

ANTONIO BARONE

Professore ordinario di Diritto Amministrativo presso l'Università degli Studi di Catania
antonio.barone@unict.it

EMERGENZA PANDEMICA, PRECAUZIONE E SUSSIDIARIETÀ ORIZZONTALE

PANDEMIC EMERGENCY, PRECAUTION AND HORIZONTAL SUBSIDIARITY

SINTESI

L'emergenza pandemica da Covid-19 ha presentato e presenta numerosi spunti di riflessione per gli studiosi del diritto amministrativo. Nell'ambito di una molteplicità di possibili percorsi di indagine, il saggio analizza l'impatto dei principi di precauzione e sussidiarietà orizzontale sulle scelte di gestione dei rischi da Covid-19. Sotto un primo aspetto, l'emergenza COVID-19 si è caratterizzata, fin dall'inizio, per l'assenza di certezze scientifiche sulla prevenzione e gestione dei rischi per la salute umana. Del resto, nel solco della teorizzazione sociologica della "società del rischio", la tradizionale deferenza del diritto ai portati tecnico-scientifici è entrata in crisi di fronte ai casi di incapacità della scienza di fornire risposte certe sulla dannosità o meno di numerose attività. L'emergenza coronavirus rilancia quindi l'esigenza di configurare correttamente i rapporti tra scienza, politica e amministrazione. Parallelamente, le tendenze neopubblicistiche in atto, talora sfocianti in forme di pubblicizzazione delle relazioni sociali di rilievo generale, rischiano di determinare la pretermissione della sussidiarietà orizzontale dal dibattito sulla gestione dei rischi pandemici. Ciò stride con la centralità del coinvolgimento dei privati nei percorsi di certificazione della sicurezza, come nel caso del ruolo della laboratoristica privata nei processi di *screening* di intere categorie della popolazione attraverso test molecolari (c.d. tamponi) e di tipo sierologico.

ABSTRACT

The Covid-19 pandemic emergency offered and offers several opportunities for scholars of administrative law. Among various possible investigation, the essay analyses the impact of the precautionary and horizontal subsidiarity principles on the Covid-19 risk management. On the one hand, the COVID-19 emergency was characterized, from the beginning, by the absence of scientific certainty on the prevention and management of risks for human health. On the other hand, in the wake of the sociological theorization of the "risk society", the traditional deference of the right to technical-scientific contributions has entered into crisis when science is not able to provide certain answers on the harmfulness or otherwise of numerous activities. The coronavirus emergency therefore re-launches the need to correctly configure the relations between science, politics and administration. At the same time, current neo-publicist tendencies, sometimes resulting in forms of publicity of social relations of general importance, are likely to lead to the pretermission of horizontal subsidiarity from the debate on pandemic risk management. This clashes with the centrality of the involvement of private individuals in security certification processes, as

in the case of the role of private laboratories in the screening processes of entire categories of the population through molecular (so-called swabs) and serological tests.

PAROLE CHIAVE: emergenza, sussidiarietà orizzontale, COVID-19, precauzione.

KEYWORDS: emergency, horizontal subsidiarity, COVID-19, precaution.

INDICE: 1. Crisi della rappresentanza e nuove tendenze pubblicistiche: alcune antinomie. – 2. Emergenza, rischio e pericolo. – 3. La separazione tra valutazione scientifica e gestione del rischio. – 4. Il c.d. “lock-down” del Paese: *arcana imperii?*. – 5. Sussidiarietà e integrazione pubblico-privato. – 6. Laboratori privati, screening della popolazione e certificazione della sicurezza

1. Crisi della rappresentanza e nuove tendenze pubblicistiche: alcune antinomie.

L'emergenza pandemica da Covid-19 ha presentato e presenta numerosi spunti di riflessione per gli studiosi del diritto amministrativo. Nell'ambito di una molteplicità di possibili percorsi di indagine, che possono tutti trovare un *fil rouge* comune nella tematica della sovranità ancorata ai diritti fondamentali¹, sembra interessante analizzare l'impatto dei principi di precauzione e sussidiarietà orizzontale sulle scelte di gestione dei rischi da COVID-19.

L'emergenza pandemica in atto ha acuito profondamente la crisi della rappresentanza già da più parti segnalata: parlamento chiuso per diversi giorni e scarsa visibilità del governo, nella sua collegialità. È al contrario emersa la centralità dell'organo politico monocratico, il presidente del consiglio dei ministri, autore di numerosi decreti che hanno inverato le principali fonti del diritto durante la fase più acuta dell'emergenza.

Si tratta fenomeni che rientrano nel più ampio dibattito sulla personalizzazione della politica e che, come è stato recentemente evidenziato, non caratterizzano esclusivamente l'esperienza italiana². Ciò che, tuttavia, desta particolare interesse per il giuspubblicista è l'evidente antinomia tra la segnalata tendenza alla decisione politica monocratica e l'eterodeterminazione del contenuto della decisione politica sul rischio pandemico. Non si può non osservare, infatti, la tendenza dei rappresentanti di governo a richiamare le indicazioni scientifiche a fondamento delle proprie scelte. Nel caso italiano, tali indicazioni scientifiche sono state ulteriormente diffuse grazie alla partecipazione di autorevoli componenti (o collaboratori) di comitati tecnico-scientifici a importanti talk show televisivi, con dichiarazioni (poi rilanciate anche via social network) che hanno contribuito a ingenerare un vero e proprio legittimo affidamento dei cittadini nell'*ipse dixit* scientifico “di Stato”³. Nello stesso momento in cui la deci-

¹ Tematica centrale evidenziata da L. PERFETTI nel *position paper* di questa Rivista, *Forme della sovranità della persona, emergenza e poteri*, cfr. premessa del presente volume.

² V. MARTIGNY, *Le retour du prince*, Flammarion, Paris, 2020.

³ Come sottolineato da B. CARAVITA, M. CAVINO, F. FABRIZZI, M. NOCELLI, M.A. SANDULLI, *Il diritto pubblico e l'emergenza COVID-19*, Paper 13 marzo 2020, Osservatorio Emergenza Covid-19, *Federalismi.it*, i rapporti tra comunità scientifica, decisione politica e diritto all'informazione costituiscono, alla luce dell'emergenza in corso, uno dei principali temi di ap-

sione politica si rafforza passando attraverso scelte in larga parte monocratiche, i contenuti di quelle stesse decisioni sul rischio risultano integralmente demandati a supposte verità scientifiche.

In realtà, l'emergenza COVID-19 si è caratterizzata, fin dall'inizio, proprio per l'assenza di certezze scientifiche sulla prevenzione e gestione dei rischi per la salute umana. Del resto, nel solco della teorizzazione sociologica della "società del rischio", la tradizionale deferenza del diritto ai portati tecnico-scientifici è entrata in crisi di fronte ai casi di incapacità della scienza di fornire risposte certe sulla dannosità o meno di numerose attività⁴.

Se da un lato, quindi, l'emergenza coronavirus rilancia l'esigenza di configurare correttamente i rapporti tra scienza, politica e amministrazione⁵, dall'altro le tendenze neopubblicistiche in atto, talora sfocianti in forme di pubblicizzazione delle relazioni sociali di rilievo generale, rischiano di determinare la pretermissione della sussidiarietà orizzontale dal dibattito sulla gestione dei rischi pandemici⁶.

Non a caso, le recenti normative emergenziali e lo stesso dibattito pubblico maturato su di esse sembrano privilegiare modelli tendenzialmente pubblicistici, con una complessiva sottovalutazione delle potenzialità della collaborazione pubblico-privato nella *risk regulation*. Emerge anche in questo caso una evidente antinomia tra la evidenziata sottovalutazione della sussidiarietà orizzontale e la centralità del coinvolgimento dei privati nei percorsi di certificazione della sicurezza, come nel caso del ruolo della laboratoristica privata nei processi di *screening* di intere categorie della popolazione attraverso test molecolari (c.d. tamponi) e di tipo sierologico.

2. Emergenza, rischio e pericolo.

Con la delibera del consiglio dei ministri del 31 gennaio 2020, ai sensi dell'art. 7, comma 1, lett. c), del decreto legislativo 2 gennaio 2018, n. 1, è stato dichiarato lo stato di emergenza nazionale «*in conseguenza del rischio sanitario connesso all'insorgenza di patologie derivanti da agenti virali trasmissibili*». Il tema del rischio è stato quindi centrale nell'attivazione del sistema emergenziale di protezione civile, specie in relazione «*alla necessità di realizzare una compiuta azione di previsione e prevenzione*».

profondimento per la dottrina giuspubblicistica.

⁴ L'incertezza della scienza è uno dei perni della "società del rischio" magistralmente delineata ad inizio degli anni '80 dello scorso secolo dal sociologo tedesco Ulrich Beck, il quale si riferiva soprattutto ai rischi per la salute e per l'ambiente inconsapevolmente assunti dai cittadini-consumatori, rischi prodotti da un sistema industriale fortemente incentrato sulla ricerca scientifica applicata. Il riferimento d'obbligo va a U. BECK, *Risikogesellschaft. Auf dem Weg in eine andere Moderne*, Frankfurt, 1986, trad. it. a cura di W. PRIVITERA, *La società del rischio. Verso una seconda modernità*, Roma, 2000.

⁵ Così F. FRACCHIA, *Coronavirus, senso del limite, deglobalizzazione e diritto amministrativo: nulla sarà più come prima?*, www.ildirittodelleconomia.it.

⁶ Come già evidenziato da L. PERFETTI nel *position paper* di questa Rivista, *Forme della sovranità della persona, emergenza e poteri cit.*

L'analisi della delibera del consiglio dei ministri del 31 gennaio 2020, evidenzia lo stretto collegamento tra il rischio sanitario e le necessarie azioni preventive da mettere in campo, senza tuttavia mai richiamare espressamente il principio di precauzione. Sotto questo aspetto, alla rigida distinzione tra le equazioni rischio-incertezza-precauzione e pericolo-certezza-prevenzione⁷, sembra opportuno contrapporre una lettura in cui la precauzione costituisce "sviluppo e specificazione" della tutela preventiva⁸.

La stessa distinzione in termini di contrapposizione tra i concetti di rischio e pericolo non appare convincente. Dal punto di vista giuridico, in particolare, tale distinzione da un lato è stata talora correlata all'origine del pericolo (natura) e del rischio (tecnologia)⁹, dall'altro ha avuto come perno il concetto di sufficiente e oggettiva probabilità del danno. Quest'ultima costituirebbe l'elemento peculiare del pericolo. Il rischio, al contrario, si collocherebbe al di sotto della soglia del pericolo: la probabilità di una sua concretizzazione in danno è ignota o comunque incerta¹⁰.

La solidità teorica delle ricostruzioni sommariamente riassunte non può indurre a rinunciare a riflettere sulle conseguenze giuridiche della contrapposizione rischio-pericolo.

La distinzione in esame, infatti, si scontra sia con la difficoltà di fondare un differente significato dei principi di precauzione e prevenzione sulla base di una demarcazione netta tra scienza certa e incerta, sia con le perplessità che suscita, sotto il profilo della tutela cautelare, una contrapposizione tra rischio e *periculum in mora*¹¹. La giurisprudenza, del resto, tende non di rado ad utilizzare

⁷ Cfr. S. GRASSI, A. GRAGNANI, *Il principio di precauzione nella giurisprudenza costituzionale*, in L. CHIEFFI (a cura di), *Biotecnologie e tutela del valore ambientale*, Giappichelli, Torino, p. 149-169. Sulla rigida distinzione rischio-pericolo nella dogmatica giuridica tedesca, più di recente v. F. FOLLIERI, *Decisioni precauzionali e stato di diritto. La prospettiva della sicurezza alimentare (I parte)*, in *Riv. It. Dir. Pubbl. Com.*, 2016, p. 1495 ss., ivi ulteriori indicazioni bibliografiche.

⁸ R. FERRARA, *Valutazione di impatto ambientale e organismi geneticamente modificati*, in R. FERRARA, I.M. MARINO, *Gli organismi geneticamente modificati. Sicurezza alimentare e tutela dell'ambiente*, Padova 2003, p. 328; ID., *I principi comunitari di tutela dell'ambiente*, in *Dir. Amm.* 2005, p. 530-531.

Afferma la sostanziale identità tra i principi di precauzione e prevenzione M.P. CHITI, *Il rischio sanitario e l'evoluzione all'amministrazione dell'emergenza all'amministrazione precauzionale*, in *Annuario 2015 dell'Associazione Italiana dei Professori di Diritto Amministrativo, Il Diritto Amministrativo dell'emergenza*, Giuffrè, Milano, 2006, p. 141-156. Come rileva P. DELL'ANNO, *Principi del diritto ambientale europeo e nazionale*, Giuffrè, Milano, 2004, p. 80, «il principio di precauzione – considerato in astratto – rappresenta il metodo operativo tipico della prevenzione, che assume comportamenti e realizza interventi (anche strutturali) di natura prudenziale e cautelativa, così che i due principi posso essere considerati "una endiadi"».

⁹ J. ESTEVE PARDO, *Privileged Domain in risk treatment: Risk and Health*, in *Revue Européenne de Droit Public*, vol. 15, n. 1, 2003, 110.

¹⁰ Cfr. M. BRENNER, *The Risk in administrative law*, Relazione al seminario di studi dell'Associazione San Giustino "Il diritto amministrativo nella società del rischio", Acireale, 24 giugno 2005. V. inoltre M. BRENNER, A. NEHRIG, *Public Law and Risk in Germany*, in *Revue Européenne de Droit Public*, vol. 15, n. 1, 2003, 306-309.

¹¹ Sul punto può vedersi il recente lavoro monografico di R. DAGOSTINO, *Le corti nel diritto del rischio*, Cacucci, Bari, 2020.

come sinonimi i termini rischio e pericolo¹².

Il principio di precauzione è quindi il faro attraverso il quale rileggere le normative emergenziali delle ultime settimane, a nulla rilevando sotto questo aspetto l'origine industriale o naturale del rischio pandemico da COVID-19¹³.

3. La separazione tra valutazione scientifica e gestione del rischio

Il concetto di precauzione è strettamente correlato a quello di rischio: un rischio “potenziale”, non del tutto dimostrabile nella sua effettiva portata a causa dell'insufficienza e dell'incertezza dei dati scientifici¹⁴.

¹² *Ex. multis*, v. di recente CGARS, n. 852/2019; TAR Calabria, Catanzaro, sez. I, n. 2217/2016; TAR Liguria, sez. I, n. 421/2016; TAR Lazio, Roma, n. 7782/2015.

¹³ La dottrina giuridica tedesca ha avuto un ruolo fondamentale nello studio del principio di precauzione. Tra gli altri, v. T. DARNSTÄDT, *Gefahrenabwehr und Gefahrenvorsorge: eine Untersuchung über Struktur und Bedeutung der Prognose-Tatbestände im Recht der öffentlichen Sicherheit und Ordnung*, Alfred Metzner, Frankfurt, 1983; H.W. RENGELING, *Der Stand der Technik bei der Genehmigung umweltgefährdender Anlagen*, Carl Heymanns Verlag, Köln, 1985; A. REICH, *Gefahr, Risiko, Resrisiko: das Vorsorgeprinzip am Beispiel des Immissionschutzrechts*, Werner, Düsseldorf, 1989; E. REHBINDER, *Vorsorgeprinzip im Umweltrecht und präventive Umweltpolitik*, in U.E. SIMONIS (e.b.), *Präventive Umweltpolitik*, Campus, Frankfurt am Main – New York, 1988, 129 ss.; E. REHBINDER, *Prinzipien des Umweltrechts in der Rechtsprechung des Bundesverwaltungsgerichts: das Vorsorgeprinzip als Beispiel*, in *Festschrift für Horst Sandler*, C.H. Beck, München 1991, 269 ss. Più di recente, K.H. LADEUR, *Das Umweltrecht des Wissenschaftlers: von der Gefahrenabwehr zum Risikomanagement*, Duncker & Humblot, Berlin, 1995.

Per la dottrina francese cfr. G. CANS, *Le principe de précaution, nouvel élément du contrôle de légalité*, in *Revue française de droit administratif* 1999, 750 ss.; K. FOUCHER, *Principe de précaution et risque sanitaire: recherche sur l'encadrement juridique de l'incertitude scientifique*, Harmattan, Paris, 2002; C. NOUVILLE, *Du bon gouvernement des risques. Le droit et la question du «risque acceptable»*, P.U.F., Paris, 2003; A. GOSSEMENT, *Le principe de précaution: essai sur l'incidence de l'incertitude scientifique sur la décision et la responsabilité publique*, Harmattan, Paris, 2003; F. EWALD, C. COLLIER, N. DE SADELEER, *Le principe de précaution*, P.U.F., Paris, 2003.

Con riferimento alla letteratura anglosassone, v. T. O'RIORDAN, J. CAMERON (e.b.), *Interpreting the Precautionary Principle*, Earthscan Publications, London, 1994; T. O'RIORDAN, J. CAMERON, A. JORDAN (e.b.), *Reinterpreting the Precautionary Principle*, Cameron and May, London, 2001; E. FISHER, *Is the precautionary principle justiciable?*, in *Journal of Environmental Law* 13(3), 2001, 315-33; ID., *Risk regulation and Administrative Constitutionalism*, Hart Publishing, Portland, 2007.

Sul principio di precauzione nella dottrina italiana, v. in particolare I.M. MARINO, *Aspetti propedeutici del principio giuridico di precauzione*, www.giustamm.it; R. FERRARA, I.M. MARINO, *Gli organismi geneticamente modificati. Sicurezza alimentare e tutela dell'ambiente*, Cedam, Padova, 2003; F. TRIMARCHI, *Principio di precauzione e “qualità” dell'azione amministrativa*, in *Riv. it. dir. pubbl. comunit.* 2005, 1673-1707; R. FERRARA, *L'ordinamento della sanità*, Giappichelli, Torino, 2007, 1-36; G. CORSO, *La valutazione del rischio ambientale*, in G. ROSSI (a cura di), *Diritto dell'ambiente*, Giappichelli, Torino, 2008, 158-170; per i lavori monografici: A. BARONE, *Il diritto del rischio*, cit.; F. DE LEONARDIS, *Il principio di precauzione nell'amministrazione di rischio*, Giuffrè, Milano, 2005; A. FIORITTO, *L'amministrazione dell'emergenza tra autorità e garanzie*, Il Mulino, Bologna, 2008. Più di recente, *ex multis*, possono vedersi: I.M. MARINO, *Aspetti propedeutici del principio di precauzione*, ora in ID., *Scritti giuridici*, II, a cura di A. Barone, Napoli, 2015, p. 1511-1544; R. DAGOSTINO, *The spillover rule of the administrative court to increase resilience*, in *Riv. It. Dir. Pubbl. Com.*, 2019, p. 51-69.

¹⁴ Commissione Europea, *Comunicazione sul principio di precauzione* - COM(2000)1, 2 febbraio 2000, <https://eur-lex.europa.eu>.

Il principio di precauzione consta di tre elementi strutturali: la valutazione del rischio, la gestione del rischio e la comunicazione del rischio.

La valutazione scientifica del rischio è volta alla “identificazione del pericolo”¹⁵, alla sua “caratterizzazione”¹⁶, alla “valutazione dell’esposizione”¹⁷, alla “caratterizzazione del rischio”. La misura precauzionale non può prescindere dalla obbligatoria valutazione scientifica del rischio; tale obbligatorietà non è circoscritta alle sole misure precauzionali di tipo amministrativo, involgendo anche il fronte della legislazione¹⁸.

Il momento centrale dell’approccio precauzionale è costituito dalla gestione del rischio, finalizzata all’esame delle alternative di intervento, tenendo conto degli esiti della valutazione del rischio, senza tuttavia restarne vincolati. Ciò ha due conseguenze giuridiche rilevanti.

Anzitutto, come rilevato dalla Corte di giustizia, in virtù del principio di precauzione, «quando sussistono incertezze riguardo all’esistenza o alla portata di rischi per la salute delle persone, possono essere adottate misure protettive senza dover attendere che siano esaurientemente dimostrate la realtà e la gravità di tali rischi»¹⁹.

Inoltre, le misure precauzionali devono essere fondate su un esame dei potenziali vantaggi e oneri derivanti dall’azione o dall’inazione, prendendo in considerazione aspetti ulteriori rispetto ai dati scientifici o a quelli di matrice economica. Tale esame non può ridursi ad un’analisi economica costi/benefici, dovendo invece allargarsi alla valutazione di altre variabili, come l’accettabilità della misura da parte della popolazione interessata: «è possibile, infatti, che una società sia pronta a pagare un costo più elevato al fine di garantire un interesse, quale l’ambiente o la salute, riconosciuto come di grande rilievo»²⁰.

¹⁵ *Ibidem*, All. III, 30, «Con identificazione del pericolo s’intende l’identificazione degli agenti biologici, chimici o fisici che possono avere effetti negativi. Una nuova sostanza o un nuovo agente biologico possono rivelarsi attraverso i loro effetti sulla popolazione (malattia o morte), o sull’ambiente e può essere possibile descrivere gli effetti attuali o potenziali sulla popolazione o sull’ambiente prima che la causa sia identificata al di là di ogni ragionevole dubbio».

¹⁶ *Ibidem*. «La caratterizzazione del pericolo consiste nella determinazione, in termini quantitativi e/o qualitativi, della natura e della gravità degli effetti nocivi collegati con gli agenti o le attività causali. In questa fase deve essere stabilito il rapporto tra le quantità di sostanze pericolose e gli effetti. Tuttavia, a volte è difficile o impossibile provare tale rapporto, ad esempio perchè il nesso causale non è stato individuato al di là di ogni ragionevole dubbio».

¹⁷ *Ibidem*. «La valutazione dell’esposizione consiste nella valutazione quantitativa o qualitativa della probabilità di esposizione all’agente in questione. Oltre alle informazioni sugli agenti stessi (fonte, distribuzione, concentrazioni, caratteristiche, ecc.), sono necessari dati sulla probabilità di contaminazione o esposizione della popolazione o dell’ambiente al pericolo».

¹⁸ Ad esempio, la Corte costituzionale, nella sentenza 26 giugno 2002, n. 282, relativa ad una legge regionale (delle Marche n. 26/2001) recante la «sospensione della terapia elettroconvulsivante, della lobotomia prefrontale e transorbitale e altri simili interventi di psicoturgia», ha sostenuto che: «un intervento sul merito delle scelte terapeutiche in relazione alla loro appropriatezza non potrebbe nascere da valutazioni di pura discrezionalità politica dello stesso legislatore, bensì dovrebbe prevedere l’elaborazione di indirizzi fondati sulla verifica dello stato delle conoscenze scientifiche e delle evidenze sperimentali acquisite, tramite istituzioni e organismi — di norma nazionali o sovranazionali — a ciò deputati, dato l’“essenziale” rilievo che, a questi fini, rivestono “gli organi tecnico-scientifici”».

¹⁹ Corte di giustizia CE, sentenze 5 maggio 1998, causa C-157/96, par. 63, e causa C-180/96, punto 99; sent. 9 settembre 2003, causa C-236/01, par. 111, curia.europa.eu.

²⁰ Commissione Europea, *Comunicazione sul principio di precauzione*, cit.

In sostanza, in contesti di incertezza scientifica il principio di precauzione esalta la discrezionalità del decisore pubblico, che non resta necessariamente vincolata agli esiti della valutazione scientifica del rischio (il cui svolgimento deve comunque essere garantito). Tali esiti, peraltro, non possono rimanere segreti. Al contrario, come dimostra anche la più recente legislazione europea in materia di sicurezza alimentare, la necessaria trasparenza della valutazione del rischio è un passaggio essenziale nell'adozione di misure precauzionali, basate proprio sul confronto aperto tra i diversi fattori (scientifici e non) della scelta pubblica²¹.

4. Il c.d. “lock-down” del Paese: *arcana imperii?*

Da una prima analisi della normativa emergenziale nazionale relativa alla epidemia COVID-19 non sembra emergere il rispetto della corretta dialettica tra le componenti strutturali del principio di precauzione.

Basti pensare ai tre provvedimenti emergenziali con i quali, in meno di 10 giorni, sono state adottate misure assai restrittive per la libertà dei cittadini (di c.d. lock-down), dapprima limitatamente al territorio di alcuni comuni (DPCM del 1 marzo 2020), poi estese al territorio della regione Lombardia e di 14 province italiane (DPCM del 8 marzo 2020) e subito dopo generalizzate all'intero Paese (DPCM del 9 marzo 2020)²². In nessuno di questi provvedimenti è possibile riscontrare un sia pur minimo cenno alla (invero necessaria) valutazione scientifica del rischio connesso a misure precauzionali così stringenti e mai prima conosciute nei confronti dell'intera popolazione italiana.

Sotto questo aspetto, non può non rilevarsi il paradosso tra il continuo richiamo alle indicazioni della scienza da parte dei rappresentanti del governo e l'assenza del (necessario) riferimento proprio alla valutazione scientifica del rischio nelle misure precauzionali adottate dallo stesso governo. A questo paradosso si correla una conseguenza giuridica: l'omessa valutazione del rischio costituisce violazione del principio di precauzione e, inevitabilmente, rischia di incidere sulla stessa legittimità dei provvedimenti precauzionali, pur adottati in situazione emergenziali.

²¹ Ad esempio, in base al Considerando n. 12 del Regolamento Europeo del Parlamento Europeo e del Consiglio 2019/1381, relativo alla trasparenza e alla sostenibilità dell'analisi del rischio dell'Unione nella filiera alimentare: «La trasparenza del processo di valutazione del rischio contribuisce a che l'Autorità acquisisca maggiore legittimità agli occhi dei consumatori e del pubblico nel compimento della sua missione, accresce la fiducia nel lavoro da essa svolto e garantisce democraticamente una maggiore responsabilità dell'Autorità nei confronti dei cittadini dell'Unione. È perciò fondamentale rafforzare la fiducia del pubblico e delle altre parti interessate nel processo di analisi del rischio, che è alla base del pertinente diritto dell'Unione, e in particolare della valutazione del rischio, compresa la sua trasparenza, nonché nell'organizzazione, nel funzionamento e nell'indipendenza dell'Autorità».

²² Sulle misure di realizzazione del c.d. lock down dell'intero Paese cfr. F. CINTIOLI, *Sul regime del lockdown in Italia (note sul decreto legge n. 19 del 25 marzo 2020)*, Paper 6 aprile 2020, in Osservatorio Emergenza Covid-19, *Federalismi.it*. V. altresì A. BARTOLINI, *#Torna il coprifuoco?# Alcune riflessioni sul #DPCM (Decreto Presidente Consiglio dei Ministri)# #coronavirus# dell'8 marzo 2020*, www.ridiam.it.

Non si tratta di una criticità solo italiana.

Come è stato segnalato, infatti, analoghe perplessità possono essere sollevate, ad esempio, per la decisione del governo austriaco di chiudere ai viaggiatori il passo del Brennero (salvo presentazione di certificato medico) ovvero per la misura del governo spagnolo di chiudere in via precauzionale il collegamento aereo con l'Italia in assenza di una valutazione oggettiva del rischio²³.

Tornando al caso italiano, il segnalato *vulnus* della mancata valutazione scientifica del rischio è stato solo in parte sanato in sede di proroga delle misure di *lock-down* generalizzato fino al 3 maggio 2020. L'art. 2, comma 1, del decreto legge 25 marzo 2020, n. 19, in particolare, prevede che “per i profili tecnico-scientifici” le misure precauzionali di contenimento dell'emergenza pandemica siano adottate (con DPCM) «sentito, di norma, il Comitato tecnico-scientifico» previsto dall'ordinanza n. 630 del 3 febbraio 2020 del capo dipartimento della protezione civile (precedentemente operante solo a supporto del citato capo dipartimento). Di conseguenza, il DPCM del 10 aprile 2020 è stato adottato «preso atto del verbale del Comitato tecnico-scientifico n. 49 del 9 aprile 2020». Le gravi limitazioni alle nostre libertà (quelle in vigore fino al 3 maggio 2020) sono quindi derivate da misure precauzionali adottate sulla base di una valutazione scientifica del rischio che, tuttavia, i cittadini non conoscono.

Analogamente, il DPCM del 26 aprile 2020, di individuazione (tra l'altro) delle misure di contenimento del contagio efficaci dal 4 al 17 maggio 2020, è stato adottato «visti i verbali n. 57 del 22 aprile e n. 59 del 24-25 aprile 2020 del Comitato tecnico-scientifico [...]».

Ad oggi i pareri n. 49 del 9 aprile 2020, n. 57 del 22 aprile 2020 e n. 59 del 24-25 aprile 2020 del “Comitato tecnico-scientifico” non sono stati resi pubblici, così come gli altri verbali delle riunioni di tale Comitato. Ciò sembra stridere con il portato giuridico del principio di precauzione e con la necessaria trasparenza dei processi di valutazione del rischio.

In ogni caso, anche volendo prescindere dalla sussistenza di un obbligo di pubblicazione degli esiti della valutazione scientifica del rischio pandemico, il governo non potrà che riscontrare positivamente l'istanza di accesso civico generalizzato eventualmente avanzata da qualunque cittadino²⁴.

5. Sussidiarietà e integrazione pubblico-privato.

Sul fronte del rapporto pubblico-privato, dall'analisi della magmatica normativa emergenziale italiana relativa alla pandemia da COVID-19 emerge una prevalente impostazione pubblicistica, che si traduce, ad esempio, attraverso l'utilizzo di tradizionali strumenti marcatamente autoritativi. Basti pensare, al

²³ A. DONATI, *L'Europa e la crisi del coronavirus: alla (ri) scoperta del principio di precauzione*, 16 marzo 2020, *BioLaw Journal* 2/2020, www.biodiritto.org.

²⁴ Per questi profili, nell'ambito di una vasta letteratura, può vedersi A. Barone, R. D'Agostino, *La pubblica amministrazione come “casa di vetro”?*, in A. Barone, (a cura di), *Cittadini, imprese e pubbliche funzioni*, Bari, 2018, p. 171-211, ivi ulteriori indicazioni bibliografiche. V. altresì, *ex multis*, A.G. OROFINO, *Profili giuridici della trasparenza amministrativa*, Bari, 2013.

riguardo, alla previsione dell'art. 6 del decreto legge c.d. "cura Italia" (n. 18 del 2020), che disciplina la possibilità della «requisizione in uso o in proprietà di presidi sanitari e medico-chirurgici, nonché di beni mobili di qualsiasi genere, occorrenti per fronteggiare la predetta emergenza sanitaria, anche per assicurare la fornitura delle strutture e degli equipaggiamenti alle aziende sanitarie o ospedaliere ubicate sul territorio nazionale, nonché per implementare il numero di posti letto specializzati nei reparti di ricovero dei pazienti affetti da detta patologia». Questa disposizione sembra destinata prevalentemente al mondo della sanità privata accreditata, secondo una prospettiva che pare negare proprio a questo mondo un ruolo importante nella co-gestione del rischio pandemico.

Invero, precauzione e sussidiarietà orizzontale costituiscono principi che possono trovare diversi punti di contatto; il principio di precauzione, del resto, incide anche sull'attività degli operatori economici²⁵. Si vuol dire che in contesti di emergenza pandemica un'interpretazione del ruolo dell'impresa fondata sull'unico ed assorbente riferimento allo scopo «istituzionale» del profitto, contrapposto all'interesse pubblico perseguito esclusivamente dalle Amministrazioni, non corrisponde più all'odierna realtà ordinamentale²⁶, come evidenziato anche dalla migliore dottrina giuscommerciale²⁷.

Più in generale, si è notato che il sistema dei rapporti tra livelli di governo, europeo e nazionale, presuppone un modello relazionale tra pubblico e privato in cui il primo sopravviene «solo nel momento in cui i cittadini e la società non abbiano strumenti adeguati alla salvaguardia e al potenziamento delle originarie capacità umane»²⁸. In particolare, è stata evidenziata la necessità di interpretare il principio di

²⁵ Sia consentito il rinvio ad A. BARONE, *Pubblico e privato nella gestione del rischio*, in G. GUERRA, A. MURATORIO, E. PARIOTTI, M. PICCINNI, D. RUGGIO (a cura di), *Forme di responsabilità e nanotecnologie*, Bologna, 2011, p. 159-184.

²⁶ In linea generale, è ancor oggi valida la tesi che nega la funzionalizzazione dell'attività d'impresa. Questa non ha carattere discrezionale, mancando sia l'indicazione *ex ante* dei fini da raggiungere che il carattere della doverosità del perseguimento di tali fini (cfr. sul punto V. OTTAVIANO, *La regolazione del mercato*, ora in *Scritti giuridici*, II, Giuffrè, Milano, 1992, pp. 189-190). Tuttavia, gli esempi proposti impongono una riflessione su un possibile mutamento nell'apprezzamento giuridico dell'attività d'impresa, che non può certo tradursi nella riproposizione *de plano* delle teorie sulla funzione sociale dell'impresa, nate nella Germania weimariana del primo dopoguerra, sulle quali cfr. C.S. MAIER, *La rifondazione dell'Europa borghese. Francia, Germania e Italia nel decennio successivo alla prima guerra mondiale*, Il Mulino, Bologna, 1999. Sul tema v. anche RATHENAU, *Vom Aktien Wesen – Eine geschäftliche Betrachtung*, Berlin 1917, Trad. it., *La realtà della società per azioni*, in *Riv. società* 1960, pp. 912 ss.; BERLE, MEANS, *Società per azioni e proprietà privata*, Trad. it., Einaudi, Torino, 1966, pp. 332 ss.

²⁷ M. LIBERTINI, *Impresa e finalità sociali. Riflessioni sulla teoria della responsabilità sociale dell'impresa*, in *Riv. società* 2009, pp. 1-33.

²⁸ G. BERTI, *Considerazioni sul principio di sussidiarietà*, in *Jus* 1994, 409. Secondo Berti (*Sussidiarietà e organizzazione dinamica*, in *Jus* 2004, 173), in particolare, «affinchè la sussidiarietà entri nel dibattito, occorre evocare un mondo di parti uguali, di figure uguali, con le stesse idoneità, con le stesse capacità: allora, l'una può aiutare l'altra, ed è possibile inventare delle formule o dei processi, affinché là dove non arriva un soggetto possa arrivare un altro soggetto, quello che gli è sopra o quello che gli è sotto. E difatti la sussidiarietà è intesa sia in senso verticale, sia orizzontale, ma è intesa anche come un processo che non ha un prima e un dopo prefissati. La sussidiarietà è il segno, ed ecco la sua forza di principio, il simbolo di una liberazione dell'ordine giuridico da forme di capacità e di competenze precostituite e costrittive [...] Si comprende al-

sussidiarietà orizzontale in termini di integrazione pubblico-privato (“pubblico come”) piuttosto che sotto l’aspetto dell’alternativa secca “pubblico sì - pubblico no”²⁹. Specie in settori come sicurezza umana, salute e ambiente, la sussidiarietà orizzontale non può risolversi, secondo logiche di matrice neoliberista, nella sostituzione integrale del privato al pubblico. In contesti di rischio da incertezza scientifica, ad una siffatta impostazione occorre contrapporre una lettura del principio fondata sulla necessaria integrazione e cooperazione pubblico-privato. È questa la prospettiva della co-gestione del rischio, che trova fondamento costituzionale sia nell’art. 118, comma 4, Cost., che nell’art. 41, comma 2, Cost. Tale ultima disposizione costituzionale, come è noto, se da un lato riconosce la libertà di iniziativa economica privata, dall’altro impone che la suddetta libertà non possa svolgersi in modo da recare danno alla libertà, alla dignità e soprattutto alla «sicurezza umana»³⁰.

6. Laboratori privati, screening della popolazione e certificazione della sicurezza

Nel contesto dell’emergenza pandemica da COVID-19, un esempio della collaborazione necessaria pubblico-privato può essere individuato nell’attività di screening di interi settori della popolazione, attraverso i test molecolari (c.d. tamponi) e di tipo sierologico, avviata da alcune regioni italiane.

Anche in questo caso, il tema non è solo italiano: le autorità tedesche hanno raggiunto importanti risultati di prevenzione e riduzione del contagio da COVID-19 grazie all’alleanza strategica con la laboratoristica privata, consentendo l’effettuazione di test molecolari (tamponi) su milioni di cittadini³¹.

La posizione del nostro Ministero della Salute, assunta fin dalla circolare del 22 febbraio 2020, è stata quella della effettuazione dei test nei confronti dei soli casi “sintomatici”³². A livello regionale, al contrario, è progressivamente

lora che anche la sussidiarietà può diventare essa stessa, e lo diventa, un processo di decantazione di valori, e quindi di attuazione dell’ordine costituzionale effettivo.

Evidenziano il carattere preliminare della sussidiarietà orizzontale rispetto a quella verticale, quale limite all’intervento pubblico, G. PASTORI, *La sussidiarietà «orizzontale» alla prova dei fatti nelle recenti riforme legislative*, in AA.VV., *Sussidiarietà e ordinamenti costituzionali*, Padova 1999, p. 170-182; M.P. CHITI, *Principio di sussidiarietà, pubblica amministrazione e diritto amministrativo*, in F.A. ROVERSI MONACO F. (a cura di), *Sussidiarietà e pubbliche amministrazioni*, Maggioli, Rimini, 1997, p. 97-99.

²⁹ Cfr. A. D’ATENA, *Costituzione e principio di sussidiarietà*, in *Quad. Cost.*, 2001, p. 13-33. Sul principio di sussidiarietà in senso orizzontale resta fondamentale il contributo di G. ARENA, *Il principio di sussidiarietà orizzontale nell’art.118, u.c. della Costituzione*, Relazione al Convegno “Cittadini attivi per una nuova amministrazione”, Roma 7-8 febbraio 2003, www.astridonline.it.

³⁰ Così I.M. MARINO, *Presentazione del Master in “Gestione globale del rischio”*, LUM-Jean Monnet, Casamassima (Ba), 14 maggio 2004.

³¹ Il dato è tratto da notizie di stampa: <https://www.bloomberg.com/news/articles/2020-04-02/private-labs-helped-germany-test-1-million-for-covid-19-virus>.

³² Su questi aspetti v. D. DI FALCO, L. MADDALENA, *La politica del tracciamento dei contatti e dei test per covid-19 alla luce delle ultime direttive OMS: nessun ostacolo giuridico impedisce di utilizzare il*

emersa da più fronti una diversa impostazione, fondata su screening di intere categorie della popolazione come strumento di prevenzione e gestione del rischio pandemico. Toscana, Veneto e Sicilia, ad esempio, hanno addirittura inaugurato la via dei test sierologici in aggiunta ai test molecolari estesi³³, talora anticipando posizioni poi riconosciute anche a livello nazionale³⁴.

Queste scelte di differenziazione regionale non soltanto dimostrano la perdurante importanza della strutturazione su base regionale del servizio sanitario, ma soprattutto rilanciano la prospettiva della collaborazione, a tratti necessitata, tra pubblico e privato. L'effettuazione di centinaia di migliaia, forse milioni, di test sulla popolazione non può certo essere sostenuta dalle sole strutture pubbliche, rendendosi necessaria la collaborazione del privato accreditato.

Pertanto, alcune regioni italiane hanno pubblicato manifestazioni di interesse per il coinvolgimento dei migliori (in termini di organizzazione, strumentazione e risorse umane dedicate) laboratori privati nelle politiche di screening di intere categorie della popolazione, mantenendo però il controllo e la gestione dei dati relativi ai risultati in ottica di gestione del rischio pandemico³⁵. I laboratori privati, in particolare, vengono cooptati all'interno della organizzazione pubblica del servizio di screening della popolazione, svolgendo un segmento importante di tale servizio costituito dall'attività analitica, i cui risultati vengono

'modello coreano' anche in Italia, paper 28 marzo 2020, in Osservatorio Emergenza Covid-19, *Federalismi.it*.

³³ In via esemplificativa possono richiamarsi l'ordinanza del Presidente della Regione Toscana n. 23 del 3 aprile 2020, il progetto regionale veneto sotto la guida scientifica dell'AOP di Padova e dell'AOUI di Verona, la nota prot. 14005 del 16/4/2020 dell'Assessorato della salute della Regione Siciliana.

³⁴ V. ad esempio il decreto di aggiudicazione della gara per la fornitura di kit sierologici del Capo dipartimento della protezione civile del 25 aprile 2020 (protezionecivile.gov.it), in cui si legge che la suddetta gara è stata avviata in data 17 aprile 2020 *«preso atto delle indicazioni del Comitato Tecnico Scientifico di cui all'art. 2 dell'Ordinanza del Capo del Dipartimento della Protezione Civile n. 630 del 3 febbraio 2020 in merito all'opportunità di avviare studi siero-epidemiologici cross-sectional sulla popolazione generale residente nelle regioni italiane, nonché del protocollo metodologico approvato nella seduta del 9 aprile 2020»*.

³⁵ Si veda ad esempio l'ordinanza contingibile e urgente n. 7 del 20/3/2020 del Presidente della Regione Siciliana ed il Decreto dell'Assessore della Salute della Regione Siciliana n. 248 del 27 marzo 2020, a cui hanno fatto i decreti assessoriali nn. 266, 280 e 301/2020.

Le esperienze regionali non sono comunque scevre da profili di criticità. Sempre in via esemplificativa, può richiamarsi il contenzioso insorto in relazione all'indagine di mercato della regione Campania finalizzata all'individuazione dei laboratori/consorzi per l'analisi dei tamponi oro-faringei volti all'attività di screening, sul quale è recentemente intervenuto il decreto del presidente del TAR Campania, Napoli, n. 776 del 11/4/2020, seguito dall'ordinanza della I sezione n. 856 del 22/4/2020, che hanno per il momento confermato la legittimità dell'operato regionale. Ancora, può vedersi il decreto del presidente del TAR Lombardia, Milano, n. 596 del 22/4/2020, che ha chiarito come l'accordo quadro stipulato tra la Fondazione I.R.C.C.S. Policlinico San Matteo e la società Diasorin S.p.A., finalizzato (tra l'altro) all'elaborazione di nuovi test molecolari e sierologici per la diagnosi di infezione da SARS-Cov-2, non sembri esaurirsi in un puro accordo di collaborazione scientifica tale da essere sottratto al confronto concorrenziale di mercato.

gestiti e comunicati solo ed esclusivamente dalle amministrazioni pubbliche. In tal guisa, i laboratori privati selezionati entrano nel processo di valutazione del rischio funzionale (tra l'altro) alla adozione delle auspicite misure di sblocco e riapertura del Paese.

A fronte degli esempi richiamati, tuttavia, altre regioni hanno optato per modelli misti, nei quali il coinvolgimento dei laboratori privati è avvenuto per i test sierologici mentre i c.d. "tamponi" sono stati processati solo da strutture pubbliche. Questo diverso modello, scelto dalla regione Lazio, pur avendo ricevuto un primo provvisorio avallo dal Consiglio di Stato non sembra comunque contraddire la prospettiva della collaborazione pubblico-privato, posto che esso va riferito ad un determinato contesto epidemiologico ed è quindi compatibile con le diverse soluzioni organizzative adottate in altre realtà regionali³⁶.

Il caso della laboratoristica privata dimostra come l'auspicato progressivo superamento delle misure di c.d. *lock-down* passi anche attraverso percorsi di certificazione della sicurezza che vedano necessariamente coinvolti i soggetti privati secondo modelli ascrivibili alla prospettiva costituzionale della sussidiarietà orizzontale. Il principio di precauzione, sotto questo aspetto, non impone necessariamente modelli organizzativi centralistici o necessariamente fondati su modelli autoritativi, ma al contrario, si apre alla prospettiva della *responsible governance* del rischio, che vede coinvolta a pieno titolo il sistema delle autonomie, pubbliche e private³⁷.

³⁶ Consiglio di Stato, sez. III, decreto presidenziale n. 3769 del 26/6/2020, che sospende l'ordinanza del TAR Lazio, sez. III, n. 4350 del 15/6/2020.

³⁷ Sia consentito il rinvio ad A. Barone, *La certificazione nel diritto del rischio*, in F. Fracchia, M. Occhiena (a cura di), *I sistemi di certificazione tra qualità e certezza*, Milano 2006, p. 41- 52; Id., *Pubblico e privato nella gestione del rischio cit.* Sull'esigenza di rileggere i temi della organizzazione amministrativa cfr. L. PERFETTI, *Sulla necessità di ripensare all'organizzazione amministrativa nel tempo presente. Brevi annotazioni sulla riflessione di Enrico Follieri relativa all'organizzazione amministrativa*, in V. Fanti (a cura di), *Diritto e processo amministrativo. Giornate in onore di Enrico Follieri*, Napoli, ESI, 2019, I, p. 579-590.