

Dall'emergenza al rischio nel diritto pubblico comparato: un'introduzione

di Marta Simoncini e Giuseppe Martinico*

Abstract: From emergency to risk in comparative public law: an introduction –This article offers a reflection on the transition from the paradigm of emergency to that of risk regulation in public law. After recalling the terms of the question (with the distinction between exception and emergency), the contribution stresses the advantages that the perspective of risk presents in order to ensure rational management of persistent threats. These considerations are particularly relevant in the light of the pandemic situation.

Keywords: Emergency; Risk; Administrative law; Constitutional law; Pandemic.

1. Introduzione

Gli eventi non ordinari di portata catastrofica mettono gli ordinamenti giuridici alla prova, testando la loro capacità non soltanto di resistere alla minaccia incombente, ma anche di reagire e riprendersi dalla stessa. L'attuale pandemia ne è certamente il più vivido esempio.

Il diritto pubblico ha tradizionalmente affrontato tali eventi attraverso l'esercizio di poteri straordinari di emergenza atti a mobilitare tutte le risorse disponibili per fare fronte al pericolo imminente e ripristinare l'ordine e il normale funzionamento dell'ordinamento. A questa scelta è tendenzialmente corrisposta una spesso minima disciplina costituzionale delle circostanze in cui ricorrere legittimamente a detti poteri e, più in generale, una scarsa caratterizzazione giuridica dei poteri emergenziali.

A differenza del diritto privato, in cui esiste lo strumento dell'assicurazione per tutelarsi contro eventuali danni derivanti dalla realizzazione del rischio previsto¹, il diritto pubblico ha affidato la definizione

* Questo articolo è il frutto del lavoro congiunto degli autori. Tuttavia, Giuseppe Martinico ha redatto i paragrafi 2 e 3, mentre Marta Simoncini ha redatto i paragrafi 1, 4, 5, 6. Il paragrafo 7 è prodotto di una riflessione comune. Desideriamo ringraziare Giacomo Delledonne, Matteo Monti, Leonardo Pierdominici e i revisori anonimi per i loro commenti.

¹ Sull'utilizzo dello strumento dell'assicurazione nel governo dei rischi si vedano F. Busnelli, G. Comandé (a cura di), *L'assicurazione tra codice civile e nuove esigenze. Per un approccio*

delle situazioni pericolose per l'ordinamento e degli strumenti per farvi fronte all'interpretazione e al buon senso delle istituzioni vigenti. Soltanto di recente il diritto pubblico ha iniziato ad affiancare alla previsione di poteri emergenziali i diversi strumenti di regolazione del rischio con l'obiettivo di mitigare gli effetti avversi².

L'obiettivo di questo articolo è esaminare i benefici che il passaggio dal paradigma emergenziale a quello della regolazione del rischio genera in presenza di eventi di portata catastrofica destinati a durare nel tempo, come, ad esempio, l'attuale pandemia.

Per analizzare come gli strumenti del diritto pubblico possano essere reindirizzati dalla gestione emergenziale alla gestione del rischio, è necessario ricostruire i caratteri dei due paradigmi attraverso la duplice e complementare prospettiva offerta dal diritto costituzionale e dal diritto amministrativo. Se infatti il diritto costituzionale rappresenta la cornice entro la quale i fenomeni di portata catastrofica devono essere affrontati – pena la rivoluzione dell'ordinamento – è entro questo quadro che il diritto amministrativo è chiamato a fornire gli strumenti di gestione che possano contribuire a superare la situazione avversa. Si ritiene, infatti, che soltanto attraverso la duplice lente costituzionale ed amministrativistica si possano comprendere appieno le potenzialità ed i limiti intrinseci di entrambi i paradigmi. L'analisi intende offrire un quadro metodologico degli strumenti attualmente disponibili per affrontare eventi di portata straordinaria. Si analizzeranno pertanto i caratteri essenziali sia dei poteri di emergenza che della regolazione del rischio, mettendone in evidenza l'impatto in queste aree del diritto pubblico.

Dopo aver ricostruito la nozione di emergenza nel diritto pubblico comparato (2) e la recente rilevanza del concetto di rischio nei sistemi costituzionali (3), l'articolo esamina il paradigma dell'emergenza (4) e quello del rischio (5) nel diritto amministrativo. In particolare, vengono messe in evidenza la continuità e la complementarità dei due paradigmi per una razionale comprensione e gestione delle minacce attuali e future (6). Attraverso questa ricostruzione metodologica, sarà possibile comprendere fino a che punto il diritto possa equipaggiarsi per rispondere in maniera

precauzionale al governo dei rischi, Milano, 2009; G. Comandé (a cura di), *Gli strumenti della precauzione: nuovi rischi, assicurazione e responsabilità*, Milano, 2006.

² Ci si riferisce qui a strumenti di regolamentazione diversi dall'applicazione di regimi di responsabilità in funzione rimediabile, su cui si vedano in particolare P. Trimarchi, *Rischio e responsabilità oggettiva*, Milano, 1961; J. Rivero, *Droit administratif*, Parigi, 1975, 279; J. Moreau, *La responsabilité administrative*, Parigi, 1996, 99; A. Lazari, *Modelli e paradigmi della responsabilità dello Stato*, Torino, 2005, 149-151. Per un'estensione dei moduli assicurativi alla gestione dei rischi catastrofici si veda R.A. Posner, *Catastrophe. Risk and Response*, New York, 2004. Sulle difficoltà dell'utilizzo dello strumento assicurativo nella gestione dei rischi catastrofici si veda A. Fioritto, M. Simoncini, *If and When. Towards Standard-based Regulation in the Reduction of Catastrophic Risks*, in A. Alemanno (ed.), *Governing Disasters. The Challenges of Emergency Risk Regulation*, Cheltenham, 2011, 115.

sostenibile a quelle sfide che, di fatto, si propongono e rischiano di minare la stabilità degli ordinamenti costituiti (7).

2. L'emergenza nel diritto pubblico comparato: cenni

Il dibattito sulle misure giuridiche contro la pandemia sta riproponendo una confusione concettuale che deve essere superata, quella fra emergenza ed eccezione³.

Si tratta di una questione molto importante che si ripropone ciclicamente nella teoria costituzionale, riconducendoci alla nota dicotomia fra teorie moniste e dualiste dell'emergenza⁴ e al dibattito sulla natura dei poteri di emergenza (poteri *extra-ordinem* o *intra ordinem*?).

Se, per Schmitt, “non si può affermare con chiarezza incontrovertibile quando sussista un caso di emergenza, né si può descrivere dal punto di vista del contenuto che cosa possa accadere quando realmente si tratta del caso estremo di emergenza e del suo superamento”⁵ per Friedrich, invece, “there is no object in arguing against such emergency powers on the ground that they endanger the constitutional morale, and hence the maintenance of the constitutional order”⁶. La distinzione fra emergenza ed eccezione appartiene quindi alla teoria costituzionale classica, ma viene spesso dimenticata:

“Hay una diferencia entre el estado de excepción y los poderes de emergencia que encontramos en casi todas las constituciones. Los poderes de emergencia son poderes que están definidos en las constituciones y que el Ejecutivo puede ejercer en circunstancias que están predeterminadas en el texto constitucional. El estado de excepción, por otra parte, parece ser algo completamente diferente. De acuerdo con Schmitt, el estado de excepción se basa en la necesidad de proteger a la constitución en contra de un ataque desde afuera o en contra de ataques desde adentro, esto es en contra de los enemigos internos o externos. De acuerdo con Schmitt, el estado de excepción se basa en la necesidad y esto significa que la excepción se opone radicalmente a la norma, pues *necessitas non habet legem*”⁷.

L'eccezione, quindi, è uno spazio dove non c'è diritto. L'eccezione si riferisce a un vuoto giuridico, ovvero, nelle parole di Agamben, “lo stato di eccezione non si definisce [...] come una pienezza dei poteri, uno stato pleromatico del diritto, ma come uno stato kenomatico, un vuoto e un arresto

³A. Jakab, *German Constitutional Law and Doctrine on State of Emergency - Paradigms and Dilemmas of a Traditional (Continental) Discourse*, in *German Law Journal*, 2005, 453.

⁴G. De Minico, *Costituzione. Emergenza e terrorismo*, Napoli, 2016.

⁵C. Schmitt, *Teologia politica*, in C. Schmitt, *Le categorie del "politico"*, Bologna, 1972 (1922), 34.

⁶C. Friedrich, *Constitutional government and democracy: Theory and practice in Europe and America*, Waltham, 1968, 595-596.

⁷F. S. Benavides, *Excepción, decisión y derecho en Carl Schmitt*, 2006. www.scielo.org.mx/scielo.php?script=sci_arttext&pid=S0187-57952006000300007.

del diritto”⁸. Questa distinzione non corrisponde esattamente al linguaggio usato da alcune costituzioni, come quello della Costituzione spagnola e del suo articolo 116 (*infra*).

Non è un caso che in Italia, rispondendo alle polemiche relative alla costituzionalità delle misure approvate dal governo di Giuseppe Conte, l'ex presidente della Corte costituzionale Gaetano Silvestri sia stato costretto a rammentare la distinzione tra emergenza ed eccezione, sottolineando l'importanza del diritto, e in particolare del diritto costituzionale, anche in situazioni di emergenza:

“Lo stato di eccezione schmittiano — di questi tempi spesso evocato — presuppone invece uno spazio vuoto, deregolato e riempito dalla volontà del sovrano, inteso come potere pubblico liberato da ogni vincolo giuridico e capace di trasformare istantaneamente la propria forza in diritto. Tutto ciò non è ipotizzabile nell'Italia repubblicana e democratica, mentre sarebbe ben possibile sul piano dell'effettività storica se, anche sulla base di equivoci non chiariti, si accedesse all'idea di un salto extra-sistematico verso un ordinamento giuridico-costituzionale opposto a quello vigente e paradossalmente introdotto da quest'ultimo. Sembra che molti non si avvedano di evocare scenari di questo tipo”⁹.

Proprio per evitare che il dibattito sull'emergenza cada nell'eccezione intesa à la Schmitt, è necessario integrare gli strumenti che il diritto costituzionale comparato ha sviluppato nel corso degli anni in relazione ai poteri di emergenza e valorizzare i suggerimenti che provengono dal paradigma del rischio.

Qualche anno fa Bin paragonava le leggi sull'emergenza a “uno *shock* per l'ordinamento giuridico, come un sasso lanciato in una rete elastica, lo deformato, ma non lo sfondano. La rete tende ad assorbire il colpo e a riprendere la forma originale”¹⁰. Perché la rete torni alla sua forma originaria, tuttavia, è necessario che il diritto chiarisca la natura temporanea dei poteri emergenziali, senno la parentesi aperta potrebbe non chiudersi mai e, di fatto, l'emergenza potrebbe finire per alterare in maniera stabile i contorni dell'ordinamento.

In effetti, gli studiosi di diritto pubblico comparato concepiscono le emergenze come una fonte potenziale di cambiamento costituzionale, o addirittura come fattore di rivoluzioni giuridiche (in senso tecnico, definibili come rotture della catena di validità à la Kelsen¹¹), a causa dei possibili abusi perpetrati e dovuti alla centralizzazione del potere a favore dell'esecutivo.

⁸ G. Agamben, *Stato di eccezione*, Torino, 2003, 63.

⁹ G. Silvestri, *COVID-19 e Costituzione*, 2020, www.unicost.eu/covid-19-e-costituzione.

¹⁰ R. Bin, *Democrazia e terrorismo*, 2006, www.robertobin.it/ARTICOLI/Democrazia_terrorismo.pdf.

¹¹ H. Kelsen, *General Theory of Law and State*, New York, 1945, 115-122; H. Kelsen, *The Pure Theory of Law*, Berkeley and Los Angeles, 1970, 208 ss.

Ecco perché, come ha ricordato la Commissione di Venezia, “*de facto state of emergency should be avoided, and emergency rule should be officially declared*”¹².

Nel tentativo di inquadrare il tema, infatti, bisogna tenere presente che il costituzionalismo del secondo dopoguerra e la sua apertura costituzionale alla comunità internazionale hanno aggiunto un altro livello di complessità. Indipendentemente da ciò che dicono le costituzioni nazionali sui poteri di emergenza, l'esistenza di carte macroregionali dei diritti umani come la Convenzione europea dei diritti dell'uomo (CEDU) o la Convenzione americana dei diritti dell'uomo (CIDU) rappresenta un pezzo fondamentale del quadro normativo, contribuendo a domare l'impatto sovversivo delle emergenze sulla protezione dei diritti fondamentali e la separazione dei poteri. In questo modo, gli strumenti internazionali proteggono alcuni beni considerati fondamentali sia a livello nazionale che internazionale.

È il caso dell'articolo 15(2) della CEDU¹³ o dell'articolo 27 della CIDU¹⁴ che riflettono la necessità di garantire alcuni diritti fondamentali

¹² European Commission for Democracy through Law, *Emergency Powers*, CDL-STD(1995)012, 1995, [www.venice.coe.int/webforms/documents/default.aspx?pdffile=CDL-STD\(1995\)012-e](http://www.venice.coe.int/webforms/documents/default.aspx?pdffile=CDL-STD(1995)012-e).

¹³ Art. 15 CEDU: “1. In caso di guerra o in caso di altro pericolo pubblico che minacci la vita della nazione, ogni Alta Parte contraente può adottare delle misure in deroga agli obblighi previsti dalla presente Convenzione, nella stretta misura in cui la situazione lo richieda e a condizione che tali misure non siano in conflitto con gli altri obblighi derivanti dal diritto internazionale.

2. La disposizione precedente non autorizza alcuna deroga all'articolo 2, salvo il caso di decesso causato da legittimi atti di guerra, e agli articoli 3, 4 § 1 e 7.

3. Ogni Alta Parte contraente che eserciti tale diritto di deroga tiene informato nel modo più completo il Segretario generale del Consiglio d'Europa sulle misure prese e sui motivi che le hanno determinate. Deve ugualmente informare il Segretario generale del Consiglio d'Europa della data in cui queste misure cessano d'essere in vigore e in cui le disposizioni della Convenzione riacquistano piena applicazione.”

¹⁴ Art. 27 CIDU: “1. En caso de guerra, de peligro público o de otra emergencia que amenace la independencia o seguridad del Estado Parte, éste podrá adoptar disposiciones que, en la medida y por el tiempo estrictamente limitados a las exigencias de la situación, suspendan las obligaciones contraídas en virtud de esta Convención, siempre que tales disposiciones no sean incompatibles con las demás obligaciones que les impone el derecho internacional y no entrañen discriminación alguna fundada en motivos de raza, color, sexo, idioma, religión u origen social.

2. La disposición precedente no autoriza la suspensión de los derechos determinados en los siguientes artículos: 3 (Derecho al Reconocimiento de la Personalidad Jurídica); 4 (Derecho a la Vida); 5 (Derecho a la Integridad Personal); 6 (Prohibición de la Esclavitud y Servidumbre); 9) Principio de Legalidad y de Retroactividad); 12 (Libertad de Conciencia y de Religión); 17 (Protección a la Familia); 18 (Derecho al Nombre); 19 (Derechos del Niño); 20) Derecho a la Nacionalidad); 23 (Derechos Políticos), ni de las garantías judiciales indispensables para la protección de tales derechos.

3. Todo Estado Parte que haga uso del derecho de suspensión deberá informar inmediatamente a los demás Estados Partes en la presente Convención, por conducto del Secretario General de la Organización de los Estados Americanos, de las disposiciones cuya

anche in tempi di emergenza¹⁵: e ciò conferma che le organizzazioni internazionali contribuiscono a razionalizzare il potere politico, partecipando alla funzione storica del costituzionalismo.

Un'altra strategia molto diffusa nel diritto costituzionale comparato è quella del silenzio. Le omissioni, come spiegava Foley, "are important, therefore, because of their capacity to deter the formation of conflicting positions in just those areas where the potential for conflict is most acute"¹⁶. Riflessioni simili si possono trovare con riferimento alla costituzionalizzazione dei poteri di emergenza: non a caso, anche per esorcizzare i fantasmi evocati da Weimar¹⁷, i costituenti italiani decisero di non menzionare il termine emergenza e di non prevedere altri stati "straordinari", a parte lo stato di guerra. Questo ci riconduce alle note riflessioni fatte dalla dottrina sul ruolo della paura nella genesi delle costituzioni. Qualche anno fa, in un notissimo saggio - e già prima in alcune conferenze al *Collège de France* - Elster rifletteva sul ruolo della paura e della violenza nelle fasi costituenti, partendo dalla considerazione per cui "contrary to a traditional view, constitutions are rarely written in calm and reflective moments. Rather, because they tend to be written in period of social unrest, constituent moments induce strong emotions and, frequently, violence"¹⁸. Nel saggio citato l'Autore si soffermava sui casi delle rivoluzioni americana e francese, ma sono riflessioni che si legano molto bene a un fenomeno altrettanto noto che ha portato alle c.d. costituzioni "nate dalla

aplicación haya suspendido, de los motivos que hayan suscitado la suspensión y de la fecha en que haya dado por terminada tal suspensión".

¹⁵ Sull'importanza del diritto internazionale in questo particolare caso si veda: E. Sommaro, *Stati d'emergenza e trattati a tutela dei diritti umani*, Torino, 2018, 25 ss.

¹⁶ M. Foley, *The Silence of Constitutions: Gaps, 'abeyances' and Political Temperament in the Maintenance of Government*, Abingdon, 2011, XI.

¹⁷ Art. 48 Costituzione di Weimar "Il presidente può prendere le misure necessarie al ristabilimento dell'ordine e della sicurezza pubblica, quando essi siano turbati o minacciati in modo rilevante, e, se necessario, intervenire con la forza armata. A tale scopo può sospendere in tutto o in parte la efficacia dei diritti fondamentali stabiliti dagli art. 114, 115, 117, 118, 123, 124 e 153". Di tutte le misure prese ai sensi dei precedenti commi il Presidente deve senza indugio dare notizia al Reichstag. Le misure stesse devono essere revocate se il Reichstag lo richieda".

¹⁸ J. Elster, *Constitution-making and violence*, in *Journal of Legal Analysis*, 2012, 7 ss., 7. Sulla scia delle considerazioni di Elster Choudhry aggiungeva che: «Theorists who explain and justify constitutional practice through historical examples deploy an account of a pristine past. Bruce Ackerman's theory of "constitutional moments," which is a leading account of the phenomenology of extra-legal constitutional change in the United States, is an illuminating illustration... we should revisit Ackerman's historical account. Ackerman claims that the Civil War amendments were produced through this special, and peaceful, constitutional process. But entirely absent from his analysis is that these amendments were adopted in the immediate aftermath of what remains the bloodiest war in American history» Choudhry, *Civil War, Ceasefire, Constitution: Some Preliminary Notes*, in *Cardozo Law Review*, 2012, 1907 ss., 1908.

Resistenza”, per dirla con Mortati¹⁹, così ricche di disposizioni volte a esorcizzare la paura del passato:

“Indubbiamente tale ricordo [quello di Weimar] è stato determinante nel coagulare all’interno dell’Assemblea costituente una maggioranza contraria, ad esempio, a regolamentare lo stato di allarme. Basta ricordare come nel corso dei lavori della Prima Sottocommissione una proposta normativa che – ispirandosi all’art. 19 della coeva Costituzione francese – prevedeva che i diritti assicurati in Costituzione possano essere sospesi con i limiti e le garanzie offerte dalla legge per un periodo di tempo limitato ‘quando la Repubblica è proclamata in pericolo’ fu decisamente contrastata, proprio evidenziandone la pericolosità alla luce dei precedenti storici”²⁰.

Ciononostante, alcuni recenti studi²¹ suggeriscono che l’ambiguità e il silenzio su questioni come i poteri di emergenza o la secessione a volte potrebbero finire per intaccare la sostenibilità del sistema costituzionale.

Ovviamente il silenzio del testo costituzionale non esclude totalmente la possibilità di leggere l’emergenza per “principi”, volgendo lo sguardo ad atti aventi forza di legge, come i decreti-legge o decreti legislativi delegati²².

Del resto, anche la previsione di specifici poteri e disposizioni attivabili in situazioni straordinarie presenta degli svantaggi non da poco, potendo questi ultimi essere oggetto di abuso da parte, specialmente, dell’esecutivo (la solita esperienza weimariana e, più recentemente, quelle latino-americana²³ e turca²⁴ sono emblematiche). Tuttavia, vale la pena di chiedersi se sia davvero illusorio pensare di definire e addomesticare il concetto e i poteri di emergenza.

Il diritto comparato conferma una grande varietà di opzioni a proposito del rapporto tra costituzione ed emergenza²⁵, fra le tante possibili classificazioni si può richiamare quella di Ferejohn e Pasquino, che dopo aver distinto fra modelli legislativi (che gestiscono “emergencies by enacting ordinary statutes that delegate special and temporary powers to the

¹⁹ C. Mortati, *Lezioni sulle forme di governo*, Padova, 1973, 222.

²⁰ G. Rolla, *Profili costituzionali dell’emergenza*, in *Rivista AIC*, 2015, 1 ss, 10.

²¹ T. Ginsburg- M. Versteeg, *From Catalonia to California: Secession in Constitutional Law*, in *Alabama Law Review*, 2019, 923 ss.

²² Decreto legislativo num. 1/2018, Codice della protezione civile, 2 gennaio 2018.

²³ I. Spigno, *Emergenza sanitaria vs. emergenza costituzionale in America latina: una prospettiva comparata*, in *DPCE Online*, 2020, 2217 ss.

²⁴ A. Yildiz, *Turkey’s Recent Emergency Rule (2016-2018) and its Legality Under the European Convention on Human Rights and the International Covenant on Civil and Political Rights*, 2020. papers.ssrn.com/sol3/papers.cfm?abstract_id=3567095.

²⁵ G. Delledonne, *History and Concepts of Emergency*, in *Max Planck Encyclopedia of Comparative Constitutional Law*. 2016, oxcon.oup.com/view/10.1093/law-mpeccol/law-mpeccol-e390?rskey=5vGZXo&result=71&prd=MPECCOL; C. Bjørnskov, S. Voigt, *The architecture of emergency constitutions*, in *International Journal of Constitutional Law*, 2018, 101 ss; E. Bulmer, *Emergency Powers*, 2018, constitutionnet.org/sites/default/files/2018-05/Emergency-powers-primer.pdf.

executive”²⁶) e modelli costituzionali, identificavano fra questi ultimi due possibili varianti, quello monista e quello dualista. Nelle loro parole:

“A monistic system that insists that the normative ordering remains invariant at all times, and a dualistic system that, essentially, creates two separate constitutional normative orders, each operating in its own circumstance. For a monistic system, emergencies are dealt with from within the normative order. For a dualist system, there is a regulator that switches between the two orders”²⁷.

Per altri testi costituzionali il silenzio in questo ambito non è un’opzione, anche a costo di limitarsi a una generica nozione di emergenza, legata ad esempio alle catastrofi naturali²⁸. Le Costituzioni di Spagna e Francia, per citare alcuni casi, tipizzano invece diversi gradi di emergenza, con un progressivo coinvolgimento delle assemblee parlamentari (o almeno di una delle due camere in modelli bicamerali) nell’attivazione o nella proroga dei diversi stati di emergenza. Un esempio molto eloquente di questo approccio si trova nella Costituzione spagnola all’articolo 116, dove si identificano tre tipi di emergenza: lo stato di allarme, lo stato di eccezione e lo stato di assedio²⁹. In questi casi, la Costituzione fornisce un quadro

²⁶ J. Ferejohn, P. Pasquino *The law of the exception: A typology of emergency powers*, in *International Journal of Constitutional Law*, 2004, 210 ss., 217.

²⁷ *Ibidem*, 221.

²⁸ European Commission for Democracy through Law, *Emergency Powers*, CDL-STD(1995)012, 1995, [www.venice.coe.int/webforms/documents/default.aspx?pdffile=CDL-STD\(1995\)012-e](http://www.venice.coe.int/webforms/documents/default.aspx?pdffile=CDL-STD(1995)012-e).

²⁹ Art.116, Costituzione spagnola: “1. Una ley orgánica regulará los estados de alarma, de excepción y de sitio, y las competencias y limitaciones correspondientes.

2. El estado de alarma será declarado por el Gobierno mediante decreto acordado en Consejo de Ministros por un plazo máximo de quince días, dando cuenta al Congreso de los Diputados, reunido inmediatamente al efecto y sin cuya autorización no podrá ser prorrogado dicho plazo. El decreto determinará el ámbito territorial a que se extienden los efectos de la declaración.

3. El estado de excepción será declarado por el Gobierno mediante decreto acordado en Consejo de Ministros, previa autorización del Congreso de los Diputados. La autorización y proclamación del estado de excepción deberá determinar expresamente los efectos del mismo, el ámbito territorial a que se extiende y su duración, que no podrá exceder de treinta días, prorrogables por otro plazo igual, con los mismos requisitos.

4. El estado de sitio será declarado por la mayoría absoluta del Congreso de los Diputados, a propuesta exclusiva del Gobierno. El Congreso determinará su ámbito territorial, duración y condiciones.

5. No podrá procederse a la disolución del Congreso mientras estén declarados algunos de los estados comprendidos en el presente artículo, quedando automáticamente convocadas las Cámaras si no estuvieren en período de sesiones. Su funcionamiento, así como el de los demás poderes constitucionales del Estado, no podrán interrumpirse durante la vigencia de estos estados.

Disuelto el Congreso o expirado su mandato, si se produjere alguna de las situaciones que dan lugar a cualquiera de dichos estados, las competencias del Congreso serán asumidas por su Diputación Permanente.

costituzionale completo che deve essere attuato da una legge organica. Questi tre stati di emergenza riconoscono un ruolo diverso al Congresso dei deputati: nello stato di allarme, il suo coinvolgimento è successivo alla dichiarazione del governo; nello stato di eccezione, è richiesta l'autorizzazione preventiva del Congresso dei deputati; e, nello stato di assedio, l'applicazione della legge marziale è approvata dal Congresso a maggioranza assoluta. Questi tre tipi di emergenza differiscono anche in termini di impatto sui diritti fondamentali³⁰. Il caso francese, accanto ai “pouvoirs exceptionnels” dell'art. 16 della Costituzione³¹ e allo stato di assedio disciplinato dall'art. 36³², ha però avuto il suo “vero” baricentro operativo – almeno finora – nella vecchia legge del 1955 sullo stato

6. La declaración de los estados de alarma, de excepción y de sitio no modificarán el principio de responsabilidad del Gobierno y de sus agentes reconocidos en la Constitución y en las leyes.”.

³⁰ Art. 55, Costituzione spagnola: “1. Los derechos reconocidos en los artículos 17, 18, apartados 2 y 3, artículos 19, 20, apartados 1, a) y d), y 5, artículos 21, 28, apartado 2, y artículo 37, apartado 2, podrán ser suspendidos cuando se acuerde la declaración del estado de excepción o de sitio en los términos previstos en la Constitución. Se exceptúa de lo establecido anteriormente el apartado 3 del artículo 17 para el supuesto de declaración de estado de excepción.

2. Una ley orgánica podrá determinar la forma y los casos en los que, de forma individual y con la necesaria intervención judicial y el adecuado control parlamentario, los derechos reconocidos en los artículos 17, apartado 2, y 18, apartados 2 y 3, pueden ser suspendidos para personas determinadas, en relación con las investigaciones correspondientes a la actuación de bandas armadas o elementos terroristas.

La utilización injustificada o abusiva de las facultades reconocidas en dicha ley orgánica producirá responsabilidad penal, como violación de los derechos y libertades reconocidos por las leyes.”

³¹ Art. 16, Costituzione francese: “Lorsque les institutions de la République, l'indépendance de la nation, l'intégrité de son territoire ou l'exécution de ses engagements internationaux sont menacées d'une manière grave et immédiate et que le fonctionnement régulier des pouvoirs publics constitutionnels est interrompu, le Président de la République prend les mesures exigées par ces circonstances, après consultation officielle du Premier ministre, des présidents des assemblées ainsi que du Conseil constitutionnel.

Il en informe la nation par un message.

Ces mesures doivent être inspirées par la volonté d'assurer aux pouvoirs publics constitutionnels, dans les moindres délais, les moyens d'accomplir leur mission. Le Conseil constitutionnel est consulté à leur sujet.

Le Parlement se réunit de plein droit.

L'Assemblée nationale ne peut être dissoute pendant l'exercice des pouvoirs exceptionnels.

Après trente jours d'exercice des pouvoirs exceptionnels, le Conseil constitutionnel peut être saisi par le Président de l'Assemblée nationale, le Président du Sénat, soixante députés ou soixante sénateurs, aux fins d'examiner si les conditions énoncées au premier alinéa demeurent réunies. Il se prononce dans les délais les plus brefs par un avis public. Il procède de plein droit à cet examen et se prononce dans les mêmes conditions au terme de soixante jours d'exercice des pouvoirs exceptionnels et à tout moment au-delà de cette durée”.

³² Art. 36, Costituzione francese: “L'état de siège est décrété en Conseil des ministres.

Sa prorogation au-delà de douze jours ne peut être autorisée que par le Parlement”.

d'emergenza³³. Tuttavia, la recente approvazione di una legge sull'*état d'urgence sanitaire*³⁴ conferma che non sempre queste soluzioni graduali riescono a tenere adeguatamente conto della grande varietà di problemi astrattamente prefigurabili³⁵.

Infine, a testimonianza della dimensione costituzionale del tema, sono da ricordare anche alcune esperienze, come quella israeliana, che hanno visto nell'emergenza un motore di sviluppo costituzionale³⁶. Tuttavia, come i recenti sviluppi ungheresi³⁷ confermano, l'uso dei poteri emergenziali, specie se non accompagnato da un limite temporale e da adeguati contrappesi, cela spesso il rischio di veri e propri abusi e ciò conferma la tensione esistente fra emergenza e diritto costituzionale.

3. La regolazione del rischio nel diritto pubblico comparato

Mentre, come vedremo, il diritto amministrativo ha introdotto il concetto di rischio come nozione normativa, più recente è il tentativo di applicare l'approccio di regolazione del rischio anche al diritto costituzionale, soprattutto negli Stati Uniti. Per esempio, Vermeule ha descritto le costituzioni come strumenti di gestione del rischio³⁸, distinguendo due paradigmi concorrenti di costituzionalismo: il costituzionalismo precauzionale e il costituzionalismo di ottimizzazione.

Questa distinzione è particolarmente utile per spiegare i primi approcci alla pandemia. Il concetto di "massima precauzione" è stato utilizzato numerose volte anche nei discorsi dell'ex Presidente del Consiglio Giuseppe Conte³⁹. Il *precautionary constitutionalism* parte da un presupposto

³³ Loi n° 55-385 du 3 avril 1955 relative à l'état d'urgence, www.legifrance.gouv.fr/loda/id/JORFTEXT000000695350/.

³⁴ Loi n° 2020-290 du 23 mars 2020 d'urgence pour faire face à l'épidémie de covid-19 (1), www.legifrance.gouv.fr/loda/id/JORFTEXT000041746313/.

³⁵ Qualcosa del genere è avvenuta anche in Italia, dove il modello basato sul codice della protezione civile è stato affiancato e quasi inghiottito dalla coppia decreto legge-dpcm.

³⁶ Y. Mehozay, *Between the Rule of Law and States of Emergency. The Fluid Jurisprudence of the Israeli Regime*, New York, 2017. In italiano si vede il recente libro di L. Pierdominici, *Evoluzioni, rivoluzioni, involuzioni, Il costituzionalismo israeliano nel prisma della comparazione*, Padova, 2022.

³⁷ K. Scheppele, *Orban's Emergency*, 2020, verfassungsblog.de/orbans-emergency/.

³⁸ "Constitutions and public law generally are best understood as devices for regulating and managing political risks", A. Vermeule, *The Constitution of Risk*, Cambridge, 2013, 2.

³⁹ *Comunicazioni del Presidente del Consiglio dei ministri sulla situazione epidemiologica e sulle eventuali ulteriori misure per fronteggiare l'emergenza da Covid-19 e conseguente discussione*, 2 novembre 2021,

www.senato.it/japp/bgt/showdoc/18/Resaula/0/1179197/index.html?part=doc_de-ressten_rs-gentit_cdpdcdmsseeseum. Su questo – con una prospettiva diversa da quella sostenuta in questo articolo – si veda: A. Buratti, *Quale bilanciamento tra i diritti nell'emergenza sanitaria? Due recentissime posizioni di Marta Cartabia e Giuseppe Conte*, 2020, www.diritticomparati.it/quale-bilanciamento-tra-i-diritti-nellemergenza-sanitaria-due-recentissime-posizioni-di-marta-cartabia-e-giuseppe-conte/.

di sfiducia nei confronti del potere (qualcosa di analogo a quello che Zolo aveva chiamato “pessimismo potestativo”⁴⁰), implicando che “constitutional rulemakers and citizens design and manage political institutions with a view to warding off the worst case”⁴¹. Il secondo paradigma, il c.d. *optimizing constitutionalism*, invece, “trades off all relevant political risks, giving them their due weight in the circumstances, without any systematic skew or bias against any particular type of political risk”⁴².

Nello specifico, nella sua impostazione tipicamente statunitense, il diritto costituzionale si dovrebbe interessare soprattutto dei c.d. rischi di secondo ordine (“second order risk”), quelli legati, cioè, all’architettura istituzionale e alla separazione dei poteri. Se riadattato al contesto e al dibattito europeo, si potrebbe affermare che l’approccio del *precautionary constitutionalism* presuppone una chiara gerarchia di valori costituzionali, per cui la necessità di preservare il contenuto di un bene assoluto come la salute inevitabilmente porta a un evidente sacrificio degli altri⁴³. Esso inoltre presuppone il caso dello “scenario peggiore” ed è molto meno disposto al bilanciamento fra beni costituzionali. Le virtù del principio di precauzione sono state messe in discussione fin dai noti lavori di Sunstein⁴⁴, ed è in questa tradizione che si innestano gli studi di Vermeule. Proprio sulla base di queste critiche si erge l’alternativa del c.d. *optimizing constitutionalism*, che ha le sue premesse nell’assenza di gerarchie rigide e prestabilite fra beni costituzionali, nella flessibilità e nel bilanciamento caso per caso. Questo si traduce nella necessità di accettare possibili lesioni del diritto alla salute volte ad evitare il sacrificio totale delle attività economiche, ad esempio.

La distinzione fatta da Vermeule è stata criticata⁴⁵ dato che, a ben vedere, fra bilanciamento e precauzione non vi è necessariamente opposizione, visto che in entrambi i casi un ruolo essenziale può essere giocato dal concetto di proporzionalità. Inoltre, come ricordato in

⁴⁰ D. Zolo, *Teoria e critica dello Stato di diritto*, in P. Costa, D. Zolo (a cura di), *Lo Stato di diritto. Storia, teoria, critica*, Milano, 17, 35

⁴¹ A. Vermeule, *The Constitution* cit., 11.

⁴² A. Vermeule, *The Constitution* cit., 10.

⁴³ Questo ragionamento astratto collide con la visione della salute risultante, per esempio, dalla nota giurisprudenza costituzionale sul caso ILVA: “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”, Corte costituzionale, sentenza 85/2013. Su questo si veda A. Buratti, *Quale bilanciamento* cit.

⁴⁴ C. Sunstein, *Beyond the Precautionary Principle*, 2002, chicagounbound.uchicago.edu/law_and_economics/87/.

⁴⁵ P. Stone, *Review of The Constitution of Risk by Adrian Vermeule*, in *Political Theory*, 2015, 851 ss.

precedenza, quest'impostazione si basa su un'idea di differenziazione dei compiti tra diritto amministrativo (rischi di primo ordine che coinvolgono politiche governative sostanziali) e diritto costituzionale (rischi di secondo ordine che riguardano il disegno delle istituzioni)⁴⁶ che non corrisponde necessariamente all'idea di diritto pubblico che abbiamo in Europa. In effetti, si tratta di una distinzione molto americana⁴⁷, che inevitabilmente presenta forti limiti di esportabilità, anche se, nella stessa opera, lo stesso Vermeule si affrettava a ricordare che “some constitutions have inscribed principles of health and safety regulation in the fundamental laws of their polities”⁴⁸, citando l'esempio francese. Conviene, quindi, prendere le mosse dal dibattito amministrativistico per cogliere le differenze esistenti fra il paradigma dell'emergenza e quello del rischio.

4. Il paradigma dell'emergenza nel diritto amministrativo

Gli stati di emergenza di fatto mettono in crisi l'ordinarietà dei rapporti giuridici, ovvero l'usuale svolgersi delle attività all'interno dell'ordinamento. Questo avviene perché il diritto di fronte ad avvenimenti che non è in grado di conoscere anticipatamente - e, quindi, regolare con gli strumenti ordinari di cui dispone - si trova costretto a gestire avvenimenti straordinari con mezzi altrettanto straordinari per assicurare il ritorno alla normalità. Il dato formale relativo alla gestione giuridica del fatto informa di un problema sostanziale che si lega alla natura di tale fatto, ovvero l'imprevedibilità per l'ordinamento derivante dalla sua straordinarietà rispetto alle fattispecie regolate dal diritto. L'evento oggetto dell'attività amministrativa non è cioè contemplato dall'ordinamento in cui si verifica e si qualifica, quindi, come *extra ordinem*, determinando la necessità giuridica di introdurre ulteriori strumenti atti a superare l'emergenza⁴⁹.

⁴⁶ “Why focus on political risks, rather than risks to health, safety, the environment, and other goods? And what counts as a “political” risk anyway? The ordinary risks addressed by administrative risk regulation may be called first-order risks, which are dealt with by substantive governmental policies (...) By contrast, constitutional law addresses second-order risks that arise from the design of institutions, from the allocation of power across institutions to make first-order decisions, and from the selection of officials to staff institutions. Constitutional law structures the power of government and allocates it in complex ways to a set of institutions, themselves constituted by the same law. Any such structure creates the chance of various good or bad political consequences, just as any policy for regulating nuclear power creates the chance of various good or bad environmental and economic consequences. Constitutional rulemakers will have to assess and then somehow compare and balance the goods and bads that might arise from various institutional designs and allocations of power across institutions – precisely the sort of decision that risk analysis addresses”, A. Vermeule, *The Constitution* cit., 3.

⁴⁷ Si pensi al dibattito sulla moralità del diritto amministrativo. Su questo R. Epstein, *The Dubious Morality of Modern Administrative Law*, Lanham, 2020.

⁴⁸ A. Vermeule, *The Constitution* cit., 4.

⁴⁹ M.S. Giannini, *Potere di ordinanza e atti necessitati*, in M.S. Giannini, *Scritti. 1939-1948*, vol. II, Milano, 2002, 947, 952.

Tradizionalmente il diritto amministrativo è intervenuto attraverso l'attribuzione di poteri atipici funzionalizzati al ripristino della normalità ad organi politico-amministrativi che fossero legittimati dalle circostanze di fatto, dalle loro competenze esecutive e dalla loro capacità di attuare celermente le proprie decisioni. I poteri straordinari di emergenza prevedono il ricorso ad interventi autoritativi mirati ad eliminare il pericolo suscettibile di inficiare la sicurezza collettiva e l'ordine pubblico, derogando funzionalmente al diritto vigente⁵⁰.

L'esercizio dei poteri di emergenza incontra due limiti fondamentali: il rispetto dei principi costituzionali dell'ordinamento e la temporaneità delle misure. Il primo requisito di natura squisitamente giuridica si giustifica con il fatto che il superamento dell'emergenza può richiedere l'introduzione per via legislativa di una condizione di "illegalità minima⁵¹" come male minore a fronte dell'imperversare della straordinarietà degli eventi. Tuttavia, a pena della dissoluzione della forma di Stato, la flessione della legalità deve essere ragionevole e non può intaccare la fisionomia dell'ordinamento per come rappresentata dal nucleo duro dei principi costituzionali. In particolare, l'esercizio dei poteri di emergenza deve essere ispirato al principio di proporzionalità, in modo da non sacrificare i diritti individuali in misura maggiore di quanto necessario a raggiungere la finalità perseguita⁵².

Da questo punto di vista, l'amministrazione dell'emergenza rappresenta una versione costituzionalmente compatibile dei poteri straordinari di polizia⁵³. L'intervento straordinario di polizia, infatti, ammette la sospensione dei diritti individuali e dei principi costituzionali fondamentali per tutta la durata dell'eccezione⁵⁴. I poteri di emergenza,

⁵⁰ Sul punto si vedano A. Fioritto, *L'amministrazione dell'emergenza tra autorità e garanzie*, Bologna, 2008; M. Simoncini, *La regolazione del rischio e il sistema degli standard. Elementi per una teoria dell'azione amministrativa attraverso i casi del terrorismo e dell'ambiente*, Napoli, 2010, 49-50.

⁵¹ V. Angiolini, *Necessità ed emergenza nel diritto pubblico*, Padova, 1986, 232. Sul punto si vedano anche R. Cavallo Perin, *Potere di ordinanza e principio di legalità. Le ordinanze amministrative di necessità e urgenza*, Milano, 1990; M.S. Giannini, *Potere di ordinanza e atti necessitati*, in M.S. Giannini, *Scritti 1939-1948*, II, Milano, 2002; M.S. Giannini, *Le ordinanze dispositive della proprietà privata (art. 7 L. 20 marzo 1865, n. 2248, All. E)*, in M.S. Giannini, *Scritti 1949-1954*, III, Milano, 2003.

⁵² Sul principio di proporzionalità si vedano, in particolare, D.U. Galetta, *Principio di proporzionalità e sindacato giurisdizionale nel diritto amministrativo*, Milano, 1998; A. Sandulli, *La proporzionalità dell'azione amministrativa*, Padova, 1998; S. Cognetti, *Principio di proporzionalità. Profili di teoria generale e di analisi sistematica*, Torino, 2011; F. Merusi, *Ragionevolezza e discrezionalità amministrativa*, Napoli, 2011.

⁵³ M. Simoncini, *La regolazione del rischio e il sistema degli standard. Elementi per una teoria dell'azione amministrativa attraverso i casi del terrorismo e dell'ambiente*, cit., 17.

⁵⁴ Cfr. O. Ranalletti, *La polizia di sicurezza*, in V.E. Orlando (a cura di), *Primo trattato completo di diritto amministrativo italiano, IV, Società editrice libraria*, Milano, 1908, 207, 1142-1153 e 1178-1209, il quale individua nelle misure straordinarie di polizia adottate con legge in senso formale (leggi eccezionali) ovvero con atto del governo (lo stato di guerra e, in tempo di pace, lo stato di assedio) le fonti attraverso cui lo Stato può legittimamente rimuovere i limiti

invece, possono soltanto funzionalmente derogare alle norme vigenti, ma non comportano una sospensione dell'ordinamento costituzionale.

Il secondo requisito della temporaneità delle misure adottate dipende dalla funzionalizzazione dell'intervento al superamento dell'emergenza. La loro durata si lega, quindi, ad una valutazione fattuale sullo stato dell'emergenza stessa. Il nodo fattuale della temporaneità delle misure si presta ad essere interpretato in ragione della capacità del sistema di tornare alla condizione di normalità: l'individuazione della fine dell'emergenza rischia di non essere univocamente definibile e tende spesso ad essere scivolosa. L'amministrazione di emergenza, infatti, è spesso utilizzata anche per governare situazioni non straordinarie in senso stretto, ma che risultano comunque critiche per l'ordinamento in ragione dell'incapacità o dell'inefficienza della gestione amministrativa ordinaria. Basti pensare al problema dell'emergenza rifiuti verificatasi a più riprese in diverse città italiane, o all'introduzione con il decreto cd. Sblocca-cantieri dei commissari straordinari per la gestione degli appalti pubblici prioritari⁵⁵.

Da questa prospettiva, è necessario domandarsi se e in che misura i poteri di emergenza possano strutturalmente concorrere alla gestione di situazioni complesse, che sfuggono ai paradigmi tradizionali su cui si fonda l'attività amministrativa negli Stati democratici di diritto. Il rischio, infatti, è che il diritto dell'emergenza tenda ad assumere i tratti di un diverso sistema regolatorio atto a governare situazioni variamente riconducibili al concetto di crisi. Il risultato è una sostanziale alterazione del rapporto tra fatti giuridicamente straordinari e temporaneità delle misure *extra ordinem*⁵⁶.

La mancanza di controllo giuridico sulla fine dell'emergenza comporta il rischio che tali poteri si discostino dai loro obiettivi originari. Solo il controllo del sistema giuridico può impedire una deriva così pericolosa. In

precedentemente posti all'autorità a garanzia delle libertà individuali, al fine di tutelare "il tutto sociale e le sue parti" contro i danni derivanti dalla situazione di necessità pubblica. Sul punto si veda anche V. Angiolini, *Necessità ed emergenza nel diritto pubblico*, cit., 125-135. Peraltro, anche nel pensiero di Schmitt lo stato di eccezione rappresenta il momento supremo in cui lo Stato si trova a dover sospendere il diritto, manifestazione del potere politicamente costituito, "in virtù, come si dice, di un diritto di autoconservazione". Di conseguenza, nella situazione di necessità il diritto si manifesta nella definizione della competenza alla decisione sul fatto, mentre l'organo al quale è attribuita assurge contestualmente a sovrano. Cfr. C. Schmitt, *Le categorie del politico*, Bologna, 1972, 39. Sul punto si veda anche A. Baldassarre, *La normatività della Costituzione e i suoi "nemici"*, in *Rivista di Diritto Costituzionale*, 2007, 3, 15.

⁵⁵ Art. 4, d.l. 18 aprile 2019, n. 32, convertito dalla l. 14 giugno 2019, n. 55. Sul punto si vedano M. Benedetti, F. Ielo, M. Manocchio, G. Mocavini, G. Napolitano, M.C. Pangallozzi, M. Simoncini, G. Valenti, *Il culto del diritto amministrativo frena la ricostruzione dell'amministrazione? Vincoli vs opportunità*, in *Rivista trimestrale di diritto pubblico*, 4/2021, 1097, 1108-1109; S. Gardini, *Note sui poteri amministrativi straordinari*, in *Diritto dell'economia*, 2/2020, 147, 150-151.

⁵⁶ La nozione di diritto della crisi si deve a F. Salvia, *Il diritto amministrativo e l'emergenza derivante da cause e fattori interni all'amministrazione*, in Associazione italiana dei professori di diritto amministrativo, *Annuario 2005. Il diritto amministrativo dell'emergenza*, Milano, 2006, 93, 104.

questo senso, Cerulli Irelli ha considerato legittima l'applicazione dei poteri di emergenza per far fronte alle calamità naturali, ma non ai fatti di disfunzione amministrativa e di amministrazione complessa. Al di fuori del primo caso, il ricorso a tali poteri risulta ingiustificato proprio in ragione della mancanza dei presupposti di imprevedibilità e contingibilità⁵⁷. Questi elementi logicamente distinti, tuttavia, possono intrecciarsi nei fatti. Ad esempio, un evento calamitoso come la pandemia può non soltanto generare temporanei disservizi nel funzionamento del sistema sanitario, ma anche contribuire ad aggravarne il disfunzionamento cronico (ad esempio, la mancanza di adeguate attrezzature mediche). In assenza di sapienti piani di investimento e risanamento, la riforma del sistema sanitario diviene sempre più difficile e complessa e la necessità di offrire un servizio sanitario adeguato favorisce il ricorso a strumenti di gestione straordinaria. Da questo punto di vista, i piani di investimento previsti dal programma *Next Generation EU* costituiscono un forte incentivo a riformare i servizi sanitari nazionali attraverso interventi strutturali e non emergenziali.

Occorre, pertanto, domandarsi fino a che punto il paradigma dell'emergenza sia giuridicamente sostenibile. È chiaro, infatti, che l'applicazione incondizionata della nozione di emergenza a fenomeni non giuridicamente straordinari non può che determinare una condizione di incertezza del diritto e, quindi, di limitazione dell'esercizio dei diritti da parte dei singoli, con conseguenze che possono incidere irreversibilmente sulla vita ordinaria dei cittadini⁵⁸.

La giustificazione dei poteri di emergenza si confronta costantemente con il rischio di scardinare il principio di tipicità dell'azione amministrativa, creando un sistema di amministrazione parallela al regime amministrativo ordinario. Le conseguenze in termini di certezza del diritto e di esercizio dei diritti e libertà individuali sono significative. In particolare, laddove l'amministrazione straordinaria divenga metodo di gestione amministrativa, l'istituzionalizzazione delle fonti di pericolo consente alla sfera politica di ampliare le proprie competenze di intervento, rendendo progressivamente, "con la maschera della *normalità*" da un lato e "con il *potere di disposizione delle catastrofi*" dall'altro, lo stato di emergenza una condizione permanente⁵⁹. Si tratta di una patologia dell'azione pubblica che deve essere contrastata dal diritto con l'obiettivo di ripristinare non soltanto la legalità e l'esercizio dei diritti individuali, ma anche la credibilità e la legittimità dell'ordinamento stesso.

⁵⁷ V. Cerulli Irelli, *Principio di legalità e poteri straordinari dell'amministrazione*, in AA.VV., *Il principio di legalità nel diritto amministrativo che cambia*, Milano, 2008, 155, 176 e 189-191.

⁵⁸ M. Simoncini, *La regolazione del rischio e il sistema degli standard. Elementi per una teoria dell'azione amministrativa attraverso i casi del terrorismo e dell'ambiente*, cit., 53.

⁵⁹ U. Beck, *La società del rischio. Verso una seconda modernità*, Roma, 2000, 103 e 105.

5. Il paradigma del rischio nel diritto amministrativo

Per contrastare l'erompere di fenomeni di "emergenza quotidiana endemica"⁶⁰, occorre innanzitutto riconoscere la portata della situazione di fatto, verificando se sia o meno giuridicamente straordinaria. In assenza di straordinarietà, ma a fronte della specialità del caso, occorre verificare se occorra equipaggiare l'ordinamento con strumenti specifici che consentano di gestire la situazione in maniera adeguata. In altre parole, occorre verificare se misure di regolazione del rischio possano essere ugualmente efficaci senza dover ricorrere a poteri straordinari che alterino drasticamente la qualità dei rapporti giuridici e la certezza del diritto.

Diversamente dai regimi di emergenza, la regolazione del rischio consente infatti di assicurare razionalmente la sicurezza e la salute pubbliche, dando voce a diritti e a interessi concorrenti, come la libertà di circolazione e gli interessi economici. Obiettivo della regolazione è controllare e gestire i rischi che non sono accettabili per una comunità. L'idea è che la valutazione scientifica di tali rischi e l'adozione di misure di controllo proporzionate consentano di evitare o quantomeno ridurre la condizione di emergenza.

L'introduzione del paradigma del rischio nel diritto pubblico può limitare significativamente le distorsioni nell'uso dei poteri di emergenza⁶¹. Affrontare i rischi di natura catastrofica regolandone razionalmente la gestione significa individuare strumenti di tutela che tengano conto sia dell'incertezza probabilistica che caratterizza i rischi di natura catastrofica che della gravità del loro impatto potenziale. Si tratta quindi di condurre un'analisi caso per caso (*risk assessment*) che prendendo le mosse da dati scientifici aggiornati e informati alle migliori conoscenze scientifiche tenga in considerazione la gravità della minaccia, il grado di reversibilità dei suoi effetti, la possibilità di conseguenze ritardate e la percezione della minaccia basata sui dati scientifici disponibili.

A differenza dei poteri di emergenza, questo modello regolatorio non costituisce una diretta applicazione del principio di ragionevolezza nel combattere o prevenire un pericolo immediato. L'emergenza rappresenta una condizione in cui l'intervento pubblico è da ritenersi necessario per prevenire il ragionevole prodursi di un danno a beni tutelati dall'ordinamento. In tali casi è lo stesso principio di ragionevolezza a rendere legittima la difesa dagli eventi che turbano la sicurezza pubblica mediante l'esercizio puntuale dei poteri di necessità ed urgenza. Diversamente, nel caso del rischio

⁶⁰ M.P. Chiti, *Il rischio sanitario e l'evoluzione dall'amministrazione dell'emergenza all'amministrazione precauzionale*, in Associazione italiana dei professori di diritto amministrativo, *Annuario 2005. Il diritto amministrativo dell'emergenza*, Milano, 2006, 141, 142; C. Marzuoli, *Il diritto amministrativo dell'emergenza: fonti e poteri*, Associazione italiana dei professori di diritto amministrativo, *Annuario 2005. Il diritto amministrativo dell'emergenza*, Milano, 2006, 5, 11.

⁶¹ M. Simoncini, *La regolazione del rischio e il sistema degli standard. Elementi per una teoria dell'azione amministrativa attraverso i casi del terrorismo e dell'ambiente*, cit., 37.

l'ordinamento intende ricercare un livello di protezione ulteriore ed anticipato rispetto ad un possibile danno al suo corretto funzionamento e alla conservazione dell'ordinarietà dei rapporti giuridici⁶².

Se l'emergenza consente di derogare alla legge proprio in virtù del fatto che le priorità e gli interessi da tutelare emergono con evidenza dalla situazione di fatto, la regolazione del rischio pone l'accento sulla capacità dell'ordinamento stesso di scegliere e selezionare quali interessi tutelare prioritariamente sulla base del confronto con le evidenze scientifiche e gli altri interessi in gioco. Di conseguenza, quando la minaccia non è ancora o non è più un'emergenza, ma resta comunque un rischio significativo, possono essere adottate misure di tipo precauzionale che non possono però derogare alla legge. In assenza di predeterminazione fattuale nella gerarchia degli interessi in gioco, il principio di ragionevolezza non è efficace ed occorre invece applicare il principio di precauzione⁶³.

Nell'ambito del diritto pubblico, l'applicazione del principio di precauzione ha in sostanza conferito una preminenza presuntiva alla tutela dei beni comuni, anche in prospettiva intergenerazionale con l'obiettivo di preservare la futura capacità di (scegliere come) utilizzare quei beni (*option value*)⁶⁴. È questo l'approccio che è emerso nel diritto ambientale già dalla Dichiarazione di Rio del 1992⁶⁵ e poi sostenuto nella lotta al cambiamento climatico.

L'idea sottesa a questo principio è quella di non dover aspettare il raggiungimento di una piena certezza scientifica prima di poter mitigare un rischio ritenuto significativo, ma di ritenere sufficiente la dimostrazione dell'esistenza di un concreto rischio potenziale anche se non pienamente provato.

Per essere sostenibile, l'approccio precauzionale presuppone la ricerca di prove scientifiche e il continuo aggiornamento dei dati, in modo da

⁶² Sul punto si vedano P. Savona, *Il governo del rischio*, Napoli, 2013; M. Simoncini, *La regolazione del rischio e il sistema degli standard. Elementi per una teoria dell'azione amministrativa attraverso i casi del terrorismo e dell'ambiente*, cit., 59; P. Savona, *Dal pericolo al rischio: l'anticipazione dell'intervento pubblico*, in *Diritto amministrativo*, 2010, 355, 372-377; A. Barone, *Il diritto del rischio*, Milano, 2006, 76-77; T. Marocco, *Il principio di precauzione e la sua applicazione in Italia e in altri Stati membri della Comunità europea*, in *Rivista italiana di diritto pubblico comunitario*, 2003, 1233.

⁶³ Per un'analisi del principio di precauzione si vedano R. Titomanlio, *Il principio di precauzione fra ordinamento europeo e ordinamento italiano*, Torino, 2018; A. Barone, *Il diritto del rischio*, cit., 77; F. De Leonardis, *Il principio di precauzione nell'amministrazione del rischio*, Milano, 2005; L. Marini, *Il principio di precauzione nel diritto internazionale e comunitario*, Padova, 2004; F. Merusi, *Dal fatto incerto alla precauzione: la legge sull'elettrosmog*, in *Foro amm.*, 2001, 221.

⁶⁴ C.R. Sunstein, *Irreversible and Catastrophic*, in *Cornell Law Review*, 2006, 841, 856-857.

⁶⁵ Si tratta del principio 15 della dichiarazione della Conferenza delle Nazioni Unite sull'Ambiente e lo Sviluppo, Rio de Janeiro, 3-14 giugno 1992, secondo cui "al fine di proteggere l'ambiente, il principio di precauzione sarà ampiamente applicato dagli Stati secondo le rispettive capacità. Laddove vi siano minacce di danni seri o irreversibili, la mancanza di piene certezze scientifiche non potrà costituire un motivo per ritardare l'adozione di misure efficaci in termini di costi volte a prevenire il degrado ambientale".

giustificare l'azione attraverso la valutazione accurata dei rischi e da evitare di incorrere in costi regolatori in assenza di una reale minaccia. Da questo punto di vista, la precauzione introduce un seppur debole onere della prova sul regolatore. Secondo Sunstein, il regolatore che voglia introdurre misure precauzionali deve tenere in considerazione l'intera gamma dei rischi sociali in gioco, il rapporto costo-effettività derivanti dalle misure, gli effetti distributivi delle stesse e i costi in quanto tali⁶⁶. Proprio la valutazione del costo-opportunità della regolazione diviene rilevante per comprendere fino a che punto occorra mitigare il rischio.

Ai fini della gestione del rischio (*risk management*), occorre preliminarmente selezionare i rischi e conseguentemente definire la soglia di rischio considerata (in)accettabile. Infatti, dal momento che non è possibile realizzare la condizione di rischio zero, la regolazione deve confrontarsi con l'esistenza di un rischio residuale che non sia conveniente cercare di controllare. Si tratta del problema già sollevato da Comar alla fine degli anni Settanta e poi analizzato da Breyer negli anni Novanta, secondo cui occorre valutare quanto la regolazione riesca essere efficace ed efficiente nel contenere il rischio: in assenza di benefici generati dalla regolazione, si incorrerebbe in un aggravio ingiustificato della spesa pubblica⁶⁷. Da un punto di vista giuridico, queste considerazioni di *policy* volte a razionalizzare l'utilizzo delle risorse pubbliche devono essere esaminate nel procedimento decisionale e bilanciate alla luce del principio di proporzionalità. La motivazione della decisione recherà quindi evidenza della valutazione effettuata e della concreta applicazione dei principi di precauzione e proporzionalità.

6. I piani di allerta progressiva come strumenti di gestione del rischio catastrofico

La gestione del rischio (*risk management*) si pone in posizione mediana tra gli opposti modelli dell'ordinaria amministrazione e dell'emergenza. Con la prima ha in comune le modalità di esercizio del potere in assenza di situazioni impreviste e giuridicamente straordinari, mentre con la seconda condivide alcuni principi di merito, quali la valutazione di elementi anomali nocivi per la salute e la sicurezza pubbliche⁶⁸. È questo il motivo per cui da un lato, con

⁶⁶ C.R. Sunstein, *Irreversible and Catastrophic*, cit., 893-894.

⁶⁷ C.L. Comar, *Risk: A Pragmatic De Minimis Approach*, in *Science*, 1979, 309, secondo cui oggetto della regolazione non devono essere i rischi facilmente evitabili, rari e di piccole proporzioni, la cui regolazione non comporta benefici concreti. S. Breyer, *Breaking the Vicious Circle*, Cambridge Massachusetts, 1993, 10-18, secondo cui la regolazione del rischio che non tenga conto delle evidenze scientifiche porta a sovrastimarne per rispondere alle percezioni dell'opinione pubblica, incorrendo nella dannosa *overregulation* i cui costi sono superiori ai benefici.

⁶⁸ M. Simoncini, *La regolazione del rischio e il sistema degli standard. Elementi per una teoria dell'azione amministrativa attraverso i casi del terrorismo e dell'ambiente*, cit., 91.

l'ausilio della scienza, il regolatore deve continuamente verificare l'opportunità di mantenere le misure di contenimento del rischio. Dall'altro, la regolazione del rischio si accompagna alla previsione di piani di allerta (*early warning*) ed emergenziali da attivare nel caso in cui le misure di mitigazione del rischio si rivelassero inefficaci o il pericolo fosse comunque imminente. Ad esempio, durante la pandemia, in Italia così come in altri Paesi europei, la corrispondenza tra il progressivo allentamento delle misure restrittive volte a contenere il contagio e la riduzione del numero di persone infette accompagnata dall'aumento della vaccinazione suggerisce il graduale spostamento dell'attenzione verso la regolazione del rischio. Questa fase è stata descritta come “the regulatory action undertaken in the immediacy of a disaster in order to mitigate its impact as emergency risk regulation⁶⁹”. In questo modo si realizza una gestione integrata dell'intero ciclo del rischio – dalla valutazione e gestione, all'emergenza, fino alla ripresa – che rende l'ordinamento resiliente, ovvero capace di resistere, rispondere in maniera proporzionata e recuperare di fronte ai disastri⁷⁰.

In presenza di rischi catastrofici, in particolare, si rivela utile predisporre dei piani di gestione del rischio in modo da innalzare (o abbassare) progressivamente il livello di guardia, in corrispondenza dell'aggravarsi (o ridursi) della minaccia stessa. Tali piani definiscono le attività e attribuiscono le funzioni da svolgere nelle fasi della preparazione, dell'allerta e dell'emergenza. Sostanzialmente si tratta di strumenti informativi che, mediante il monitoraggio continuo delle fonti di rischio ed il costante flusso delle risultanze dell'analisi scientifica tra i soggetti interessati, consentono di individuare anticipatamente le possibili minacce, stabilendo differenti contromisure in corrispondenza delle specifiche caratterizzazioni del rischio, in modo da preservare costantemente un determinato standard di protezione ed evitare che un pericolo incerto possa ingiustificatamente divenire una priorità in termini di allocazione di risorse⁷¹. La funzione di questi piani è fornire indicazioni che dovranno poi essere attuate, contestualizzate ed aggiornate sulla base delle attività di monitoraggio, valutazione e revisione e dell'esperienza maturata. Il piano rappresenta, quindi, le fasi di un processo di programmazione strategica ed operativa, monitoraggio ed esercitazione, attuazione e valutazione. Elemento essenziale di tali piani è la previsione di strumenti di coordinamento tra i diversi attori istituzionali che compongono l'ordinamento e che possono contribuire a mitigare il rischio, rafforzando il funzionamento delle strutture

⁶⁹ A. Alemanno (ed.), *Governing Disasters. The Challenges of Emergency Risk Regulation*, cit., XIX.

⁷⁰ Si veda A. Herwig, M. Simoncini (eds.), *The Challenge of Resilience*, Londra, 2017; in particolare, sulla promozione della resilienza dell'ordinamento europeo attraverso i principi di proporzionalità e sussidiarietà, M. Simoncini, *Disaster risk regulation in the European Union. The path to resilience*, in A. Herwig, M. Simoncini (eds.), *The Challenge of Resilience*, cit., 85.

⁷¹ M. Simoncini, *La regolazione del rischio e il sistema degli standard. Elementi per una teoria dell'azione amministrativa attraverso i casi del terrorismo e dell'ambiente*, cit., 130.

esistenti. In assenza di un'adeguata catena di comando, infatti, il rischio è che le istituzioni agiscano sulla base delle proprie competenze senza collaborare efficacemente alla mitigazione del rischio, ma producendo un eccesso di norme e decisioni che potrebbe rivelarsi controproducente⁷².

Gli Stati spesso si trovano a predisporre piani di questo tipo, anche in ottemperanza ad obblighi internazionali. È questo il caso del cosiddetto piano pandemico. Fin dall'inizio degli anni duemila, l'Organizzazione mondiale della Sanità (OMS) ha raccomandato a tutti i Paesi di adottare piani pandemici e aggiornarli periodicamente secondo le linee guida concordate. L'Unione europea aveva richiamato l'importanza dell'aggiornamento dei piani pandemici nazionali di concerto con la Commissione europea nella Decisione 1082/2013 sui gravi rischi per la salute di carattere transfrontaliero⁷³. In assenza di un'adeguata cultura del rischio, tuttavia, l'attuazione di tali piani si è dimostrata difficoltosa. È questo il caso dell'Italia, che si è trovata davanti all'emergenza pandemica con il vecchio piano pandemico del 2006, soltanto nominalmente aggiornato⁷⁴. È solo a seguito dello *shock* pandemico che l'Italia si è dotata di un nuovo piano strategico nazionale aggiornato⁷⁵.

È chiaro che l'attuazione del piano pandemico rappresenta la migliore risposta in termini di razionalità nell'uso delle risorse e nella strategia di contenimento del rischio che un ordinamento possa offrire a emergenze di portata catastrofica. Tuttavia, è altrettanto evidente che l'efficacia attuativa dipende da diverse variabili e contingenze e si lega alla capacità per così dire infrastrutturale dell'ordinamento (es., la formazione degli operatori, la capacità di monitoraggio) di rispondere tempestivamente e adeguatamente ai rischi.

L'attività di monitoraggio del rischio, infatti, presuppone tacitamente l'affidabilità del sistema di osservazione, rilevazione e comunicazione dei

⁷² M. Simoncini, *The Need for Clear Competences in Times of Crisis: Clashes in the Coordination of Emergency Powers in Italy*, in *VerfBlog*, 2020/4/09, <https://verfassungsblog.de/the-need-for-clear-competences-in-times-of-crisis/>.

⁷³ Art. 4, Decisione n. 1082/2013/UE del Parlamento europeo e del Consiglio, del 22 ottobre 2013, relativa alle gravi minacce per la salute a carattere transfrontaliero e che abroga la decisione n. 2119/98/CE.

⁷⁴ Centro nazionale per la Prevenzione e il Controllo delle Malattie, Piano nazionale di preparazione e risposta ad una pandemia influenzale, 2006, disponibile in www.saluteinternazionale.info/wp-content/uploads/2020/04/pianopandemico.pdf. Sul punto si veda anche A. Tornago, *Covid e piano pandemico, la versione di Guerra: "Spettava al ministero della Salute, ma non c'erano soldi"*, *La Repubblica*, 28 dicembre 2020, disponibile in www.repubblica.it/cronaca/2020/12/28/news/covid_e_piano_pandemico_la_versione_di_guerra_spettava_al_ministero_della_salute_ma_non_c'erano_soldi_-280217517/.

⁷⁵ Ministero della salute, Piano strategico-operativo nazionale di preparazione e risposta a una pandemia influenzale (PanFlu) 2021-2023, 2021, disponibile in www.salute.gov.it/imgs/C_17_pubblicazioni_3005_allegato.pdf.

dati⁷⁶. Al contrario, l'esistenza di relazioni causali non lineari tipiche dei sistemi complessi può contribuire ad alterare la comprensione dei fenomeni e, di conseguenza, l'appropriatezza della risposta. La rigidità del modello e il rischio della sua inefficienza possono, però, trovare temperamento in un approccio più flessibile e realistico al tema dell'incertezza. Ad esempio, l'amministrazione in precise circostanze può decidere di innalzare precauzionalmente il livello di attenzione al massimo livello e adottare, quindi, la massima cautela, senza dover percorrere necessariamente tutte le soglie di tutela previste nel modello. Infine, a fronte di una improvvisa ed imprevedibile catastrofe, continuerebbero ad essere impiegati gli strumenti dell'emergenza, che troverebbero però nei meccanismi di allerta un prezioso fondamento.

7. Conclusioni

Nelle società complesse e globalmente interconnesse, la difesa dalle catastrofi tende a diventare una funzione sempre più rilevante per gli ordinamenti giuridici. Seppur con ritardo rispetto al diritto privato, il diritto pubblico si sta "attrezzando" per contenere i danni che la realizzazione di eventi di portata catastrofica comporta sull'ordinario funzionamento delle attività economiche e dei servizi e, più in generale, sul tenore di vita delle società occidentali. Da eventi limite di cui gli ordinamenti giuridici si interessavano marginalmente, le catastrofi pur essendo eventi ad alta incertezza ma dalle conseguenze insostenibili socialmente ed economicamente⁷⁷ stanno diventando situazioni di cui anche il diritto è in una qualche misura costretto ad occuparsi preventivamente. Questa attività di programmazione rappresenta certamente un costo indispensabile per poter razionalmente affrontare l'amplificarsi delle minacce e delle loro esternalità negative sul funzionamento della vita collettiva.

La pandemia è soltanto l'ultimo, drammatico, esempio di quanto l'approccio emergenziale possa soltanto parzialmente aiutare a contenere tali danni. L'attività di valutazione, monitoraggio e controllo dei rischi è ormai attività imprescindibile se si vuole effettivamente ridurre l'impatto delle

⁷⁶ M. Simoncini, *Regulating catastrophic risks by standards*, in *European Journal of Risk Regulation*, 2011, 37, 49. Si osservi che i casi di cattiva amministrazione tra esperti scientifici e autorità di gestione del rischio può dar luogo a conseguenze disastrose, come per certi aspetti dimostra la gestione del rischio sismico durante il terremoto dell'Aquila del 2009. Sul punto si veda M. Simoncini, *When Science Meets Responsibility. The Major Risks Commission and the L'Aquila Earthquake*, in *European Journal of Risk Regulation*, 2014, 146.

⁷⁷ Sul punto si veda con riferimento al caso della pandemia R. Leoncini, *Verso il post emergenza Covid-19: 'Business as usual' o nuove opportunità?*, in *Federalismi.it. Rivista di diritto pubblico comparato, italiano, europeo*, 2020, www.federalismi.it/nv14/editoriale.cfm?eid=555&content=%2BVerso%2Bil%2Bpost%2Bemergenza%2BCovid%2D19%3A%2B%27Business%2Bas%2Busual%27%2Bo%2Bnuove%2Bopportunit%C3%A0%3F&content_auth=%3Cb%3ERiccardo%2BLeoncini%3C%2Fb%3E.

catastrofi non soltanto sulla società e sull'economia, ma anche sulle istituzioni. È chiaro, infatti, che l'approccio emergenziale non può essere a lungo tollerato nei sistemi democratici occidentali, poiché genera costi altissimi su tutti i livelli: per la società, perché il prolungato distanziamento sociale è innaturale e psicologicamente grave specialmente per le categorie più vulnerabili; per l'economia, perché il mercato del lavoro e le borse risentono della crisi sociale; per le istituzioni, perché si assiste ad uno sbilanciamento di poteri a favore dell'esecutivo. Del resto, abbiamo affrontato la pandemia pensando di poter ricorrere al diritto comparato dell'emergenza e invece ci siamo trovati dinanzi a una serie di misure che solo parzialmente hanno fatto ricorso alle apposite clausole emergenziali⁷⁸.

Se di fronte all'assenza di conoscenze scientifiche sulla natura del virus e le modalità di contagio, gli strumenti dell'emergenza si sono dimostrati necessari, il prolungarsi del rischio pandemico nel tempo richiede diverse ed ulteriori misure informate alla logica della regolazione del rischio e della programmazione degli interventi. Si tratta di momenti critici sia dal punto di vista fattuale che giuridico: è il passaggio da una situazione straordinaria alla normalizzazione del contagio ed è la fase più delicata della pandemia.

I necessari presupposti per la corretta applicazione del paradigma del rischio sono la politica di investimenti e la promozione della cultura del rischio. Ciò significa in sostanza destinare risorse e preparare le infrastrutture socio-economiche ed istituzionali a riconoscere e gestire il rischio in maniera efficiente. Purtroppo, è possibile che nuove pandemie⁷⁹ caratterizzino il futuro del pianeta. Anche per questo conviene "attrezzarsi" per limitare l'impatto delle misure emergenziali sulla tenuta delle democrazie costituzionali.

Marta Simoncini
Dip.to di Scienze Politiche
Luiss
msimoncini@luiss.it

Giuseppe Martinico
Istituto DIRPOLIS
Scuola Universitaria Superiore Sant'Anna di Pisa
giuseppe.martinico@santannapisa.it

⁷⁸ Come risulta da F. Gallarati, *La reazione alla pandemia di Covid-19 negli ordinamenti composti: una panoramica comparata*, in *DPCE Online*, 1605 ss. T. Ginsburg- M. Versteeg, *The bound executive: Emergency powers during the pandemic*, 2020, papers.ssrn.com/sol3/papers.cfm?abstract_id=3608974.

⁷⁹ M. S. S. Sodh, C.S. Tang, *Preparing for Future Pandemics with a Reserve of Inventory, Capacity, and Capability*, 2021, papers.ssrn.com/sol3/papers.cfm?abstract_id=3816606.