

FRANCESCO ASTONE

**APPUNTI PER UNA RICOSTRUZIONE SISTEMATICA
NELL'OTTICA DEL DIRITTO PUBBLICO DEGLI EFFETTI
CHE DERIVANO DAGLI STATI D'URGENZA E
DALL'EMERGENZA SULLA PROTEZIONE DELLE SITUAZIONI
GIURIDICHE SOGGETTIVE (AVUTO PARTICOLARE
RIGUARDO AI FENOMENI MIGRATORI ED ALLA
COSIDDETTA AMMINISTRAZIONE DELL'EMERGENZA)**

SOMMARIO:1. Urgenza ed emergenza. 2. Immigrazione, territorio ed azioni di contrasto e precauzione a livello statale. 3. Il sistema legale emergenziale ed il ruolo del diritto amministrativo. 4. Immigrazione ed azioni degli attori pubblici locali. 5.- L'amministrazione dell'emergenza e le società del rischio. 6. Un'ipotesi di distinzione tra "rischio" e "pericolo". 7. Certezza giuridica, prevedibilità del rischio e principio di precauzione. 8. Brevi osservazioni riepilogative.

1. Urgenza ed emergenza

L'idea di emergenza richiama intuitivamente l'esigenza/urgenza di intervenire; ma si fonda su situazioni complesse in cui il pericolo di danno riguarda più beni giuridicamente protetti, determinati ma anche indeterminabili. Il terrorismo, ad esempio, non dissimilmente da un terremoto o da altro evento naturale, non danneggia solo persone e cose, ma impatta anche sulla ripresa di un'economia, sulla condizione di vita dei sopravvissuti, sull'esigenza di una loro reintegrazione in una società "decente", in cui si soddisfano certe

condizioni di giustizia e non si debba convivere con la paura. Proprio per questi caratteri strutturali, l'emergenza si pone allora alla base di legislazioni parallele a quelle ordinarie. Essa non designa una situazione imprevedibile, o almeno non prevista, per cui si crea un diritto in deroga, destinato a "rientrare" una volta cessato lo stato di allarme e di pericolo con il ripristino della ordinaria legalità. L'emergenza designa, invece, una categoria di situazioni che si lasciano strutturalmente non fronteggiate e non risolte in modo da intervenire con continui provvedimenti in deroga, i cui effetti sono connotati da contorni giuridici inediti e da orizzonti temporali estesi, se non addirittura del tutto ignoti. In questi casi si potrebbe parlare per ossimori di una "emergenza strutturale" di alcune situazioni e di una "straordinarietà normale" delle relative discipline giuridiche. Con queste caratteristiche urgenza ed emergenza impattano ormai anche sui fattori culturali e religiosi.

L'urgenza, per vero, è da sempre contemplata nelle leggi speciali in materia religiosa, in particolare quelle di derivazione bilaterale (concordato e intese, ad esempio), applicate con le varianti opportune anche alle confessioni religiose e ai rapporti con esse dei poteri pubblici amministrativi. L'irruzione del multiculturalismo pone il problema dell'emergenza dei conflitti tra gruppi e comunità, acuiti nei nostri giorni da alcuni fenomeni di difficile gestione, tra i quali spiccano l'immigrazione e l'integralismo religioso.

Storicamente presenti nella plurisecolare parabola del costituzionalismo occidentale tali conflitti non avvengono più nel comune riconoscimento dell'ordinamento statale e delle tecniche di tutela da esso predisposti. Avvengono, invece, nella rivendicazione della rilevanza pubblica delle norme di ordinamenti confessionali e culturali *altri* (ordinamenti che fanno cioè riferimento a comunità *diverse* da quelle socialmente e tradizionalmente radicate sul territorio statale). E questo perché le culture e le religioni sono incommensurabili si sostiene ed è insensato giudicare inaccettabile l'una dal punto di vista dell'altra: sono tutte legittime e ne va garantita la convivenza, se non si vuole appunto il conflitto. La staticità delle regole delle comunità religiose e culturali consente però e ciò è intollerabile per l'ordine giuridico statale che esse, assoggettandovi i propri fedeli, diventino nuovi principi, garanti o

probabilmente oppressori dei diritti tutelati dall'ordine (o dall'ordinaria legalità) costituzionale statale.

Si scopre allora che, nell'ambito del diritto pubblico, l'urgenza (creata da alcuni attuali fenomeni) e l'emergenza (con cui questi fenomeni vengono affrontati) portano ad accentuare uno dei più importanti dilemmi del costituzionalismo occidentale, perennemente conteso fra il principio di eguaglianza e diritto alla differenza: fra il riconoscimento delle specificità culturali, etniche religiose dei singoli gruppi e l'universalità dei diritti umani. Vero è che un'applicazione ragionevole del principio di eguaglianza premette e implica il rispetto delle diversità. Queste differenze, tuttavia, non possono oltrepassare i limiti imposti da alcuni fondamentali diritti che, in quanto pubblici ossia *erga omnes*, devono essere riconosciuti e tutelati nei confronti di tutti gli individui, indipendentemente dalla loro appartenenza. Il pubblico, quello dei diritti inviolabili, incide nei rapporti tra i privati, mal conciliandosi con gli statuti derogatori della cittadinanza e, ancor di più, delle singole organizzazioni o gruppi comunitari. L'appartenenza, allora, non è condizione necessaria per l'effettivo esercizio di tali diritti la cui disciplina, innervando i principi supremi della legalità costituzionale, è anzi aliena dai confini posti dallo *status civitatis* e dalla mediazione comunitaria. Il che, tuttavia, non esclude il rispetto della diversità, né il divieto di trattamenti discriminatori nei confronti di una o più differenze (comunità) cultural-religiose.

Insomma, se è vero che un'applicazione ragionevole del principio di eguaglianza premette e implica il rispetto delle diversità, è altrettanto evidente che queste diversità non possono oltrepassare i limiti imposti da alcuni fondamentali diritti. Questi diritti devono essere garantiti e tutelati nei confronti di tutti gli esseri umani, al di là della loro cittadinanza e dell'adesione a un gruppo a una comunità cultural-religiosa.

Si tratta di un dilemma che appare ora con più drammatica chiarezza, come attestano alcuni urgenti fenomeni, tra i quali si annoverano la poderosa ondata immigratoria, l'ambiguo processo di globalizzazione, il crescente potere del capitale finanziario e il terrorismo islamista.

Sicché, come dimostrano i contributi contenuti in questa parte della ricerca, in molti Stati tali fenomeni si stanno riverberando in nuove forme di legislazione e tendenze giurisprudenziali che, chiaramente

segnate dai fattori emergenziali, coinvolgono importanti settori di normazione giuridica. Il che finisce sovente per scuotere il fondamento di alcuni principi costituzionali, a cominciare da quelli afferenti alla laicità dello Stato che, per restare all'accezione della giurisprudenza costituzionale italiana, implica la tutela dei diritti inviolabili dell'uomo, il divieto di distinzioni irragionevoli e discriminatorie, l'eguale libertà di tutte le confessioni religiose, il rispetto delle istanze di incredulità (ateismo e agnosticismo) nonché il diritto di professare la propria fede e di farne eventualmente propaganda.

2. Immigrazione, territorio ed azioni di contrasto e precauzione a livello statale

Le culture e le religioni altre, si pensi ai *Rom* ed ai musulmani, vengono sovente connesse agli effetti dell'immigrazione e alle attuali forme di terrorismo, con tutto il disagio sociale che questi fenomeni inevitabilmente implicano. Complice anche l'effetto dilatante dei mezzi di comunicazione, ciò genera nella cittadinanza l'urgenza di un pericolo perenne e un'angosciante paura, cui bisogna porre rimedio con estrema rapidità e emergenza. Ne consegue la reazione degli ordinamenti statali, sempre più intenti a promuovere e a porre in essere nuove azioni di contrasto e di prevenzione, mediante anche un anomalo utilizzo delle norme penali e amministrative. E l'anomalia è in questo caso è data proprio dal confronto delle misure in questione con alcune disposizioni costituzionali, a cominciare da quelle riguardanti i diritti inviolabili della persona umana.

Tutto ciò è reso più evidente alla luce dell'urgenza terroristica di matrice religiosa, non di rado associata all'allarme determinato dal poderoso fenomeno dell'immigrazione. Al punto che, come si avrà modo di approfondire in questa parte del volume, l'inclinazione a mescolare le due questioni aiuta, se non a giustificare, quantomeno a chiarire i tratti essenziali del dibattito ordito attorno alle regole di ingresso e di circolazione dei non cittadini nel territorio statale, alla rilevante anticipazione della soglia di intervento delle norme penali e al frequente uso dei provvedimenti di espulsione amministrativa dello straniero. La tendenza alla normalizzazione dell'emergenza è

insomma così presente negli odierni scenari giuspolitici occidentali da attraversare tutti i più importanti comparti del sistema legale.

L'esempio è fornito *in primis* dall'anticipazione della soglia di punibilità o di intervento del diritto penale ad attività che, rispetto al terrorismo islamista, sono o meramente preparatorie (si pensi alle nuove ipotesi di reato introdotte dal recente decreto 7/2015: finanziamento, addestramento, reclutamento, propaganda con finalità di terrorismo, apologia del terrorismo, organizzazione di trasferimenti per finalità di terrorismo, arruolamento a fine di terrorismo) o sono legate ai reati associativi.

3. Il sistema legale emergenziale ed il ruolo del diritto amministrativo

Come tuttavia si accennava, questo non vale solo per la politica legislativa criminale. L'attitudine all'affermazione di un sistema legale emergenziale, parallelo a quello ordinario, ha finito per chiamare in causa il diritto amministrativo che, se del caso, è significativamente utilizzato per fatti normalmente (ordinariamente) soggetti alle norme penali. E questo spiega perché, con riferimento ad alcuni importanti e difficili fenomeni emergenziali, sempre più spesso oggi si parla di diritto amministrativo-punitivo: un diritto che, alimentato anche dalla quotidiana fatica della giurisprudenza, genera non pochi punti di intersezione tra ordinamento penale e quello amministrativo, rendendo piuttosto ardua la distinzione dell'uno dall'altro. E, in un siffatto contesto, non è raro assistere a situazioni caratterizzate da una pericolosa e incontrollabile sospensione di alcune garanzie processuali. Tanto che, lungi da perdere consistenza, la categoria dottrinale "diritto penale del nemico" si appresta ora a essere estesa anche al settore amministrativo.

In nome della lotta alle attuali forme di terrorismo, il 'diritto penale-amministrativo del nemico' sta in altre parole diventando funzionale alla lotta contro alcune categorie di persone, retrocesse da cittadini a avversari, anziché all'accertamento di singoli fatti. Per dirla con altre parole, in questi casi si rischia di essere puniti o sanzionati "non per quello che si è fatto ma per quello che si è". In breve, tali misure rischiano di riversare nell'ordinamento statale fattispecie e prassi investigative a elevato contenuto simbolico (sul piano della sicurezza),

dotate di un carico sanzionatorio irragionevolmente afflittivo (rispetto alle condotte degli indiziati) e con risultati non sempre adeguati (in termini di contrasto e di lotta al terrorismo).

D'altra parte, non bisogna dimenticare l'elevata posta in gioco messa in discussione dalla potente e devastante emergenza terroristica: dalla sua diffusa e imprevedibile carica di lesività, specie nei confronti di soggetti civili impreparati al tipo di azioni da essa ispirate. Si tratta di un'emergenza connotata da alti indici di pericolosità, proprio perché in grado di abbracciare una vasta gamma di soggetti che, da un lato, sfuggono a qualsiasi inquadramento di tipo sociologico e, dall'altro, si affermano attraverso metodi, strumenti e obiettivi estremamente diversificati. La determinazione e l'imprevedibilità conta in questi casi più di ogni cosa. Lo insegna l'ispiratore degli atti di terrore che, dal lontano Medio Oriente, invita i seguaci occidentali ad agire sempre e comunque, specializzando e ottimizzando la propria ferocia.

Un odio e una crudeltà che, declinata barbaramente sui corpi degli 'infedeli', arriva a non escludere la distruzione di testimonianze archeologiche millenarie. Lo dimostra il recente abbattimento del sito di Palmira in Siria, dichiarato dell'UNESCO patrimonio dell'umanità. Da cui l'esigenza di una rinnovata riflessione, che coinvolga anche l'ordinamento della comunità internazionale chiamata, nel caso di specie, a un urgente ripensamento di alcuni strumenti normativi, come quello predisposto dallo Statuto della Corte Penale Internazionale, approvato a Roma nel 1998.

Ma questa situazione spiega pure il bisogno di cambiare prospettiva, indirizzando l'attenzione verso un approccio non soltanto di tipo sanzionatorio e repressivo, ma anche e soprattutto preventivo, nel senso primario e profondo del termine. Si tratta di un approccio che, come rilevano le indicazioni fornite dalle istituzioni dell'Unione europea e da un caso specifico occorso nella Città di Bari, dal complessivo dispositivo di lotta e di contrasto al fondamentalismo islamista non devono essere esclusi programmi a carattere formativo e di recupero: programmi che, come tali, siano volti a depotenziare, e a farlo in modo efficacemente preventivo, derivate integraliste tanto deliranti e inconsistenti, quanto pericolose e distruttive.

4. Immigrazione ed azioni degli attori pubblici locali

Un diritto comunitario derogatorio, di carattere latamente emergenziale, è d'altro canto richiesto dalle stesse comunità etniche e religiose sotto forma di riconoscimento della propria autonomia. Ciò è particolarmente evidente in alcuni settori religiosamente e culturalmente 'sensibili', come quelli del matrimonio e della famiglia. Si tratta di istanze che a volte sono supportate da una idea di assolutizzazione dello specifico comunitario, ovvero da una libanizzazione del tessuto sociale: per cui, ad esempio, il matrimonio dovrà essere interamente assoggettato ai diritti religiosi, con possibilità in quello islamico di combinarlo o di scioglierlo per ripudio maritale; ciò che creerebbe una disparità di trattamento con il matrimonio cattolico indissolubile, che tuttavia non incontra un divieto di scioglimento con divorzio civile. Ma accade che simili situazioni si manifestino anche attraverso fenomeni di devianza penale che, dipanandosi secondo veri e propri schemi di coartazione comunitaria, incidano negativamente sulla libera volitività dei singoli aderenti o adepti all'interno di una data comunità. Il che genera una conflittualità di carattere intracomunitario di difficile lettura e composizione, soprattutto se rapportato all'ordinaria legalità costituzionale e ai relativi diritti pubblici.

Ci sono dei limiti oltre i quali l'auto-compressione dei diritti individuali del fedele -che accompagna il rapporto di adesione e asseconda il superamento della concezione individualistica dei diritti fondamentali, favorendone un dimensionamento comunitario - non può più essere considerata volontaria, bensì condizionata dalle pretese stringenti e interdittive della collettività religiosa. Di qui il pericolo che queste pretese possano tramutarsi in abuso a discapito dei singoli aderenti, dei loro diritti inviolabili. È quello che si verifica all'interno di religioni particolarmente attente nel controllo dei fedeli riguardo alla partecipazione alle attività di culto, all'abbigliamento, agli stili di vita e alle norme sociali di comportamento. In questi contesti i membri sono spesso costretti a fare quanto determinato dalle gerarchie o dalle istituzioni confessionali di vertice, custodi dei giusti costumi e gelosi guardiani dell'ortodossia. Si scopre così che, se fatti emergere dall'omertà comunitaria, molte di queste tendenze potrebbero essere ricondotte ai reati di violenza privata. Quanto alla

semplice riprovazione di tali condotte, di frequente a emergere è il reato di diffamazione che, come si sa, è nondimeno perseguibile a querela di parte, perciò solo di rado rilevabile. Ne consegue la necessità di creare nuovi margini di libertà individuale intra-confessionale, secondo le logiche accreditate dai principi degli ordinamenti democratici, laici e di diritto.

Si tratta di principi generali che, come tali, abbisognano di essere specificati non solo da una adeguata normativa di dettaglio, ma anche dalle azioni degli attori pubblici locali. Tanto è vero che, di fronte all'emergenza determinata dai nuovi insediamenti di comunità di fede affermate mediante l'immigrazione, agli organi territoriali è sempre più spesso dato il compito di individuare specifici *standards* di riferimento per, ad esempio, l'allocazione delle opere di urbanizzazione secondaria, quali sono i luoghi di culto delle diverse confessioni. In questo caso, la necessità di recepire le richieste di tutela dell'identità religiosa si traduce nel bisogno di individuare validi parametri normativi, che possano dare attuazione al dettato costituzionale, a cominciare dalla disciplina della libertà religiosa.

La tematica degli edifici di culto, infatti, risente inevitabilmente della condizione generale dei rapporti tra Stato e confessioni. Ma l'attenzione del legislatore ha ordinariamente pretermesso le esigenze di sicurezza e il rispetto della legalità formale e sostanziale, relegando le istanze delle comunità religiose in uno spazio alquanto marginale.

Di talché l'atteggiamento di apertura costituzionalmente doverosa verso tutte le confessioni ha fatto emergere l'inadeguatezza di un complesso normativa non più idoneo a fronteggiare un pluralismo confessionale che, attraverso l'ondata immigratoria, sta diventando sempre più accentuato e diversificato.

Ed è così che affiora l'urgenza di esaminare la reazione del sistema giuridico italiano rispetto alla pressione esercitata dall'immissione nel tessuto sociale di individui aventi istanze cultural-religiose differenti; ossia diverse e distinte da quelle prese in considerazione dal legislatore abituato a contesti religiosamente e culturalmente omogenei, come era quello italiano fino a qualche decennio fa.

L'attenzione si focalizza in particolare sulla presenza della magmatica e diversificata comunità islamica in Italia, con problematiche ascrivibili quantomeno a due ordini di fattori: gli ordinamenti dei Paesi di provenienza degli immigrati musulmani si

caratterizzano spesso per essere fortemente influenzati dalla *Sha-ri'a* che, non a caso, in molti di questi contesti è considerata una delle principali fonti legislative, se non addirittura la fonte primaria dell'ordinamento statale. Ciò spiega perché la confessione islamica serva spesso a segnare la differenza rispetto ai modi di espressione cultural-religiosa afferenti, in primo luogo, al ceppo giudaico-cristiano, dominante in Italia fino non molto tempo addietro.

Sotto questo aspetto, l'emergenza assume una precisa connotazione, determinata dal fatto che l'Italia sta vivendo una situazione inattesa e inimmaginabile sino a qualche anno fa. Forse la vive con ritardo rispetto ad altri Stati occidentali che, prima del nostro, si sono misurati con tutti i problemi e le sfide che un tale cambiamento comporta. Ma la vive in tutta la sua complessità poiché, nel giro di soli venti anni, meno di una generazione, la geografia socio religiosa e culturale è improvvisamente mutata: da Paese a maggioranza cattolica, l'Italia è diventata una società caratterizzata da una diversità molto articolata e perciò del tutto inedita. Tanto che oggi è la stessa nozione di confessione a essere messa in discussione: come, appunto, testimoniano le questioni legate all'Islam, proprio perché esse prendono in considerazione il più consistente e rappresentativo dei neo-gruppi confessionali. Il che si riverbera sulla valenza e l'operatività della disciplina di raccordo Stato-confessioni, tuttora fortemente condizionato dalla Chiesa cattolica, religione storicamente e socialmente radicata sul territorio della Penisola.

Il possente fenomeno migratorio sta insomma incidendo sulla morfologia delle società occidentali. In medesimi contesti giuspolitici prosperano molteplicità di culture, modelli di vita, sistemi di senso, codici collettivi di comportamento. Ne deriva un ambiente socio-culturale in repentino cambiamento ove la dimensione religiosa, lungi dall'uscire di scena, riaffiora robusta e pre-potente. Per mezzo dei neo gruppi normatori, la questione religiosa sta invero esercitando una carica dirompente su ciò che nella cultura giuridica occidentale fino a non molti anni fa era dato per acquisito: la tutela dei diritti, l'operatività dei limiti posti a garanzia dei governati ed imposti alle autorità statali, l'efficacia del sistema democratico, la validità del principio di laicità. In una parola, lo Stato di diritto. Un modello politico-giuridico che, dopo la seconda guerra mondiale, ha trovato

uno dei suoi pilastri portanti, la sua referenza fondatrice, nel credo dei diritti dell'uomo.

Alla luce di queste considerazioni, gli attuali fenomeni emergenziali pongono indubbiamente problemi inediti a una convivenza civile. Ma probabilmente l'impostazione più sbagliata per affrontarli è quella dell'emergenza legislativa. Vero è che sotto la pressione delle attuali forme di urgenza i principi supremi dell'ordine costituzionale e le libertà fondamentali sperimentano concretamente i propri limiti. Tuttavia, è altrettanto evidente che, come dimostrano i risultati della presente ricerca, questi stessi fenomeni sottolineano anche la ragionevole necessità di rimanere ancorati alla forza e alle ragioni del diritto, allontanando contestualmente irrazionali quanto ingannevoli soluzioni basate sul diritto alla forza o sulla costituzionalizzazione dell'emergenza. E questo secondo tesi informate a una sorta di costituzione che, in situazioni di emergenza dichiarate dal Parlamento di fronte ad un attacco terroristico, preveda il potere delle istituzioni di vertice di sospendere l'*habeas corpus*, di operare rastrellamenti di massa e di detenere persone sospette a tempo indeterminato (come, del resto, avvenuto a Guantanamo e giustificato da alcuni politologi).

Se interpretati con la logica della legalità costituzionale, le risorse normative messe a disposizione dall'ordinamento democratico forniscono gli strumenti adeguati per affrontare le suddette urgenze. Ma si deve essere ben consapevoli che non è una strada agevole: infatti, viene percorsa più dai giudici che dagli amministratori, per non parlare dei legislatori nazionali e regionali. Tutto l'ordinamento, come s'è visto, sembra invero muoversi, anche in mancanza dei presupposti della necessità e dell'urgenza, lungo quella dell'emergenza.

C'è una bussola, però, per non perdersi nei tanti sentieri dell'emergenza. Ed è appunto quella dei diritti e delle libertà fondamentali, che ci ricordano come anche gli stranieri, e perfino i nemici, siano innanzitutto persone. Che si possono non amare, perché questo è un precetto evangelico e dipende dalla fede, ma comunque si devono laicamente rispettare non in quanto stranieri o avversari, ma in quanto esseri umani.

5. L'amministrazione dell'emergenza e le society del rischio

L'Amministrazione dell'emergenza costituisce una tematica che ormai da tempo è oggetto di particolare attenzione da parte della dottrina amministrativistica. In particolare, sono state approfondite le questioni attinenti all'acuirsi della crisi del principio di legalità in situazioni emergenziali, con la conseguente implementazione della decretazione d'urgenza e dei provvedimenti amministrativi *extra ordinem*. La ricerca condotta si inserisce nell'ambito di questo filone di studi ed i singoli contributi sono tra loro collegati dal *fil rouge* della regolazione giuridica del rischio.

Il rischio costituisce un tema affrontato dalle scienze sociali sulla base di differenti approcci metodologici e disciplinari.

È stata la letteratura sociologica ad evidenziare la relazione impresa-concorrenza-mercato-produzione di rischi per la salute e per l'ambiente. Inquinamento elettromagnetico, nuove forme di smaltimento dei rifiuti (termovalorizzatori), nuove forme di produzione di energia (rigassificatori) rappresentano solo alcuni tra i principali dati esemplificativi di un sistema industriale fortemente incentrato sulla ricerca scientifica applicata.

La scienza tende a perdere la sua autonomia, confondendosi con la tecnica, e al contempo fallisce nel fornire certezze sul modo di affrontare e neutralizzare i rischi da essa stessa (più o meno direttamente) generati. Si tratta di rischi che, non a caso, sono definiti "da incertezza scientifica" (o "da ignoto tecnologico").

Le caratteristiche distintive della odierna "society del rischio" pongono numerosi profili di riflessione anche nell'ottica del giurista. La tradizionale deferenza del diritto verso i portati tecnico-scientifici, infatti, non è più da sola una risposta esaustiva. La certezza del diritto non risulta più legata esclusivamente alla fissazione in via normativa delle soglie massime di inquinamento o dei valori limite di sicurezza per la salute umana e per l'ambiente. In una siffatta prospettiva, la certezza del diritto nella società del rischio si sgancia dalla tradizionale stabilità dei provvedimenti amministrativi. Così, ad esempio, viene valorizzato il ruolo dei provvedimenti di sospensione amministrativa ed al contempo si inaugurano originali modelli di Amministrazione "riflessiva" attraverso la rilettura dei tradizionali poteri di autotutela decisoria delle PA. Tutto ciò, peraltro, nel quadro di nuovi percorsi di "dialogo" fra

Amministrazioni e giudici. Sul principio di precauzione e, più in generale, sull'amministrazione del rischio si è ormai accesa l'attenzione della dottrina giuridica (non soltanto) europea. In particolare, gli studi giuridici sul rischio da incertezza scientifica dell'ultimo decennio costituiscono indice rivelatore della trasversalità delle tematiche in questione, che presentano profili di riflessione sui diversi fronti del diritto internazionale e comunitario, del diritto costituzionale e amministrativo, del diritto civile e commerciale, della procedura civile e penale oltretutto del diritto penale.

Una siffatta trasversalità va correlata anche al carattere multi-livello della gestione del rischio, nell'ambito della quale la caratterizzazione di diritto internazionale e "globale" del principio di precauzione (criterio guida dell'attività amministrativa in contesti di incertezza scientifica) presenta profonde differenze rispetto ai tratti distintivi del medesimo principio nella dimensione giuridica europea. La dimensione europea, a sua volta, stenta talora a rappresentare un riferimento unitario per l'Unione, viste le tensioni che l'adozione o la non adozione di misure precauzionali possono scatenare ai livelli di governo nazionale, regionale e locale.

Nel delineato contesto, la pianificazione territoriale diventa parte integrante della *risk regulation* e contribuisce alla gestione precauzionale dei rischi "esogeni" ed "endogeni" rispetto ai processi di piano, così assicurando la sicurezza sostenibile in termini di "*flexsecurity*".

La riflessione giuspubblicistica sul rischio tende altresì a trascinare in settori profondamente diversi da quelli della tutela della salute e dell'ambiente.

Ad esempio, tra i criteri guida dell'azione finanziaria europea, specie in relazione alle politiche di bilancio dei singoli Stati membri, è stato individuato il principio di "precauzione finanziaria", il quale condiziona anche la tematica dei c.d. "grandi eventi". Parallelamente, la prospettiva della *risk regulation* è stata adottata in relazione a fenomeni come il terrorismo e l'immigrazione. La riflessione del giurista si apre così anche al tema della prevenzione e gestione del "rischio-corruzione" nella pubblica amministrazione. La stessa "Commissione per lo Studio e l'elaborazione di proposte in tema di trasparenza e prevenzione della corruzione nella pubblica amministrazione", nella sua Relazione finale, ha evidenziato come

l'Integrity Risk Management costituisca un elemento di novità per il settore pubblico. Si tratta di uno strumento di identificazione dei rischi relativi al fenomeno corruttivo finalizzato alla elaborazione di efficaci piani di prevenzione nel più generale contesto di promozione dell'integrità nella pubblica amministrazione.

La riflessione giuridica sul rischio si arricchisce in tal modo di ulteriori elementi di trasversalità. L'analisi della corruzione nella pubblica amministrazione, infatti, tende a spostarsi dall'esclusiva prospettiva della repressione penale a quella parallela e concorrente della prevenzione in via amministrativa.

La trasversalità del "rischio-corruzione" nella pubblica amministrazione va altresì individuata nelle correlazioni con le altre tipologie di rischio. Ad esempio, è stato da tempo evidenziato il rapporto tra corruzione e bassa competitività del sistema economico: il rischio di dissesto finanziario negli enti locali aumenta in contesti istituzionali di diffusa corruzione. Parallelamente, è stata segnalata la correlazione tra disastri naturali (terremoti) e sistemi politico-istituzionali caratterizzati da alti tassi di corruzione.

Così come il rischio "da incertezza scientifica" anche il "rischio-corruzione" ha dimensioni globali e presenta al contempo ricadute locali. Al riguardo, accanto alla Convenzione ONU sulla corruzione, esistono vari documenti e rapporti redatti da numerosi organismi internazionali ed europei che da tempo evidenziano l'esigenza per gli Stati nazionali di adottare al loro interno apposite politiche anticorruzione.

Alla luce della legge 6 novembre 2012, n. 190, ciascuna Amministrazione pubblica può diventare protagonista di una propria politica di prevenzione (comunque ispirata alle linee guida "centrali") secondo un approccio di tipo *bottom up* che consente di moltiplicare le barriere alla corruzione interne all'Amministrazione locale, differenziandole a seconda delle diverse tipologie di attività a rischio. Nel rifuggire da banali letture "panprecauzionali", il lavoro di ricerca collettivo ha mirato ad analizzare taluni degli aspetti principali della odierna regolazione giuridica del rischio, nella considerazione della configurabilità del "rischio" come autonomo sistema giuridico. Si tratta, in particolare, di un «sistema giuridico» che presenta proprie esigenze organizzative, propri modelli procedurali, propri meccanismi di interazione fra pubblico e

privato, propri controlli e sanzioni, peculiari metodologiche di produzione e di valutazione normativa, peculiari meccanismi di controllo giurisdizionale.

In tal senso, il «sistema giuridico» del rischio cresce e si evolve anche grazie al contributo giurisprudenziale. Una pluralità di giurisdizioni comunitaria e nazionale, ordinaria e amministrativa, concorre a rendere effettivo il diritto del rischio attraverso l'interpretazione e l'applicazione “caso per caso” di principi generali come (in particolare) il principio di precauzione.

6. Un'ipotesi di distinzione tra “rischio” e “pericolo”

Un primo interrogativo che il giurista si può porre affrontando il tema concerne l'utilità e la rilevanza dell'impiego del criterio distintivo, elaborata in seno agli studi di sociologia, tra rischio e pericolo: questo deriva dall'ambiente esterno (al pericolo si è esposti), il primo dipende dalla decisione dell'attore che, appunto a esso si espone.

Pur nella consapevolezza che il criterio cui si è fatto prima cenno non è accolto dagli studiosi di eventi sismici e da alluvioni (e dalla normativa che considera componenti del “rischio” la pericolosità, la vulnerabilità e l'esposizione), proseguendo nell'analisi impostata sulla sopra indicata distinzione si può aggiungere che la tendenza attuale è quella di considerare rischi quelli che in passato erano qualificati come pericoli: l'ambiente è un esempio paradigmatico, in ragione della continua interferenza dell'uomo sulle matrici naturali.

Questa prospettiva, tuttavia, nutrita di antropocentrismo e di ingenuità, va in qualche modo arginata, nel senso che dobbiamo accettare che una quota di “problemi” ambientali rimane al di fuori del controllo dell'uomo, connotata dal carattere della ineliminabilità: si pensi ai terremoti e alle perturbazioni atmosferiche.

Questo aspetto, ovviamente, incide sulla natura e sui contenuti della risposta che il diritto deve porre in essere per fronteggiare i pericoli ed i rischi in continuo incremento.

Ciò è dovuto non solo al progresso scientifico e tecnico, che ci scopre fragili, ma anche alla sempre maggiore complessità delle nostre società, profilo che accentua la rilevanza di fenomeni tradizionali

quali la corruzione. Pure la globalizzazione ha portato all'incremento di rischi e pericoli: si pensi a terrorismo e internet.

Molto spesso muta la nozione di chi è esposto al rischio, nel senso che gli effetti di una decisione strategica ricadono sovente sulle generazioni future. Ciò significa che chi assume le decisioni non risponde pienamente dei rischi creati e induce a riflettere sulla sostenibilità di quelle decisioni in chiave intergenerazionale.

7. Certezza giuridica, prevedibilità del rischio e principio di precauzione

Quanto osservato è rilevante per il diritto, tradizionalmente abituato a intervenire quando c'è certezza e consenso e, invece, costretto ora a confrontarsi con situazioni di incertezza e di dissenso.

Intanto, la risposta al rischio percepito viene organizzata incrementando gli istituti giuridici della pianificazione e della programmazione (un esempio interessante è quello di cui all'art. 6, d.lgs. 175/2016, ai sensi del quale le società a controllo pubblico predispongono specifici programmi di valutazione del rischio di crisi aziendale e ne informano l'assemblea nell'ambito della relazione di cui al comma). Siffatta tendenza è particolarmente evidente nel settore della corruzione.

Là dove, invece, si debbono fronteggiare pericoli che non dipendono da nostre decisioni, appaiono maggiormente utilizzati l'istituto della precauzione e i poteri emergenziali.

Le soluzioni offerte dal diritto sono sovente intrise di tecnica o, comunque, a essa fanno ricorso. Questa, dunque, crea bensì pericoli, ma aiuta nell'organizzare la risposta più adeguata.

8. Brevi osservazioni riepilogative

Assai rilevante, all'interno del contesto giuridico, è il ruolo del diritto amministrativo.

Il sistema politico, preoccupato dall'obiettivo, impossibile da raggiungere, di garantire una società priva di rischi, incrementa la quantità delle regole; per altro verso, rischi e pericoli (è il caso della immigrazione) sono spesso usati strumentalmente per adottare e giustificare le proprie scelte, anche in chiave elettorale.

Onde fronteggiare rischi e pericoli, in ogni caso, il legislatore aumenta organizzazioni, compiti, poteri e, quindi, attacchi alla libertà dei singoli.

Per arginare questi “attacchi”, il sistema giuridico prevede diversi istituti, che vanno dalla partecipazione procedimentale alla tutela giurisdizionale, per giungere alla valorizzazione dell'essenziale principio di proporzionalità.

Invero, pure gli elementi e le componenti delle organizzazioni e la loro strutturazione, in quanto oggetto di decisione, implicano rischi e incertezze (significativo è il caso delle linee guida emanate dall'Anac). La risposta del diritto amministrativo risulta poi variabile nel tempo (perché variano i rischi e la percezione degli stessi), profilo che genera il problema della certezza del diritto e della stabilità delle decisioni. Non è un caso che la Cedu si sia mossa sul terreno della legalità come prevedibilità della decisione propri a tutela dei diritti fondamentali degli individui.

Il diritto amministrativo sostanziale, almeno nei suoi istituti generali, non pare ancora abituato a incorporare nel proprio lessico i pericoli. Basti al riguardo osservare che, all'interno della l. 241/1990 una sola norma si riferisce al pericolo. Altre discipline settoriali, invece, quali il codice dei contratti, fanno ampio ricorso al concetto di rischio.

Si è fatto fuggacemente cenno al fatto che molte decisioni espongono a rischi alcuni soggetti diversi dal decisore.

Da questo punto di vista, la riflessione giuridica può attingere allo strumentario tecnico e concettuale proprio del diritto dell'ambiente, abituato a dar rilievo ai casi in cui l'uomo è vittima tali prodotte da altri (inquinamenti). Alcuni minimi principi comuni del diritto del rischio, dunque, potrebbero essere forgiati in questa prospettiva.

L'ambiente induce poi a riflettere su di un ulteriore profilo. Il paradigma dei diritti (soggettivi, fondamentali e così via) e l'incremento degli stessi, con la correlata pretesa a una soddisfazione piena e certa, mettono a nudo le inevitabili sacche di incertezza e le ipotesi in cui una pretesa scritta sulla carta non può essere soddisfatta nella realtà concreta.

Tutto ciò genera ulteriori tensioni e crisi della dimensione giuridica.

In altri termini, anche la diffusione del paradigma del diritto è una delle concause che può spiegare l'emersione delle incertezze e la

difficoltà per l'uomo moderno di accettare il fallimento dei propri progetti.

In questi casi può essere utile introdurre nella riflessione la prospettiva dei doveri, che spinge all'assunzione di atteggiamenti responsabili e nutriti di precauzione. Essi, in fondo, sono quelli più adeguati in una società del rischio, in cui manca la "garanzia del risultato" e in cui è richiesta l'attivazione di comportamenti responsabili.

Insomma, in luogo del dilemma tra libertà e sicurezza parrebbe utile riflettere sul trilemma libertà, sicurezza e responsabilità.



Articolo presentato il 07/07/2018 Pubblicato online in dicembre 2018
© 2018 dall'Autore/i; licenziatario Atti della Accademia Peloritana dei
Pericolanti – Classe di Scienze Giuridiche, Economiche e Politiche.
Questo articolo è un articolo ad accesso aperto, distribuito con licenza
Creative Commons Attribuzione - Non commerciale - Non opere derivate 3.0
APJEP | Atti della Accademia Peloritana dei Pericolanti
Classe di Scienze Giuridiche, Economiche e Politiche
Vol. LXXXVII (2018) - ISSN 2612-1514

DOI: 10.6092 / 2612-1514/ APJEP.87.2018.3-19