità di norme di legge (o di atto avente forza equivalente) che affidino ad autorità amministrative il potere di derogare temporaneamente a norme di legge – con atti *extra ordinem*, quindi – ricorrendo i presupposti della necessità ed urgenza, si è più volte espressa la Corte costituzionale[26]. Ed è proprio muovendo da tale giurisprudenza che si può ritenere – con autorevole dottrina[27] – sospetta di illegittimità la proroga dello stato di emergenza sino al 15 ottobre 2020 autorizzata con risoluzione delle Camere del 28 e 29 luglio e disposta con decreto-legge 29 luglio 2020, n. 83. Invero, non è consentito neanche al Parlamento[28] autorizzare la dichiarazione di un’emergenza che (al momento) non c’era. Dopo sei mesi dall’avvento della pandemia, almeno in Italia le conseguenze della circolazione del Covid-19 potevano essere affrontate con strumenti ordinari e, come è stato autorevolmente chiosato, «dove si arriva con strumenti ordinari non può e non deve esserci spazio per provvedimenti extra-

ordinem»[29]. Mentre è sempre possibile al Consiglio dei ministri, con una semplice delibera, dichiarare un nuovo stato di emergenza, laddove ne insorgesse la necessità, e ricorrere alla decretazione d'urgenza, nel caso in cui una "nuova" emergenza rendesse necessario limitare le libertà costituzionali.

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 usato dalla Consulta[30]) l'uno (quello minacciato dalla situazione che 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'istruzione[31], porre a rischio la salute fisica (di coloro le cui cure sono state posticipate per garantire la risposta sanitaria all'emergenza) e psichica[32] (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"[33], come *«elemento conformativo dell'intero modo di concepire il diritto costituzionale»*[34].

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 scorso[35]. 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 correzione in via prioritaria alla fonte e del "chi inquina paga"[36], 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*»[37].

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*»[38]. Tale giudizio, però, prevalente prima di Rio 1992[39], risulta riequilibrato da chi ha identificato proprio nella Dichiarazione conclusiva dell'*Earth Summit* l'evento che ha completato il processo di cristallizzazione consuetudinaria del principio[40].

Il principio si afferma, quindi, in funzione della tutela dell'ambiente e come tale è stato sancito nel diritto internazionale[41], dell'Unione europea (art. 191, paragrafo 2, TFUE) e di diversi Stati[42]. Nella sua applicazione il principio è stato esteso nei vari ordinamenti a presidio anche di altri interessi[43], tutti, però – come la tutela della salute umana[44] – comunque riconducibili al valore ambiente nella sua accezione più lata[45], per i quali rileva l'incertezza scientifica circa la possibilità di danni[46].

Non è condivisibile invece la tesi di Sunstein [47], 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 tutela[48].

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 conflitto[49].

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.

Coerentemente, la Commissione europea[50] 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 proporzionalità[51], concetto chiave del costituzionalismo globale, frutto della circolazione dei modelli giuridici e delle tecniche argomentative nel sistema multilivello di protezione dei diritti dell’uomo[52].

La proporzionalità è anche principio generale dell’ordinamento europeo, posto dall’art. 5, paragrafo 4, del TUE[53] – 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 fondamentali[54].

Anche il principio di proporzionalità ha le proprie origini nel diritto tedesco[55] ed è stato portato a livello europeo dalla Corte di giustizia[56], 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 europeo[57].

Il test di proporzionalità si articola su tre livelli di giudizio[58]: idoneità, necessità e proporzionalità in senso stretto[59]. Il primo valuta l’adeguatezza della misura adottata a realizzare gli obiettivi di interesse 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 conflitto[60]. 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*»[61].

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 bilanciamento[62]. 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 quell’arena, e dal limite interno della ragionevolezza della ponderazione comparativa degli interessi coinvolti in ragione della tutela accordata loro dall’ordinamento[63].

Ed infatti, la giurisprudenza della Corte di giustizia UE, dalle fondamentali sentenze *Dassonville*[64] e *Cassis de Dijon*[65] si è attestata su una linea di interpretazione molto estensiva delle libertà del mercato, statuendo che le norme a protezione della libera circolazione delle merci prevalgono sulle regolazioni nazionali idonee a porre ostacoli al libero mercato concorrenziale, salvo siano giustificate da esigenze di tutela di interessi valutati in concreto prevalenti[66], tra i quali la tutela ambientale e della salute[67],

secondo un giudizio stringente di idoneità e necessità[68].

Recentemente la Corte di giustizia, chiamata dal giudice italiano a pronunciarsi in via pregiudiziale in materia di classificazione di rifiuti pericolosi[69], dopo aver definito il principio di precauzione *«uno dei fondamenti della politica di tutela perseguita dall'Unione in campo ambientale»*, ha ritenuto conforme a tale principio l'interpretazione operata dalla giurisprudenza della stessa Corte secondo cui *«la classificazione di un rifiuto come pericoloso s'impone soltanto qualora, dopo una valutazione dei rischi quanto più possibile completa tenuto conto delle circostanze specifiche del caso di specie, sussistano elementi obiettivi che dimostrano che una siffatta classificazione è necessaria»*[70], sottolineando che *«il legislatore dell'Unione, nel settore specifico della gestione dei rifiuti, ha inteso operare un bilanciamento tra, da un lato, il principio di precauzione e, dall'altro, la fattibilità tecnica e la praticabilità economica, in modo che i detentori di rifiuti non siano obbligati a verificare l'assenza di qualsiasi sostanza pericolosa nel rifiuto in esame, ma possano limitarsi a ricercare le sostanze che possono essere ragionevolmente presenti in tale rifiuto e valutare le sue caratteristiche di pericolo sulla base di calcoli o mediante prove in relazione a tali sostanze»*[71]. Ciò in coerenza con l'art. 191, paragrafo 3, del TFUE, a mente del quale, nel predisporre la sua politica in materia ambientale, l'Unione tiene conto non solo dei dati scientifici e tecnici disponibili e delle condizioni dell'ambiente nelle sue varie regioni, ma anche dei vantaggi ed oneri che possono derivare dall'azione e dall'assenza di azione e dello sviluppo socioeconomico dell'Unione nel suo insieme e dello sviluppo equilibrato delle sue singole regioni.

Il carattere "politico" della scelta si riverbera, a giudizio della Corte di giustizia, anche sul relativo sindacato giurisdizionale, limitato alla manifesta inappropriata della misura adottata[72], sulla base di una valutazione *ex ante*[73].

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[74].

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»*[75]. 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 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»[76].

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 amministrativa[77] e si ritrova espresso già in sentenze dei primi anni '90[78].

Nell'accezione corrente della giustizia amministrativa il principio di proporzionalità[79] 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 esercizio[80].

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, prescriva quella meno restrittiva dei diritti a confronto e stabilisca oneri non sproporzionati rispetto al perseguimento di detti obiettivi»[81].

Inoltre, tanto la giurisprudenza amministrativa[82] che quella della Corte costituzionale[83] 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»[84] 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»[85]. 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[86]. 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»[87].

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»[88]. 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 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»[89].

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 convivere[90].

Questa considerazione – o constatazione –, condivisa dalla dottrina prevalente[91] e “praticata” nel tempo dalla giurisprudenza costituzionale[92], 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 diverrebbe “tiranno” nei confronti delle altre situazioni giuridiche costituzionalmente riconosciute e protette, che costituiscono nel loro insieme, espressione della dignità della persona»[93].*

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”[94] (sull’altro piatto della bilancia la Corte, non il giudice rimettente, poneva il diritto al lavoro, sancito dall’art. 4 Cost.)[95]. 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 giurisprudenza[96], 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 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[97] e la n. 58 del 2018[98], 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 la situazione dell'"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)[99]. 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'Ilva [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 giurisprudenza[100] 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 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*»[101].

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'impianto[102]) 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 ordinaria[103] – 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 amministrativo[104], 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 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 Carta[105], citando le risultanze dei diversi studi scientifici che attestano la lesività per la salute delle emissioni dell'impianto[106]. E proprio l'asimmetria prospettica del sindacato operato tra le due Corti[107] - l'uno concentrato sulla verifica della violazione del singolo diritto in gioco, l'altro in una valutazione sistemica dei valori coinvolti[108] - 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*»[109]) e, perdurando lo stato di emergenza[110] - nonostante 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 sanitaria[111].

L'ultima sentenza della serie (la n. 58 del 2018) riafferma il principio espresso nella sentenza n. 85 del 2013[112], 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 (artt. 4 e 35 Cost.)*»[113].

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 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 lavoratore[114].

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 sacrificio[115].

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 indicato[116].

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.

Usando le categorie di Peter Häberle, sembra possa concludersi che sul "pensiero pluralistico delle alternative" (*pluralistisches Alternativdenken*), 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 fine^[117].

6. Segue. Il diritto alla salute, quale "diritto di libertà" 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 vaccinali^[118]: «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*»^[119].

Per rappresentare la struttura dicotomica della garanzia costituzionale del diritto alla salute la dottrina ha usato la metafora del Giano bifronte^[120]. 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 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)^[121].

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. 36^[122], 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»[123]. 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 precauzione[124]. In realtà, la novella traduce in legge i principi espressi dalla giurisprudenza prevalente sul tema[125], la quale impone il necessario ragionevole bilanciamento tra i diritti di derivazione europea all'informazione e alla comunicazione telefonica e elettronica, senza limitazioni di carattere spaziale-territoriale[126] – principi garantiti anche dagli articoli 15 e 21 della Costituzione – con l'interesse alla tutela dell'ambiente, della salute e del corretto assetto del territorio[127].

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 comunicazione[128], 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, quali il divieto di collocare antenne in determinate aree ovvero ad una determinata distanza da edifici appartenenti ad una data tipologia»[129].

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 rischio[130].

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 gioco[131]; dall’altro – e soprattutto – la discrezionalità del legislatore nell’operazione di bilanciamento e nella scelta del livello di protezione da garantire[132]. 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.)»[133]. 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. 331[134], 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 Costituzione[135]. Tale principio ha innovato rispetto al criterio della «*tutela più rigorosa del livello territoriale inferiore*», ripetutamente enunciato dalla Consulta[136] – ribadito dopo la riforma del titolo V con la sentenza 26 luglio 2002, n. 407 e con altre pronunce successive[137]– e considerato in dottrina «*uno dei cardini fondamentali - e, in fondo, quasi scontati - del sistema di governo dell’ambiente*»[138].

7. Segue. Il diritto alla salute, quale “diritto sociale” nell’operazione di bilanciamento del legislatore nel tempo ordinario

Il diritto alla salute quale “diritto sociale” (alle prestazioni sanitarie e più in generale all’attività pubblica in ambito sanitario[139]) è comunemente considerato un diritto “finanziariamente condizionato”[140].

Questa dimensione del diritto alla salute corrisponde alla parte programmatica dell’art. 32 Cost.[141], la quale impone un fine da raggiungere e un valore da perseguire. Il diritto alla salute, quindi, ne risulta garantito come un diritto costituzionale condizionato dall’attuazione che il legislatore ordinario ne dà attraverso il bilanciamento dell’interesse tutelato da quel diritto con gli altri interessi costituzionalmente protetti, tenuto conto dei limiti oggettivi che lo stesso legislatore incontra nella sua opera di attuazione in relazione alle risorse organizzative e finanziarie di cui dispone al momento[142].

Questo principio, che è comune a ogni altro diritto costituzionale a prestazioni positive, non implica una degradazione della tutela primaria assicurata dalla Costituzione a una puramente legislativa, ma comporta che l'attuazione della tutela, costituzionalmente obbligatoria, del bene salute avvenga gradualmente a seguito di un ragionevole bilanciamento con altri interessi o beni che godono di pari tutela costituzionale e con la possibilità reale e obiettiva di disporre delle risorse necessarie per la medesima attuazione[143].

Con le parole della Consulta: *«la tutela del diritto alla salute non può non subire i condizionamenti che lo stesso legislatore incontra nel distribuire le risorse finanziarie delle quali dispone», con la precisazione che «le esigenze della finanza pubblica non possono assumere, nel bilanciamento del legislatore, un peso talmente preponderante da comprimere il nucleo irriducibile del diritto alla salute protetto dalla Costituzione come ambito inviolabile della dignità umana (sentenza n. 309 del 1999; nello stesso senso, sentenze n. 267 del 1998, n. 416 del 1995, n. 304 e n. 218 del 1994, n. 247 del 1992 e n. 455 del 1990). In questi termini, «nell'ambito della tutela costituzionale accordata al 'diritto alla salute' dall'art. 32 della Costituzione, il diritto a trattamenti sanitari «è garantito a ogni persona come un diritto costituzionale condizionato dall'attuazione che il legislatore ordinario ne dà attraverso il bilanciamento dell'interesse tutelato da quel diritto con gli altri interessi costituzionalmente protetti, tenuto conto dei limiti oggettivi che lo stesso legislatore incontra nella sua opera di attuazione in relazione alle risorse organizzative e finanziarie di cui dispone al momento» (v. sent. n. 455 del 1990; v. anche sentt. nn. 218 del 1994, 247 del 1992, 40 del 1991, 1011 del 1988, 212 del 1983, 175 del 1982)» (sentenza n. 304 del 2004; nello stesso senso, sentenza n. 200 del 2005)»[144].*

Anche in questo caso, come per ogni operazione di bilanciamento, va identificato il "nucleo irriducibile" del diritto, che, per la giurisprudenza della Corte costituzionale è incomprimibile anche a fronte dell'esigenza di dover garantire l'equilibrio di bilancio[145].

Per le prestazioni sanitarie, non può essere utilizzata ai fini dell'identificazione di tale nucleo la nozione di livelli essenziali di assistenza (LEA), che l'art. 1 del d.lgs. 30 dicembre 1992, n. 502 prescrive al Servizio Sanitario Nazionale[146] di assicurare. Infatti, la definizione che la norma dà dei LEA è assai vaga e posta non in termini assoluti, bensì in relazione alle risorse impegnate. Dispone il comma 7 dell'articolo citato che sono posti a carico del Servizio sanitario le tipologie di assistenza, i servizi e le prestazioni sanitarie che presentano, per specifiche condizioni cliniche o rischio, evidenze scientifiche di un significativo beneficio in termini di salute, a livello individuale e collettivo, *«a fronte delle risorse impegnate»*. Mentre il comma 3 dello stesso articolo dispone che *«[l']individuazione dei livelli essenziali e uniformi di assistenza assicurati dal Servizio sanitario nazionale, per il periodo di validità del Piano sanitario nazionale, è effettuata contestualmente all'individuazione delle risorse finanziarie destinate al Servizio sanitario nazionale, nel rispetto delle compatibilità finanziarie definite per l'intero sistema di finanza pubblica nel Documento di programmazione economico-finanziaria»*.

Inoltre, la garanzia di livelli minimi, uniformi, di prestazioni sanitarie è complicata dalla sostanziale inattuazione del c.d. federalismo fiscale.

Invero, i LEA, in quanto appartenenti alla più ampia categoria dei livelli essenziali delle prestazioni (LEP), devono essere determinati dal legislatore statale e garantiti su tutto il territorio nazionale ai sensi dell'art. 117, secondo comma, lettera *m*), Cost.. L'art. 8, comma 1, della legge n. 42 del 2009, recante «*Principi e criteri direttivi sulle modalità di esercizio delle competenze legislative e sui mezzi di finanziamento*», dispone in proposito che «[a]l fine di adeguare le regole di finanziamento alla diversa natura delle funzioni spettanti alle regioni, nonché al principio di autonomia di entrata e di spesa fissato dall'articolo 119 della Costituzione, i decreti legislativi di cui all'articolo 2 [nel caso delle prestazioni sanitarie, il decreto n. 68 del 2011] sono adottati secondo i seguenti principi e criteri direttivi: a) classificazione delle [...] spese relative a materie di competenza esclusiva statale, in relazione alle quali le regioni esercitano competenze amministrative; tali spese sono: 1) spese riconducibili al vincolo dell'articolo 117, secondo comma, lettera *m*), della Costituzione; 2) spese non riconducibili al vincolo di cui al numero 1); [...] b) definizione delle modalità per cui le spese riconducibili alla lettera a), numero 1), sono determinate nel rispetto dei costi standard associati ai livelli essenziali delle prestazioni fissati dalla legge statale in piena collaborazione con le regioni e gli enti locali, da erogare in condizioni di efficienza e di appropriatezza su tutto il territorio nazionale; [...]».

Da tale norma si evince, tra l'altro, che: a) le spese per i LEA devono essere quantificate attraverso l'"associazione" tra i costi *standard* e gli stessi livelli stabiliti dal legislatore statale in modo da determinare, su scala nazionale e regionale, i fabbisogni *standard* costituzionalmente vincolati ai sensi dell'art. 117, secondo comma, lettera *m*), Cost.; b) tali fabbisogni devono essere individuati dallo Stato attraverso la "piena collaborazione" con gli enti territoriali; c) l'erogazione delle prestazioni deve essere caratterizzata da efficienza ed appropriatezza su tutto il territorio nazionale.

In ordine alla puntuale attuazione del regime dei costi e dei fabbisogni *standard* sanitari che avrebbe dovuto assicurare la precisa delimitazione finanziaria dei LEA rispetto alle altre spese sanitarie, si è verificata – dopo l'entrata in vigore del d.lgs. n. 68 del 2011 – una lunga fase di transizione, ancora oggi in atto, attraverso l'applicazione, d'intesa con le Regioni, di criteri convenzionali di riparto. Ciò in attesa di acquisire dati analitici idonei a determinare costi e fabbisogni in modo conforme al richiamato art. 8, comma 1, della legge n. 42 del 2009.

Tale situazione, lamentata più volte dalla Corte costituzionale^[147], non consente tuttora l'integrale applicazione degli strumenti di finanziamento delle funzioni regionali previste dall'art. 119 Cost..

Ad essa è collegata l'assenza, nell'art. 8, comma 1, citato, di una previsione circa la doverosa separazione del fabbisogno LEA dagli oneri degli altri servizi sanitari.

La persistenza di tale situazione, a giudizio della Corte costituzionale, può causare la violazione degli articoli 32 e 117, secondo comma, lettera *m*), Cost., nei casi in cui eventuali disposizioni di legge trasferiscano "a cascata", attraverso i diversi livelli di governo territoriale, gli effetti delle riduzioni finanziarie sulle prestazioni sanitarie costituzionalmente necessarie^[148].

Su questi presupposti la Consulta ha chiarito che, se spetta al legislatore statale predisporre gli strumenti idonei alla realizzazione dei LEA, «*affinché la [loro] affermazione*

non si traduca in una mera previsione programmatica, ma venga riempita di contenuto concreto e reale [di talché] è la garanzia dei diritti incomprimibili ad incidere sul bilancio e non l'equilibrio di questo a condizionarne la doverosa erogazione»[149], anche le Regioni devono collaborare all'individuazione di metodologie parametriche in grado di separare il fabbisogno finanziario destinato a spese incomprimibili da quello afferente ad altri servizi sanitari suscettibili di un giudizio in termini di sostenibilità finanziaria[150].

In altre parole, la determinazione dei LEA è un obbligo del legislatore statale, ma la sua proiezione in termini di fabbisogno regionale coinvolge necessariamente le Regioni, per cui la fisiologica dialettica tra questi soggetti deve essere improntata alla leale collaborazione che, nel caso di specie, si colora della doverosa cooperazione per assicurare il migliore servizio alla collettività.

Da ciò consegue che la separazione e l'evidenziazione dei costi dei livelli essenziali di assistenza devono essere simmetricamente attuate, oltre che nel bilancio dello Stato, anche nei bilanci regionali ed in quelli delle aziende erogatrici secondo la direttiva contenuta nel citato art. 8, comma 1, della legge n. 42 del 2009.

In definitiva, la dialettica tra Stato e Regioni sul finanziamento dei LEA dovrebbe consistere in un leale confronto sui fabbisogni e sui costi che incidono sulla spesa costituzionalmente necessaria, tenendo conto della disciplina e della dimensione della fiscalità territoriale nonché dell'intreccio di competenze statali e regionali in questo delicato ambito materiale. Ciò al fine di garantire l'effettiva programmabilità e la reale copertura finanziaria dei servizi, la quale – data la natura delle situazioni da tutelare – deve riguardare non solo la quantità ma anche la qualità e la tempistica delle prestazioni costituzionalmente necessarie.

Ne consegue ulteriormente che, ferma restando la discrezionalità politica del legislatore nella determinazione – secondo canoni di ragionevolezza – dei livelli essenziali, una volta che questi siano stati correttamente individuati, non è possibile limitarne concretamente l'erogazione attraverso indifferenziate riduzioni della spesa pubblica. In tale ipotesi verrebbero in essere situazioni prive di tutela in tutti i casi di mancata erogazione di prestazioni indefettibili in quanto l'effettività del diritto ad ottenerle «*non può che derivare dalla certezza delle disponibilità finanziarie per il soddisfacimento del medesimo diritto*» [151].

La Corte, infine, sottolinea che – in attesa di una piena definizione dei fabbisogni LEA – misure più calibrate e più stabili di quelle fino ad oggi assunte sono utili per la riqualificazione di un servizio fondamentale per la collettività come quello sanitario[152]. Invero, la programmazione e la proporzionalità tra risorse assegnate e funzioni esercitate sono intrinseche componenti del «*principio del buon andamento* [il quale] – *ancor più alla luce della modifica intervenuta con l'introduzione del nuovo primo comma dell'art. 97 Cost. ad opera della legge costituzionale 20 aprile 2012, n. 1 (Introduzione del principio del pareggio di bilancio nella Carta costituzionale)* – è strettamente correlato alla *coerenza della legge finanziaria*», per cui «*organizzare e qualificare la gestione dei servizi a rilevanza sociale da rendere alle popolazioni interessate [...] in modo funzionale e proporzionato alla realizzazione degli obiettivi previsti dalla legislazione vigente diventa fondamentale canone e presupposto del buon andamento dell'amministrazione, cui lo stesso*

legislatore si deve attenere puntualmente»[153].

Si avverte in queste affermazioni della Corte – ancorché dalla stessa corredate con rimandi a pronunce anche assai risalenti – la progressiva emersione nella sua giurisprudenza della preminenza della garanzia del “nucleo irriducibile” dei diritti fondamentali sull’equilibrio di bilancio, pur posto dalla riforma del 2012 tra i principi costituzionali.

Invero, in questi anni di perdurante crisi economica la Consulta non è stata sempre coerente nelle sue decisioni con tali affermazioni[154]. Tant’è che in dottrina si è osservato che *«i vincoli finanziari [sono] pressoché assunti a realtà presupposta, sulla cui base valutare successivamente il grado di “ragionevole bilanciamento” effettuato dal legislatore anche nella allocazione delle risorse per il soddisfacimento del diritto sociale. In tal modo l’elemento finanziario finisce per essere inteso come una sorta di “antefatto”, che in quanto tale può essere soltanto oggetto di constatazione; il serissimo rischio che ne deriva è quello di determinare lo “schacciamento” della dimensione normativa della tutela del diritto costituzionale (il suo dover essere) su dati di carattere eminentemente effettuale, considerati nella loro mera preesistenza e staticità»[155].*

In questi anni il principio dell’equilibrio di bilancio, nonostante le affermazioni della Consulta, è apparso spesso come una sorta di super principio (questo sì “tiranno” anche in tempo ordinario) destinato a prevalere in ogni caso di contrasto con altri principi ovvero come situazione “data”, esterna al bilanciamento.

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

Quindi, 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 mancare[156].

Come determinare, però, tale contenuto essenziale?

Autorevole dottrina suggerisce 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 contenuto essenziale di una libertà costituzionale è violato quando il limite disposto dalla legge è irragionevole»[157].*

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 concorrenti[158].

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 (*rectius*, ad evitare un’emergenza occupazionale).

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 Costituzione[159], 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 persona umana[160], richiamata, esplicitamente o implicitamente, da tutte le costituzioni e da tutte le carte dei diritti sovranazionali e internazionali[161].

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”[162].

In questi termini, d’altronde, si esprime costantemente[163] la stessa Corte costituzionale[164] che recentemente ha censurato il divieto di iscrizione all’anagrafe per gli stranieri richiedenti asilo, disposto con uno dei c.d. “decreti Salvini”[165], non solo per la sua irrazionalità intrinseca – sortendo l’effetto opposto a quello dichiaratamente perseguito[166] – quanto perché «[l]a norma censurata, privando i richiedenti asilo del riconoscimento giuridico della loro condizione di residenti, incide [...] irragionevolmente sulla «pari dignità 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» [167].

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 singolare[168].

Ammoniva Costantino Mortati che «[l]a dignità fa sorgere la pretesa a un trattamento che non scenda mai a un livello capace di comprometterla»[169]. 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 costituzionale[170].

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 Covid[171]. 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 umana[172], 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, 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 Luhmann[173]: 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 tedesca[174] e la Corte europea dei diritti dell’uomo[175] ritengono il contrario.

Diverso sembra essere l’atteggiamento della Corte costituzionale italiana.

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 Consulta[176].

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 Strasburgo[177] ha condannato l’Italia per la disciplina dell’ordinamento penitenziario (legge 25 luglio 1975, n. 345) relativa al c.d. “ergastolo ostativo”[178], 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*»[179] 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*»[180].

Da notare che la medesima disciplina ha superato più volte indenne il sindacato della Consulta[181], 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 organizzata[182]. La Corte costituzionale, con una serie di sentenze interpretative di rigetto, ha ridisegnato le modalità applicative della norma per adeguarla ai principi costituzionali[183], 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 2009[184] in quanto inutilmente limitativi dei diritti dei detenuti, in assenza di esigenze specifiche di sicurezza[185].

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 appartenenza[186]. 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)[187], gravando sul detenuto l'onere della prova della lesività del trattamento subito al di là di ogni ragionevole dubbio[188].

La Corte ha ritenuto, però, in varie occasioni violate dal regime carcerario speciale introdotto dalla norma citata altri diritti fondamentali[189].

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 interne[190]. Sul punto, però, la Consulta ha statuito che il primato del diritto europeo si ferma innanzi ai principi supremi dell'ordine costituzionale[191]. 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 finalità e ciò che la CEDU vieta “nonostante” tale finalità sia insanabile – devono essere ritenute costituzionalmente legittime.

D’altro canto, la Corte costituzionale ha ancora recentemente dato prova del fatto che, laddove la situazione emergenziale che ha motivato la norma pur lesiva della dignità umana sia venuta meno, è pronta a dichiararne l’incostituzionalità. È quanto avvenuto con l’art. 58 *quater* dell’ordinamento penitenziario, il quale prevedeva che i condannati all’ergastolo per il delitto di sequestro di persona a scopo di estorsione, terrorismo ed eversione, che avessero cagionato la morte del sequestrato, non erano ammessi ad alcuno dei benefici previsti dallo stesso ordinamento penitenziario sino a quando non avessero effettivamente espiato ventisei anni di pena. Ebbene, nel tracciare il contesto emergenziale in cui la norma è stata introdotta[192], la Corte rammenta come fossero state introdotte «*incisive misure volte a contrastare l’odioso, e all’epoca ancora assai diffuso, fenomeno criminoso dei sequestri di persona a scopo di estorsione*». Quindi, la Consulta dichiara l’incostituzionalità della norma per plurimi profili di irragionevolezza (art. 3) e per violazione dell’art. 27, terzo comma, Cost., rispetto alla necessaria funzione rieducativa della pena[193]. Il richiamo però degli stessi Giudici al fenomeno criminoso “all’epoca” ancora assai diffuso che ha spinto il legislatore ad introdurre la norma censurata legittima il sospetto che nel bilanciamento da loro operato abbia inciso la non più attualità di quel contesto emergenziale.

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[194].

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.

9. 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 verifichi[195].

Il confine tra certezza ed incertezza scientifica è però assai labile e mutevole[196], tanto che la giurisprudenza italiana, con senso pratico, tende a riferirsi ai due principi in coppia e a qualificare il principio di prevenzione, quale «*specifica ricaduta del più ampio principio di precauzione*»[197].

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 prevenzione[198], intesa con Luhmann quale «*preparazione a dei futuri incerti, mirata alla riduzione tanto della probabilità che si verifichi un danno, quanto del suo ammontare*»[199].

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 cittadini[200]. 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*»[201].

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 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 risposta[202].

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 elettromagnetici[203]. 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 europeo[204] 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 prioritario[205].

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 tale[206], 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 politica, economica e sociale (art. 2)[207]. Anzi, in una visione prospettica che tiene conto delle generazioni future, i doveri sono preminenti rispetto ai diritti[208].

In questa dimensione (che è etica[209], prima che giuridica) esplica la sua funzione normativa il principio di precauzione.

10. Conclusioni: l'irragionevolezza – in una retrospettiva di medio-lungo termine – della gestione italiana della pandemia

Su tali presupposti pare utile – non ai fini di un giudizio sul passato, atteso che la pandemia ha trovato il mondo intero impreparato, ma in una prospettiva *pro futuro* – verificare se l'ordinamento imponesse al legislatore ed all'amministrazione italiani azioni precauzionali volte quanto meno a contenere i danni del Covid-19.

L'art. 2, comma 1, d.lgs. n. 1 del 2008 (ma già l'art. 3, l. n. 225 del 1992) definisce attività di protezione civile quelle volte alla «*previsione, prevenzione e mitigazione dei rischi, alla gestione delle emergenze e al loro superamento*». Quindi, prima ancora della gestione dell'emergenza, compito della Protezione civile è la previsione degli scenari di rischio "possibili"[210] e la prevenzione[211] dei danni conseguenti.

Il nuovo Codice della Protezione civile, inoltre, articola in attività di natura non strutturale (art. 1, comma 4) e strutturale (art. 1, comma 5) quanto la legge n. 225 del 1992 racchiudeva nella formula sintetica "pianificazione dell'emergenza" e dedica l'intero Capo III alle attività per la previsione e prevenzione dei rischi, includendo tra questi anche i rischi ambientale e igienico-sanitario (art. 16, comma 2).

Anche la Decisione n. 1313/2013/UE del Parlamento europeo e del Consiglio, su un meccanismo unionale di protezione civile, pone l'accento sulla "prevenzione"[212] e sulla "preparazione"[213], definita, quest'ultima, come «*stato di prontezza e capacità di mezzi umani e materiali, strutture, comunità e organizzazione ottenuto da un'attività condotta in anticipo, in virtù del quale è possibile garantire una risposta rapida ed efficace a una catastrofe*».

Con particolare riguardo al rischio pandemico, le *International Health Regulations*[214] sono state modificate dalla 58a Assemblea Mondiale della Sanità nel maggio 2005[215] proprio per estendere la regolamentazione alla prevenzione della pandemia influenzale, raccomandando agli Stati membri di dotarsi di un proprio piano pandemico, da aggiornare costantemente, sulla base delle linee guida stilate dall'OMS.

Nel 2005, successivamente all'epidemia di influenza aviaria A(H5N1), la Commissione

europea ha adottato una comunicazione sulla pianificazione della preparazione e dell'intervento della Comunità europea in caso di influenza pandemica, con cui ha definito per ogni fase influenzale pandemica e interpandemica gli obiettivi e le azioni necessarie al loro raggiungimento sia a livello nazionale che comunitario[216]. In quell'occasione la Commissione avvertiva che «[l]a *progressione di un'epidemia d'influenza aviaria altamente patogena (HPAI) proveniente dalla Cina e dall'Asia sud-orientale fa temere l'apparizione di un virus influenzale pienamente adattato alla trasmissione tra esseri umani e in grado di provocare milioni di morti e danni economici notevoli*», indicando responsabilità ed azioni per la Commissione, l'*European Centre for Disease Prevention and Control (ECDC)* e gli Stati membri e adottando con la comunicazione stessa il revisionato piano di preparazione e d'intervento dell'UE in caso d'influenza pandemica. Tale piano, tra le diverse misure che indicava per i vari livelli di allarme, evidenziava agli Stati come fosse prioritaria «*la necessità di disporre di maschere e di altri dispositivi, quali apparati di protezione respiratoria*» e di «*laboratori adeguati e moderni strumenti di diagnostica*» che consentissero «*una buona copertura della diagnosi virologica dei casi sospetti, unita ad una rapida ed efficace caratterizzazione dei ceppi virali isolati nei pazienti, nonché la valutazione dell'impatto epidemiologico, in particolare il carico di malattia*»[217].

Altro cardine del piano era la preparazione della risposta dei sistemi sanitari. In particolare, gli ospedali avrebbero dovuto disporre di «*piani d'emergenza già rodati per affrontare un gran numero di casi, garantire una continuità ed essere in grado di far fronte alla situazione; è inoltre essenziale che le forniture necessarie siano disponibili e che il personale sia informato sui criteri di ammissione*». Ciò affinché i servizi sanitari fossero adeguati alle condizioni che prevalgono durante una pandemia e le cure di base destinate ai cittadini fossero mantenute[218].

Nel 2009 l'Europa si è trovata ad affrontare una nuova pandemia (denominata H1N1), dichiarata dall'OMS l'11 giugno di quell'anno, e anche in quell'occasione prevedeva «*una probabile crescita della domanda di cure mediche e ospedaliere, di medicinali tra cui antivirali e vaccini, di maschere, guanti, antimicrobici e altre contromisure. A causa delle limitate capacità di riserva di alcuni fornitori di servizi, determinati settori sanitari potrebbero trovarsi subissati dalle richieste di aiuto di altri servizi che lottano contro la pandemia*»[219].

L'art. 4, paragrafo 2, della Decisione n. 1082/2013/UE, relativa alle gravi minacce per la salute a carattere transfrontaliero, disponeva che «*gli Stati membri [avrebbero dovuto comunicare] alla Commissione, entro il 7 novembre 2014 e successivamente ogni tre anni, un aggiornamento sullo stato di avanzamento della loro pianificazione della preparazione e della risposta a livello nazionale*».

L'Italia ha adottato il proprio piano pandemico nel 2006 non aggiornandolo, però, alle linee guida formulate dall'OMS nel 2017 e 2018 e dall'ECDC nel 2017, disattendendo la disposizione europea appena menzionata.

E comunque, stando ai documenti citati, non si può dire che sia mancata la *previsione* di quel che sarebbe potuto accadere con elevata probabilità e *l'indicazione* delle misure prioritarie da adottare per contenere la diffusione del contagio e, conseguentemente, gli enormi danni dalla stessa causati. Quel che è mancata è stata *l'implementazione* di tali misure, peraltro prescritte – sia pure con censurabile genericità – tra i livelli essenziali di

assistenza definiti con d.p.c.m. 12 gennaio 2017[220]. Tant'è che l'Italia (come la gran parte dei paesi, d'altronde) si è trovata ad affrontare la pandemia priva di dispositivi basilari (le mascherine), insufficienti per lo stesso personale medico, e di una efficiente rete diagnostica (mancavano anche i reagenti) che consentisse di isolare i focolai e circoscrivere la diffusione del contagio.

Il sistema sanitario, inoltre, nel nostro paese organizzato su base regionale – con modelli diversi e capacità di risposte fortemente diseguali –, non è stato in grado di reagire prontamente alla minaccia pandemica attuando negli ospedali i «*piani di emergenza già rodati*», che la Commissione dal 2005 gli aveva prescritto di adottare. Tant'è che è avvenuto proprio quanto il piano europeo si poneva di scongiurare: la sospensione delle cure ordinarie per concentrare tutta la risposta sanitaria sul fronte della pandemia. Ciò ha determinato 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.

Dalle considerazioni svolte può trarsi la conclusione che l'emergenza condizioni il bilanciamento dei diritti ed interessi, rendendo ragionevole e proporzionato quanto in condizioni ordinarie sarebbe indiscutibilmente e grandemente irragionevole e sproporzionato.

Si è, infatti, dimostrato che la proporzionalità, necessariamente propria dell'approccio precauzionale, trova un diverso equilibrio a seconda del contesto in cui le misure precauzionali vengono adottate.

E però, il principio di precauzione deve informare non soltanto la risposta allo stato di emergenza, quanto la pianificazione e prevenzione della stessa.

Quindi, tralasciando ogni giudizio sulla ragionevolezza e legittimità delle varie misure adottate durante la pandemia, si può senz'altro affermare che nel lungo periodo (la dimensione temporale nella quale devono essere valutate le politiche pubbliche) la legislazione e l'amministrazione pubblica italiane siano state del tutto irragionevoli. L'attuazione di misure già previste quindici anni orsono avrebbe, infatti, non solo consentito di limitare il sacrificio delle altre libertà e diritti entrati, in tempo di pandemia, in conflitto con il diritto alla salute, ma – soprattutto – di evitare la paradossale compressione della salute come "fondamentale diritto dell'individuo" (degli operatori sanitari mandati allo sbaraglio privi dei basilari dispositivi di protezione e dei cittadini affetti da malattie "ordinarie", le cui cure sono rimaste sospese), per affermare la tutela del medesimo diritto come "interesse della collettività".

[1] Il 30 gennaio 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, primo comma, lett. c) e 24, primo comma, del d.lgs. 2 gennaio 2018, n. 1 (Codice della Protezione civile). Sottolinea M. LUCIANI, *Il sistema delle fonti del diritto alla prova dell'emergenza*, in *Consulta Online*, 11 aprile 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-generalì, 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.

[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 aprile 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 «*posto 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 marzo 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 aprile 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.lincci.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 maggio 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, commi 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, comma 2, che prevede poteri dello Stato sostitutivi di quelli regionali in caso di pericolo grave per l'incolumità e la sicurezza pubblica.

[10] B. CARAVITA, *L'Italia ai tempi del coronavirus: rileggendo la Costituzione italiana*, in *federalismi.it*, 18 marzo 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 del 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 maggio 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: *«non è consentito alle ordinanze sindacali “ordinarie” – pur rivolte al fine di fronteggiare «gravi pericoli che minacciano l'incolumità pubblica e la sicurezza urbana» – di derogare a norme legislative vigenti, come invece è possibile nel caso di provvedimenti che si fondino sul presupposto dell'urgenza e a condizione della temporaneità dei loro effetti. Questa Corte ha infatti precisato, con giurisprudenza costante e consolidata, che deroghe alla normativa primaria, da parte delle autorità amministrative munite di potere di ordinanza, sono consentite solo se «temporalmente delimitate» (ex plurimis, sentenze n. 127 del 1995, n. 418 del 1992, n. 32 del 1991, n. 617 del 1987, n. 8 del 1956) e, comunque, nei limiti della «concreta situazione di fatto che si tratta di fronteggiare» (sentenza n. 4 del 1977)».*

[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] Si veda V. BALDINI, *Emergenza costituzionale e Costituzione dell'emergenza. Brevi riflessioni (e parziali) di teoria del diritto*, cit.. Secondo l'Autore, il complesso normativo “emergenziale” si caratterizza per l'affermazione, in funzione della massimizzazione dell'istanza di sicurezza, di un principio generale di non libertà (sia pur formalmente a carattere temporaneo), in cui gli spazi interstiziali di esercizio della libertà si configurano con un carattere effettivo di eccezionalità. La legittimità di un siffatto complesso normativo, che non sembra poter trovare nella Costituzione repubblicana (formalmente) vigente un convincente fondamento giustificativo, di ordine giuridico-positivo, non può dunque che rinvenire un'autonoma legittimazione, emancipata dalla prima, alla stregua di un rinnovato presupposto logico (la nuova *Grundnorm*) che ora può dirsi stare a monte di tale complesso e che vale a conferirgli consistenza e validità di diritto positivo. Siffatto presupposto logico della disciplina posta dalle fonti statali segna pertanto sul piano logico una *«discontinuità con la Costituzione repubblicana e democratica, dando un differente sostegno all'intera impalcatura normativa di contrazione dei diritti di libertà in una misura che, pertanto, resta sconosciuta alla stessa Costituzione»* (op.cit., p. 900). Lo Stato costituzionale di diritto si trasfigura, sia pure temporaneamente, nello Stato di prevenzione, la cui logica funzionale è senz'altro antitetica e contrapposta rispetto a quella del primo. Elementi sintomatici di un siffatto assetto della forma di Stato è la dominanza del fattore-rischio che surroga il requisito del pericolo concreto quale presupposto idoneo a giustificare l'adozione di misure limitative delle libertà

costituzionali. In secondo luogo, la massimizzazione dell'istanza di sicurezza in funzione di tutela del diritto alla vita e alla salute, con contestuale abbandono dei paradigmi ordinari (proporzionalità in senso ampio, adeguatezza, necessarietà, essenzialità, etc.) di riferimento nella determinazione del bilanciamento degli interessi costituzionalmente rilevanti e, così, delle limitazioni dei diritti costituzionali.

[15] Si veda G. AZZARITI, *Il diritto costituzionale d'eccezione*, in *Costituzionalismo.it*, per il quale «non si può negare che la necessità "di fatto" assurge a fonte autonoma qualora provvedimenti siano indispensabili per fronteggiare esigenze improvvise e imprevedibili che mettono in discussione l'esistenza stessa dello Stato e della comunità di riferimento». L'Autore qualifica l'azione del Governo, e segnatamente il ricorso a d.p.c.m. per la limitazione di diritti costituzionali come «autoassunzione di un potere *extraordinem* che si legittima per via di necessità». A. VENANZONI, *L'innominabile attuale. L'emergenza Covid-19 tra diritti fondamentali e stato di eccezione*, cit., pp. 490 ss., citando V. CRISAFULLI, *Variazioni sul tema delle fonti del diritto con particolare riguardo alla consuetudine*, in *Scritti in onore di Antonino Giuffrè*, Milano, 1967, p. 259, sottolinea che non esistono in *rerum natura* fatti-fonte, ovvero fatti che in sé e per sé possono essere considerati normativi. Vi sono però fatti che, storicamente fuori da ogni riconoscimento, finiscono per imporre la loro intrinseca normatività (p. 494, nota n. 9). Si veda anche C. ZUCHELLI, *Lo "stato di eccezione" e i pericoli per la Costituzione che finisce violata*, in *Il Dubbio* del 4 aprile 2020 e M. OLIVETTI, *Coronavirus. Così le norme contro il virus possono rievocare il «dictator»*, in *Avvenire* dell'11 marzo 2020.

[16] Nota la tesi di Carl Schmitt secondo cui "Sovrano" è chi decide sullo stato di eccezione («*Souverän ist, wer über den Ausnahmezustand entscheidet*»: C. SCHMITT, *Politische Theologie, Vier Kapite zur Lehre der Souveranität*, Neunte Auflage, Berlino, 2009, p. 11. La prima edizione è del 1922). Il saggio è compreso nella raccolta C. SCHMITT, *Le categorie del "politico"*, Bologna, 1972, ove si legge che il Sovrano «decide tanto sul fatto se sussista il caso estremo di emergenza, quanto sul fatto di che cosa si debba fare per superarlo. Egli sta al di fuori dell'ordinamento giuridico normalmente vigente e tuttavia appartiene ad esso perché a lui tocca la competenza di decidere se la costituzione in toto possa essere sospesa» (p. 34).

[17] Mortati ammetteva, come ipotesi di dottrina generale, la "rottura" della Costituzione, intesa come deroga «solo per singole fattispecie a determinate norme, le quali pertanto rimangono in vigore continuando a regolare tutte le altre» e la "sospensione" della Costituzione, la quale si differisce dalla prima «non solo perché non dà necessariamente vita ad atti con contenuto singolare, ma anche e soprattutto perché presenta sempre un carattere di provvisorietà, rivolta com'è a provvedere a situazioni transitorie di emergenza, ed opera pertanto solo sull'efficacia della norma costituzionale cui si riferisce, senza incidere sulla sua validità che rimane integra, consentendole perciò di riprendere il suo vigore appena sia cessato in periodo della sospensione». L'Illustre Costituente riteneva che, ai fini della conservazione dell'ordinamento, a fronte di eventi che ne minaccino l'integrità materiale (epidemie, terremoti, invasione da parte di altri Stati) o istituzionale (tentativi di sovversione), si potessero raffigurare gradi diversi di sospensioni della Costituzione «potendo queste riguardare o singole norme della costituzione o un complesso di istituti, con

*la sostituzione di alcuni organi costituzionali a quelli ordinari [...], o la totalità dell'ordine costituzionale». Ma escludeva che deroghe e sospensioni della Costituzione potessero essere considerate quali «mere situazioni di fatto, suscettibili di una legittimazione solo ex post, cioè se e nella misura in cui riescano in concreto ad essere attuate ed accettate come valide; in nulla così distinguendosi dalle altre [...]che tendono a sovvertire l'ordinamento nel quale operano ed a porsi come instaurative di uno nuovo e differente»; né individuava nella "necessità" la «fonte che opera con immediata efficacia, come forza originaria e creatrice di ogni specie di diritto». Riteneva invece che la fonte della sospensione della Costituzione fosse proprio la finalità di conservazione della stessa, tanto che in tale ipotesi all'ordinamento legale, che rimane allo stato quiescente, se ne aggiunge uno effettivamente operante (*contra legem* ma *secundum constitutionem*), senza che la normatività di quest'ultimo espliciti effetti sulla validità delle norme "sospese" del primo e senza che si rompa la sostanziale unità del sistema, il quale invece si presenta quale «risultante della composizione delle varie forme di manifestazione di cui è potenzialmente capace» (cfr. C. MORTATI, voce *Costituzione*, cit., pp. 139 ss., spec. pp.191-196).*

[18] D'altronde, lo stesso Schmitt, nell'opera citata, premetteva che «con stato d'eccezione va inteso un concetto generale della dottrina dello Stato, e non una qualsiasi ordinanza d'emergenza o stato d'assedio» (p. 33). Si tratta quindi di un concetto limite, utile su un piano di logica giuridica per definire la sovranità. Si legge ancora nella traduzione italiana del saggio: «[i]nfatti la decisione intorno alla eccezione è decisione in senso eminente, poiché una norma generale, contenuta nell'articolo di legge normalmente vigente, non può mai comprendere un'eccezione assoluta e non può perciò neppure dare fondamento pacificamente alla decisione che ci si trova di fronte ad un vero e proprio caso d'eccezione» (p. 33).

[19] Il quale consente al Ministro della sanità di emettere ordinanze di carattere contingibile e urgente, in materia di igiene e sanità pubblica e di polizia veterinaria, con efficacia estesa all'intero territorio nazionale o a parte di esso comprendente più Regioni. Mentre analogo potere è dalla stessa norma riconosciuto al Presidente della Giunta regionale ed al Sindaco, con efficacia estesa rispettivamente alla Regione o a parte del suo territorio comprendente più Comuni e al territorio comunale.

[20] Si veda, per la legge istitutiva del servizio nazionale della Protezione civile (l. 24 febbraio 1992, n. 225), Corte cost., 9 novembre 1992, n. 418, che ha statuito: «[n]el ricorrere di così gravi emergenze, quando l'ambiente, i beni e la stessa vita delle popolazioni sono in pericolo e si richiede un'attività di soccorso straordinaria ed urgente, risulta giustificato che si adottino misure eccezionali, quale può essere la nomina di commissari delegati (per i quali peraltro la norma impugnata prevede che vengano determinati col provvedimento di delega contenuto, tempi e modalità di esercizio dell'incarico). Allo stesso modo risulta giustificato che, nelle ipotesi già considerate o comunque quando la natura e l'estensione dell'evento comportano l'intervento coordinato di più enti ed amministrazioni, il prefetto assuma la direzione unitaria dei servizi di emergenza da attivare a livello provinciale ed eserciti tutte le altre funzioni demandategli dall'art. 14. Non risulta irrazionale infatti che, di fronte alla imminenza e alla gravità del pericolo per l'integrità di beni fondamentali per l'uomo, siano individuate autorità in grado di agire immediatamente, coordinando l'azione di

tutti gli organismi implicati, né risulta irrazionale che tali autorità siano individuate in quelle statali, tenuto conto del coinvolgimento nella emergenza di amministrazioni di ogni livello, incluso per l'appunto quello centrale». Sulla nuova disciplina della protezione civile, portata dal d.lgs. n. 1 del 2018, si veda Corte cost., 2 dicembre 2019, n. 246.

[21] La legge può stabilire in via generale limitazioni alla libertà di circolazione e di soggiorno «*per motivi di sanità e sicurezza*» (art. 16, comma 1, Cost.). Inoltre, le autorità possono vietare le riunioni in luogo pubblico per «*comprovati motivi di sicurezza e incolumità pubblica*» (art. 17, comma 3). In definitiva, la limitazione delle altre libertà costituzionali operata in ragione della pandemia è conseguenza della limitazione delle libertà di circolazione e riunione. Anche la libertà di culto, che autorevole dottrina sottolinea non possa essere compressa neppure con un intervento legislativo (cfr. F. GROSSO, *Legalità ed effettività negli spazi e nei tempi del diritto costituzionale dell'emergenza. È proprio vero che "nulla potrà più essere come prima?"*, cit., p. 8), non è stata direttamente limitata dai provvedimenti assunti dal Governo per far fronte alla pandemia, essendo stata inibita la partecipazione alle celebrazioni religiose in quanto esplicitazione del "diritto di riunione", non certo di professione anche in pubblico del proprio credo.

[22] Il termine è usato da M. LUCIANI, *Il sistema delle fonti del diritto alla prova dell'emergenza*, cit., pp. 25-26.

[23] Si è già detto dell'"indeterminatezza" dell'art. 2 del d.l. n. 6/2020, la cui abrogazione ad opera del d.l. n. 19, con relativa sanatoria delle misure adottate in attuazione della norma abrogata (art. 2, comma 3, d.l. n. 19/2020), a giudizio di M. LUCIANI, *Il sistema delle fonti del diritto alla prova dell'emergenza*, cit., p. 3, non le metterebbe al riparo dall'annullamento o disapplicazione giurisdizionale. Sottolinea, infatti, l'Autore che «*[s]e il principio di legalità va inteso (in senso sostanziale) anche come principio di determinatezza delle norme attributive di potere e se tale principio costituisce un vincolo per il legislatore (sicché è da ritenere viziata la legge che lo viola), l'art. 2 del d.l. n. 6 dovrebbe considerarsi incostituzionale e illegittima la sanatoria degli effetti da esso prodotti*».

[24] Nei limiti consentiti dall'essere il potere esercitato dall'amministrazione connotato da un elevato livello di discrezionalità tecnica e amministrativa, in relazione alla pluralità degli interessi pubblici e privati coinvolti e all'esigenza di una modulazione anche temporale delle misure di sanità pubblica nella prospettiva del massimo contenimento del rischio. Si veda in tal senso TAR Lazio, Roma, sez. III *quater*, decreto 19 agosto 2020, n. 5408.

[25] Giudice di pace di Frosinone, sentenza 15-29 luglio 2020, n. 516: «*la delibera del C.d.M. del 31.1.2020 è illegittima perché emessa in assenza dei relativi poteri da parte del C.d.M. in violazione degli [articoli] 95 e 78 [Cost.] che non prevedono il potere del C.d.M della Repubblica Italiana di dichiarare lo stato di emergenza sanitaria*». Si tratta di pronuncia manifestamente errata, in quanto l'art. 24 d.lgs. 2 gennaio 2018, n. 1 assegna proprio al Consiglio dei ministri il potere di deliberare lo stato di emergenza di rilievo nazionale. E comunque, in linea teorica, la declaratoria dello stato di emergenza, deliberata dal Consiglio dei ministri è sindacabile dal giudice amministrativo, essendo i relativi presupposti stabiliti con fonte primaria ed essendo, quindi, verificabile il ricorrere degli

stessi. Così M. LUCIANI, *Il sistema delle fonti del diritto alla prova dell'emergenza*, cit., p. 7. *Contra*, con riferimento all'analogo sistema previgente, G. RAZZANO, *Le ordinanze di necessità e di urgenza nell'attuale ordinamento costituzionale*, in *Rivista AIC*, 9 ottobre 2008, p. 11. La stessa Corte costituzionale ha già avuto modo di precisare che «[l]a dichiarazione dello stato di emergenza può avvenire solo in presenza dei presupposti legislativamente previsti» ed è pertanto «suscettibile di valutazione, sotto il profilo della legittimità, da parte dei giudici ordinari e di quelli amministrativi, nell'ambito delle rispettive competenze» (Corte cost., 5 marzo 2010, n. 83).

[26] Si veda, oltre alla già citata sentenza n. 115 del 2011, Corte cost., 30 dicembre 1987, n. 617, a mente della quale è «conforme a Costituzione la possibilità che alle autorità amministrative siano affidati i poteri di emissione di provvedimenti diretti ad una generalità di cittadini, emanati per motivi di necessità e di urgenza, con una specifica autorizzazione legislativa che però, anche se non risulti disciplinato il contenuto dell'atto (che rimane, quindi, a contenuto libero), indichi il presupposto, la materia, le finalità dell'intervento e l'autorità legittimata».

[27] Si veda S. CASSESE, *Basta forzature illegittime si torni alla normalità. Ecco di che cosa ho parlato*, in *Corriere della sera* del 20 luglio 2020.

[28] Un nuovo decreto-legge, in assenza di una "nuova" situazione di straordinarietà ed urgenza non avrebbe trovato copertura nell'art. 77 (cfr. Corte cost., 24 ottobre 1996, n. 360).

[29] M. LUCIANI, *Il sistema delle fonti del diritto alla prova dell'emergenza*, cit., p. 23.

[30] Corte cost., 9 maggio 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), 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).

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

[32] 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 febbraio 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 aprile 2020.

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

[34] 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».

[35] 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.

[36] Originariamente l'art. 130R, divenuto poi art. 174, par. 2, del Trattato CE e, quindi, oggi, art. 191, par. 2, del Trattato sul funzionamento dell'Unione europea. 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..

[37] La letteratura giuridica sul principio di precauzione è molto vasta. Si indicano, tra i tanti, 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.; M. ALLENA, *Il principio di precauzione: tutela anticipata v. legalità-prevedibilità dell'azione amministrativa*, in *Il diritto dell'economia*, vol. 29, n. 90, 2016, pp. 411 ss.; D. BOURGUIGNON, *European Parliamentary Research Service – The Precautionary Principle: Definitions, applications and governance*, dicembre 2015, in www.europarl.europa.eu; B. BERTHOUD, *The Precautionary Principle in EU Risk Regulation. A Matter of Priorities*, Amburgo, 2014; N. MORAG-LEVINE, *The History of Precaution*, in *American Journal of Comparative Law*, vol. LXII, 2014, pp. 1095 ss.; D. VOGEL, *The Politics of Precaution: Regulating Health, Safety and Environmental Risks in Europe and the United States*, Princeton, 2012; S. DI BENEDETTO, *Il principio di precauzione nel diritto internazionale*, Lecce, 2012; C.E. FOSTER, *Science and the Precautionary Principle in International Courts and Tribunals: Expert Evidence, Burden of Proof and Finality*, Cambridge (UK), 2011; J. ZANDER, *The Application of the Precautionary Principle in Practice: Comparative Dimensions*, Cambridge (UK), 2010; P. ARREMOËS – D. GEE, *The Precautionary Principle in 20th Century. Late Lessons from Early Warnings, Environmental Issue Report*, European Environmental Agency, Copenhagen, 2009; F. EWALD – C. GOLLIERS – N. DE SADELEER, *Le principe de précaution*, II ed., Parigi, 2008; A. 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; N. DE SADELEER, *Implementing the Precautionary Principle: Approaches from the Nordic Countries, EU and Usa*, Londra, 2007 e ID., *Les principes du polluer-payeur, de prévention et de précaution*, Bruxelles, 1999; E. FISCHER – J. JEONES – R. VON SHOMBERG (eds), *Implementing the precautionary principle: perspectives and prospects*, Cheltenham, 2006; A. BIANCHI – M. GESTRI (a cura di), *Il principio precauzionale nel diritto internazionale e comunitario*, Milano, 2006; J. CAZALA, *Le principe de précaution en droit international*, Louvain-la-Neuve, 2006; S. DI BENEDETTO, *Il principio di precauzione nel diritto internazionale*, Lecce, 2006 e ID. *La funzione interpretativa del principio di precauzione in diritto internazionale*, in *Diritto del commercio internazionale*, n. 2/2006, pp. 321 ss.; F. DE LEONARDIS, *Il principio di precauzione nell'amministrazione del rischio*, Milano, 2005; R. COONEY, *The precautionary principle in Biodiversity Conservation and Natural Resources*, Cambridge (UK), 2004; L. MARINI, *Il principio di precauzione nel diritto internazionale e comunitario*, Padova, 2004; G. MANFREDI, *Note sull'attuazione del principio di precauzione nel diritto pubblico*, in *Dir. pubbl.*, 2004, pp. 1075 ss.; F. BASSAN, *Gli obblighi di precauzione nel diritto internazionale*, Roma, 2004; A. TRAVI, *Droit publique et risque: Italie*, in *Revue européenne de droit public*,

2003, pp. 491 ss.; A. GOSSEMENT, *Le principe de précaution*, Parigi, 2003; C. LEBEN – J. VERHOEVEN, *Le principe de précaution. Aspects de droit international ed communautaire*, Parigi, 2002; J. SCOTT – E. VOS, *The Juridification of Uncertainty: Observations on the Ambivalence of the Precautionary Principle within the EU and the WTO*, in C. JOERGES – R. DEHOUSSE (eds), *Good Governance in Europe's Integrated Market*, Oxford, 2002; A. ALEMANN, *Le principe de précaution en droit communautaire: stratégie de gestion des risques ou risque d'atteinte au marché intérieur?*, in *Revue du droit de l'Union européenne*, 4, 2001, pp. 917 ss.; S. GRASSI, *Prime osservazioni sul "principio di precauzione" come norma di diritto positivo*, in *Diritto e gestione dell'ambiente*, 2001, pp. 40 ss.; P. KOURILSKY – G. VINEY, *Le principe de précaution*, Parigi, 2000; T. O'RIORDAN – J. CAMERON – A. JORDAN, *Reinterpreting the Precautionary Principle*, Londra, 2000; D. FREESTONE – E. HEY (eds), *The Precautionary Principle and International Law. The Challenge of Implementation*, L'Aia – Londra – Boston, 1996.

[38] 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 hazard». 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».

[39] 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. GÜNDILING, *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..

[40] 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 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 A. TROUWBORST, *Evolution and Status of Precautionary Principle in International Law*, cit.; 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*, cit., 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.

[41] 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., laddove dispone che «*[t]he parties should take precautionary measures to anticipate, prevent or minimize the causes of climate change and mitigate its adverse effects. Where there are threats of serious or irreversible*

damage, lack of full scientific certainty should not be used as a reason for postponing such measures, taking into account that policies and measures to deal with climate change should be cost-effective so as to ensure global benefits at the lowest possible cost. To achieve this, such policies and measures should take into account different socio-economic context, be comprehensive, cover all relevant sources, sinks and reservoirs of greenhouse gases and adaptation, and comprise all economic sectors. Efforts to address climate change may be carried out cooperatively by interested Parties». 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.

[42] 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».*

[43] F. DE LEONARDIS, *Il principio di precauzione*, in M. RENNA – F. SAITTA (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.

[44] Cfr. Corte di giustizia UE (Grande Sezione), 1° ottobre 2019, *Mathiew Blaise e a.*, in causa 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 istituzioni dell'Unione europea adottano, nell'ambito della politica agricola comune o della politica del mercato interno, misure di protezione per la salute umana (v., in tal senso, sentenze del 2 dicembre 2004,*

Commissione/Paesi Bassi, C-41/02, EU:C:2004:762, punto 45; del 12 luglio 2005, Alliance for Natural Health e a., C-154/04 e C-155/04, EU:C:2005:449, punti 68, nonché del 22 dicembre 2010, Gowan Comércio Internacional e Serviços, C-77/09, EU:C:2010:803, punti 71 e 72)».

[45] 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.

[46] 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»*.

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

[48] 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).

[49] Si veda, in tal senso, Cons. St., 11 maggio 2020, n. 2964, in *www.giustizia-amministrativa.it*: *«[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»*.

[50] Comunicazione della Commissione sul principio di precauzione COM(2000)0001 def.

[51] Come è stato osservato, *«[i]l 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.

[52] 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.

[53] L'articolo riproduce senza sostanziali variazioni l'art. 3-b del Trattato di Maastricht.

[54] L'art. 52, par. 1, della Carta dei diritti fondamentali nell'Unione europea, proclamata a Nizza il 7 dicembre 2000 e riproclamata a Strasburgo il 12 dicembre 2007, dopo aver

premessi che «[e]ventuali limitazioni all'esercizio dei diritti e delle libertà riconosciuti dalla presente Carta devono essere 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».

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

[56] Sin dalle proprie prime sentenze la Corte vi fa esplicito riferimento. Cfr. Corte di giustizia CEE, 16 luglio 1956, in causa C-8/1955, *Fédération Charbonnière*; 14 dicembre 1962, in cause riunite C-5-11 e 13-15/62, *Società acciaierie San Michele*; 19 marzo 1964, in causa C-18/63, *Schmitz*. Più in generale, la Corte di giustizia, sin dalla sentenza 12 luglio 1957, in cause riunite C-7/56, 3/57-7/57, *Algera*, 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 sessa 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.

[57] 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 ad altri principi come, appunto, quelli di precauzione e di proporzionalità.

[58] M. CARTABIA, *I principi di ragionevolezza e proporzionalità nella giurisprudenza costituzionale italiana*, in www.cortecostituzionale.it, 12 novembre 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.

[59] 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 di giustizia, 10 settembre 2009, in causa C- 76/08, *Commissione c. Repubblica di Malta*, 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 di giustizia, 10 marzo 2005, *Tempelman*, in cause riunite C-96 e 97/03; Corte di giustizia, 18 maggio 1993, *Ives Rocher*, in causa C-126/91; Corte di giustizia, 11 luglio 1989, *Schröder*, in causa 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 di giustizia UE, 23 settembre 2013, causa C-508/13 *Repubblica di Estonia v. Parlamento europeo e Consiglio dell'Unione europea*, par. 28; cfr. in termini, *ex multis*, Corte di giustizia UE, 8 aprile 2014, cause C-293/12 e C-594/12 *Digital Rights Ireland Ltd v. Minister for Communications, Marine and Natural Resources et a. e Kärntner Landesregierung et a.* par. 46 e la giurisprudenza ivi citata). Si veda anche la recente Corte di giustizia UE (seconda sezione), 30 gennaio 2020, *Tim S.p.A. c. CONSIP e Min. economia e finanze*, in causa 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 (v., in tal senso, sentenze del 7 luglio 2016, *Ambisig*, C-46/15, EU:C:2016:530, punto 40, e dell'8 febbraio 2018, *Lloyd's of London*, C-144/17, EU:C:2018:78, punto 32 nonché la giurisprudenza ivi citata)*». Tant'è che D.U. GALETTA, *Il principio di proporzionalità*, in M. RENNA – F. SAITTA, *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 di giustizia (quarta sezione), 28 maggio 2020, *Syndyk Masy Upadłości ECO-WIND Construction S.A, w upadłości*, in causa C-727/17, par. 81.

[60] 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 nella giurisprudenza costituzionale italiana*, in www.cortecostituzionale.it, 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.

[61] R. ALEXI, *Dignità umana e proporzionalità*, in *Lo Stato*, n. 10, 2018, p. 17. L'illustra 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.

[62] 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]».

[63] 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».

[64] Corte di giustizia CE dell'11 luglio 1974, causa C-8/74.

[65] Corte di giustizia CE del 20 febbraio 1979, Causa C-120/78, *Rewe-Zentral AG v. Bundesmonopolverwaltung für Branntwein*. Per commenti della sentenza si vedano A. MATTERA RICIGLIANO, *La sentenza Cassis de Dijon: un nuovo indirizzo programmatico per la realizzazione definitiva del mercato comune*, in *Diritto comunitario e degli scambi internazionali*, 1981, pp. 273 ss.; A.A. PAINTER, *Cassis de Dijon Digested*, in *Business Law Review*, 1981, pp. 199 ss.; A. DASHWOOD, *Cassis de Dijon. A Major Step in the Liberalisation of Trade*, in *European Intellectual Property Review*, 1981, pp. 268 ss.; A. NOVERO - G. ANDREIS, *Riflessioni in merito alle recenti sentenze della Corte di giustizia della CEE in relazione agli art. 30, 36 e 100 del Trattato di Roma*, in *Rassegna di diritto e tecnica della alimentazione*, 1980, suppl. n. 5-6, pp. 331 ss.; J.C. MASCLLET, *Les articles 30, 36 et 100 du traité à la lumière de l'arrêt "Cassis de Dijon"*, in *Revue trimestrielle de droit européen*, 1980, pp. 611 ss.. Si vedano, inoltre, i più recenti contributi di autori diversi contenuti nel

volume L.M. POIARES PESSOA MADURO – L. AZOULAI (eds), *The Past and Future of EU Law: The Classics of EU Law Revisited on the 50th Anniversary of the Rome Treaty*, Oxford, 2010.

[66] Cfr. Corte di giustizia UE (Grande sezione), 10 febbraio 2009, *Commissione delle Comunità europee v. Repubblica italiana*, causa C-110/05, punto 59; Corte di giustizia UE, 5 febbraio 2004, *Commissione delle Comunità europee v. Repubblica italiana*, causa C.270/02, punto 21; Corte di giustizia UE, 19 giugno 2003, *Commissione delle Comunità europee v. Repubblica italiana*, causa C-420/01, punto 29.

[67] Cfr. Corte di giustizia UE, 13 marzo 2001, in causa C-379/98 *PreussenElektra*. La Corte, pur affermando che l'obbligo imposto a operatori economici di uno Stato membro di acquistare una determinata percentuale di energia rinnovabile presso un fornitore nazionale limita in misura corrispondente la possibilità d'importare lo stesso prodotto impedendo a tali operatori di rifornirsi per una parte del loro fabbisogno presso operatori stabiliti in Stati membri (punto 70), ha ritenuto la misura compatibile con l'ordinamento europeo in quanto diretta alla protezione dell'ambiente attraverso la promozione dell'utilizzo di energia da fonte rinnovabile (punti 72-81). Corte di giustizia CEE, 7 febbraio 1985, *Procuratore della Repubblica v. Association de défense des brûleurs s'huiles usagées (ADBHU)*, causa C-240/83, sulla compatibilità con i principi della libertà della circolazione delle merci e della concorrenza del sistema di autorizzazioni introdotto dalla direttiva n. 75/439 finalizzato a garantire l'eliminazione degli oli usati in maniera innocua per l'ambiente, pur ritenendo che tale sistema di autorizzazioni limita in linea di principio l'esercizio della libertà del commercio, afferma che tale misura persegue uno scopo di interesse generale, inserendosi nel quadro della tutela dell'ambiente, che costituisce uno degli scopi essenziali della Comunità (punti 11 e 13). La Corte osserva che «il principio della libertà del commercio non ha un valore assoluto, ma è soggetto a taluni limiti giustificati dagli scopi generali perseguiti dalla Comunità, purchè non si comprometta la sostanza di questi diritti» (punto 12), e che la direttiva in esame «si preoccupa di garantire l'osservanza dei principi di proporzionalità e di non discriminazione nei casi in cui talune restrizioni si rendessero necessarie» (punto 13).

[68] Cfr. Corte di giustizia UE (quinta sezione), 20 marzo 2014, *Commissione europea v. Repubblica di Polonia*, causa C-639/11, che ha censurato il provvedimento della Repubblica polacca restrittivo dell'immatricolazione di autovetture con sterzo collocato a destra, motivato con l'esigenza di tutelare la sicurezza stradale, per l'irragionevolezza di tale disposizione, atteso che l'accesso sulle strade polacche di persone residenti in altri Stati membri con veicoli con guida a destra sarebbe stato comunque consentito; Corte di giustizia UE (prima sezione), 7 aprile 2011, *Ioan Tatu*, Causa C-402/09, che ha ritenuto non conforme all'art. 110 TFUE una tassa sull'inquinamento gravante sugli autoveicoli in occasione della loro prima immatricolazione nello Stato membro, qualora tale misura tributaria sia strutturata in modo tale da disincentivare l'immissione in circolazione, nello stesso Stato membro, di veicoli usati acquistati in altri Stati, senza però disincentivare l'acquisto di veicoli usati aventi la stessa vetustà e usura sul mercato nazionale; Cfr. anche Corte di giustizia UE, 15 marzo 2007, *Commissione delle Comunità europee v. Repubblica di Finlandia*, causa C-54/05, punto 38 che ribadisce il principio che la disposizione nazionale restrittiva del commercio deve essere idonea a garantire la

realizzazione dell'obiettivo perseguito e non deve andare oltre quanto necessario per il suo raggiungimento. Si vedano anche, sul punto, le sentenze 20 settembre 2007, *Commissione v. Paesi Bassi*, causa C-297/05, punto 75; 8 maggio 2003, causa C-14/02, *ATRAL*, punto 64 e 20 giugno 2002, *Radiosistemi*, cause riunite C-388/00 e C-429/00, punti 40-42.

[69] Corte di giustizia UE (decima sezione), 28 marzo 2019, *Verlezza ed altri*, cause riunite da C-487/17 a C-489/17. La questione pregiudiziale posta dalla Corte di Cassazione italiana alla Corte di giustizia atteneva essenzialmente al livello di esaustività delle analisi necessario per classificare come non pericolosi rifiuti con codici c.d. "speculari", cioè ai quali possono essere assegnati sia codici corrispondenti a rifiuti pericolosi che codici corrispondenti a rifiuti non pericolosi, in funzione del livello di presenza di determinate sostanze. L'Allegato D del d.lgs. n. 152/2006 prescrive che, se un rifiuto è classificato con codici CER speculari, uno pericoloso ed uno non pericoloso, per stabilire se il rifiuto è pericoloso o non, debbono essere determinate le proprietà di pericolo che esso possiede con le seguenti indagini: a) individuare i composti presenti nel rifiuto attraverso: la scheda informativa del produttore; la conoscenza del processo chimico; il campionamento e l'analisi del rifiuto; b) determinare i pericoli connessi a tali composti attraverso la normativa europea sulla etichettatura delle sostanze e dei preparati pericolosi; le fonti informative europee ed internazionali; la scheda di sicurezza dei prodotti da cui deriva il rifiuto; c) stabilire se le concentrazioni dei composti contenuti comportino che il rifiuto presenti delle caratteristiche di pericolo mediante comparazione delle concentrazioni rilevate all'analisi chimica con il limite soglia per le frasi di rischio specifiche dei componenti, ovvero effettuazione dei test per verificare se il rifiuto ha determinate proprietà di pericolo. Se i componenti di un rifiuto sono rilevati dalle analisi chimiche solo in modo aspecifico, e non sono perciò noti i composti specifici che lo costituiscono, per individuare le caratteristiche di pericolo del rifiuto devono essere presi come riferimento i composti peggiori, in applicazione del principio di precauzione. Infine, quando le sostanze presenti in un rifiuto non sono note o non sono determinate con le modalità sin qui stabilite, ovvero le caratteristiche di pericolo non possono essere determinate, il rifiuto si classifica come pericoloso. Nel porre la questione pregiudiziale, la Corte di Cassazione ha rappresentato che circa la determinazione dei criteri da applicare nella valutazione delle caratteristiche di pericolo di rifiuti con codici speculari si sono formate nella dottrina e giurisprudenza italiana due tesi differenti: la tesi c.d. della "certezza" o della "pericolosità presunta", secondo la quale, in presenza di tali rifiuti, il loro detentore è tenuto, per il principio di precauzione, a rovesciare una presunzione di pericolosità degli stessi ed è pertanto obbligato a effettuare analisi dirette a verificare l'assenza di qualsiasi sostanza pericolosa nei rifiuti in esame; la tesi c.d. della "probabilità", per la quale il detentore di rifiuti con codici speculari disporrebbe di un margine di discrezionalità nel procedere all'accertamento della pericolosità dei rifiuti in questione tramite analisi appropriate, limitate alle sostanze che, con un livello di probabilità elevato, possono essere contenute nei prodotti alla base del processo di produzione del rifiuto in esame.

[70] Punto 48. La Corte cita come precedenti analoghi le sentenze del 7 settembre 2004,

Waddenvereniging e Vogelbeschermingsvereniging, causa C-127/02, punto 44, e 13 settembre 2017, *Fidenato*, causa C-111/16. Si consideri che la direttiva 2008/98 assoggetta la gestione dei rifiuti pericolosi a condizioni specifiche concernenti la loro tracciabilità, il loro imballaggio e la loro etichettatura, il divieto di miscelarli con altri rifiuti pericolosi e non, sostanze o materie, nonché prescrive che i rifiuti pericolosi possono essere trattati esclusivamente in impianti appositamente designati che abbiano ottenuto un'autorizzazione speciale.

[71] Punto 59. Infatti, conformemente all'art. 4, par. 2, terzo comma, della direttiva 2008/98, «*gli Stati membri devono tener conto non soltanto dei principi generali in materia di protezione dell'ambiente di precauzione e sostenibilità, ma anche della fattibilità tecnica e della praticabilità economica, della protezione delle risorse nonché degli impatti complessivi sociali, economici sanitari e ambientali*».

[72] Cfr. Corte di giustizia UE (prima sezione), 9 giugno 2016, *Giovanni Pesce e a. e Cesare Serinelli e a. v. Presidenza del Consiglio dei Ministri Italia e a.*, nelle cause riunite C-78/16 e C-79/16, punto 49; Corte di giustizia UE (quarta sezione), *Neptune Distribution SNC*, in causa C-157/14, punto 76; Corte di giustizia CE, 7 settembre 2006, *Regno di Spagna c. Consiglio UE*, in causa C-310/04, punto 97; Corte di giustizia CE, 12 luglio 2001, *Jippes e a.*, in causa C-189/01, punto 80; Corte di giustizia UE, 22 dicembre 2010, *Gowan Comércio Internacional e Serviços*, in causa C-77/09, punto 82.

[73] Cfr. Corte di giustizia UE, 9 giugno 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 erranea alla luce degli elementi di cui esso disponeva al momento dell'adozione della normativa stessa*». Cfr. anche Corte di giustizia UE, 17 ottobre 2013, *Schaible*, in causa C-101/12, punto 50 e la giurisprudenza ivi citata.

[74] L'articolo, rubricato «*Attuazione del principio di precauzione*» dispone che: «*1. In applicazione del principio di precauzione di cui all'art. 174, paragrafo 2, del Trattato CE [oggi, art. 191, par. 2, TFUE], in caso di pericoli anche solo potenziali, per la salute umana e per l'ambiente, deve essere assicurato un alto livello di protezione. 2. L'applicazione del principio di cui al comma 1 concerne il rischio che comunque possa essere individuato a seguito di una preliminare valutazione scientifica. 3. L'operatore interessato, qualora emerga il rischio suddetto, deve informarne senza indugio, indicando tutti gli aspetti pertinenti alla situazione, il comune, la provincia, la regione o la provincia autonoma nel cui territorio si prospetta l'evento lesivo, nonché il Prefetto della provincia che, nelle ventiquattro ore successive, informa il Ministro dell'ambiente e della tutela del territorio e del mare. 4. Il ministro dell'ambiente e della tutela del territorio e del mare, in applicazione del principio di precauzione, ha facoltà di adottare in qualsiasi momento misure di prevenzione, ai sensi dell'articolo 304, che risultino: a) proporzionali rispetto al livello di protezione che si intende raggiungere; b) non discriminatorie nella loro applicazione e coerenti con misure analoghe già adottate; c) basate sull'esame dei potenziali vantaggi ed oneri; d) aggiornabili alla luce di*

nuovi dati scientifici. 5. Il Ministro dell'ambiente e della tutela del territorio e del mare promuove l'informazione del pubblico quanto agli effetti negativi di un prodotto o di un processo e, tenuto conto delle risorse finanziarie previste a legislazione vigente, può finanziare programmi di ricerca, disporre il ricorso a sistemi di certificazione ambientale ed assumere ogni altra iniziativa volta a ridurre i rischi di danno ambientale».

[75] 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».

[76] TAR Lazio, Roma, sez. II, 8 luglio 2020, n. 7849, punto 7., in *www.giustizia-amministrativa.it*. 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, comma 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.

[77] 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 possan 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 proporzione [...] rappresenta una diretta espressione del generale canone di ragionevolezza (ex art. 3 Cost.)» (Corte cost., 1° giugno 1995, n. 220).

[78] Cfr. Cons. St., sez. V, 3 aprile 1990, n. 332 e 18 febbraio 1992, n. 132 in *www.giustizia-amministrativa.it*. Ma, come osserva M. CARTABIA, *I principi di ragionevolezza e proporzionalità nella giurisprudenza costituzionale italiana*, in *www.cortecostituzionale.it*, 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».

[79] 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.

[80] Si veda da ultimo TAR Lazio, Roma, sez. II, n. 7849/2020, cit., punto 8, che richiama il modello trifasico del test di proporzionalità: «[i]l giudice amministrativo è chiamato a verificare (c.d. test) il rispetto dei principi-limite di proporzionalità e di adeguatezza mediante l'indagine che si definisce trifasica (di idoneità, di necessarietà, di adeguatezza, anche detta quest'ultima di proporzionalità in senso stretto) in quanto il positivo superamento di ogni fase costituisce il presupposto per la verifica di quella successiva, sicché soltanto il provvedimento che supera positivamente tutt'e tre le fasi di verifica può vedersi attribuito il predicato di legittimità definitiva. Mentre il principio di proporzionalità Mentre il principio di

proporzionalità è volto a sindacare l'individuazione del mezzo giuridico per raggiungere il fine pubblico per il quale è attribuito il potere ed implica l'indagine nella fase di idoneità e di necessarietà, il principio di adeguatezza è volto a sindacare la fase di proporzionalità in senso stretto incentrandosi sul bilanciamento degli interessi che vengono in emersione a seguito della scelta del mezzo idoneo e necessario. Più in particolare, l'idoneità guarda al rapporto tra il mezzo che si intende scegliere e l'obiettivo che si intende raggiungere: la verifica si ritiene superata se il mezzo scelto si presenta di per sé idoneo a raggiungere l'obiettivo. La necessarietà, invece, guarda al rapporto tra il mezzo ritenuto idoneo e il sacrificio che deriva alla sfera giuridica del destinatario: la verifica si ritiene superata se, contestualmente, il mezzo individuato (come idoneo) comporta il minore sacrificio possibile al singolo (o, in altri termini, se non vi sono altri mezzi idonei che consentono di raggiungere il medesimo risultato con minore sacrificio) e non impone un sacrificio ben superiore a quanto è necessario per raggiungere l'obiettivo perseguito. Individuato lo strumento giuridico idoneo e necessario, occorre valutare se il sacrificio che deriva dalla sua applicazione sia tollerabile dal singolo nel rapporto con gli interessi pubblici (primari e secondari) e privati che vengono in gioco nell'ambito del procedimento. L'adeguatezza (o proporzionalità in senso stretto) guarda, infatti, al rapporto tra il mezzo ritenuto idoneo e necessario e la restrizione subita in concreto dal destinatario: in tal caso, la verifica è superata se il mezzo così individuato impone alla sfera del singolo un sacrificio tollerabile nel bilanciamento con gli altri interessi coinvolti».

[81] Corte cost., 13 gennaio 2014, n. 1 che cita la sentenza 22 dicembre 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 febbraio 2019, n. 20; 27 giugno 2018, n. 137; 29 gennaio 2016, n. 10; 22 dicembre 2015, n. 272.

[82] Si veda la recente Cons. St., sez. III, 9 marzo 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»*.

[83] Si vedano Corte cost., 9 maggio 2013, n. 85, su cui ci si soffermerà *infra*, e Corte cost., 17 marzo 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 marzo 2015.

[84] Cons. St., sez. II, 6 aprile 2020, n. 2248.

[85] Cons. St., sez. II, 11 maggio 2020, n. 2964; Cons. St., sez. II, 6 aprile 2020, n. 2248 e Cons. St., sez. IV, 18 luglio 2017, n. 3559, in www.giustizia-amministrativa.it.

[86] Cfr. la giurisprudenza da ultimo citata.

[87] Cons. St., sez. III, 9 marzo 2020, n. 1692, in www.giustizia-amministrativa.it, che cita Corte di giustizia UE, 17 dicembre 2015, *Neptune Distribution SNC c. Ministre de l'Economie et des Finances*, in causa C-157/14.

[88] Cons. St., Commissione speciale, parere del 26 settembre 2017, n. 2065, punto 40, in giustizia-amministrativa.it. Il parere è stato reso su richiesta del Presidente della Regione Veneto sull'interpretazione di norme introdotte con d.l. 6 giugno 2017, n. 73, in materia di obbligo di vaccinazioni.

[89] Cfr. anche C.G.A.R.S., 3 settembre 2015, n. 581, in www.giustizia-amministrativa.it, a mente della quale il principio di precauzione «è stato concepito per offrire una risposta al problema della gestione dei rischi per la salute delle persone e per l'ambiente quando neppure la più seria istruttoria scientifica sia in grado di fornire delle certezze riguardo ai pericoli, agli oneri e agli effetti collaterali connessi ad una determinata attività. La finalità del principio è dunque quella di assicurare, in modo trasversale, la tutela di beni e di interessi primari, e tra questi certamente rientrano la tutela della salute umana e dell'ambiente, quando essi siano minacciati non solamente da pericoli concreti, ma anche da rischi difficilmente ponderabili. Un regime di tutela ispirato al principio di precauzione richiede, dunque, inevitabilmente l'acquisizione preventiva di una conoscenza accurata dei rischi connessi all'esercizio di determinate attività; conseguentemente, la ragionevolezza delle decisioni giuridiche dipende dall'attendibilità dei riscontri scientifici su cui esse si basano». Continua la sentenza affermando che il principio di precauzione richiede «in primo luogo, una seria e prudentiale valutazione, alla stregua dell'attuale stato delle conoscenze scientifiche disponibili, dell'attività che potrebbe ipoteticamente presentare dei rischi. Se, conseguentemente, è corretto svolgere tale valutazione alla stregua di parametri precauzionali anche particolarmente rigorosi (ossia facendo riferimento, nel dubbio, al c.d. criterio del "caso peggiore"), occorre però che ciò si risolva nella formulazione di un giudizio che, pur se nella sua umana provvisorietà e quand'anche destinato a non determinare con sufficiente certezza l'entità di un rischio, abbia nondimeno un'attendibilità scientificamente significativa. Con il risultato che, in applicazione di detto principio, sia vietato ciò che, sulla scorta di tale valutazione, risulti potenzialmente pericoloso, in misura non compatibile con i prestabiliti livelli di tutela e non altrimenti riducibile, e sia invece consentito il resto, sia pure con l'eventuale adozione di misure di riduzione del rischio».

[90] 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 accompagnano tra loro non è più un problema della scienza costituzionale, ma un problema della politica costituzionale» (p. 16).

[91] 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 vedano anche M. CARTABIA, *I principi di ragionevolezza e proporzionalità nella giurisprudenza costituzionale italiana*, 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..

[92] Cfr. tra le tante: Corte cost., 13 gennaio 2014, n. 1, in www.cortecostituzionale.it, e Corte cost., 18 marzo 2005, n. 108, in www.giurcost.org. Rileva M. CARTABIA, *I principi di ragionevolezza e proporzionalità nella giurisprudenza costituzionale italiana*, 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.

[93] Corte cost., 9 maggio 2013, n. 85, punto 9 del *Considerato in diritto*, in www.cortecostituzionale.it.

[94] 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.

[95] La questione di costituzionalità è stata sollevata dal Gip e dal Tribunale del riesame di Taranto avverso il d.l. 3 dicembre 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 luglio 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 luglio 2013.

[96] Corte cost., ordinanza, 30 luglio 1993, n. 365, in www.giurcost.org.

[97] Corte cost., 4 luglio 2017, n. 182, in www.cortecostituzionale.it.

[98] Corte cost., 23 marzo 2018, n. 58 in www.cortecostituzionale.it.

[99] Cfr. Corte cost. n. 83/2013, punto 12.2: «[c]on riferimento all'individuazione diretta dell'impianto siderurgico della società Ilva 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».

[100] La Corte richiama come precedente la sentenza 9 novembre 1992, n. 418 (cfr. Corte cost. n. 83/2013, punto 12.2).

[101] 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».

[102] 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, comma, del d.l. 4 giugno 2016, n. 61).

[103] Dalla storica sentenza della Cass., Sez. un., 6 ottobre 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.

[104] 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).

[105] Corte europea dei diritti dell'uomo (prima sezione), 29 gennaio 2019, *Cordella e a. c. Italia* – ricorsi nn. 54414/13 e 54264/15.

[106] 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».*

[107] 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.

[108] 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 dicembre 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 Corte EDU – «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 dicembre 2012, n. 264, in www.cortecostituzionale.it). La Corte, inoltre, rileva che la stessa norma CEDU, «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 settembre 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 Corte EDU 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».*

[109] 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 febbraio 2018.

[110] 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 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)».

[111] La Corte così conclude sul punto: «[l]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" (sentenza n. 62 del 2005)».

[112] Cfr. punto 3.1.

[113] 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..

[114] 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, comma 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».*

[115] Così S. COGNETTI, *Potere amministrativo e principio di precauzione fra discrezionalità tecnica e discrezionalità pura*, cit., p. 132.

[116] L'art. 3 del d.l. 4 luglio 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.

[117] 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.

[118] 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.

[119] Corte cost. n. 5/2018, punto 8.2.1. del *Considerato in diritto*, in www.cortecostituzionale.it, 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 giugno 1990, n. 307; 23 giugno 1994, n. 258 e 18 aprile 1996, n. 118, in www.cortecostituzionale.it. 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.

[120] L. BUSATTA, *La salute sostenibile. La complessa determinazione del diritto ad accedere alle prestazioni sanitarie*, Torino, 2018, 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.

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

[122] 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..

[123] 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*».

[124] Il principio è richiamato espressamente dall'art. 1, l. n. 36/2001, il quale dispone: «*[l]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, de 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..

[125] 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

marzo 2018, n. 1592, in www.giustizia-amministrativa.it) 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 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 marzo 2019, n. 2033, punto 5.1, in www.giustizia-amministrativa.it).

[126] 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 marzo 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 dicembre 2018, che istituisce il Codice europeo delle comunicazioni elettroniche.

[127] 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».

[128] 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.

[129] Cfr. Cons. St., sez. VI, ord. n. 2033/2019, cit..

[130] Si veda sul tema S. COGNETTI, *Potere amministrativo e principio di precauzione fra discrezionalità tecnica e discrezionalità pura*, 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 aritmicamente 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.

[131] 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: «[l]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).

[132] Cfr. C.G.A.R.S., 3 settembre 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».

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

[134] In www.cortecostituzionale.it. 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.

[135] Cfr. Corte cost., 7 ottobre 2003, n. 307, in www.cortecostituzionale.it: «[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'energie 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 dicembre 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 delle 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 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 permissivi 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».* Si vedano anche: G. TARANTINI, *La disciplina dell'elettrosmog tra Stato e Regioni*, in *federalismi.it*, n. 20/2004; G.M. SALERNO, *Derogabilità in melius e inviolabilità dell'equilibrio stabilito dalla legislazione statale organica*, cit.; F. ORLINI, *Tutela dell'ambiente e riforma del Titolo V della Costituzione: spunti di riflessione in tema di competenze dello Stato e delle Regioni*, in *Rivista Giuridica dell' Edilizia*, 2004, pp. 406 ss..

[136] 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), in www.cortecostituzionale.it.

[137] Corte cost., 20 dicembre 2002, n. 536; 24 giugno 2003, n. 222; 18 marzo 2005, n. 108; 31 maggio 2005, n. 214 e 20 aprile 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"».

[138] 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».

[139] Per quanto nel costituzionalismo contemporaneo tenda a sbiadirsi la differenza tra libertà positive e negative. Così G. SILVESTRI, *L'individuazione dei diritti della persona*, cit., p. 12, che cita N. BOBBIO, *Libertà fondamentali e formazioni sociali. Introduzione storica*, in *Politica del diritto*, VI, 1975, 4, p. 453: la libertà «investe non il cittadino in quanto tale, cioè l'uomo pubblico, ma l'uomo intero, in quanto essere sociale». Tant'è che anche il diritto alla salute come diritto di libertà richiede l'intervento dell'autorità pubblica, che deve rimuovere le condizioni che minacciano l'integrità psico-fisica degli individui.

[140] La definizione si deve a F. MERUSI, *Servizi pubblici instabili*, 1990, p. 30. Osserva l'Autore che «[s]e invece si inquadra il fenomeno sotto il profilo soggettivo si deve constatare che i diritti di prestazione di un servizio pubblico non sono diritti assoluti, come i diritti politici, bensì diritti finanziariamente condizionati. Ne deriva che anche i diritti sociali garantiti dalla Costituzione, ai quali corrisponde la prestazione di un servizio, non sono diritti assoluti, ma relativi, e, come tali, non identificabili con i diritti fondamentali del cittadino. Il che non significa riscoprire Carl Schmitt e la programmaticità dei diritti sociali. Significa solo dire che i diritti sociali hanno un contenuto diverso dai diritti di libertà». Tale definizione è stata utilizzata dalla Consulta per la prima volta con la sentenza 27 luglio 2011, n. 248, ribadendo però un principio affermato sin dalla sentenza 7 gennaio 1966, n. 1.

[141] Cfr. Corte cost., 16 ottobre 1990, n. 455, punto 3 del *Considerato in diritto*, in www.cortecostituzionale.it: «Secondo il costante orientamento della giurisprudenza costituzionale, il diritto alla salute è riconosciuto e garantito dall'art. 32 della Costituzione come un (v. sent. n. 992 del 1988, nonché sentt. nn. 88 del 1979, 184 del 1986, 559 del

1987, 1011 del 1988, 298 e 307 del 1990). Questa tutela, tuttavia, si articola in situazioni giuridiche soggettive diverse in dipendenza della natura e del tipo di protezione che l'ordinamento costituzionale assicura al bene dell'integrità e dell'equilibrio fisici e psichici della persona umana in relazione ai rapporti giuridici cui in concreto inerisce. In ragione di ciò, questa Corte ha affermato che, considerato sotto il profilo della difesa dell'integrità fisico-psichica della persona umana di fronte alle aggressioni o alle condotte comunque lesive dei terzi, il diritto alla salute è un diritto erga omnes, immediatamente garantito dalla Costituzione e, come tale, direttamente tutelabile e azionabile dai soggetti legittimati nei confronti degli autori dei comportamenti illeciti (v. sentt. nn. 88 del 1979, 184 del 1986, 559 del 1987). Nello stesso tempo, la Corte ha sempre precisato che, considerato sotto il profilo del diritto a trattamenti sanitari, il diritto alla salute è soggetto alla della relativa tutela da parte del legislatore ordinario (v. sent. n. 142 del 1982, nonché sentt. nn. 81 del 1966, 112 del 1975, 104 e 175 del 1982, 212 e 226 del 1983, 342 del 1985, 1011 del 1988)».

[142] Cfr. Corte cost., 10 novembre 1982 n. 175; 18 luglio 1982, n. 212 e 3 novembre 1988, n. 1011, in www.cortecostituzionale.it.

[143] Si veda anche Corte cost., 26 febbraio 1998, n. 27, punto 4.3. del *Considerato in diritto*, in www.cortecostituzionale.it: «alla Corte costituzionale non è dato sovrapporre le proprie valutazioni di merito a quelle che spettano e sono riservate al legislatore nelle determinazioni volte a predisporre i mezzi necessari a far fronte alle obbligazioni dello Stato nella materia dei cosiddetti diritti sociali. Solo il legislatore è, infatti, costituzionalmente abilitato a compiere gli apprezzamenti necessari a comporre nell'equilibrio del bilancio le scelte di compatibilità e di relativa priorità nelle quali si sostanziano le politiche sociali dello Stato». Per commento della sentenza si veda O. CHESSA, *La misura minima essenziale dei diritti sociali: problemi e implicazioni di un difficile bilanciamento*, cit., pp. 1170 ss..

[144] Corte cost., 21 luglio 2016, n. 203, punto 8 del *Considerato in diritto*, in www.cortecostituzionale.it.

[145] Cfr. Corte cost., 16 dicembre 2016, n. 275, punto 11 del *Considerato in diritto*, in www.cortecostituzionale.it: «è la garanzia dei diritti incompressibili ad incidere sul bilancio, e non l'equilibrio di questo a condizionarne la doverosa erogazione». È consolidato l'orientamento della Consulta secondo cui nella materia finanziaria non esiste «un limite assoluto alla cognizione del giudice di costituzionalità delle leggi. Al contrario ritenere che [il sindacato sulla materia] sia riconosciuto in Costituzione non può avere altro significato che affermare che esso rientra nella tavola complessiva dei valori costituzionali [cosicché] non si può ipotizzare che la legge di approvazione del bilancio [...] o qualsiasi altra legge incidente sulla stessa costituiscano una zona franca sfuggente a qualsiasi sindacato del giudice di costituzionalità, dal momento che non vi può essere alcun valore costituzionale la cui attuazione possa essere ritenuta esente dalla inviolabile garanzia rappresentata dal giudizio di legittimità costituzionale (sentenza n. 260 del 1990; in senso sostanzialmente conforme sentenze n. 188 del 2015 e 70 del 2012» (Corte cost. n. 10/2016, punto 2 del *Considerato in diritto*, in www.cortecostituzionale.it).

[146] Il SSN è il complesso delle funzioni e delle attività assistenziali dei Servizi sanitari regionali e delle altre funzioni e attività svolte dagli enti ed istituzioni di rilievo nazionale, nell'ambito dei conferimenti previsti dal d.lgs. 31 marzo 1998, n. 112, nonché dalle

funzioni conservate allo Stato dal medesimo decreto.

[147] Corte cost., 20 novembre 2013, n. 273 e 12 luglio 2017, n. 169, in www.cortecostituzionale.it.

[148] Corte cost., 12 luglio 2017, n. 169, punto 9.3.1 del *Considerato in diritto*, cit..

[149] Corte cost. n. 275/2016, cit..

[150] Corte cost. n. 169/2017, cit..

[151] Corte cost. n. 275/2016, cit..

[152] Corte cost. n. 169/2017, cit..

[153] Corte cost. n. 10/2016, cit., punto 6.1. del *Considerato in diritto*.

[154] Con riguardo alla giurisprudenza costituzionale sul diritto alla salute in tempo di crisi economica è stato osservato che «quando la crisi esplode, la misura della gradualità dell'attuazione dei diritti "che costano", l'arretramento o l'innalzamento delle tutele già accordate, la contrazione o l'estensione della platea dei beneficiari, risultano da tempo elementi ordinariamente non sindacabili, salvo che le scelte compiute dal legislatore siano talmente irragionevoli da mettere in discussione la stessa esistenza dei diritti fondamentali. Non sempre, naturalmente, la Corte ha persuaso il suo "uditorio", quando ha "assolto" le normative impugnate perché non ha ritenuto che esse incidessero sul contenuto essenziale dei diritti fondamentali, argomentando in merito alla loro ragionevolezza» (C. SALAZAR, *Crisi economia e diritti fondamentali - Relazione al XXVIII convegno annuale dell'AIC*, in *Rivista AIC* n. 4/2013, 11 ottobre 2013, p. 11). L'Autrice cita, in particolare, le sentenze 27 dicembre 1996, n. 417, 13 luglio 2011, n. 205 e 27 luglio 2011, n. 248.

[155] D. MORANA, *I rapporti tra Parlamento e Corte costituzionale nella garanzia dei diritti sociali*, in *Amministrazione in cammino*, 2015, p. 8.

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

[157] O. CHESSA, *op.cit.*

[158] O. CHESSA, *op.cit.*

[159] 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"».

[160] «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 world*»; art. 1 «*All human beings are born free and equal in dignity and rights*».

[161] 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.

[162] 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, Grundgesets*, 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.

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

[164] Sentenza 31 luglio 2020, n. 186, in www.cortecostituzionale.it.

[165] La norma censurata era l'art. 4, comma 1 *bis*, del d.lgs. 18 agosto 2015, n. 142 (Attuazione della direttiva 2013/33/UE recante norme relative all'accoglienza dei richiedenti protezione internazionale, nonché della direttiva 2013/32/UE, recante procedure comuni ai fini del riconoscimento e della revoca dello status di protezione internazionale), come introdotto dall'art. 13, comma 1, lettera a), numero 2), del d.l. 4 ottobre 2018, n. 113 (Disposizioni urgenti in materia di protezione internazionale e immigrazione, sicurezza pubblica, nonché misure per la funzionalità del Ministero dell'interno e l'organizzazione e il funzionamento dell'Agenzia nazionale per l'amministrazione e la destinazione dei beni sequestrati e confiscati alla criminalità organizzata), convertito, con modificazioni, nella legge 1° dicembre 2018, n. 132.

[166] 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. del *Considerato in diritto*).

[167] Punto 4.2. del *Considerato in diritto*.

[168] 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.

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

[170] 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 dalla 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.

[171] Né può ritenersi dignitosa la condizione di quei medici costretti a scegliere chi poter curare (e quindi chi lasciar morire), mancando posti sufficienti nei reparti di terapia intensiva.

[172] Per il quale rinvia a D. MESSINEO, *Garanzia del contenuto essenziale e tutela multilivello dei diritti fondamentali*, Macerata, 2010, 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.

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

[174] 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.

[175] Si veda Corte europea dei diritti dell'uomo (Grande Camera), 15 novembre 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)».

[176] Si veda Corte cost., 1° febbraio 1982, n. 15, in www.giurcost.org. 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».

[177] CEDU (prima sezione), 13 giugno 2019, *Viola c. Italia* (N° 2), in www.giustizia.it.

[178] 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.

[179] 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».

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

[181] Sentenze 11 giugno 1993 n. 306; 5 luglio 2001, n. 273; 24 aprile 2003, n. 135, in www.cortecostituzionale.it. Con ordinanza 20 dicembre 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.

[182] 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 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.

[183] Sentenze 28 luglio 1993, n. 349; 23 novembre 1993, n. 410; 18 ottobre 1996, n. 351 e 5 dicembre 1997, n. 376, in *www.cortecostituzionale.it*. 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.

[184] Con legge 15 luglio 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.

[185] 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 [...]*».

[186] Cfr. CEDU, 8 gennaio 2008, *Ercolano c. Italia* e 9 gennaio 2001, *Salvatore c. Italia*.

[187] Cfr. CEDU, 25 ottobre 2018, *Provenzano c. Italia*, par. 126: «[l]a 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 (si vedano, tra altri precedenti, *Kudła c. Polonia [GC]*, n. 30210/96, § 91, CEDU 2000 XI; *Peers c. Grecia*, n. 28524/95, § 67, CEDU 2001-III; *Enea c. Italia [GC]*, n. 74912/01, § 55, CEDU 2009; e *Bouyid c. Belgio [GC]*, n. 23380/09, § 86, CEDU 2015)». 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 sufficiente che tale proroga si rendesse necessaria, essendo ormai compromessa la situazione cognitiva del detenuto, tale da rendere impossibile il riallacciare i rapporti con l'organizzazione mafiosa.

[188] Cfr. CEDU, 25 ottobre 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 (si veda *Enea*, sopra citata, § 55)». Cfr. anche CEDU, 19 gennaio 2010, *Montani c. Italia*, par. 23-29; 10 giugno 2008, *Scoppola c. Italia*, par. 40-44; 8 gennaio 2008, *Indelicato c. Italia*, par. 3; 10 novembre 2005, *Argenti c. Italia*, par. 21.

[189] Il diritto al rispetto della corrispondenza sancito dall'art. 8 della Convenzione (cfr. CEDU, 19 gennaio 2010, *Montani c. Italia* e 1° dicembre 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 settembre 2000, *Messina c. Italia* e 28 settembre 2000, *Gangi c. Italia*).

[190] Le prime sentenze che hanno fatto applicazione di tale parametro costituzionale sono Corte cost., 24 ottobre 2007, n. 348, in *Giur. Cost.*, 2007, 3475, con note di Pinelli e di Moscarini, e Corte cost., 24 ottobre 2007, n. 349, *ibidem*, con note di Cartabia, Guazzarotti e Sciarabba. Numerosi i commenti a tali fondamentali sentenze. Tra questi: M. LUCIANI, *Alcuni interrogativi sul nuovo corso della giurisprudenza costituzionale in ordine ai rapporti tra diritto italiano e diritto internazionale*, in *Corr. Giur.*, 2008, pp. 201 ss.; B. RANDAZZO, *Costituzione e Cedu: il giudice delle leggi apre una «finestra» a Strasburgo*, in *Giorn. dir. amm.*, 2008, pp. 25 ss.; C. ZANGHI, *La Corte costituzionale risolve un primo contrasto con la Corte europea dei diritti dell'uomo ed interpreta l'art. 117 della Costituzione: le sentenze n. 347 e 348 del 2007*, in www.giurcost.org; G. GAJA, *Il limite del rispetto degli "obblighi internazionali": un parametro definito solo parzialmente*, in *Riv. dir. internaz.*, 2008, pp. 136 ss.; S.M. CICCONE, *Creazione indiretta del diritto e norme interposte*, in *Giur. Cost.*, 2008, pp. 565

ss.; C. NAPOLI, *Le sentenze della Corte costituzionale nn. 348 e 349 del 2007: la nuova collocazione della CEDU e le conseguenti prospettive di dialogo tra le Corti*, in *Quaderni cost.*, 2007, pp. 137 ss.; N. PIGNATELLI, *Le sentenze della Corte costituzionale nn. 348 e 349 del 2007: la dilatazione della tecnica della «interposizione» (e del giudizio costituzionale)*, *ibidem*, pp. 140 ss.; A. RUGGERI, *La CEDU alla ricerca di una nuova identità, tra prospettiva formale- astratta e prospettiva assiologico-sostanziale di inquadramento sistematico (a prima lettura di Corte cost. nn. 348/2007 e 349/2007)*, in www.forumcostituzionale.it; ID., *Ancora in tema di rapporti tra CEDU e Costituzione: profili teorici e questioni pratiche*, in www.associazionedeicostituzionalisti.it, 2008; T.F. GIUPPONI, *Corte costituzionale, obblighi internazionali e «controlimiti allargati»: che tutto cambi perché tutto rimanga uguale?*, *ibidem*; R. DICKMANN, *Corte costituzionale e diritto internazionale nel sindacato delle leggi per contrasto con l'art. 117, primo comma, della Costituzione*, in federalismi.it, n. 22/2017; A. MOSCARINI, *Indennità di espropriazione e valore di mercato del bene: un passo avanti e uno indietro della Consulta nella costruzione del patrimonio costituzionale europeo*, *ibidem*; A. FILIPPINI, *Il caso Dorig, la Cedu e la Corte costituzionale: l'effettività della tutela dei diritti dopo le sentenze 348 e 349 del 2007*, in www.costituzionalismo.it; F. GHERA, *Una svolta storica nei rapporti del diritto interno con il diritto internazionale pattizio (ma non in quelli con il diritto comunitario)*, in *Foro.it*, 2008, I, pp. 50 ss.; F. ANGELINI, *L'incidenza della Cedu nell'ordinamento italiano alla luce di due recenti pronunce della Corte costituzionale*, in *Dir. dell'unione eur.*, 2008, pp. 487 ss.. L'art. 46 della l. 4 agosto 1955, n. 848, di ratifica della Convenzione, dispone che «[l]e Alte Parti contraenti si impegnano a conformarsi alla sentenza definitiva della Corte per le controversie di cui sono parti». La Corte costituzionale, con sentenza 14 gennaio 2015, n. 49 ha però precisato che è «solo un "diritto consolidato", generato dalla giurisprudenza europea, che il giudice interno è tenuto a porre a fondamento del proprio processo interpretativo, mentre nessun obbligo esiste in tal senso, a fronte di pronunce che non siano espressive di un orientamento oramai divenuto definitivo». Con successive sentenze la Corte è tornata a riaffermare il *dictum* espresso nelle sentenze n. 348 e 349 del 2007, così esprimendosi: «è parimenti da respingere l'idea che l'interprete non possa applicare la CEDU, se non con riferimento ai casi che siano stati oggetto di puntuali pronunce da parte della Corte di Strasburgo. Al contrario, "[l']applicazione e l'interpretazione del sistema di norme è attribuito beninteso in prima battuta ai giudici degli Stati membri" (sentenza n. 49 del 2015 e n. 349 del 2007). Il dovere di questi ultimi di evitare violazioni della CEDU li obbliga ad applicarne le norme, sulla base dei principi di diritto espressi dalla Corte EDU, specie quando il caso sia riconducibile a precedenti della giurisprudenza del giudice europeo (sentenze n. 276 e n. 36 del 2016)» (Corte cost., 7 aprile 2017, n. 68 e 11 maggio 2017, n. 109). Su tali temi si veda anche V. ZAGREBELSKY, *Corte cost. n. 49 del 2015, giurisprudenza della Corte europea dei diritti umani, art. 117 Cost., obblighi derivanti dalla ratifica della Convenzione*, in *Osservatorio costituzionale dell'AIC*, maggio 2015 e A. RANDAZZO, *La tutela dei diritti fondamentali tra CEDU e costituzione*, Milano, 2017, spec. pp. 129 ss.. La CEDU, poi, sarebbe destinata ad acquisire il rango di norma comunitaria, grazie all'adesione alla Convenzione dell'Unione europea, in conformità a quanto prescritto dall'art. 6, par. 2, del Trattato sull'Unione europea e previsto dall'art. 59 CEDU, come modificato dal Protocollo 14 del 17 marzo 2010. Tale – travagliato – processo, però,

non si è ancora compiuto. Sul tema si vedano, oltre ad A. RANDAZZO, *La tutela dei diritti fondamentali tra CEDU e costituzione*, cit., pp. 347 ss., A.F. MASIERO, *L'adesione dell'Unione Europea alla CEDU. Profili penali, Parte prima*, in *dir. pen. com.*, n. 7-8/2017, pp. 79 ss., *Parte seconda, ibidem*, n. 2/2018, pp. 45 ss. e I. ANDRÒ, *L'adesione dell'Unione europea alla CEDU. L'evoluzione del sistema di tutela dei diritti fondamentali in Europa*, Milano, 2015. E comunque, come evidenzia M. ALLENA, *Le sanzioni amministrative tra garanzie costituzionali e convenzionali-europee*, in *Giorn. dir. amm.*, 2018, p. 383, la Carta di Nizza ha recepito, anche dichiaratamente, le categorie sviluppate dalla giurisprudenza della Corte di Strasburgo, in quanto, ai sensi dell'art. 52, comma 3, della CDFUE, in caso di corrispondenza tra i diritti riconosciuti da tale Carta e quelli garantiti dalla CEDU, il significato e la portata dei primi «sono uguali a quelli conferiti dalla suddetta convenzione» e, a norma del successivo art. 53, le tutele offerte dalla CDFUE non possono essere inferiori a quelle riconosciute dalla CEDU. Ciò implica «che l'ordinamento dell'UE attinga direttamente, almeno in linea di principio, alle categorie sostanzialistiche sviluppate dalla giurisprudenza di Strasburgo».

[191] Cfr. Corte cost., 10 aprile 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 settembre 2017, causa C-105/14, *Taricco ed a.* e (Grande Sezione), 5 dicembre 2015, causa 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 ordinanza 26 gennaio 2017, n. 24, rimesso alla Corte di giustizia la conferma di tale propria interpretazione. La Grande sezione della Corte di giustizia, con sentenza 5 dicembre 2017, in causa 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 controlimite 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.

[192] L'art. 58 *quater* ordin. penit., fu introdotto nella legge n. 354 del 1975 in materia di ordinamento penitenziario dall'art. 1 del decreto-legge 13 maggio 1991, n. 152 (Provvedimenti urgenti in tema di lotta alla criminalità organizzata e di trasparenza e buon andamento dell'attività amministrativa), convertito, con modificazioni, nella legge 12 luglio 1991, n. 203.

[193] La Corte, tra l'altro, rileva che «[l']*appiattimento all'unica e indifferenziata soglia di ventisei anni per l'accesso a tutti i benefici penitenziari indicati nel primo comma dell'art. 4-bis ordin. penit. si pone, infatti, in contrasto con il principio – sotteso all'intera disciplina dell'ordinamento penitenziario in attuazione del canone costituzionale della finalità rieducativa della pena – della «progressività trattamentale e flessibilità della pena» (sentenza n. 255 del 2006; in senso conforme, sentenze n. 257 del 2006, n. 445 del 1997 e n. 504 del 1995), ossia del graduale reinserimento del condannato all'ergastolo nel contesto sociale durante l'intero arco dell'esecuzione della pena».*

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

[195] 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 precauzione (*Vorsorge*). Si veda E. SCHMIDT-ABMANN, *Das allgemeine Verwaltungsrecht als Ordnungsidee*, Berlino-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 oggettivi e prevedibili nel caso della prevenzione, in termini ipotetici, ma pur sempre scientificamente fondati, per quanto riguarda la precauzione».*

[196] 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). Osserva M.

ALLENA, *Il principio di precauzione: tutela anticipata v. legalità-prevedibilità dell'azione amministrativa*, cit., 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 – M.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*».

[197] Cons. St., sez. II, 20 febbraio 2020, n. 1275, in *giustizia-amministrativa.it*.

[198] Sembra argomentare in questi termini Cons. St., Commissione Speciale, parere del 20 settembre 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..

[199] N. LUHMANN, *Sociologia del rischio*, Milano, 1996, p. 4.

[200] Si veda Cons. St., Ad. Plen., ord. 25 settembre 2013, n. 21, in *giustizia-amministrativa.it*, 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*».

[201] 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*».

[202] 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».

[203] Art. 1, legge 22 febbraio 2001, n. 36.

[204] Così definito dalla Corte di giustizia sin dalla sentenza del Tribunale di primo grado, 26 settembre 2002, causa T-47/00, *Rica Foods c. Commissione*.

[205] Cfr. l'art. 2, comma 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.

[206] Piero Calamandrei, nella lezione che tenne agli studenti dell'Università Cattolica di Milano il 26 gennaio 1955 ammoniva che «*finché ci saranno ostacoli alla dignità dell'uomo, la Carta sarà incompiuta*».

[207] Cfr. L. CARLASSARE, *Nel segno della Costituzione. La nostra carta per il futuro*, cit., p. 203: «*[l]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: «*[l]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"*».

[208] Scriveva Simon Weil: «*[l]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 domain des choses humaines, est toujours l'être humain comme tel. Il y a obligation envers 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..

[209] 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 «[l]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».

[210] Art. 2, comma 2, d.lgs. n. 1/2018. L'art. 3, comma 2, l. n. 225/1992 parlava invece di «scenari di rischio probabili».

[211] Si tratta delle attività dirette a evitare o ridurre la possibilità di danni (art. 2, comma 3, d.lgs. n. 1/2018).

[212] Definita all'art. 4, par. 4, «qualsiasi azione intesa a ridurre i rischi o a mitigare gli effetti negativi di una catastrofe per le persone, l'ambiente e i beni, compreso il patrimonio culturale».

[213] Art. 4, par. 3.

[214] Strumento giuridico internazionale approvato dall'OMS nel 1966 e ratificato in Italia con l. n. 106/1982.

[215] Il nuovo regolamento è entrato in vigore il 15 giugno 2015.

[216] COM(2005)607 final.

[217] COM(2005)607 def. del 28 novembre 2005, punti 2 e 3.2.

[218] COM(2005)607 def., punto 3.4.

[219] COM(2009)481 def. del 15 settembre 2009, punto 6.

[220] Il decreto, recante la «*Definizione e aggiornamento dei livelli essenziali di assistenza, di cui all'articolo 1, comma 7 del decreto legislativo 30 dicembre 1992, n. 502*», all'Allegato 1 (dedicato alla prevenzione collettiva e sanità pubblica), indica tra i programmi (lettera A5) la «*[p]redisposizione di sistemi di risposta ad emergenze di origine infettiva*», prescrivendo tra le relative prestazioni l'«*[a]ttuazione di tutte le misure di prevenzione e controllo previste in caso di una possibile emergenza (ad es. misure quarantenarie, dispositivi individuali di protezione, vaccinazioni, etc.)*».