



UNIVERSITÀ
DEGLI STUDI DI BARI
ALDO MORO



DIPARTIMENTO JONICO IN SISTEMI
GIURIDICI ED ECONOMICI DEL MEDITERRANEO
SOCIETÀ, AMBIENTE, CULTURE
IONIAN DEPARTMENT OF LAW, ECONOMICS
AND ENVIRONMENT

18
2021

QUADERNI DEL DIPARTIMENTO JONICO

ESTRATTO da

SCELTE TRAGICHE

Atti del III convegno

"Medicina e diritto penale"

Taranto, 11 dicembre 2020

a cura di

Giuseppe Losappio

FABRIZIO CESAREO

Principio di precauzione e gestione del rischio



EDJ ZIONI
SGE

ISBN: 9788894503067

DIRETTORE DEL DIPARTIMENTO

Riccardo Pagano

DIRETTORI DEI QUADERNI

Claudia Capozza - Adriana Schiedi - Stefano Vinci

COMITATO SCIENTIFICO

Cesare Amatulli, Massimo Bilancia, Annamaria Bonomo, Maria Teresa Paola Caputi Jambrenghi, Carnimeo Nicolò, Daniela Caterino, Nicola Fortunato, Pamela Martino, Maria Concetta Nanna, Fabrizio Panza, Pietro Alexander Renzulli, Umberto Salinas, Paolo Stefanì, Laura Tafaro, Giuseppe Tassielli.

COMITATO DIRETTIVO

Aurelio Arnese, Danila Certosino, Luigi Iacobellis, Ivan Ingravallo, Ignazio Lagrotta, Francesco Moliterni, Paolo Pardolesi, Angela Riccardi, Claudio Sciancalepore, Nicola Triggiani, Antonio Felice Uricchio*(in aspettativa per incarico assunto presso l'ANVUR), Umberto Violante.

COMITATO DI REDAZIONE

Patrizia Montefusco (Responsabile di redazione)
Federica Monteleone, Danila Certosino,
Dottorandi di ricerca (Francesca Altamura, Michele Calabria, Marco Del Vecchio, Francesca Nardelli, Filomena Pisconti, Francesco Scialpi, Andrea Sestino, Pierluca Turnone)

Contatti:

Dipartimento Jonico in Sistemi Giuridici ed Economici del Mediterraneo: Società, Ambiente, Culture
Convento San Francesco Via Duomo, 259 - 74123 Taranto, Italy, e-mail:
quaderni.dipartimentojonico@uniba.it telefono: +39 099 372382 • fax: +39 099 7340595
<https://www.uniba.it/ricerca/dipartimenti/sistemi-giuridici-ed-economici/edizioni-digitali>

18
2021 QUADERNI
DEL DIPARTIMENTO JONICO

SCELTE TRAGICHE

Atti del III convegno
"Medicina e diritto penale"
Taranto, 11 dicembre 2020

a cura di
Giuseppe Losappio



L'editore "Dipartimento Jonico in Sistemi
giuridici ed economici del Mediterraneo: società, ambiente, culture"
dell'Università degli Studi di Bari Aldo Moro"

ha chiuso il volume, composto da 287 pagine, il 28 luglio 2021.

Il testo è disponibile *open source* sul sito

<http://edizionidjsge.uniba.it/index.php/i-quaderni>.

I dottorandi Gianluca Ruggiero e Filomena Pisconti hanno collaborato
all'editing dell'opera. Un ringraziamento speciale alla dott. ssa Maria Di
Maggio. Senza il suo generoso e versatile impegno la pubblicazione non
sarebbe stata possibile

ISBN: 978889450367

REGOLAMENTO DELLE PUBBLICAZIONI DEL DIPARTIMENTO JONICO IN
SISTEMI GIURIDICI ED ECONOMICI DEL MEDITERRANEO:
SOCIETÀ, AMBIENTE, CULTURE – EDJSGE

Art. 1. Collane di pubblicazioni del Dipartimento Jonico

Il Dipartimento Jonico in Sistemi Giuridici ed Economici del Mediterraneo: società, ambiente, culture dell'Università degli Studi di Bari Aldo Moro ha tre distinte collane:

- **Collana del Dipartimento Jonico** (d'ora in poi Collana Cartacea), cartacea, affidata alla pubblicazione di una Casa Editrice individuata con Bando del Dipartimento, ospita lavori monografici, atti congressuali, volumi collettanei.
- **Annali del Dipartimento Jonico**, collana di volumi pubblicata on line dal 2013 sul sito <https://www.uniba.it/ricerca/dipartimenti/sistemi-giuridici-ed-economici>, ospita saggi, ricerche, brevi interventi e recensioni collegati alle attività scientifiche del Dipartimento Jonico. Gli Annali del Dipartimento Jonico hanno cadenza annuale.
- **Quaderni del Dipartimento Jonico**, collana di volumi pubblicata on line sul sito <https://www.uniba.it/ricerca/dipartimenti/sistemi-giuridici-ed-economici>, ospita lavori monografici, atti congressuali, volumi collettanei monotematici.

Art. 2. Coordinamento delle Collane del Dipartimento Jonico

È istituito un Coordinamento delle Collane del Dipartimento Jonico formato dai Direttori delle tre collane che dura in carica per un triennio.

Il Coordinamento è diretto dal Direttore del Dipartimento in qualità di Direttore della Collana cartacea, ed è convocato, secondo le necessità, anche su richiesta dei Direttori delle Collane. La riunione del Coordinamento a discrezione del Coordinatore può essere allargata anche ai componenti dei Comitati Direttivi delle tre collane dipartimentali.

Il Coordinamento approva o rigetta le proposte di pubblicazione dei volumi delle Collane, dopo l'espletamento delle procedure di referaggio da parte dei Direttori e dei Comitati Direttivi. In caso di referaggi con esito contrastante, il Coordinamento decide sulla pubblicazione del contributo, sentito il parere del Comitato Direttivo della collana interessata. Il Coordinamento provvede alla formazione dei Comitati scientifici e dei Comitati Direttivi secondo le modalità stabilite dagli articoli successivi.

Art. 3. Direttori delle Collane

La Collana Cartacea è diretta d'ufficio dal Direttore del Dipartimento Jonico che può nominare uno o più condirettori scelti tra i membri del Consiglio di Dipartimento che siano in possesso degli stessi requisiti di seguito elencati per i Direttori degli Annali e i dei Quaderni.

Il/i Direttore/i degli Annali del Dipartimento Jonico è/sono eletto/i dal Consiglio di Dipartimento.

Il/i Direttore/i dei Quaderni del Dipartimento Jonico è/sono eletto/i dal Consiglio di Dipartimento.

L'accesso alle cariche di Direttore degli Annali e dei Quaderni è riservato ai docenti in servizio presso il Dipartimento Jonico ed in possesso dei seguenti requisiti:

- professori ordinari in possesso delle medie ASN richieste per la partecipazione alle commissioni per le abilitazioni nazionali;

- professori associati in possesso delle mediane ASN per il ruolo di professore ordinario;
- RTI in possesso dell'abilitazione per la II o la I fascia, in possesso delle mediane ASN per partecipare alle abilitazioni per la II fascia;
- RTB in possesso di abilitazione alla II o alla I fascia.

I Direttori ricevono le istanze di pubblicazione secondo le modalità prescritte dagli articoli seguenti, valutano preliminarmente la scientificità della proposta tenendo conto del *curriculum* del proponente e dei contenuti del lavoro e procedono, nel caso di valutazione positiva, ad avviare le procedure di referaggio.

I Direttori presiedono i lavori dei Comitati Scientifici e Direttivi e relazionano periodicamente al Coordinamento.

I Direttori curano che si mantenga l'anonimato dei revisori, conservano tutti gli atti delle procedure di referaggio, informano sull'esito delle stesse gli autori invitandoli, ove richiesto, ad apportare modifiche/integrazioni, decidono, d'intesa con il Coordinamento, la pubblicazione o meno in caso di pareri contrastanti dei *referees*.

Art. 4. Comitati scientifici

Ogni collana ha un proprio Comitato Scientifico composto dai professori ordinari e associati del Dipartimento Jonico.

Il Consiglio di Dipartimento può deliberare l'inserimento nel Comitato Scientifico di studiosi italiani o esteri non appartenenti al Dipartimento Jonico.

Art. 5. Comitati Direttivi

Ciascuna delle tre Collane ha un Comitato Direttivo formato da professori e ricercatori, afferenti al Dipartimento Jonico, in possesso, per il rispettivo settore disciplinare, delle mediane richieste dall'ASN per il ruolo successivo a quello ricoperto o, se ordinari, per la carica di commissario alle abilitazioni nazionali.

A seguito di invito del Coordinatore delle Collane del Dipartimento Jonico gli interessati presenteranno istanza scritta al Coordinamento che, in base alle indicazioni del Consiglio di Dipartimento, provvederà alla scelta dei componenti e alla loro distribuzione nei tre Comitati Direttivi.

I Comitati Direttivi collaborano con il Direttore in tutte le funzioni indicate nell'art. 3 ed esprimono al Coordinamento il parere sulla pubblicazione nella loro Collana di contributi che hanno avuto referaggi con esiti contrastanti.

Art. 6. Comitato di Redazione

Le tre Collane sono dotate di un Comitato di Redazione unico, composto da ricercatori, dottori di ricerca e dottorandi, afferenti al Dipartimento Jonico e individuati dai Comitati Direttivi, che, sotto la direzione di un Responsabile di Redazione (professore ordinario, associato o ricercatore), nominato dal Coordinamento delle Collane del Dipartimento Jonico, cura la fase di *editing* successiva all'espletamento positivo della procedura di referaggio.

Art. 7. Procedura di referaggio

Tutte le Collane del Dipartimento Jonico adottano il sistema di revisione tra pari (*peer review*) con le valutazioni affidate a due esperti della disciplina cui attiene la pubblicazione individuati

all'interno dei Comitati Scientifici o Direttivi, oppure, ove ritenuto necessario, all'esterno dei predetti Comitati.

La procedura di referaggio è curata dal Direttore della Collana con l'ausilio dei rispettivi Comitati Direttivi.

Art. 8. Proposta di pubblicazione

La proposta di pubblicazione deve essere indirizzata al Direttore della Collana su modulo scaricabile dal sito <https://www.uniba.it/ricerca/dipartimenti/sistemi-giuridici-ed-economici/edizioni-digitali> nel quale il proponente dovrà indicare le proprie generalità e sottoscrivere le liberatorie per il trattamento dei dati personali e per l'eventuale circolazione e pubblicazione on-line o cartacea del lavoro.

Se il proponente è uno studioso "non strutturato" presso una università o centro di ricerca italiano o estero, la proposta di pubblicazione dovrà essere accompagnata da una lettera di presentazione del lavoro da parte di un professore ordinario della disciplina cui attiene la pubblicazione proposta. Alla proposta di pubblicazione il proponente deve allegare il proprio *curriculum vitae et studiorum* (ovvero rinviare a quello già consegnato in occasione di una precedente pubblicazione) e il file del lavoro in due formati, word e pdf.

Per la pubblicazione sulla Collana Cartacea, il proponente dovrà indicare i fondi cui attingere per le spese editoriali.

Le proposte di pubblicazione dovranno attenersi scrupolosamente ai criteri editoriali pubblicati sul sito <https://www.uniba.it/ricerca/dipartimenti/sistemi-giuridici-ed-economici/edizioni-digitali>. Nel caso di non corrispondenza, o di corrispondenza parziale, il Responsabile di Redazione, coadiuvato dal Comitato di Redazione, invierà agli autori le indicazioni cui attenersi per la fase di *editing*.

Nel caso siano previste scadenze, pubblicate sul sito, la proposta dovrà pervenire tassativamente entro la data indicata, pena la non ammissibilità della stessa.

INDICE

I SESSIONE:

SCELTE TRAGICHE, CULTURA, ECONOMIA E DIRITTI

RELAZIONI

RICCARDO PAGANO <i>Die Kehre come scelta: il tragico come opportunità.</i>	1
STEFANO CERVELLERA, CARLO CUSATELLI, UMBERTO SALINAS <i>L'analisi quasi-real-time della mortalità tarantina fra emergenza ambientale e covid-19.</i>	8
LAURA COSTANTINO <i>Le scelte tragiche nel quadro della food security. Approvvigionamento alimentare e interventi regolativi nell'epoca della pandemia.</i>	14
IVAN INGRAVALLO <i>Il (difficile) bilanciamento tra misure di contrasto alla pandemia da covid-19 e Convenzione Europea dei Diritti dell'Uomo.</i>	24
PAMELA MARTINO <i>Giudicare su scelte tragiche sotto l'egida della CEDU: la funzione extraprocessuale del sindacato di legittimità costituzionale tra civil law e common law.</i>	36

PIERLUCA MASSARO	
<i>Le scelte tragiche nel prisma della tutela della salute in carcere.</i>	48
PAOLO PARDOLESI	
<i>Pandemie e scelte tragiche.</i>	65
FRANCESCO PERCHINUNNO	
<i>Scelte tragiche nell'era covid-19: la tutela del personale sanitario nel quadro dei valori costituzionali.</i>	72
MARIA BENEDETTA SAPONARO	
<i>L'insostenibile leggerezza del tragico.</i>	81
ADRIANA SCHIEDI	
<i>La dialettica tra logos/pathos: per una pedagogia fenomenologica della ragione empatica.</i>	92
PAOLO STEFANÌ	
<i>Diritto, religione e scelte tragiche.</i>	104
LAURA TAFARO	
<i>Il paradigma rovesciato: le scelte non tragiche.</i>	110
STEFANO VINCI	
<i>L'influenza spagnola e le scelte emergenziali del governo italiano.</i>	148

INTERVENTO PROGRAMMATO

FABRIZIO CESAREO	
<i>Principio di precauzione e gestione del rischio.</i>	170

II SESSIONE: SCELTE TRAGICHE, SCELTE INFELICI E DIRITTO PENALE

MAURIZIO CARBONE	
<i>Introduzione.</i>	174

RELAZIONI

LUCIA RISICATO <i>Mors tua, vita mea, morire con il covid per l'assenza di posti letto. Profili di responsabilità del "rianimatore".</i>	178
GIANDOMENICO DODARO <i>Mors tua, vita mea, morire con il covid per l'assenza di posti letto. Linee di fuga della responsabilità lungo la catena di "comando e controllo" della sanità.</i>	189
MARCO SCOLETTA <i>Covid, risorse scarse e profili di responsabilità da reato degli enti sanitari.</i>	198
SILVIA TORDINI CAGLI <i>La disattivazione del "supporto vitale" della persona capace di consenso ma non di agire.</i>	212
MARIA BEATRICE MAGRO <i>Disattivazione del "supporto vitale" della persona incapace di consenso e di azione ed evoluzione giurisprudenziale sull'aiuto al suicidio.</i>	220
GIUSEPPE LOSAPPPIO <i>Fine vita e "diritto vivente" dal caso Englaro a quello Trentini.</i>	258

Intervento programmato

Fabrizio Cesareo

PRINCIPIO DI PRECAUZIONE E GESTIONE DEL RISCHIO

Il fondamento del principio di precauzione, citato nell'art. 191 TFUE e nell'art. 301 D.Lgs. n. 152 del 3 aprile 2006, c.d. Codice dell'Ambiente e da non confondere con il principio di prevenzione, risiede nella «consapevolezza che le conoscenze dell'uomo nel proprio agire in un determinato momento storico sono per definizione limitate, in quanto l'essere umano non è in grado di prevedere tutte le possibili conseguenze che da esso possono discendere»¹ e «la portata degli effetti delle proprie innovazioni tecnologiche e delle politiche economiche»².

Tale postulato risulta strettamente collegato con il fattore rischio, che mai come nell'anno della pandemia da Covid-19 si è imparato a conoscere, da assumersi, a sua volta, quale associazione inevitabile all'importante ruolo della contemporanea *societas*. Nel rischio vi sono due componenti: le conseguenze distruttive già in atto e l'elemento potenziale del rischio. In questo l'analisi economica del diritto ha concesso di sottolineare come anche l'attività economica sia «strettamente collegata al tempo, in quanto essa conosce un momento iniziale e finale ove il tempo intercorrente tra questi due limiti genera incertezza»³. Il rischio potrebbe, pertanto, definirsi come l'ipotesi che possano ingenerarsi conseguenze sfavorevoli per il soggetto. L'obiettivo resta, quindi,

¹ B. Bertarini, *Tutela della salute, principio di precauzione e mercato del medicinale. Profili di regolazione giuridica europea e nazionale*, Torino, 2016, p. 5.

² S. Di Benedetto, *Il principio di precauzione nel diritto internazionale*, Lecce, 2006, p. 11.

³ D. Lamanna Di Salvo, *L'influenza del fattore "rischio" nella gestione aziendale*, in C. Riviezzo (a cura di), *L'impresa in tempo di crisi. Riorganizzazione e strumenti di soluzione dell'insolvenza - Rapporti di lavoro, con banche e fisco*, Milano, 2010, p. 4.

quello di eliminare l'incertezza, quale «assenza, anche parziale, di informazioni rispetto a una situazione futura [...]»⁴.

La tutela della salute è un diritto previsto nella Carta sociale europea del 1961, che prevede un *minimum* nell'ambito della salvaguardia *multilevel* dei diritti economici e sociali, ove l'art. 11 sancisce il diritto alla protezione della salute stabilendo che sia compito degli Stati aderenti di adoperarsi e l'art 13 sancisce poi il diritto all'assistenza sociale e medica.

Nel 1999 la Raccomandazione del Consiglio del 12 luglio ha fatto per esempio riferimento alla opportunità di porre in essere un *precautionary approach* in merito alla protezione dalle radiazioni non ionizzanti⁵.

Ma è la Comunicazione della Commissione (COM)2000 1 *final* che definisce il principio in oggetto come assunto di portata generale che trova applicazione in tutti i casi in cui una preliminare valutazione scientifica obiettiva indica che ci sono ragionevoli motivi di temere che i possibili effetti nocivi sull'ambiente e sulla salute degli esseri umani (degli animali e delle piante) possano essere incompatibili con l'elevato livello di protezione prescelto. La COM mette in evidenza le sue due caratteristiche, vale a dire: a) «pervenire a decisioni proporzionate che assicurino il livello di protezione considerato appropriato»⁶; b) ricercare il giusto compromesso corrispondente alla tutela da apprestare.

Orbene, ciò che emerge è il conflitto tra la decisione politica di agire o di non agire e il come agire, atteso che poi il principio di precauzione deve essere posto in connessione con altri principi, quali: il principio di proporzionalità, il principio di non discrezionalità, il principio di coerenza ed il principio dell'esame dell'evoluzione scientifica. In questo le scelte tragiche costituiscono un'estrinsecazione pratica del conflitto anzidetto; ma questo meriterebbe un'analisi di ottimizzazione dei valori posti all'attenzione degli operatori, che si trovano a dover scegliere tra diritto alla salute, *ex art. 32, comma 1, Cost.* e diritto al libero esercizio di un'attività economica, *ex art. 41, comma 2, Cost.*

Peculiare è stato il terzo programma d'azione comunitaria in materia di salute pubblica, per il periodo 01/01/2014-31/12/2020, che non ha previsto un rinvio al principio *de quo*

⁴ D. Lamanna Di Salvo, *L'influenza del fattore "rischio" nella gestione aziendale*, cit., p. 5; J. O'Riordan, J. Cameron, A. Jordan, *Reinterpreting the precautionary approach*, London, 2001, p. 3 ss.

⁵ C.M. Nanna, *Principio di precauzione e lesione da radiazioni non ionizzanti*, Napoli, 2003, passim.

⁶ D. Franzone, *Il principio di precauzione in diritto comunitario*, in A. Bianchi, M. Gestri (a cura di), *Il principio di precauzione nel diritto internazionale e comunitario*, Milano, 2006, p. 8.

ma ha posto l'attenzione alla sola problematica della valutazione dei rischi correlati in *prima facie* alle minacce sanitarie transfrontaliere.

«La pandemia ha colto tutti alla sprovvista e, almeno in Italia, e in alcune sue Regioni, ha costretto le Autorità competenti ad un'opera di continuo raffronto tra “precauzione” e “proporzionalità” dell'azione conseguenziale necessariamente condizionata dall'”emergenza” che, nel frattempo, era già prevalsa sul “rischio”. Ne sono derivati provvedimenti davvero eccezionali, tutti giustificati dalla suprema ratio della tutela della salute pubblica e della necessità di garantire la tenuta del sistema sanitario e, gradatamente, volti a comprimere sempre di più talune libertà che si sono sempre considerate intangibili, costringendo ciascuno di noi a non fermarsi a leggere solo la prima parte delle norme che le contemplano ma a spingersi oltre, cogliendone i limiti. Così, accade ora per la “libertà di circolazione” che, per l'art. 16 Cost., può essere limitata per “motivi di sanità e di sicurezza”; o, in generale, per tutte le altre prerogative personali e collettive che ne risultano menomate – *privacy*, vita di relazione, istruzione ed attività culturali che corredano il nostro sapere, iniziativa economica – e che potrebbero essere ricondotte alla clausola aperta dell'art. 2 Cost. ed alle Convenzioni europee sulla tutela dei diritti delle persone»⁷.

«Tuttavia, sul piano della tutela dei diritti e degli interessi in giuoco, decisivo è sempre stato il ruolo della Corte costituzionale, la cui interpretazione è stata sempre orientata a garantire che il principio stesso, nel necessario bilanciamento, non sia mai “prevalente” quanto piuttosto considerato in maniera tale che il diritto o le libertà compresse non vengano troppo menomati, soprattutto nei casi in cui, nella valutazione del rischio, persista l'incertezza scientifica»⁸.

Pertanto, il principio di precauzione può rappresentare realmente l'utile strumento di gestione del rischio, cd. *risk management* e questo consentirebbe di fatto di allontanarsi dai classici dogmi della dottrina privatistica, ma solo in virtù di un'applicazione non assolutistica e connotata da un'accezione negativa di questa “norma”.

⁷ T. Pasquino, *Il principio di precauzione ai tempi del Covid-19 tra “rischio” ed “emergenza”*, in *BioLaw Journal – Riv. BioDiritto*, s.i. 1, 2020, pp. 597-598.

⁸ T. Pasquino, *Il principio di precauzione ai tempi del Covid-19 tra “rischio” ed “emergenza”*, cit., p. 599.