

## Il principio di precauzione nell'attuale emergenza sanitaria

Clara Silvano

Dottoranda in diritto amministrativo, Dipartimento di Diritto Pubblico, Internazionale e Comunitario, Università di Padova.

Mail: [clara.silvano@phd.unipd.it](mailto:clara.silvano@phd.unipd.it).

### 1. Il principio di precauzione nella "scienza incerta": una breve introduzione

Il principio di precauzione, a conclusione di un lungo processo che parte dal diritto internazionale per giungere fino al diritto dell'Unione europea<sup>1</sup>, ha assunto, specie negli ultimi anni, una particolare rilevanza specie nel diritto dell'ambiente.

Proprio con riferimento al diritto dell'ambiente, la Commissione europea ha avuto occasione di evidenziare, con la Comunicazione COM(2000), come «scopo di tale principio è [quello di] garantire un alto livello di protezione dell'ambiente grazie a delle prese di posizione preventive in caso di rischio».

Tale principio, dunque, legittimerebbe l'adozione di provvedimenti da parte dell'autorità amministrativa, al fine di fronteggiare un rischio

che sembra incombere sull'ambiente e di cui non si conoscono ancora esattamente i "contorni"<sup>2</sup>.

In altre parole, se sulla base di una valutazione scientifica attendibile vi è il rischio, anche solo potenziale, di una lesione dell'ambiente, è legittimata l'adozione, da parte dell'autorità amministrativa di volta in volta competente, di provvedimenti finalizzati ad arginare tale rischio.

Un caso emblematico di applicazione di questo principio riguarda la vicenda della tristemente nota *Xylella fastidiosa*, organismo che aveva colpito un gran numero di uliveti nella regione Puglia. In quella occasione la Corte di Giustizia dell'Unione Europea (Corte giust. UE, sez. I, 09 giugno 2016, n.78) aveva ritenuto valida e rispettosa dei principi di precauzione e di proporzionalità la decisione di esecuzione della Commissione europea che obbligava gli Stati membri a rimuovere, anche senza la previsione di alcun indennizzo, tutte le piante potenzialmente infestate da tale batterio ancorché queste non presentassero ancora sintomi d'infezione, e, dunque, in ultima analisi, soltanto in ragione della loro prossimità a delle piante già infette<sup>3</sup>.

Sebbene il settore dell'ambiente rappresenti la materia in cui il principio di precauzione ha dispiegato in maniera preponderante tutta la sua forza maieutica<sup>4</sup>, la stessa Comunicazione della

<sup>1</sup> O. PORCHIA, *Le politiche dell'Unione europea in materia ambientale*, in R. FERRARA, M.A. SANDULLI (a cura di), *Trattato di diritto dell'ambiente*, Milano, 2014, tomo I, 153 ss.; L. PINESCHI, *I principi del diritto internazionale dell'ambiente: dal divieto di inquinamento transfrontaliero alla tutela dell'ambiente come common concern*, in *Trattato di diritto dell'ambiente*, cit., 93 ss.

<sup>2</sup> Come giustamente messo in luce da F. DE LEONARDIS, *Il principio di precauzione nell'amministrazione di rischio*, Milano, 2005, il principio di precauzione, sviluppatosi nel contesto dell'Unione europea, dispiega la sua azione nel diritto amministrativo italiano anche e soprattutto in forza dell'articolo 1 della legge n. 241/90 il quale impone che l'azione nel suo svolgersi, sia conforme anche ai principi dell'ordinamento comunitario, tra i quali rientra, come sopra visto, quello

di precauzione. Per quanto riguarda più specificatamente il diritto dell'ambiente, il principio di precauzione è espressamente richiamato all'art. 301 d.lgs. 156/2006 (Codice dell'Ambiente) ed è pacificamente ritenuto cogente.

<sup>3</sup> In merito alla vicenda giurisprudenziale della *Xylella fastidiosa* si confronti l'approfondito contributo di M.L. SCHIAVANO, *Xylella fastidiosa e principio di precauzione: lo stato (complesso) dell'arte*, in *Rivista giuridica di urbanistica*, 4, 2018, 540.

<sup>4</sup> Si confronti M. ALLENA, *Il principio di precauzione: tutela anticipata v. legalità-prevedibilità dell'azione amministrativa*, in *Il diritto dell'economia*, 2, 2016, 412, per la quale «appare invece singolare che la vera e propria emersione giuridica del principio, a partire dagli anni Novanta, sia avvenuta in materia ambientale

Commissione europea sopra citata ricorda come esso nella pratica trovi applicazione anche in relazione ad altri settori rilevanti, tra i quali rientra senz'altro la tutela della salute pubblica.

In realtà tale circostanza non è altro che una conferma dell'evoluzione storica di questo principio, il quale non a caso è stato per la prima volta applicato – sebbene in maniera inconsapevole – proprio a tutela di tale fondamentale interesse durante l'epidemia di colera che colpì la città di Londra nel 1854 (*Report dell'Agenzia europea dell'ambiente, Late lessons from early warnings: the precautionary principle 1896-2000*)<sup>5</sup>.

Anzi, è probabile che tale principio sia destinato ad occupare uno spazio sempre più rilevante, che lo porterà – se non lo avesse già portato – ad assumere i connotati di principio generale che guida l'azione delle autorità pubbliche nella c.d. società del rischio<sup>6</sup>, caratterizzata da uno scenario scientifico e tecnologico in continua evoluzione.

D'altro canto, di fronte a quella che sembra esser sempre più una “scienza incerta”, in continuo superamento di sé stessa, specchio della modernità liquida<sup>7</sup> in cui siamo immersi, il principio di precauzione sembra diventare quasi “l'arma” che al decisore pubblico rimane da invocare per fronteggiare situazioni nuove le quali

rappresentino una minaccia vuoi per la salute pubblica, vuoi per altri interessi pubblici rilevanti<sup>8</sup>.

Un esempio di ciò è fornito da quanto si sta verificando, in maniera tanto evidente quanto dolorosa, nell'attuale emergenza sanitaria legata al diffondersi, su scala globale, del tristemente noto Coronavirus (CoViD-19).

La diffusione di un nuovo agente patogeno, di cui non si sono ancora individuate in maniera univoca le modalità di trasmissione, del quale non si conosce né l'esatto periodo di incubazione né il tempo necessario per la guarigione, e, soprattutto, per il quale non è ancora stato individuato un vaccino, ha indotto i governi dei vari Paesi ad adottare provvedimenti via via sempre più restrittivi e stringenti al fine di cercare di ridurre i numeri del contagio.

È evidente come la logica sottostante a tali misure è esattamente quella posta alla base del principio di precauzione: di fronte ad un nemico in parte sconosciuto e inafferrabile, l'unica via rimane quella di adottare i provvedimenti che, di volta in volta, paiono più opportuni al fine di tutelare la salute pubblica. Di fronte a un rischio, potenzialmente molto alto, ma al quale risulta ancora difficile – a causa dei pochi e confusi dati di cui siamo a disposizione – dare contorni più

(v. infra, par. 2), ossia in un settore nel quale, almeno all'inizio, un approccio di tipo cautelare era certamente molto meno scontato, specie se riferito alla protezione dell'ambiente in se stesso e non in funzione della tutela della salute umana».

<sup>5</sup> Sottolinea questa circostanza R. FERRARA, *Il principio di precauzione e il “diritto della scienza incerta”: tra flessibilità e sicurezza*, in *Rivista giuridica urbanistica*, 1, 2020, 15, il quale osserva che, seppur sia ben vero che «è nel contesto del diritto dell'ambiente in senso stretto che il principio di precauzione viene ad assumere la straordinaria, e soprattutto generale, rilevanza che oggi gli viene opportunamente e necessariamente attribuita [...] è comunque, fin dalle prime, e persino inconsapevoli, utilizzazioni del principio, il

campo della sanità pubblica, ossia della sanità come tema e problema di ordine pubblico (interno e internazionale), a rappresentare il terreno elettivo e di “scontro”, ossia il “campo minato” nel quale fasci di interessi e di sensibilità spesso antagonisti si incontrano e si misurano».

<sup>6</sup> U. BECK, *La società del rischio. Verso una seconda modernità*, Roma, 2000.

<sup>7</sup> Z. BAUMAN, *Modernità liquida*, Bari-Roma, 2011.

<sup>8</sup> Cfr. M.C. TALLACCHINI, *Ambiente e diritto della scienza incerta*, in S. GRASSI, M. CECCHETTI, A. ANDRONIO (a cura di), *Ambiente e diritto*, Firenze 1999, 57 ss., 58, la quale evidenzia come sia proprio della società moderna il rivolgersi al diritto per «ammantare di una certezza l'irrisolutezza della scienza».

precisi (si pensi alle incertezze legate alla quantificazione dei numeri dei contagi o all'individuazione del momento preciso in cui dovrebbe realizzarsi il fantomatico "picco"), si dovrebbero adottare, in via precauzionale, decisioni volte a eliminare, o perlomeno a cercare di contenere, le possibilità di contagio.

L'adozione di provvedimenti, sia amministrativi che legislativi, fondati sul principio di precauzione comporta un inevitabile allentamento del principio di legalità dell'azione amministrativa – inteso quest'ultimo come esigenza di certezza del diritto, ossia di necessaria predeterminazione legislativa dei contenuti del potere (legalità sostanziale) –, cui consegue un'inevitabile compromissione della prevedibilità, da parte del cittadino, delle scelte amministrative<sup>9</sup>.

Anche per questo motivo, è necessario che l'applicazione del principio di precauzione sia conforme ai limiti e alle condizioni in primo tempo elaborati dalla giurisprudenza della Corte di Giustizia dell'Unione Europea<sup>10</sup> e successivamente tradotti nella Comunicazione della Commissione prima citata.

In questa sede, dopo aver cercato di individuare i limiti e le condizioni cui soggiace la concreta applicazione del principio di precauzione, ci si proverà a chiedere, per quanto solo succintamente, se i provvedimenti presi dal nostro Governo

siano stati effettivamente ispirati dal principio di precauzione e se abbiano fatto buona applicazione di esso.

## 2. Il principio di precauzione e i suoi limiti

Come noto, nell'applicazione concreta del principio di precauzione le misure di volta in volta da adottare devono essere assunte sulla base di una valutazione del rischio il più possibile esaustiva, fondata su pareri scientifici i quali, per quanto si riferiscano ai soli dati a disposizione, ciò non di meno risultino ispirati ai principi dell'eccellenza, della trasparenza e dell'indipendenza<sup>11</sup>.

Alla luce di una tale analisi del rischio, il decisore politico è chiamato a valutare le varie alternative possibili tenendo in considerazione l'indirizzo dettato dalla Commissione in forza del quale, nell'analisi dei vantaggi derivanti dall'azione o dalla inazione dell'autorità pubblica, «le esigenze collegate alla protezione della salute pubblica dovrebbero vedersi riconoscere un carattere preponderante rispetto alle considerazioni economiche».

Nell'esercizio di quest'ampia discrezionalità devono essere pur sempre rispettati i principi di stretta necessità e di proporzionalità della misura precauzionale che si intende adottare<sup>12</sup>. Inoltre, le misure prese devono essere coerenti

<sup>9</sup> Così M. ALLENA, *op. cit.*, 414.

<sup>10</sup> Si confronti Corte di Giustizia, 23 settembre 2003, C-192/01, *Commissione c. Regno di Danimarca*, par. 52, che ha ritenuto non giustificata una misura del governo danese limitativa della circolazione di un prodotto addizionato con vitamine poiché non era stata dimostrata la probabilità di un «danno reale» derivante dallo stesso.

<sup>11</sup> Si confronti Cons. Stato 27 dicembre 2013 n. 6250, in *Rivista giuridica dell'edilizia*, 106, 2014, con nota di P. LOMBARDI, *Piano regionale di tutela delle acque e infrastrutture necessarie sotto la lente del principio di precauzione*, riconosciuta da parte della dottrina, come un vero e proprio «decalogo di regole per una

corretta applicazione del principio di precauzione», ove si legge che «le attività da porre in essere in via precauzionale presuppongono che la valutazione dei rischi di cui dispongono le autorità riveli indizi specifici i quali, senza escludere l'incertezza scientifica, permettano ragionevolmente di concludere, sulla base dei dati disponibili che risultano maggiormente affidabili e dei risultati più recenti della ricerca internazionale, che l'attribuzione di tali misure è necessaria al fine di evitare pregiudizi all'ambiente o alla salute».

<sup>12</sup> M. ANTONIOLI, *Precauzionalità, gestione del rischio e azione amministrativa*, in *Rivista italiana di diritto pubblico comunitario*, 2007, 58.

con quelle già adottate in situazioni analoghe e non devono risultare discriminatorie.

Infine, le misure di volta in volta assunte devono altresì risultare rispondenti all'evolversi della conoscenza scientifica del fenomeno che si intende arginare, sottoponendole, a tal fine, ad un monitoraggio continuo.

Dalla apposizione di tali limiti si evince il tentativo di dare forma giuridica ad un principio per sua natura e per suo scopo poco incline a farsi imbrigliare entro regole prefissate, per ricondurre l'applicazione all'interno delle regole proprie di uno Stato costituzionale di diritto.

### 3. I provvedimenti del Governo italiano alla luce del principio di precauzione

Il primo provvedimento adottati dal nostro Governo per la gestione del rischio sanitario legato all'espandersi del contagio da Coronavirus consiste nella delibera del Consiglio dei Ministri del 31 gennaio 2020 con cui veniva «dichiarato [...] lo stato di emergenza in conseguenza del rischio sanitario connesso all'insorgenza di patologie derivanti da agenti virali trasmissibili», collocabile nel quadro normativo delineato dal d. lgs., 2 gennaio 2018, n. 1, recante il Codice della protezione civile.

Di fronte al precipitoso aumento del numero dei contagiati, con l'esplosione dei focolai nel lodigiano e nella provincia di Padova, tale sistema sembrava però eccessivamente farraginoso e poco efficace, cosicché esso è stato sostituito da un altro meccanismo emergenziale, previsto quest'ultimo dall'art. 32 della legge n. 833/1978, il quale attribuisce al Ministro della sanità il potere di emettere ordinanze di carattere contingibile e urgente in materia di igiene e sanità pubblica, con efficacia estesa all'intero territorio

nazionale ovvero ad una parte di esso, comprendente più regioni; lo stesso potere è altresì attribuito al Presidente della giunta regionale e ai sindaci con efficacia limitata ai rispettivi territori di competenza.

Dopo due soli giorni dall'adozione di queste misure il Governo ha ritenuto necessaria l'adozione del d.l., 23 febbraio 2020, n. 6, recante *Misure urgenti in materia di contenimento e gestione dell'emergenza epidemiologica da COVID-19*, optando dunque per una terza via, non direttamente riconducibile né alla normativa contenuta nel Codice della protezione civile, né a quella in materia di emergenze sanitarie<sup>13</sup>

Il decreto legge da ultimo citato, da un lato, ha ripreso le misure di cui alle due ordinanze del Ministro della salute del 21 febbraio 2020 (art.1, comma 2), mentre, dall'altro, ha abilitato le autorità competenti ad adottare «ogni misura di contenimento e gestione adeguata e proporzionata all'evolversi della situazione epidemiologica» (art. 1, comma 1), tra cui rientrano non solo quelle specificatamente individuate nell'articolo medesimo, ma anche «tutte le misure ulteriori di contenimento e gestione dell'emergenza, al fine di prevenire la diffusione dell'epidemia da COVID-19» (art. 2).

Con la chiara intenzione di accentrare a livello centrale il potere decisionale, si stabilisce che tali misure vengano adottate «con uno o più decreti del Presidente del Consiglio dei ministri, su proposta del Ministro della salute, sentito il Ministro dell'interno, il Ministro della difesa, il Ministro dell'economia e delle finanze e gli altri Ministri competenti per materia», nonché i Presidenti delle Regioni coinvolte ovvero il Presidente della Conferenza dei Presidenti di Regione se la misura coinvolge l'intero territorio nazionale.

<sup>13</sup> Così M. CAVINO, *Covid-19. Una prima lettura dei provvedimenti adottati dal Governo*, in *Federalismi.it*, 2020 (ultima consultazione 26.4.2020).

A partire da quel momento sono stati adottati ben nove D.P.C.M. – rispettivamente in data 23 febbraio, 25 febbraio, 1 marzo, 4 marzo, 8 marzo, 9 marzo, 11 marzo, 22 marzo, 10 aprile – che hanno reso sempre più severe le misure di contenimento dell'epidemia, estendendole senza distinzioni all'intero territorio nazionale.

Passando ora ad analizzare le misure adottate con la lente del principio di precauzione, la prima considerazione che emerge è che, in realtà, i provvedimenti delle nostre autorità politiche siano arrivati quando ormai il rischio dell'epidemia si era già trasformato in una vera e propria emergenza sanitaria. Ciò è reso palese dallo stesso linguaggio impiegato dal legislatore che, nella delibera del 30 gennaio 2020 si riferisce al "rischio" sanitario, mentre già nel decreto-legge del 23 febbraio parla di "emergenza" sanitaria.

Il ritardo da parte del Governo nell'adozione dei provvedimenti volti a contenere il diffondersi dell'epidemia, in spregio proprio del principio di precauzione che avrebbe dovuto guidare il decisore pubblico in questa difficile situazione, è stato peraltro sottolineato anche da autorevoli scienziati tra cui il Professor Burioni, Ordinario di Microbiologia e Virologia presso l'Università Vita-Salute San Raffaele di Milano, e il Professor Crisanti, Ordinario di Epidemiologia e Virologia dell'Azienda Ospedaliera dell'Università di Padova, i quali, pur elogiando le coraggiose misure messe in campo dal Governo per affrontare l'emergenza sanitaria in corso, ne hanno riscontrato la mancata tempestività.

Secondo l'opinione di tali due scienziati, di fronte allo scoppio dell'epidemia di Coronavirus nella provincia di Wuhan (Cina), il nostro Governo avrebbe dovuto assumere fin da principio misure restrittive della libertà di circolazione in entrata nel nostro Paese, effettuando maggiori controlli per prevenire l'arrivo del contagio. Ancora, si dice che le misure draconiane adottate solo con

gli ultimi decreti si sarebbero dovute prendere prima dell'esplosione incontrollato dei contagi cui si è assistito negli ultimi giorni.

Tuttavia, come evidenziato più sopra, l'adozione di misure sulla base del principio di precauzione deve essere in primo luogo proporzionata al rischio, così come esso è conosciuto, che si intende arginare: nell'attuale emergenza sanitaria, il rischio legato al diffondersi dell'epidemia nel nostro Paese sembrava ancora lontano e non appariva in grado di legittimare la scelta di prendere provvedimenti così fortemente restrittivi, i quali, peraltro, in mancanza della reale percezione del rischio, sarebbero stati sistematicamente elusi da parte della popolazione.

Se questo ragionamento è senz'altro valido con riguardo all'adozione di provvedimenti limitativi dei nostri diritti costituzionali, ci si chiede se non potessero venir prese altre misure precauzionali da parte delle autorità competenti per affrontare la possibile esplosione di un'epidemia su scala nazionale. Si sarebbe potuto, ad esempio, riorganizzare le varie strutture sanitarie, assegnando alcune strutture alla cura esclusiva del CoViD-19? Si sarebbero potuti aumentare, in via precauzionale – e non invece in via soltanto emergenziale, come poi avvenuto – i posti in terapia intensiva nei nostri ospedali?

La risposta non è certamente semplice, dal momento che la riorganizzazione delle strutture ospedaliere avrebbe richiesto un notevole sforzo logistico e di spesa, con contestuale sacrificio delle prestazioni di cura quotidianamente offerte nei nostri ospedali.

In ogni caso, il dato evidente è che le dovute misure di contenimento del contagio sono state applicate dal nostro Governo solo quando il rischio non si presentava più soltanto come potenziale, ma era diventato tremendamente reale. In questo senso, allora, nel tentativo di fornire una sia pur concisa risposta all'interrogativo più sopra

formulato si può ritenere che il nostro Governo non ha fatto buon uso del principio di precauzione nella gestione del rischio legato alla diffusione del Coronavirus: la presenza di un rischio grave per la salute pubblica avrebbe invece richiesto il tempestivo dispiegamento di misure contenitive al fine di garantire la miglior protezione possibile. Il fatto che il rischio non sia stato fin da subito percepito come tale, perché “confinato” nella lontana Cina risulta difficilmente giustificabile, poiché non tiene conto del contesto ormai globale nel quale da tempo tutti viviamo e quindi della possibilità – poi concretamente avveratasi – di uno sviluppo su scala mondiale del contagio.

Lo stesso errore di sottovalutazione, o comunque di non adeguata gestione del rischio sanitario, è stato compiuto anche dagli altri Paesi europei, i quali nonostante la dolorosa testimonianza di quello che stava accadendo nella vicina Italia, e non più solo nella lontana Cina, hanno agito solo quando la situazione aveva già assunto, anche nel loro territorio, i connotati dell'emergenza.

Una volta entrati nell'emergenza, il principio di precauzione è stato nuovamente chiamato in causa, ma, questa volta, in maniera corretta: di fronte ad un rischio drammaticamente presente, ma comunque non ancora ben definito nei suoi contorni, per tutti i profili di incertezza che ancora riguardano questo nuovo agente patogeno, sono state messe in campo le misure di

contenimento più drastiche possibili al fine di garantire il massimo livello di protezione dell'interesse alla salute pubblica, con un terribile quanto inevitabile sacrificio di altri interessi, primo fra tutti quello economico.

Seguendo l'andamento dei contagi, che sta registrando in Italia una lenta ma costante flessione, il Governo sta pian piano allentando le misure prese che comprimono fortemente diverse libertà costituzionalmente tutelate – tra cui la libertà personale, di circolazione, di riunione, di culto, la libera iniziativa economica e l'adempimento del proprio diritto allo studio.

Anche in questa azione si può notare un'adesione al principio di precauzione che impone un continuo monitoraggio delle misure adottate, le quali devono adeguarsi alla situazione di rischio che intendono combattere. Ancora, entrando nel merito delle misure disposte con il D.P.C.M. 26 aprile 2020, che sancisce per il 4 maggio il passaggio alla c.d. “fase due” di convivenza con il virus, si vede come la ripartenza delle attività economiche è stata predisposta in modo cauto e prudente, proprio per garantire il minor rischio possibile per la salute pubblica. Ciò perché, come sopra riportato, nel delicato bilanciamento degli interessi guidato dal principio di precauzione, «le esigenze collegate alla protezione della salute pubblica dovrebbero vedersi riconoscere un carattere preponderante rispetto alle considerazioni economiche».

(30 aprile 2020)