

NEL VENTESIMO ANNO DEL TERZO MILLENNIO

Sistemi politici, istituzioni economiche e produzione del diritto
al cospetto della pandemia da Covid - 19

I saggi qui raccolti sono stati concepiti e messi su carta nel periodo di più stretto confinamento. Per la maggior parte gli autori sono giovani ricercatori. Ma, nel percorso del quale il libro è il resoconto, hanno potuto lavorare insieme a personalità consolidate e forti. Il metodo è stato quello della contaminazione (ma virtuosa e vitale, in opposizione e antidoto a quella mortifera della pandemia) tra discipline giuridiche diverse e tra queste e l'economia e la scienza politica e qualche profilo di "scienze dure".

Ora l'opera non appartiene più a chi l'ha redatta. Appartiene ai lettori, che ne giudicheranno il pregio e diranno se il progetto ha raggiunto credibilmente il suo obiettivo.

Ma c'è un risultato già conseguito, assai importante per chi ha voluto l'iniziativa e ne ha curato la restituzione editoriale: avere tenuto insieme, in quel singolare e straniante interludio che abbiamo vissuto, con la forza di coesione del nostro lavoro, una parte certo non insignificante della comunità fridericiana, attraendo anche i suoi immediati dintorni.

E questo è un valore in sé. Dobbiamo infatti rifiutare la stolido domanda – usciremo migliori o peggiori da questa prova, più consapevoli e solidali o più incattiviti e primordiali nel ritorno a una ferinità originaria? – domanda illusoria, per l'ingenuo determinismo della risposta che in ogni caso pretende. La questione corretta è: in quale misura riusciremo (siamo riusciti) a conservare le nostre risorse vitali, il tessuto connettivo dei nostri rapporti, al punto da poter sostenere la nostra resilienza?

In questa parte del mondo che è il nostro contesto scientifico abbiamo dato una risposta.

Questo libro ne è la testimonianza.

Sandro Staiano, curatore dell'opera, è ordinario di Diritto costituzionale nell'Università di Napoli Federico II.

Immagine copertina di Phil Shaw, Shelf Isolation, 2020, archival print, courtesy of Rebecca Hossack Art Gallery

Progetto grafico copertina di Marcella Trapani

EDITORIALE
SCIENTIFICA

€ 50,00

ISBN 978-88-9391-824-4

EDITORIALE
SCIENTIFICA

NEL VENTESIMO ANNO DEL TERZO MILLENNIO

Sistemi politici, istituzioni economiche e produzione del diritto
al cospetto della pandemia da Covid - 19

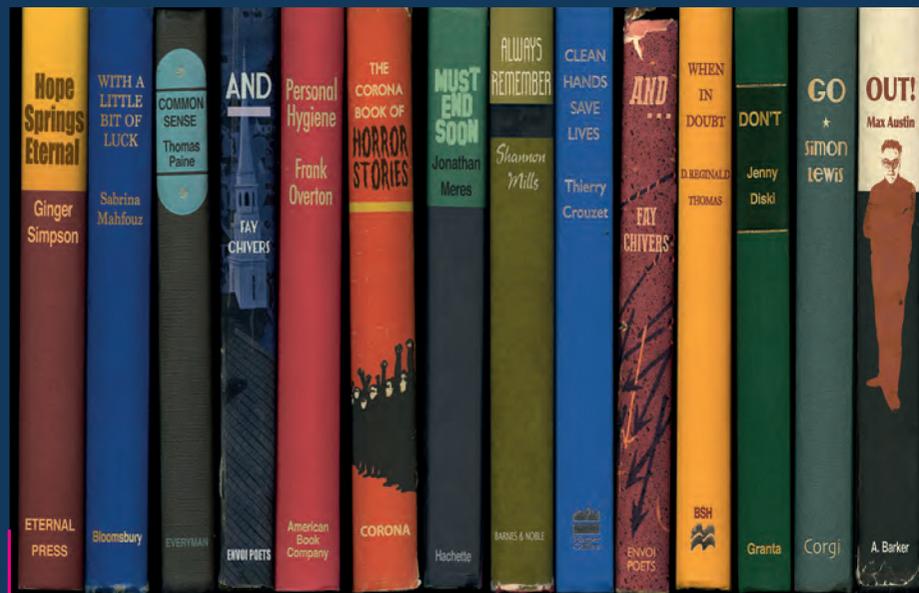
a cura di SANDRO STAIANO



NEL VENTESIMO ANNO DEL TERZO MILLENNIO

Sistemi politici, istituzioni economiche e produzione del diritto
al cospetto della pandemia da Covid - 19

a cura di SANDRO STAIANO



NEL VENTESIMO ANNO DEL TERZO MILLENNIO

Sistemi politici, istituzioni economiche e produzione del diritto
al cospetto della pandemia da Covid-19

A cura di

SANDRO STAIANO

EDITORIALE SCIENTIFICA
NAPOLI

Questo volume è stato realizzato con il contributo
del Dipartimento di Giurisprudenza
dell'Università di Napoli Federico II

Proprietà letteraria riservata

© Copyright 2020 Editoriale Scientifica s.r.l.
Via San Biagio dei Librai, 39 – 80138 Napoli
www.editorialescientifica.com info@editorialescientifica.com

ISBN 978-88-9391-824-4

INDICE

PARTE I

CONTESTO COSTITUZIONALE E MODI DI PRODUZIONE DEL DIRITTO

SANDRO STAIANO <i>Né modello né sistema. La produzione del diritto al cospetto della pandemia</i>	11
UMBERTO RONGA <i>Il Governo nell'emergenza "permanente": le modalità della produzione normativa</i>	45
FULVIO PASTORE <i>Dinamiche dei rapporti tra Governo, maggioranza e minoranze parlamentari</i>	93
GENNARO FERRAIUOLO <i>Nazionalismo banale e livelli di governo dell'emergenza</i>	113
ALESSIA FARANO, VALERIA MARZOCCO <i>Expertise tecniche e decisori politici. Razionalità legislativa e uso dell'argomento scientifico nella produzione del diritto emergenziale</i>	149
CARLA ACOCELLA <i>La dimensione del tempo e l'esercizio della funzione nella stagione dell'emergenza</i>	185
ANDREA ABBAMONTE <i>I contratti di fornitura nel sistema amministrativo di fronte alla pandemia</i>	265
ALFONSO VUOLO <i>Il sindacato di legittimità sulle misure di contrasto alla pandemia</i>	305
MICHELA TROISI <i>Il processo innanzi alla Corte costituzionale di fronte alla emergenza epidemiologica: specificità e omologazione delle modalità telematiche</i>	321

PARTE II
AL COSPETTO DELL'UNIONE EUROPEA

AMEDEO ARENA	
<i>Emergenza e libertà fondamentali nel mercato unico</i>	357
TERESA CIMMINO	
<i>Pratiche commerciali sleali. La recente prassi della Commissione europea e dell'Autorità Garante della Concorrenza e del Mercato a tutela del consumatore</i>	375
CLAUDIA MASSA	
<i>Aiuti di Stato nella pandemia. Il regime temporaneo introdotto dalla Commissione e le misure di sostegno adottate dagli Stati membri</i>	393
FLAVIA ROLANDO	
<i>La tutela della salute nel diritto dell'Unione europea in risposta all'emergenza</i>	417
CHIARA FIORILLO	
<i>La protezione dei dati personali nel diritto UE di fronte all'emergenza</i>	435
ADRIANO MAFFEO	
<i>Gli effetti della pandemia sul contenzioso dell'Unione europea</i>	453
CRISTINA D'AMBROSIO	
<i>Dal Meccanismo Europeo di Stabilità ai "Corona Bonds": le possibili alternative per fronteggiare la crisi dell'eurozona a seguito dell'emergenza pandemica</i>	475

PARTE III
NEI RAPPORTI INTERNAZIONALI

GIOVANNI ZARRA	
<i>La CEDU e le misure restrittive per fronteggiare l'emergenza in Italia</i>	495
DONATO GRECO	
<i>L'organizzazione mondiale della sanità davanti alla pandemia</i>	517

INDICE	7
--------	---

GIULIANA LAMPO <i>L'impatto delle misure di contenimento della pandemia sui diritti degli investitori stranieri: riflessioni in tema di responsabilità statale</i>	549
---	-----

DONATO GRECO <i>Restrizioni delle esportazioni nell'emergenza sanitaria: una prospettiva di diritto del commercio internazionale</i>	579
---	-----

ALESSANDRO STIANO <i>Emergenza e sorveglianza di massa: modelli orientali ed europei di garanzia della privacy</i>	595
---	-----

PARTE IV RAPPORTI ECONOMICI

GIANFRANCO VIESTI <i>Che Italia sarà? I possibili impatti settoriali, occupazionali e territoriali dell'emergenza Covid e gli interventi di politica economica</i>	623
---	-----

ADRIANO GIANNOLA <i>Il Sud in bilico. La fine del blocco e le (non incoraggianti) prospettive</i>	641
--	-----

PIETRO SELICATO <i>Normativa emergenziale e fisco. Premesse per una disciplina del sistema delle agevolazioni fiscali territoriali</i>	659
---	-----

ADELE CALDARELLI, RAFFAELLA CASCIELLO, FIORENZA MEUCCI, ROSANNA SPANÒ <i>Riflessioni in tema di accountability e gestione del rischio nel Servizio Sanitario Nazionale di fronte all'emergenza</i>	677
---	-----

PARTE V RAPPORTI POLITICI E POLITICHE

FORTUNATO MUSELLA <i>I poteri di emergenza nella Repubblica dei Presidenti</i>	701
---	-----

VALENTINA REDA <i>Big Data ed emergenza: politiche pubbliche della sanità e dell'istruzione nella platform society</i>	723
---	-----

PARTE VI

LA SCIENZA E LA COMUNICAZIONE DEI SUOI RISULTATI

FRANCESCO GUARINO, ANGELA CICATELLI, IVANO SPINIELLO, GIOVANNI IMPROTA, MARIA TRIASSI, STEFANO CASTIGLIONE <i>Aspetti ambientali della pandemia: le nuove frontiere della ricerca</i>	745
---	-----

MARCO ESPOSITO <i>I numeri del Covid 19. Le falle nella comunicazione ufficiale in Italia nella prima fase dell'emergenza</i>	759
--	-----

EXPERTISE TECNICHE E DECISORI POLITICI
RAZIONALITÀ LEGISLATIVA
E USO DELL'ARGOMENTO SCIENTIFICO
NELLA PRODUZIONE DEL DIRITTO EMERGENZIALE

ALESSIA FARANO - VALERIA MARZOCCO*

SOMMARIO: 1. Il governo della pandemia tra decisore politico e sapere esperto: prospettive e metodo dell'indagine. – 2. Regolare *la* scienza o regolare *a partire dalla* scienza? Razionalità legislativa e canoni della “buona legislazione” al tempo del Covid-19. – 3. Tra politica e scienza. *Expertise* tecniche e processi decisionali pubblici. – 4. Gli atti normativi nel governo dell'emergenza. – 5. Dal legislatore deferente alla funzione argomentativa della scienza. – 6. Il Comitato tecnico-scientifico in prospettiva comparata. – 7. Il governo dell'incertezza oltre il principio di precauzione.

1. *Il governo della pandemia tra decisore politico e sapere esperto: prospettive e metodo dell'indagine*

La sempre maggiore pervasività del diritto nell'alveo della “vita materiale”¹, secondo la *verità*, di certo mai stata così *ovvia*, della vulnerabilità di tutti e di ciascuno², non è un dato che origina con l'emergenza epidemiologica in atto. Di questa penetrazione della regola giuridica nella *nuda vita*³ le fasi in cui si è articolato il governo della pandemia

* Rispettivamente assegnista di ricerca, LUISS Guido Carli – Roma e associata di Filosofia del diritto, Università di Napoli Federico II. Sebbene il lavoro sia frutto di una riflessione congiunta, Valeria Marzocco è autrice dei §§ 1, 2, 3 e Alessia Farano dei §§ 4, 5, 6, e 7.

¹ Con riguardo alla “vita materiale” nella prospettiva del diritto, nel superamento costituzionalmente orientato del pervicace “agnosticismo” dei codici ottocenteschi: L. MENGONI, *La tutela giuridica della vita materiale nelle varie età dell'uomo*, *Rivista trimestrale di diritto e procedura civile*, XXXVI, IV, 1982, 1117-1136 (118).

² Sulla vulnerabilità intesa come “precarietà” del corpo biologico e, per questo, “truismo” o “ovvia verità” dalla quale discende una delle condizioni di legittimazione dell'ordinamento giuridico, si pronuncia esplicitamente Herbert Hart: H.L.A. HART, *Il concetto di diritto* (1961), Torino, 2002, 225 ss.

³ Il tema della “nuda vita” – *bloß Leben* – (W. BENJAMIN, *Per la critica della violenza* (1921), in ID., *Angelus novus*, tr. it. R. Solmi, Torino, 1999, 5-31) recuperato da Giorgio Agamben (*H. Sacer. Il potere sovrano e la nuda vita*, Torino, 1995, 5-28) è implicitamente richiamato da quest'ultimo, assieme alla categoria schmittiana dello *stato di*

rappresentano però un quadro specificamente complesso, questo sì inedito.

In termini di premessa, ciò può ricondursi al singolare intreccio che la crisi sanitaria ha istituito tra il diritto dell'emergenza e la relazione di co-produzione che si è osservata tra scienziati e decisori circa la sua produzione⁴: è uno scenario che conferisce complessità ai canoni consolidati della legislazione su basi scientifiche, sotto il profilo della formazione della volontà politica e dei modelli di teoria e tecnica della legge, ricadendo criticamente sulla razionalità e sui canoni di *ragionevolezza scientifica* adottati dal legislatore⁵.

Valutare la normazione prodotta nel corso dell'emergenza epidemiologica alla luce delle prospettive appena indicate rappresenta senz'altro una delimitazione del campo d'indagine, considerato il più ampio spettro delle questioni teorico-generaliste poste dal diritto emergenziale⁶. A farsi immanente è una forma di esercizio accentrato della decisione che, sebbene non in contrasto con il modello costituzionale⁷,

eccezione quale chiave di una lettura, invero assai discutibile, dell'epidemia: <https://ilmanifesto.it/lo-stato-decezione-provocato-da-un'emergenza-immotivata/>.

⁴ Sul linguaggio della co-produzione: S. JASANOFF (ed.), *States of Knowledge: The Co-Production of Science and Social Order*, London and New York, 2004.

⁵ Nella vasta letteratura in materia: R. BIN, *La Corte e la scienza*, in A. D'ALOIA (a cura di), *Bio-tecnologie e valori costituzionali. Il contributo della giustizia costituzionale*, Torino, 2005, 1-23; S. PENASA, *La ragionevolezza scientifica delle leggi nella giurisprudenza della Corte costituzionale*, *Quaderni costituzionali*, 4, 2009, 817-842; P. VERONESI, *Le cognizioni scientifiche nella giurisprudenza costituzionale*, *Quaderni costituzionali*, 3, 2009, 591-618; A. PATRONI GRIFFI, *Le regole della bioetica tra legislatori e giudici*, Napoli, 2016.

⁶ Ben oltre l'asserita prospettiva di "risalire la catena normativa" del diritto emergenziale, una disamina acuta di questi aspetti, anche ricadenti sul rapporto tra "stato d'assedio", "stato d'eccezione" ed "emergenza" si trova in: M. LUCIANI, *Il sistema delle fonti del diritto alla prova dell'emergenza*, in *Liber amicorum per Pasquale Costanzo*, *Consulta Online*, 11 aprile 2020. In via sistematica, a vagliare l'inopportuno e diffuso ricorso ad una "emergenza stabilizzata" nell'ordinamento italiano: S. STAIANO, *Brevi note su un ossimoro: l'emergenza stabilizzata*, in S. STAIANO (a cura di), *Giurisprudenza costituzionale e principi fondamentali*, Torino, 2006, 649-661.

⁷ La discussione costituzionalistica in materia, animatasi sin dalle prime fasi dell'epidemia, è ormai già molto ampia. In termini di schematizzazione, e limitandosi alle questioni del diritto pubblico e costituzionale interno, lo sforzo degli interpreti si è prodotto in tre macroaree: la prima, concentrata sul vaglio delle forme di accentramento della decisione in capo al governo alla luce dei profili teorico-generalisti del diritto dell'emergenza (su questo punto, pur avvertendo circa la necessità di "tutelare la nostra democrazia costituzionale dalla pandemia", vi sarebbe da accogliere tale processo come "autoassunzione di un potere *extra-ordinem* che si legittima per via di necessità": G.

gli estesi poteri di ordinanza e l'irradiarsi orizzontale delle competenze tra Stato e Regioni hanno certamente consolidato⁸, definendo una retrocessione della centralità del Parlamento⁹. Senonché, proprio la tensione cui i DPCM e gli atti derivati hanno sottoposto diritti e libertà fondamentali¹⁰ non si colloca in un processo intellegibile alla luce del solo diritto dell'emergenza, giacché il circuito costituitosi tra decisore politico ed esperti di esso rappresenta elemento decisivo e critico, sotto il profilo della giustificazione razionale e pubblica della volontà politica e, in prospettiva, per le ricadute interpretative dei testi prodotti.

Questo *diritto dell'emergenza basato sulle evidenze scientifiche* è uno dei dati normativi che occorre considerare, anche solo alla luce di una rappresentazione di un ruolo dell'*expertise* scientifica nel campo

AZZARITI, *Il diritto costituzionale dell'eccezione*, *Costituzionalismo.it*, 1, 2020, II e III); in parte ricollegandosi a questa, si è poi distinto un profilo di analisi teso a valutare la tenuta costituzionale delle misure di temporanea ma severa compressione delle libertà fondamentali ad opera dei DPCM (su ciò, con riguardo al soddisfacimento della riserva di legge ex art. 16 Cost., in tema di libertà di circolazione e alla loro “duplice legittimazione”: B. CARAVITA, *L'Italia ai tempi del Coronavirus. Rileggendo la Costituzione italiana delicata, federalismi.it*, 6, 2020); infine, perché ricadente su profili valutativi che tornano a considerare la riforma del Titolo V della Carta fondamentale, ma anche giacché destinata, come dimostra l'impugnazione del provvedimento della Regione Calabria (Ordinanza P.G.R. Calabria n. 37, 29 aprile 2020) ad opera del Ministro degli Affari Regionali, è la criticità del quadro dei rapporti tra Stato e Regioni messa a fuoco dalla pandemia.

⁸ V. BALDINI, *Emergenza sanitaria e personalismo “asimmetrico” nelle politiche regionali. Aspetti problematici... e rischiosi*, *Dirittifondamentali.it*, 1, 2020.

⁹ Sul punto, occorre specificare che, al netto degli evidenti meccanismi di accentramento della decisione originati dalla Dichiarazione dello stato di emergenza (CdM 31 gennaio 2020) e dal D.L. 23 febbraio 2020 n. 6, che conferiva “alle autorità competenti” il potere di adottare le misure di contrasto alla diffusione pandemica (art. 1), la condizione di effettiva impossibilità del Parlamento a riunirsi ha aperto una discussione, soprattutto in seno alla dottrina costituzionalistica, sulle modalità che potessero assicurare un voto a distanza, sulla scorta delle scelte operate in altri paesi. Per una prospettiva di diritto interno, ciò implicherebbe l'adozione di un'interpretazione evolutiva della “presenza” parlamentare: M. LUCIANI, *Il sistema delle fonti del diritto*, cit.

¹⁰ Tra queste, accanto alla libertà di circolazione (cfr. *supra*, nt. 7), particolarmente rilevante è l'aspetto che riguarda il diritto alla difesa nel processo penale, compromesso nella sua declinazione “materiale” – ossia, con riguardo allo specifico contributo che l'imputato può fornire – dalla “normalizzazione” ex art. 83 co. 12 D.L. 18/2020 degli istituti di “partecipazione virtuale al processo” già previsti a partire dall'art. 146-bis disp. att. c.p.p.: O. MAZZA, *Distopia del processo a distanza*, *Archivio penale*, 1, 2020. Sulla diagnosi di una “grande contrazione” dei diritti fondamentali: A. RUGGERI, *Il coronavirus, la sofferta tenuta dell'assetto istituzionale e la crisi palese, ormai endemica, del sistema delle fonti*, *Consulta Online*, 1, 2020, 205 ss.

dell'esercizio della decisione politica sulle libertà fondamentali mai stato così penetrante. Sebbene siano molte le questioni che si aprono da ciò¹¹, vi è in tutte, riconoscibile, un nodo teorico e, più ancora, sistematico.

La pandemia generata dal virus SARS-CoV-2 mette in forma un ordine deliberativo tra sapere esperto e decisore politico che consacra un ruolo delle *expertise* mai sperimentato in precedenza. Più nel dettaglio, vi è uno spazio specifico e inedito che la consulenza tecnico-scientifica occupa *dall'interno* nella gestione dell'emergenza, in cui la natura di "forum ibrido" di questi consessi, interpreti di tensioni normative che sono ad un tempo *scientifiche* e *politiche*, si fa vedere appieno¹². Per cogliere questo aspetto non occorre limitarsi a considerare la forma che la legittimazione del sapere scientifico ha assunto sul piano del discorso pubblico, che è un elemento, ma non il solo, e non quello che rileva più immediatamente sotto il profilo giuridico. Appare piuttosto più opportuno collocare gli atti normativi prodotti nell'ambito del diritto "evidence-based"¹³, per analizzare quale sia *l'uso* che del sapere esperto fa il decisore nel contesto dell'emergenza, e isolare, conseguentemente, alcune prime considerazioni sull'integrazione dei canoni di razionalità e ragionevolezza rinvenibili nella forma del rinvio alla conoscenza tecnico-scientifica.

¹¹ La moltiplicazione dei comitati tecnico-scientifici, ai vari livelli in cui essi partecipano alla formazione della decisione, frammenta le strategie di governo della crisi epidemiologica, costruendo discrasie sul piano dell'armonizzazione dei testi tra *centro* e *periferia* destinate a ricadere *esternamente* sul piano interpretativo: cfr., *infra*, § 6.

¹² A sottolineare l'ambiguità del contributo epistemico prodotto dalle *expertise* nelle politiche pubbliche – non un *sapere*, quanto, piuttosto, una *competenza* –, vi è la difficoltà a tenere separati gli aspetti meramente "cognitivi" da quella espressione di punti di vista "normativi", sia etici che politici: F. FISCHER, *Democracy and Expertise. Reorienting Policy Inquiry*, Oxford, 2009.

¹³ In questo lavoro, il richiamo al diritto "evidence-based" si limita alla considerazione di quei prodotti normativi che in dottrina sono meglio conosciuti come *atti normativi fondati su evidenze (o premesse) scientifiche*. Tenendosi in questo specifico ambito, va rilevata in premessa una distanza tra l'approccio che si è privilegiato in questi anni in Italia, dalla prospettiva emergente nell'analisi giuridica europea e angloamericana: mentre in quest'ultimo caso si tende a fondere la tipologia della "evidence-based legislation" nel contesto della funzione esercitata dall'"empirical knowledge" sulla regolazione (per uno sguardo d'insieme: S.T. TRAUTMANN, *Empirical Knowledge in Legislation and Regulation: A Decision Making Perspective, The Theory and Practice of Legislation*, 553, 2009, 533-542), in Italia gli studi si sono concentrati piuttosto sul rapporto tra valutazione legislativa e controllo sulla ragionevolezza scientifica da parte del Giudice delle Leggi (nella vasta letteratura in materia: P. VERONESI, *Cognizioni scientifiche nella giurisprudenza costituzionale, Quaderni costituzionali*, XXIX, 3, 2009, 591-618).

L'esame dei modelli di teoria di legislazione relativi agli atti basati su evidenze scientifiche, nel cui quadro generale il diritto dell'emergenza si lascerebbe cogliere, può contribuire a fornire strumenti decisivi per l'intelligenza di queste dinamiche?

Con riguardo ai principali aspetti su cui si concentrano gli studi in materia, la produzione normativa dell'emergenza restituisce certamente una peculiarità, che è data dalla oscillante rilevanza del *contesto giustificativo esterno* in base al quale trova fondamento l'adozione delle norme di condotta prescritte: non assumendo un particolare rilievo il tema della "normazione tecnica", questo aspetto orienta l'indagine sull'argomento scientifico che, ora implicitamente, ora in termini espressi, si ritrova richiamato nella produzione del diritto emergenziale¹⁴. In questi termini, prevalendo l'obiettivo del contenimento della diffusione del virus, la decisione politica sulla materia dell'emergenza epidemiologica si è tradotta nella scrittura di disposizioni in cui l'inevitabile ricorso a terminologie scientifiche ("normazione tecnica")¹⁵ non revoca in dubbio la natura di un linguaggio tipico della norma di condotta il cui orientamento teleologico assume l'argomento scientifico come riferimento implicito¹⁶. Ciò, come si vedrà, pone in una specifica prospettiva il peso

¹⁴ Giova precisare i significati con cui ci si intende riferire ai due lemmi riportati nel testo: per "norme tecniche" vale la definizione che fa leva sulla *giustificazione teleologica* della regola giuridica ("la regola tecnica ricava un obbligo di comportarsi in un certo modo dal perseguimento di questo interesse assunto come un fine": G.H. VON WRIGHT, *The Foundation of Norms and Normative Statements* (1965): tr.it. a cura di R. Guastini, in P. COMANDUCCI-R. GUASTINI (a cura di), *L'analisi del ragionamento giuridico*, Torino, 1987, 74); quanto alla "normazione tecnica" si intende invece riferirsi al contenuto della disposizione normativa, quando esso è ricavata *da* o attinge *a* un linguaggio specialistico (per i problemi che ne discendono, cfr. *infra*, § 5).

¹⁵ Su questo punto, tuttavia, è di non poco conto che tali riferimenti si limitino ad una terminologia generica all'interno dei testi direttamente emanati dal Governo – quali, ad esempio, il diffuso richiamo a "pandemia" o a "rischio epidemiologico" – mentre, come si legge nell'art. 2 del D.L. 25 marzo 2020, "Per i profili tecnico-scientifici e le valutazioni di adeguatezza e proporzionalità, i provvedimenti di cui al presente comma sono adottati sentito, di norma, il Comitato tecnico scientifico di cui all'ordinanza del Capo del dipartimento della Protezione civile 3 febbraio 2020, n. 630".

¹⁶ Nella lettura privilegiata da questo lavoro, il complesso delle misure previste (e poi variamente articolate) a partire dal DPCM 8 marzo 2020 (con le severe limitazioni della libertà di circolazione, ma anche in virtù delle misure che, ex art. 1, impattavano in vari ambiti – scolastico, culturale, sportivo, sanitario – sulla sua concreta espressione) costituiscono disposizioni che possono essere annoverate quali "regole tecniche", se si considera il loro esplicito atteggiarsi quale *mezzo* per il raggiungimento di un *fine* (cfr. *supra*, nt. 14). Assumendo la premessa di cui all'art. 1 D.L. 25 marzo 2020 recante "Mi-

dei canoni ai quali è dato ricostruire la *ragionevolezza scientifica* delle scelte del legislatore, alla luce delle misure in cui l'esigenza dell'azione precauzionale si esplicita concretamente, e in considerazione del ruolo esercitato su entrambi gli accennati profili dal sapere esperto¹⁷.

Se si vuole ritrovare negli atti basati sulle evidenze scientifiche una prospettiva utile all'indagine occorre per questo osservare più di qualche cautela, a partire da una considerazione preliminare che riguarda i processi che si stanno analizzando.

Nel regime politico e giuridico dell'emergenza, la scienza – o, più correttamente, quella sua particolare e ibrida espressione, che è l'*expertise* tecnico-scientifica¹⁸ – si colloca in uno spazio di relazione con il decisore dai contorni sfuggenti, che fatica a stare nel perimetro consolidato in cui essa ha trovato legittimazione nel discorso giuridico. Se si considera il modello teorico della co-produzione, di cui tanto si è discusso negli ultimi anni¹⁹, non poche sono le questioni poste dalla produzione del diritto emergenziale su basi scientifiche: i criteri di legittimazione democratica degli esperti o, ancora, i canoni ai quali deve soggiacere la selezione delle evidenze scientifiche da parte del legislatore (con ciò che consegue in termini di scrutinio di ragionevolezza dei contenuti adottati) sono temi il cui segno si torce e si ridetermina alla luce delle peculiarità della crisi epidemiologica. Anche in ragione di ciò, vale la pena domandarsi se i criteri della “buona legislazione” elaborati per gli atti normativi su base scientifica indichino effettivamente un quadro di riferimenti sufficienti.

Sotto il profilo del metodo, per questa tipologia di atti, un'iniziale attenzione va rivolta agli studi in materia di *drafting* legislativo, e al particolare privilegio accordato in questo contesto ai canoni linguistici prevalenti per la loro redazione giuridica. Sebbene la normazione emergenziale, soprattutto della cd. “fase 1”, sia *prima facie* esteriore alle specifi-

sure urgenti per fronteggiare l'emergenza epidemiologica da Covid-19”, ciò può ricavarsi dal riferimento alla finalità di “contenere e contrastare i rischi sanitari derivanti dalla diffusione del COVID-19”, alla luce del quale, ex art.2, si giustificano le misure (non cumulative) di limitazione del novero di attività personali e pubbliche elencate nella disposizione (da a] a z]).

¹⁷ Cfr. *infra* § 5.

¹⁸ Sul contesto veritativo nelle democrazie contemporanee: N. URBINATI, *Democrazia sfigurata: il popolo tra opinione e verità*, Milano 2014.

¹⁹ In Italia, in opera di diffusione e sviluppo originale della ricerca di Sheila Jasanoff (cfr. *supra* nt. 4): M. TALLACCHINI, *Scienza e diritto. Prospettive di co-produzione*, *Rivista di filosofia del diritto*, 2, 2012, 313-336.

cità emergenti in quelle ipotesi, da ciò possono trarsi comunque elementi utili alla riflessione, con riguardo al rapporto tra teoria della legislazione e *drafting* normativo e, più specificamente, nella prospettiva di tentare una possibile codificazione dei modelli degli atti basati sulle evidenze scientifiche in base ai canoni cui risponde il rinvio al sapere esperto da parte del decisore.

Dagli studi sul *drafting* “evidence-based” emerge che anche quando gli atti giuridici basati sulle evidenze scientifiche facciano un “uso” della scienza finalizzato alla validazione di contenuti di ordine tecnico, il prodotto giuridico non sia affatto contenutisticamente neutro: non è possibile, in altre parole, tenere distinta la scrittura delle disposizioni di *natura tecnica* – siano esse “regole tecniche” o mera “normazione tecnica”²⁰ – dalle scelte politiche (e talvolta morali) che il linguaggio fa trasparire²¹. Per altro verso, sul piano specifico degli atti normativi “evidence-based”, dalla teoria della legislazione che si occupa di questa materia viene in evidenza un quadro della co-produzione che integra diversamente i canoni della razionalità legislativa in base alla forma che il rinvio alla scienza può assumere nella volontà del decisore: tra essi, occorre tra le altre considerare l’ipotesi che fa del sapere esperto funzione di un discorso di *giustificazione pubblica* capace di conferire *legittimazione* alla produzione del diritto.

In considerazione dei profili appena accennati, il denominato *diritto dell'emergenza su basi scientifiche* è un’evenienza radicale nella sua forma, ma dalla quale si irradiano considerazioni teorico-generalì di non poco momento. Esso fa vedere i limiti di una tendenza tecnicizzante che si è accreditata in via generale negli studi in materia di teoria e tecnica della legislazione, troppo spesso irrigiditi su di una distinzione metodologica tra *formazione della decisione* e *scrittura normativa* che affanna dinanzi ad ipotesi in cui andrebbe privilegiata, in termini di comprensione dei processi, la loro reciproca connessione.

Come lo scenario dell’emergenza dimostra, i primi DPCM non traggono dagli enunciati scientifici definizioni sulle quali costruire solo ed esclusivamente “norme tecniche”, ma neanche hanno nell’irrigidimento normativo di definizioni scientifiche il proprio punto focale: più precisamente, come si dimostrerà, essi esprimono una valutazione *politica* di

²⁰ Cfr. *supra*, nt. 14.

²¹ G.E. GARZONE, *Scientific Knowledge and Legislative Drafting: Focus on Surrogacy Laws, Lingue, culture, mediazioni/Language, Culture, Mediation*, 2, 2018, 9-36.

un “contesto informativo” sul quale il principio di precauzione, per un verso, e i criteri di ragionevolezza e di proporzionalità, per l’altro, indicano il perimetro dell’azione del decisore nell’attività di ponderazione in sede legislativa. Proprio su questo aspetto, il governo della crisi epidemiologica articola le ragioni già fatte valere da parte della dottrina circa i canoni elaborati dalla giurisprudenza costituzionale in materia di *ragionevolezza scientifica*²², alla luce di un ruolo non ordinario dell’*expertise* nel processo di formazione della volontà del legislatore e della severa limitazione delle libertà fondamentali che origina in un quadro siffatto.

Nella prospettiva appena illustrata, considerare la normativa sulla pandemia originata dal virus SARS-CoV-2 all’interno degli atti normativi fondati sulle evidenze scientifiche consente alcune considerazioni sistematiche. Ciò, tuttavia, vale solo alla condizione di ripensare criticamente la tendenza a tenere separati i due ambiti in cui si fa apprezzare la “buona legislazione”, quelli riguardanti i processi di formazione della decisione e del *drafting* giuridico: quando in questione vi è il rapporto tra decisore politico ed *expertise* scientifica, assume poco rilievo questa distinzione e, anzi, essa si dimostra assolutamente fuorviante, giacché non consente, come si illustrerà, di cogliere gli specifici problemi che questa normazione pone.

Il governo della crisi epidemiologica è un *casus* di normazione “evidence-based”? Se è così, alla luce di quali criteri è possibile vagliare tale ipotesi? Adottando un approccio integrato alla teoria della legislazione – in cui cioè si rifiuta l’idea che vi sia una fase “politica” e una “tecnica” a definirne il processo – i criteri emergenti nel contesto della riflessione su questi atti normativi dimostrano che sia possibile isolare e lavorare su due “usi” che il decisore può fare della scienza, nell’ottica di isolare le diverse *motivazioni della legge* che ne derivano²³.

²² S. PENASA, *La “ragionevolezza scientifica” delle leggi nella giurisprudenza costituzionale*, *Quaderni costituzionali*, 4, 2009, 817-841.

²³ Per “motivazione della legge”, si assume qui lo specifico significato conferito al lemma da Giacomo Gavazzi: le motivazioni sono un “discorso strumentale, preparatorio e giustificativo di quello imperativo della decisione o della prescrizione (...) esposizione delle ragioni (...) che possono venire portate a giustificazione della prescrizione”: G. GAVAZZI, *La motivazione delle leggi*, *Il Politico*, 39, 1974, 173-193: 177.

2. Regolare la scienza o regolare a partire dalla scienza? Razionalità legislativa e canoni della “buona legislazione” al tempo del Covid-19

Che tipo di circuito il governo della pandemia istituisce tra decisore politico e scienziati? Quale funzione ha, in questo contesto, il rinvio al sapere esperto da parte del legislatore? La formulazione di queste domande ha chiari risvolti sulla valutazione dei criteri di razionalità legislativa individuabili nella normazione in esame e, in prospettiva, incide sulla definizione in via interpretativa dello specifico atteggiarsi dei criteri di *ragionevolezza scientifica* operata dal decisore.

Al fine di illustrare le condizioni per valutare entrambi gli aspetti del problema, soccorrono gli strumenti di teoria della legislazione elaborati in materia di normazione fondata su evidenze scientifiche, alla luce dei quali il diritto dell'emergenza assume i propri e specifici connotati, pur collocandosi nel quadro generale del rapporto tra diritto e scienza.

Diversamente dalle sue origini illuministiche²⁴, e in un senso certamente più determinato rispetto agli studi sulla razionalità legislativa²⁵, questa materia ricade all'interno di una lemma polisemico, quello della “qualità della legislazione” (cd. *better regulation*), che si presta al vaglio di differenti criteri, di ordine fattuale (effettività), linguistico (chiarezza e coerenza del testo), o più strettamente legati a canoni di tipo giuridico (proporzionalità, trasparenza, ragionevolezza)²⁶. Di questo quadro ampio, la normazione su base scientifica, che pure parrebbe espressione di un'ipotesi speciale, è in grado di illuminare alcune contraddizioni interne.

²⁴ Di queste origini, nella modernità, è testimonianza *De l'Esprit des Lois* di Montesquieu che, al Cap. XXXIX, consacra lo studio delle *Choses a observer dans la composition des lois*: Ch. -L. MONTESQUIEU, *Lo spirito delle leggi* (1748), 2 voll., a cura di Sergio Cotta, Torino, 1952. Sul tema delle regole per l'elaborazione delle leggi non può non ricordarsi altresì il contributo di Gaetano Filangieri: *Scienza della legislazione* (1780), introduzione di V. Frosini, a cura di F. Riccobono, 2 voll., Roma, 1984.

²⁵ È del tutto evidente tuttavia che, evocando il canone della razionalità legislativa, si sia dinanzi ad un tema che si fa declinare almeno sotto due profili: per un verso vi è la *factio* del “legislatore razionale”, per altro la tensione a definire la razionalità secondo canoni oggettivi e nei suoi rapporti con la ragionevolezza: F. FERRARO-S. ZORZETTO (a cura di), *La motivazione delle leggi*, Torino, 2019; F. FERRARO, *Razionalità legislativa e motivazione delle leggi. Un'introduzione teorica*, Milano, 2020.

²⁶ A. FLÜCKIGER, *Can Better Regulation be achieved by guiding Parliaments and Governments? How the Definition of the Quality of Legislation affects Law improvement Methods*, *Legisprudence*, 4, 2, 2010, 213-218.

Quando ad essere in questione è il ruolo degli esperti nel processo di formazione delle norme, ci si addentra in un campo di indagine complesso, per le differenti angolazioni dalle quali esso si fa osservare. Chiameremo la prima “politica”, riferendoci alla scienza come *fonte* dei contenuti da normare e la seconda “tecnica”, indicando con ciò il sapere scientifico come linguaggio che co-produce la regola giuridica (comprendendo, con ciò, entrambi gli usi della declinazione “tecnica” della norma precedentemente indicati)²⁷.

Questa precisazione consente di perimetrare due diverse aree in cui la normazione fondata sulle evidenze scientifiche si articola, e di isolare due altrettanto distinte rifrazioni del sapere esperto sull’attività del legislatore: una prima, in cui il decisore interviene su procedimenti che a vario titolo siano espressione degli sviluppi del sapere tecno-scientifico, e un’ulteriore, in cui la scienza è invocata quale autorità (o ragione) epistemica esterna, alla quale ancorare la posizione di regole che riguardano la condotta dei consociati. Pur collocandosi nella medesima cornice, che è quella del rapporto tra diritto e scienza, tra l’una e l’altra si fanno osservare specificità che occorre considerare, se si vogliono rintracciare elementi utili a valutare la normazione prodotta nel corso della crisi pandemica, sotto il profilo della tipologia di norme emanate, dei canoni di scrittura del testo, dei criteri e delle criticità, infine, che investono l’attività interpretativa.

L’inquadramento più consolidato del rapporto che si instaura tra lo scienziato e il decisore pubblico riguarda la produzione di una normazione *tecnica*, caso che gli esperti di questi temi studiano come esempio di inferenza di contenuti “extra-giuridici” nel linguaggio normativo²⁸. In

²⁷ Gli elementi appena considerati fanno della legislazione basata sulle evidenze scientifiche un genere di normazione per il quale non tiene la regolare distinzione, che si legge in parte della letteratura, tra analisi del processo decisionale politico e *drafting*, con la canonizzazione delle tecniche di scrittura del diritto. Se certamente riduttiva è la considerazione della scrittura della legge come un’attività meramente tecnica e dunque autonoma rispetto al processo della definizione politica dei contenuti e degli scopi, ancor più ciò vale quando il *drafter* è chiamato a declinare, della stesura, criteri ed esigenze che tengano conto di linguaggi *extra-giuridici*, come accade nel caso di un’attività di normazione che debba tradurre in enunciati giuridici le evidenze provenienti dal sapere scientifico. Su questi aspetti: N. LUPO, *Le tecniche (e la politica) della legislazione come strumenti essenziali per il legislatore contemporaneo, Iter legis*, 2002, 103 ss.

²⁸ Il riferimento è al primo dei “canali” attraverso i quali, secondo Pauline Westerman la conoscenza scientifica può influenzare il legislatore: a) l’inferenza di contenuti extra-giuridici e tecnici; b) la selezione degli scopi e la loro specifica determinazione; c) il giudizio di effettività riguardo la regolazione (analisi di impatto): P. WESTERMAN,

queste ipotesi, si considera il ruolo degli esperti quali autorità che formulano, trasferendoli al lavoro del decisore, enunciati che per loro natura si sottraggono al senso comune. Nella gran parte dei casi, l'opera di traduzione che impegna il legislatore si concretizza nella elaborazione di "regole tecniche"²⁹, le quali sono regole funzionali al raggiungimento di un fine mentre, in altre ipotesi, essa si consolida in definizioni che conferiscono forza normativa a fatti di natura scientifica.

Negli studi di area angloamericana, queste ipotesi mappano una tipologia specifica di prodotti normativi, che è studiata tanto nel campo dei processi di formazione della decisione politica, quanto sotto il profilo dei criteri cui deve informarsi la scrittura giuridica³⁰. In questa cornice si palesano differenti aree di indagine, giacché negli studi di teoria della legislazione questi aspetti rientrano nel novero di "ciò che influenza il legislatore" nella selezione degli scopi³¹, mentre nel campo degli studi sul *drafting* normativo, le suddette ipotesi conducono a prestare particolare attenzione alla definizione delle condizioni alle quali il processo della "traduzione" del linguaggio scientifico in disposizioni normative risponda o meno a determinati canoni, idonei ad assicurarne la chiarezza e la funzionalità del testo in relazione agli scopi.

Ora, vale la pena considerare come proprio nell'ambito di queste ultime analisi emerga la *non neutralità* della legislazione "tecnica", giacché le esigenze alle quali risponde questa tipologia di regolazione non si sottraggono alle influenze *esterne e interne* al processo di formazione della decisione. Ciò ricade nella specifica concezione della legge che in essi trova fondamento³², e si concentra sul linguaggio normativo, anche con riguardo ai criteri della elaborazione e della scrittura giuridica.

Breaking the Circle: Goal-Legislation and the Need for Empirical Research, Theory and Practice of Legislation, 1, 3, 2013, 395-414.

²⁹ Cfr. *supra*, nt. 14.

³⁰ Occorre però precisare che se la legislazione "evidence-based" è un tema assai indagato nell'analisi dei processi decisionali, più ostica è la sua trattazione nel campo degli studi sul *drafting* normativo, ambito in cui le più interessanti prove si sono date nella cornice degli approcci di linguistica, con riguardo all'analisi dei linguaggi specialistici della scienza e del diritto. Per il primo punto di vista: A. SEIDMAN-R.B. SEIDMAN, *Drafting Evidence-Based Legislation for Democratic Social Change*, *Boston University Law Review*, 89, 2, 2009, 435-486.

³¹ Si tratta del secondo dei "canali" descritti da Westerman: cfr., *supra*, nt. 28.

³² N. LUPO-G. PICCIRILLI, *European Court of Human Rights and the Quality of Legislation: Shifting to a Substantial Concept of Law*, *Legisprudence*, 6, 2, 2012, 229-242.

La questione linguistica, intesa qui come centralità della funzione *significante* operata dal linguaggio giuridico³³, entra in effetti in campo non senza accenti problematici quando elementi di *opacità* nella comprensione del contenuto si frappongono tra lo scienziato, il decisore e il giurista interprete: una evenienza, quest'ultima, che ha chiare e sostantive ricadute sul ragionamento giuridico nel processo di costruzione della regola individuale ad opera del giudice³⁴.

Vi è, oltre a ciò, il caso in cui oggetto dell'attività normativa siano specifici contenuti scientifici che interferiscono per loro natura con scelte individuali, talvolta moralmente rilevanti, una prospettiva anch'essa indagata negli studi sul *drafting evidence-based* e connessa al processo di formazione della decisione politica. Per le evidenze delle scienze biomediche, ad esempio, il carattere non neutro della norma tecnica adottata dal decisore è un effetto, anche in questo caso, del cortocircuito linguistico che si instaura tra scienza e legislazione. Cassa di risonanza di tale specifico aspetto della traduzione nel linguaggio normativo degli enunciati scientifici è il ricorso nella scrittura del testo a definizioni che *determinano* 'il' significato scientifico di concetti ed entità biologiche alle quali ci si riferisce³⁵. Si tratta di una prassi che non tiene conto, nella gran parte dei casi, dello spettro semantico che i lemmi o sintagmi esprimono nel linguaggio specialistico al quale essi appartengono – spesso, questi ultimi sono non più che “concetti ombrello”³⁶ e lo scien-

³³ Su questi aspetti: R. SACCO, *Riflessioni di un giurista sulla lingua (la lingua del diritto uniforme e il diritto a servizio di una lingua uniforme)*, *Rivista di diritto civile*, 42, 1, 1996, 57-65.

³⁴ I modelli e le teorie con le quali la scienza è in grado di fornire spiegazioni rispetto a un dato fenomeno sono spesso in conflitto tra loro e ciò determina in rapporto al ragionamento giuridico problemi di non proco conto. Come è stato osservato di recente, quanto che siano controllabili i criteri di selezione della “migliore scienza”, il tratto dell'asimmetria che caratterizza i due linguaggi (quello delle *definizioni* della scienza e quello della *qualificazione* del diritto) rende *opaci* all'uno e all'altro dei soggetti della co-produzione normativa (l'esperto e il giurista) i punti chiave del processo interpretativo. Più specificamente, se non sono chiari, perché ricadenti all'interno di un linguaggio specialistico, i termini (o le teorie su cui essi si fondano) ciò che accade è che, nell'approccio a un testo normativo, all'interprete non è intellegibile la disposizione – come atto linguistico – e da ciò il significato stesso della norma con riguardo ai criteri procedurali che ne guidano l'ingresso nel processo: D. CANALE, *Norme opache. Il ruolo degli esperti nel ragionamento giuridico*, *Rivista di filosofia del diritto*, 2015, 93-124.

³⁵ G.E. GARZONE, *Scientific Knowledge and Legislative Drafting*, cit.

³⁶ R. TEMMERMAN, *Towards New Ways of Terminology Description: The Sociocognitive Approach*, Amsterdam and Philadelphia, 2000, 63-67.

ziato sa di doverne specificare il significato in rapporto ai contesti e agli usi, e non una volta per tutte –, finendo per irrigidirne il significato, grazie alla capacità di “amplificazione” di cui il testo normativo è portatore³⁷.

In questi contesti, sono proprio gli strumenti rinvenibili nel *drafting* a consentire di mettere a fuoco il punto di vista normativo accolto dal legislatore, nel privilegio accordato all’uno all’altro degli enunciati del sapere scientifico, stante la *non univocità* con cui la comunità scientifica definisce un medesimo oggetto.

Sebbene la disamina, per ovvie ragioni, sia stata breve, è comunque possibile provare a trarre qualche provvisoria conclusione.

Nella legislazione “evidence-based” l’approccio di *drafting* è argomento assai complesso, che procede secondo sue proprie specificità, in ragione di un’analisi del linguaggio del testo giuridico che tiene conto degli strumenti di linguistica applicata³⁸. Queste analisi finiscono per farsi funzione di operazioni rivolte a demistificare la pretesa neutralità della normazione basata su contenuti scientifici, come precipitato consapevole o meno delle scelte operate dal legislatore. Si tratta di aree di studio che sperimentano, attraverso la ricerca sui testi, che nessuna tecnica di scrittura su temi tecnico-scientifici possa tenersi distinta dalla relazione comunicativa e di *significazione* che si instaura tra il sapere esperto, il decisore e il *drafter*.

La parzialità del punto di vista che si produrrebbe dal tener distinti *tecnica della scrittura e formazione della volontà politica* emerge ancor di più quando si consideri l’altro “uso” che del sapere esperto fa il decisore politico. Si tratta di quelle ipotesi in cui la scienza si attegga ad autorità epistemica che contribuisce a fondare i canoni della razionalità legislativa, nella misura in cui è richiamata in funzione giustificativa *esterna*

³⁷ Scrive di una funzione di “amplificazione” esercitata dall’opera di significazione operata dal linguaggio normativo: A. BELVEDERE, *Aspetti ideologici delle definizioni nel linguaggio del legislatore e dei giuristi*, in A. BELVEDERE-M. JORI-L. LANTELLA, *Definizioni giuridiche e ideologie*, Milano, 349-482 (spec. 468-469).

³⁸ Più specificamente, la linguistica applicata ha offerto, in questo campo, contributi su alcune questioni specifiche: a) la traduzione/traslazione del contenuto (dell’enunciato scientifico) in significato (accolto nella qualificazione giuridica); b) la considerazione in chiave comparativa degli scopi (della scienza e del decisore politico); c) la possibilità di formulare *ex ante* giudizi di adeguatezza sul testo, in rapporto alla sua funzione di orientamento della condotta dei destinatari, garantendo l’efficacia della norma così prodotta.

della normazione, integrandone lo spazio che riguarda i motivi del legiferare.

Si profila in questi casi una diversa forma di interazione del sapere esperto con il processo di formazione della decisione, in cui il legislatore radica nell'autorità della scienza l'esercizio di una razionalità *esteriore* alla norma, dalla quale derivare il contesto informativo su cui fa leva la regolazione di una condotta o un complesso di condotte sociali. In casi come questi, l'autorità scientifica è il sapere al quale il decisore attinge per *giustificare* la normazione, la quale è costruita come tecnica di orientamento rivolta ai destinatari comuni: più nello specifico, in siffatte ipotesi, non è in questione un complesso di statuizioni riguardanti *direttamente* procedimenti scientifici né si è al cospetto di un apparato definitorio che *normativamente* traspone nel linguaggio della regola enunciati di tipo scientifico. In termini più immediati, in casi come questi, il decisore non regola *sulla* scienza, ma regola *a partire dalla* scienza.

Come per le ipotesi di *regolazione sulla scienza*, l'opportunità di considerare il lato "politico" e quello "tecnico" quali aspetti reciprocamente non irrelati è da tenersi in conto anche per il caso di questo specifico "uso" del sapere esperto da parte del legislatore. Prima di soffermarsi a valutare quale sia il riconoscimento del ruolo che il sapere esperto ha nella formazione della volontà politica di queste ipotesi, può tentarsi una distinzione all'interno di questi casi, utile per provare a comprendere in quale ipotesi eventualmente versi il diritto dell'emergenza su basi scientifiche prodotto per fronteggiare la diffusione pandemica da Covid-19.

Più nel dettaglio, è possibile distinguere qui almeno due diverse forme di legittimazione che la scienza può assumere nella formazione della volontà del legislatore, e con riguardo specifico alla funzione di validazione che da essa si proietta sulle disposizioni normative: al sapere esperto il decisore può far rinvio in termini di *autorità* alla quale ancorare un principio di razionalità, che motiva la legislazione su di una specifica materia ovvero quale *fonte* nella quale è dato rinvenire un giudizio predittivo su di un rapporto di causalità probabilistica, al quale il legislatore riconosce rilevanza giuridica e il *drafter* conferisce *significazione* normativa.

Non è difficile ritrovare esempi per la prima ipotesi di legislazione fondata su enunciati scientifici, che ora, lo si rammenti, si sta esaminando sotto il profilo della sua funzione di *giustificazione* della legislazione, e nella chiave, dunque, della sua capacità di integrare i canoni della ra-

zionalità legislativa. Soprattutto nel campo delle questioni bioetiche, il decisore – che, pure, come è chiaro, avrà la necessità di ricorrere a definizioni e trapianti di significazione degli enunciati internamente al linguaggio giuridico – rivolge il proprio intervento di regolazione vietando, facoltizzando o regolando le condotte, tenendo in conto, nel giudizio di bilanciamento in sede di valutazione legislativa, il quadro dei principi fondamentali, la cornice delle condizioni soggettive, i rapporti, giuridicamente rilevanti, infine, che ne discendono³⁹.

Diverso caso si dà, invece, nell'ipotesi in cui evidenze scientifiche restituiscano al decisore nessi in taluni specifici campi, indicando, ad esempio, un rapporto di causalità probabilistica tra determinate condotte e il darsi di una conseguenza che integri un'ipotesi di danno per la salute o la sicurezza individuali o collettive⁴⁰. Si tratta talvolta di enunciati accolti dalla comunità scientifica, che ritrovano in quella sede la propria formulazione (è il caso già rammentato del cambiamento climatico, che pone il decisore dinanzi ad un'evidenza maturata in seno ad un dibattito scientifico pubblico articolato secondo canoni di "better science"⁴¹), ovvero di formulazioni non ancora solide, giacché prive del *consensus* della comunità scientifica. Sono le ipotesi in cui dalla comunità degli scienziati non deriva alcuna certezza, giacché in esse è possibile revocare in dubbio lo stesso lemma della "evidenza" scientifica, che cede il passo al più sfumato concetto di "contesto informativo": qui l'*argomento di autorità* radicato nella scienza come comunità retrocede in favore di un nuovo soggetto, *in limine* tra politica e sapere scientifico, che è l'*expertise*.

Diversamente dalla regolazione della scienza, ma anche articolando-

³⁹ È l'ipotesi, ad esempio, della regolazione in materia di fiscalità ambientale. Qui la comunità scientifica può considerarsi come la fonte autoritativa dalla quale il decisore ricava la motivazione a legiferare, incentivando o disincentivando condotte non compatibili con gli scopi della sostenibilità ambientale: su questi aspetti, G. DE MAIO, *Fiscalità energetica e cambiamento climatico. Il ruolo del diritto tributario nella società moderna*, Napoli, 2020.

⁴⁰ Il campo ordinario ed elettivo per siffatte ipotesi è quello del diritto penale (F. STELLA, *Leggi scientifiche e spiegazione causale nel diritto penale*, Milano, 1990). Sotto il profilo storico-giuridico, è la scienza (e, particolarmente, la statistica e la medicina) a legare la propria ricerca allo sviluppo della legislazione sociale, soprattutto nella materia del diritto del lavoro: su ciò, F. EWALD, *L'État Providence*, Paris, 1986.

⁴¹ Per un'analisi circa l'utilizzo di canoni di "better science" nel campo della politica UE di gestione del rischio: L. SCHREFLER-J. PELKMANS, *Better Science for Better EU Regulation*, *European Journal of Risk Regulation*, 5, 3, 2014, 314-323.

si specificamente all'interno delle ipotesi di "uso" del sapere scientifico quale contesto di giustificazione da parte del decisore, questi casi hanno come propria premessa epistemica l'incertezza delle formulazioni provenienti dalla comunità scientifica che apre spazio al sapere esperto, costruendo il tipico scenario in cui si esplicitano le azioni politiche e giuridiche di governo precauzionale del rischio.

Con riguardo a queste ipotesi, come si vedrà, si sono consolidati specifici orientamenti giurisprudenziali circa i parametri di ragionevolezza (nella selezione dei contenuti) e di proporzionalità (nella adozione delle misure di condotta in relazione ai primi) della legislazione fondata su evidenze scientifiche. Nel quadro della produzione giuridica dell'emergenza, sono criteri che vale la pena discutere, in ragione della particolare criticità che ricade sull'affidabilità (*accountability*) degli enunciati del sapere esperto, e in rapporto alla loro idoneità a farsi funzione del perseguimento degli scopi attesi dal decisore.

3. Tra politica e scienza. Expertise tecniche e processi decisionali pubblici

Le questioni illustrate nel paragrafo precedente in materia di legislazione *evidence-based* consentono di isolare nel rapporto tra scienziati e decisore politico due distinti problemi, che ritrovano un loro specifico radicamento all'interno dell'articolazione in cui gli atti normativi su base scientifica si fanno distinguere. Alla luce dei due diversi "usi" della scienza che il decisore politico può concedersi – nella prospettiva di una "normazione di tipo tecnico" o in chiave "giustificativa" – è possibile discutere di una altrettanto diversa funzione che il sapere esperto esercita sul legislatore. Ciò offre la cornice entro la quale può rappresentarsi con maggiore dettaglio il modello di validazione della scienza al quale il governo della crisi epidemiologica in atto ha fatto appello.

Nel considerare gli atti giuridici fondati su evidenze scientifiche ci si addentra in un'area di esercizio del potere normativo legata a due processi paralleli e sovrapponibili: la specializzazione moderna dei saperi e dei loro linguaggi⁴² e la tendenza alla saturazione degli spazi

⁴² Si tratta della specializzazione scientifica e della differenziazione tecnica, propria della civiltà occidentale descritta da Weber: M. WEBER, *Economia e società* (1922), tr. it. a cura di P. Rossi, Roma, 1981.

dell'esistenza sottratti alla normazione giuridica, secondo uno sviluppo che progressivamente contrae l'area di ciò che può indicarsi come "giuridicamente irrilevante"⁴³. È in questo itinerario che trova fondamento la pervasiva colonizzazione del diritto nei fatti di scienza e, con essa, l'esigenza di integrare *verso l'esterno* una parte dei processi che governano la formazione della decisione politica.

La maggiore complessità del mondo contemporaneo, l'incombere delle possibilità offerte dalle tecno-scienze, le questioni che sorgono dalla tutela degli ecosistemi, pongono il decisore in un dialogo necessario con soggetti esperti, la cui presenza si trova variamente istituzionalizzata nell'ambito di comitati e organismi deputati alla consulenza tecnica del legislatore. Nelle fasi che preparano la decisione e definiscono il linguaggio al quale i contenuti da normare dovranno attingere, il sapere scientifico è così ormai ufficialmente uscito dai laboratori, e ha travalicato gli stessi confini del processo, in cui, almeno sin dall'Ottocento, esso aveva fatto ingresso. Giunta dinanzi al legislatore, quale soggetto istituzionale e accreditato, la scienza ha però trasfigurato anche la sua stessa identità, curvando le proprie inclinazioni alle dinamiche politiche in cui le è richiesto di intervenire⁴⁴.

Prima di discutere nello specifico questi aspetti, occorre considerare più da vicino quali continuità corrano tra due lemmi, "scienza" ed "expertise scientifica", che sin qui si sono adoperati come sinonimi e che, invece, sinonimi non sono.

La formazione della volontà politica origina chiaramente e sempre in un esercizio di conoscenza della realtà, ma questa è una considerazione generale, che non riesce ad assorbire ciò che i politologi studiano sotto il nome di "dimensione cognitiva della politica"⁴⁵. Ridotto ai suoi termini, si tratta di esaminare il ruolo degli esperti nella formazione delle politiche pubbliche, sebbene, più radicalmente, la questione riguardi

⁴³ Su ciò, almeno: S. RODOTÀ, *La vita e le regole: tra diritto e non diritto*, Milano, 2006.

⁴⁴ Nonostante ciò (o, più probabilmente, *in ragione di ciò*), si radicalizza un affidamento veritativo che i soggetti istituzionali fanno sulla scienza, rispetto al quale è opportuno ricordare il monito ad una vigilanza critica rivolto da Feyerabend: P.K. FEYERABEND, *Contro il metodo. Abbozzo di una teoria anarchica della conoscenza* (1975), tr. it. Milano, 1979; ID. *How to Defend Society against Science*, in H. KLEMKE et al. (eds.), *Introductory Readings in the Philosophy of Science*, Buffalo, 1998, 54-65.

⁴⁵ Sul ruolo degli esperti e delle "comunità epistemiche" nella dimensione cognitiva che costruisce le politiche pubbliche: F. FISCHER, *Technocracy and the Politics of Expertise*, London, 1990.

da vicino le trasformazioni della *natura* (e delle *forme* di esercizio) del potere nei sistemi democratici contemporanei⁴⁶. Difetto di trasparenza, depoliticizzazione della decisione, sospetto nei riguardi degli organismi parlamentari sono alcuni dei portati critici di questi modelli, ed essi, in fondo, possono bene esser resi come un paradosso: per un verso, i processi decisionali si fanno complessi, per l'altro la semplificazione del conflitto e la logica dell'efficienza guadagnano spazio.

Il ruolo delle *expertise* si incardina negli interstizi di queste trasformazioni che investono la formazione della decisione politica, alle quali si affianca la dimensione dell'incertezza che ricade strutturalmente in talune delle materie oggetto dell'intervento del sapere esperto nella regolazione giuridica⁴⁷. Entrambi questi aspetti integrano una particolare "dimensione cognitiva" di cui la politica ha necessità per normare nella materia del *rischio*⁴⁸, chiamando in causa il principio di precauzione quale specifico modello per atti normativi che consolidano nel ricorso all'*expertise* il governo del contesto informativo incerto proveniente dalla comunità scientifica propriamente detta⁴⁹.

In questo dialogo, non è la scienza come "comunità" ad esser in questione, cedendo quest'ultima il campo a quelle "comunità epistemiche"⁵⁰ interdisciplinari che sono investite di una specifica competenza

⁴⁶ In questa prospettiva, con riguardo ad un certo disincanto ideologico per la democrazia, merita una riflessione specifica il contributo di Niklas Luhmann sulla legittimazione dei sistemi democratici: si tratterebbe, come il sociologo sostiene, non di fondare questa pretesa su di un illusorio consenso dei cittadini quanto, piuttosto, di promuoverne la "disponibilità ad accettare" le decisioni attraverso la partecipazione alla procedure (D. ZOLO, *Complessità, potere e democrazia, Introduzione a N. LUHMANN, Potere e complessità sociale* (1975), Milano, 2010, X).

⁴⁷ Su questo punto: M. CALLON-P. LASCOUMES-Y. BARTHE (éd. par), *Agir dans un monde incertain. Essai sur la démocratie technique*, Paris, 2001.

⁴⁸ Nella definizione del rischio, ad avviso di Luhmann, va compreso il processo di "tecnicizzazione" e di "individualizzazione" di situazioni di fatto e di processi che "in passato erano concepiti come natura" e che, ora, "vengono considerati come conseguenze di decisioni": N. LUHMANN, *Sociologia del rischio* (1991), Milano, 1996, 58.

⁴⁹ È interessante come, in questa specifica connessione tra *expertise* e governo del rischio, si muova soprattutto l'Unione europea. L'*expertise*, ad avviso della Commissione, è "varietà di forme di conoscenza specialistica posseduta da una parte selezionata della popolazione": Commissione Europea, *Democratising Expertise and Establishing Scientific Reference Systems, White Paper of Governance, Report of the Working Group 1b*, 2001, 8.

⁵⁰ Nel 1992, Peter M. Haas forniva per la prima volta i criteri in base ai quali poter riconoscere una "comunità epistemica": prevaleva così il profilo ancora oggi corrente nella sua validità di "una rete di professionisti con una *expertise* ed una competenza ri-

sull'oggetto da normare, i comitati tecnico-scientifici istituiti a livello centrale e periferico.

Valutando il circuito di validazione che si instaura tra scienziati e legislatori, la costruzione giurisdizionale dei criteri di ragionevolezza che debbano guidare il decisore nella selezione dei contenuti tiene in adeguato conto la configurazione che la scienza assume nei processi di formazione della decisione politica⁵¹: dottrina e giurisprudenza, detto in altri termini, hanno ben chiaro che la scienza che si costituisce quale interlocutrice del legislatore non è la sua comunità, ma una forma che ne è specifica e peculiare rappresentazione, incardinata in quei "forum ibridi" che sono le *expertise* scientifiche⁵².

È nel rapporto con queste (le *expertise*) e non in dialogo con quella (la comunità scientifica) che si costruisce il circuito di validazione dei contenuti oggetto della selezione del decisore politico, con uno specifico ruolo che i comitati tecnici, nel cui alveo l'*expertise* è variamente istituzionalizzata⁵³, ricoprono nella comunicazione e nel consolidamento normativo degli enunciati in cui si esprimono linguisticamente le evidenze scientifiche.

In sociologia della scienza, e con una certa e ormai diffusa attenzione anche nel campo degli studi dei processi decisionali pubblici su materie tecniche e specialistiche, si è riconosciuto da tempo quale sia il quadro entro il quale le forme di istituzionalizzazione delle *expertise* scientifiche ricadano⁵⁴.

A muovere dall'identità *tecnica* e *politica* dell'*expertise*, se ne è indicata la maggiore criticità in un ruolo, in fondo, sempre meno pervasivo

conosciute in una particolare sfera e che autorevolmente vantano di possedere conoscenze di rilevanza politica in quel dominio o nelle questioni che lo riguardano" (P.M. HAAS, *Epitsemic Communities and International Policy Coordination, International Organization*, 46, 1, 1992, 1-35 (3)).

⁵¹ Su questi aspetti: S. PENASA, *La ragionevolezza scientifica come parametro della discrezionalità legislativa in ambito medico-scientifico*, *Forumcostituzionale.it*, 2014. Per un'analisi sistematica dei medesimi temi: A. PATRONI GRIFFI, *Le regole della bioetica tra legislatore e giudici*, cit., spec. 65 ss.

⁵² Cfr., *supra*, nt. 12.

⁵³ Su questi aspetti, anche in chiave di comparazione, cfr. *infra*, § 6.

⁵⁴ Ciò ha condotto la filosofia e la sociologia della scienza ad una riflessione critica sul ruolo degli esperti nella formazione delle decisioni pubbliche, alla ricerca di una più diffusa trasparenza nei criteri di selezione e di partecipazione di questi ultimi ai processi deliberativi, polarizzando "saperi esperti" e "saperi laici": B. WYNNE, *Misunderstood misunderstanding: Social Identities and Public Uptake of Science*, in A. IRWIN-B. WYNNE, *Misunderstanding Science*, Cambridge and New York, 1996, 19-46.

che la scienza come “comunità” esercita nel circuito democratico: l’esperto non è, in questo senso, il semplice scienziato, in ragione “delle competenze specifiche o degli specifici generi di conoscenza che il non esperto non possiede”⁵⁵ e con riguardo al fatto che queste ultime, molto spesso, siano specificamente rivolte a “trasgredire” i canoni tradizionali e codificati del processo scientifico *tout court*⁵⁶.

Di questi studi e delle molte sollecitazioni che essi offrono, particolarmente interessante è la già accennata configurazione del profilo pubblico delle *expertise* in termini di consessi dalla composizione ibrida, che giocano sul doppio tavolo della azione politico-giuridica e del contesto scientifico di provenienza, tendendo a fonderne le distinte istanze normative in un unico e ambiguo processo decisionale: detti organismi, per questo, non sono del tutto *depoliticizzati*, sia perché non sono sottratti alle influenze esterne (comprese quelle del decisore), sia dacché i profili di conflittualità in gioco sono richiamati dagli attori che partecipano ai forum decisionali. Per altro verso, le *expertise* non sono neanche del tutto *politicizzate*, perché restano pur sempre ancorate all’accertamento del fatto scientifico che hanno davanti e, in ragione della tensione normativa che proviene dal proprio contesto di provenienza, la scienza, sono ben disposti a ritrovare soluzioni tecniche e, dunque, anche “impolitiche”⁵⁷.

Le considerazioni che precedono richiamano alcuni aspetti dello specifico quadro di relazione con il sapere scientifico in cui si è collocato il decisore politico nella produzione del diritto dell’emergenza sanitaria in atto.

Sebbene con le diverse curvature che il ricorso al sapere esperto ha

⁵⁵ A. GIDDENS, *Le conseguenze della modernità* (1990), Bologna, 1994, 133.

⁵⁶ Su ciò, valga l’analisi di Luigi Pellizzoni, il quale, in tema di relazione tra *expertise* e decisione pubblica, ha individuato tre caratteri dei comitati di consulenza legislativa: a) la competenza (*in luogo* della conoscenza); b) la trasgressione (perché le decisioni non si fanno immediatamente riconoscere per la loro specificità tecnica; c) l’asimmetria (tra *chi è esperto*, e come tale detentore della competenza, e *chi non lo è*): L. PELLIZZONI, *Dalla retta alla spezzata. Il ruolo dell’expertise nei conflitti ambientali*, in N. PODESTÀ-T. VITALE (a cura di), *Dalla proposta alla protesta, e ritorno. Conflitti locali e innovazione politica*, Milano, 2011, 105-134.

⁵⁷ Su questo aspetto della *depoliticizzazione*, va rilevato come si tratti di un’istanza che classicamente si accompagna al modello di democrazia deliberativa, che promuovono una sorta di “salvezza” della democrazia dalla sua forma rappresentativa, garantita *da fora* deliberativi di esperti e cittadini: P. PETTIT, *Depoliticizing Democracy*, *Ratio Juris*, 17, 1, 2004, 52-65.

mostrato tra la prima fase, con le misure adottate dal DPCM del 4 marzo volte a contenere attraverso il confinamento personale la diffusione della pandemia, e la seconda, apertasi con il DPCM del 30 aprile, contenente provvedimenti frutto di un diverso bilanciamento degli interessi coinvolti, la specifica “dimensione cognitiva” della politica sin qui descritta è andata rappresentando in capo alle *expertise* una funzione *politica e tecnica* di governo precauzionale del rischio.

Il circuito che il governo politico e giuridico della pandemia istituisce tra diritto e scienza non può vagliarsi senza la considerazione della dinamica che estende lo spazio del sapere esperto nel cedimento delle certezze della comunità scientifica. Sebbene la funzione consultiva affidata ai comitati tecnico-scientifici nella fase di formazione della decisione pubblica abbia ormai forme più o meno istituzionalizzate, nel contesto emergenziale, che istituisce una permanente logica dell’azione precauzionale, si instaura un giudizio di validazione formulato dal decisore sui contenuti scientifici di natura assai diversa rispetto al quadro ordinario di una razionalità legislativa misurata sul canone scientifico, radicalizzando il ruolo delle *expertise*.

Ciò, oltre a costituire un’evidente attestazione circa la natura del tutto politica del principio di precauzione, che è ormai ben al di là del suo ancoramento alla mera materia ambientale in cui esso pure ha trovato la prima forma di riconoscimento giuridico, dice qualcosa di specifico su diritto dell’emergenza su basi scientifiche co-prodotto da *expertise* e decisori politici.

4. *Gli atti normativi nel governo dell’emergenza*

Giova, a questo punto, indicare sinteticamente la progressione e il contenuto dei provvedimenti normativi assunti a partire dal 31 gennaio 2020. Data, questa, in cui il Consiglio dei ministri ha adottato la delibera in cui è stato dichiarato lo “stato di emergenza in conseguenza del rischio sanitario connesso all’insorgenza di patologie derivanti da agenti virali trasmissibili”⁵⁸. Con tale delibera, il Consiglio dei Ministri ha autorizzato l’emanazione delle ordinanze di protezione civile, prevedendo

⁵⁸ Pubblicata in G.U. Serie generale n. 26, del primo febbraio 2020 (dichiarazione, questa, che trova fondamento di legalità nell’art. 7, comma 1, lett. c) del D.lgs n. 1 del 2018.

che queste potessero essere assunte “*in deroga ad ogni disposizione vigente, nei limiti e con le modalità indicati nella deliberazione dello stato di emergenza e nel rispetto dei principi generali dell’ordinamento giuridico e delle norme dell’Unione europea*”⁵⁹.

Parallelamente, il governo ha adottato due principali decreti-legge (D.L. 23 febbraio 2020 n. 6; 25 marzo 2020 n. 19) e una serie di DPCM, cui hanno fatto seguito nel contempo le rispettive leggi di conversione⁶⁰.

Con il primo D.L. si era inteso perseguire una strategia, poi superata, di contenimento dell’epidemia attraverso l’individuazione di “zone rosse”⁶¹: limitatamente a tali aree, dunque, si autorizzava l’emanazione di provvedimenti restrittivi della libertà di circolazione e della libertà personale in termini assai generici, rimettendo la loro determinazione concreta ai successivi decreti del Presidente del Consiglio dei Ministri, fonte privilegiata in questa gestione dell’emergenza. Oltre al divieto di allontanamento dalla zona interessata e di accesso alla stessa, l’art. 2 prevedeva, infatti, una clausola generale che autorizzava “ulteriori misure di contenimento e gestione dell’emergenza”.

Il successivo D.L., adottato il 25 marzo, facendo seguito a numerosi DPCM che hanno progressivamente disposto misure via via più restrittive su tutto il territorio nazionale, ha provveduto a fornire un’indicazione dettagliata e tassativa di tali misure, anche in risposta alle molte obiezioni sollevate in termini mancata soddisfazione della riserva di legge.

In via esemplificativa, le misure indicate, ed effettivamente adottate con regime di parziale differenziazione sul territorio nazionale, sono state le seguenti: la chiusura di parchi; la sospensione di eventi di vario genere (sportivi, musicali, ludici, culturali, religiosi); il divieto di assembramenti in luoghi pubblici; la sospensione di attività ludiche, ricreative, sportive, e motorie all’aperto o in luoghi aperti al pubblico; la sospensione delle attività scolastiche e universitarie, così come dei servizi

⁵⁹ Ivi.

⁶⁰ L. 5 marzo 2020, n. 13, in conversione con modifiche del D.L. 23 febbraio; l. 22 maggio 2020, n. 19.

⁶¹ “Nei comuni o nelle aree nei quali risulta positiva almeno una persona per la quale non si conosce la fonte di trasmissione o comunque nei quali vi è un caso non riconducibile ad una persona proveniente da un’area già interessata dal contagio del menzionato virus, le autorità competenti sono tenute ad adottare ogni misura di contenimento e gestione adeguata e proporzionata all’evolversi della situazione epidemiologica”. D.L. 23 febbraio 2020 n. 6.

educativi per l'infanzia; la sospensione dell'accesso a istituti e luoghi di cultura; la limitazione della presenza fisica dei dipendenti delle P.A. e l'agevolazione del lavoro da remoto anche per il settore privato; la sospensione delle procedure concorsuali; la chiusura delle attività commerciali di vendita al dettaglio ad eccezione di quelle necessarie all'approvvigionamento dei beni di prima necessità; la chiusura delle attività di somministrazione di bevande e alimenti. A ciò si aggiungano una rimodulazione dell'accesso ai servizi sanitari, con la limitazione dell'accompagnamento a visite o degenze, e l'assunzione di protocolli di sicurezza anti-contagio.

Scorrendo la lista di tali provvedimenti, e alla luce della definizione di "normazione tecnica" precedentemente proposta⁶², le norme ivi contenute risultano agevolmente ascrivibili anche a tale categoria.

Come nell'ultimo provvedimento suindicato, l'assunzione obbligatoria di protocolli, ivi compresa l'eventuale adozione di dispositivi di sicurezza individuale, si è inevitabilmente sostanziata nell'adozione di norme contenute specialistiche, spesso previste in allegati ai DPCM⁶³.

Tuttavia, adottando la tassonomia precedentemente introdotta, non ci troviamo di fronte a una normazione che declina il rapporto tra diritto e scienza solo in senso "tecnico": epidemia, situazione epidemiologica, contagio, contenimento, sono questi i termini di un lessico normativo per certi versi inedito, ma senz'altro accessibile al senso comune.

Piuttosto, a rilevare è il modello filosofico di giustificazione *politica*

⁶² Cfr. *supra* nt. 14.

⁶³ È il caso, a titolo meramente esemplificativo, delle misure igienico-sanitarie allegato al DPCM 1 marzo 2020 (allegato 4):

"Misure igieniche:

a) lavarsi spesso le mani. Si raccomanda di mettere a disposizione in tutti i locali pubblici, palestre, supermercati, farmacie e altri luoghi di aggregazione, soluzioni idroalcoliche per

il lavaggio delle mani;

b) evitare il contatto ravvicinato con persone che soffrono di infezioni respiratorie acute;

c) evitare abbracci e strette di mano;

d) mantenimento, nei contatti sociali, di una distanza interpersonale di almeno un metro;

e) igiene respiratoria (starnutire e/o tossire in un fazzoletto evitando il contatto delle mani con le secrezioni respiratorie);

f) evitare l'uso promiscuo di bottiglie e bicchieri, in particolare durante l'attività sportiva;

g) non toccarsi occhi, naso e bocca con le mani".

che il decisore pubblico ha adottato in quello che si è definito “diritto dell'emergenza basato sulle evidenze scientifiche”.

5. Dal legislatore deferente alla funzione argomentativa della scienza

L'approccio “evidence based”, cui la “normazione tecnica” spesso inconsapevolmente rimanda, si è rivelato di frequente espressione di un atteggiamento deferenzialista⁶⁴, per usare il lessico di Susan Haack, denotando l'attitudine di subordinazione spesso rinvenuta nel decisore politico che si trovi a regolare materie scientificamente sensibili.

In questo senso insistere sui contributi degli *Science and Technology Studies* si rivela proficuo, giacché consente di intendere le ragioni sottese a tale approccio, e di percepirne distintamente i limiti. Tali ragioni fanno leva su una visione della scienza idealizzata, sul modello della “Republic of Science” di Micheal Polanyi⁶⁵, in cui la comunità scientifica è ritenuta in grado di pervenire spontaneamente ad un accrescimento progressivo della conoscenza. Sotto il profilo normativo, tale modello comporta che una scienza asseritamente neutrale indichi il contenuto della normazione al potere legislativo (“*speaking truth to power*”⁶⁶).

E ciò vale nella duplice articolazione, prima delineata, che il rapporto tra legislazione e sapere esperto ha assunto: non solo nel caso in cui la scienza sia adoperata quale *fonte* diretta della normazione, inserendosi nel processo di significazione che le conferisce il *drafter* trasponendo nel linguaggio giuridico un contenuto scientifico; ma anche quando la scienza funga da *autorità* epistemica esterna, cui la razionalità della legislazione sia tenuta a parametrarsi.

In questo senso, è di certo non priva di interesse la giurisprudenza costituzionale in tema di “giudizio di scientificità” delle leggi prodottasi negli ultimi venti anni⁶⁷. A leggere alcune sentenze, infatti, si potrebbe affermare che il dato scientifico sia diventato un ulteriore vincolo esterno alla discrezionalità legislativa, spingendo a ri-declinare la teoria della legislazione in senso deferenzialista.

⁶⁴ S. HAACK, *Defending Science Within Reason: Between Scientism and Cynicism* [2003], Prometheus Books, New York, 2007, 31.

⁶⁵ M. POLANYI, *The Republic of Science. Its Political and Economic Theory*, Minerva, 1962, 1-21.

⁶⁶ A. WILDAWSKY, *Speaking Truth to Power*, Little Brown and Co., Boston, 1979.

⁶⁷ Cfr. *supra* nt. 5.

Come di recente affermato, “in determinati ambiti, le risultanze scientifiche paiono assumere un peso giuridico che le porta a condizionare la stessa legittimità costituzionale delle leggi”⁶⁸, così da affiancare al tradizionale parametro giuridico “uno tecnico – rappresentato da una più o meno stringente tessitura di regole tecniche, *standards* valutativi e linee-guida – nella diretta influenza sui processi decisionali del potere pubblico”⁶⁹.

Il dato scientifico, dunque, è parso configurarsi come vero e proprio parametro interposto nel giudizio di legittimità costituzionale, sostanziando in capo al decisore pubblico un “vincolo modale”⁷⁰, tanto più stringente quanto più sia forte la convergenza della comunità scientifica sul tema.

Non sono mancate, nei confronti di tale approccio, obiezioni relative alle modalità di formulazione del giudizio di scientificità, che si appuntavano sull’insufficienza dei poteri istruttori della Corte⁷¹. In mancanza di uno strumento assimilabile alla prova scientifica, almeno fino a pochi mesi fa⁷², che consentisse l’immissione nel giudizio di costituzionalità di elementi per valutare l’affidabilità scientifica del sapere prodotto in giudizio, la Corte si è avvalsa delle conoscenze scientifiche per co-

⁶⁸ C. CASONATO, *Introduzione al biodiritto. Terza edizione*, Giappichelli, Torino, 2012, 177. In tal senso anche F. PASTORE, *Il diritto di procreare: orientamenti di giurisprudenza costituzionale*, *Federalismi.it – Focus Human Rights*, 2017, 10.

⁶⁹ S. AGOSTA, *Spingersi dove neppure alle più avanzate acquisizioni tecnicomediche è consentito: la sfida del diritto all’epoca della rivoluzione biologica*, *Rivista aic*, n. 1, 2014, 4.

⁷⁰ D’ALOIA, *Biodiritto*, in U. POMARICI (a cura di), *Atlante di filosofia del diritto*, 2 voll., Giappichelli, Torino, 2012, 56.

⁷¹ Sul funzionamento di tali poteri si vedano, almeno, A. CERRI, *I poteri istruttori della Corte costituzionale nei giudizi sulle leggi e nei conflitti*, in *Giur. cost.*, 1, 1978, 1348; M. LUCIANI, *I fatti e la Corte. Sugli accertamenti istruttori del giudice costituzionale nei giudizi sulle leggi*, in AA.VV., *Strumenti e tecniche di giudizio della Corte costituzionale*, Giuffrè, Milano, 1988, 521.

⁷² Proprio al fine di porre rimedio a tale lacuna la Corte è di recente intervenuta a modificare le “Norme integrative per i giudizi davanti alla Corte Costituzionale” (16-24 marzo 1956, n. 71), introducendo l’art. 14-bis: “La Corte, ove ritenga necessario acquisire informazioni attinenti a specifiche discipline, dispone con ordinanza che siano ascoltati esperti di chiara fama in apposita adunanza in camera di consiglio alla quale possono assistere le parti costituite. Con l’autorizzazione del Presidente, le parti possono formulare domande agli esperti”.

me filtrate dalle parti, oppure reperendo per via privata le stesse⁷³. Ben si comprende, allora, l'auspicio di frequente formulato di recente di estendere ai giudici costituzionali i cd. criteri "Daubert", i criteri elaborati dalla Corte Suprema statunitense per indirizzare lo scrutinio di affidabilità scientifica delle teorie prodotte dalle parti a fondamento dei fatti di causa⁷⁴.

Al di là delle possibili critiche, non v'è dubbio che ciò abbia consentito alla Corte di porre effettivamente rimedio a situazioni ascrivibili al cd. "anacronismo tecnologico"⁷⁵, nel caso, cioè, in cui la norma rinvii a conoscenze tecnico-scientifiche superate, o comunque erranee.

E tuttavia, come efficacemente mostrato⁷⁶, il percorso ermeneutico della Consulta si articola in un duplice itinerario, in ragione del differente grado di "certezza" del sapere che informa le scelte legislative⁷⁷. Affinché "si possa pervenire ad una declaratoria di illegittimità costituzionale – afferma la Corte – occorre che i dati sui quali la legge riposa siano incontrovertibilmente erranei o raggiungano un tale livello di indeterminatezza da non consentire in alcun modo un'interpretazione ed un'applicazione razionali da parte del giudice"⁷⁸. Qualora manchino "sicuri riferimenti scientifici"⁷⁹, per converso, non sarà consentito alla

⁷³ M. CARTABIA, *Qualche riflessione di un giudice costituzionale intorno al problema dell'intreccio tra diritto, scienza e tecnologia*, pubblicato all'interno del *Forum: le responsabilità nei confronti della scienza*, *BioLaw Journal – Rivista di biodiritto*, 1, 2017, 9.

⁷⁴ *Daubert vs. Dow Merrel Pharmaceuticals*, 509 U.S. 579, 590 (1993). La sentenza è pubblicata in versione italiana in *Riv. Trim. Dir. Proc. Civ.*, 1996, 277, con nota di DONDI, 261. I primi commenti italiani alla sentenza sono stati: G. PONZANELLI, *Scienza, verità, diritto: il caso Benedictin*, *Foro it.*, 1994, IV, 184; M. TARUFFO, *Le prove scientifiche nella recente esperienza statunitense*, *Riv. Trim. dir. proc. civ.*, 1996, 119. E, più di recente, M. TALLACCHINI, *Scienza politica e diritto: il linguaggio della co-produzione*, in AA. VV., *Scienza e normatività. Profili etici, giuridici e politico-sociali*. Atti del XXIV Congresso nazionale della Società italiana di filosofia del diritto, 181-214, spec. 200 ss.

⁷⁵ G. D'AMICO, *Scienza e diritto nella prospettiva del giudice delle leggi*, SGB Edizioni, Messina, 2008, 24.

⁷⁶ S. PENASA, *La «ragionevolezza scientifica» delle leggi nella giurisprudenza costituzionale*, cit., 817-841.

⁷⁷ Di "doppio regime di esercizio dei pubblici poteri" ha parlato E. CAVASINO, *I «vincoli» alla potestà legislativa regionale in materia di «tutela della salute» tra libertà di scienza e disciplina costituzionale dei trattamenti sanitari*, cit., 3294

⁷⁸ Corte cost., sent. n. 114/1998. In commento alla sentenza citata si veda L. VIOLINI, *Sui contrasti tra valutazioni giuridiche e valutazioni scientifiche nella qualificazione della fattispecie normativa: la Corte compone il dissidio ma non innova l'approccio*, *Giur. cost.*, 1998, 965.

⁷⁹ *Ivi*.

Corte di sindacare la discrezionalità legislativa, dovendosi attribuire specifica rilevanza al bilanciamento con altri diritti⁸⁰.

Questo secondo itinerario è, ai fini della presente analisi, di particolare interesse, giacché è senza dubbio l'incertezza del sapere scientifico ciò che connota l'attuale gestione dell'emergenza epidemiologica. In questo senso, dunque, si può affermare che la scienza non operi più come autorità epistemica, limitandosi a fornire argomenti che il legislatore potrà adoperare in bilanciamento con altri principi costituzionalmente rilevanti.

Ciò è sicuramente indicativo di un atteggiamento che supera il deferenzialismo prima indicato, riconducendo la scienza ad una inevitabile interazione con la dimensione assiologica del diritto.

Il deferenzialismo, del resto, si è dimostrato ampiamente inadeguato, non solo da un punto di vista teoretico – per l'emersione di una rinnovata autocomprensione della scienza, di cui è stata evidenziata con diverse declinazioni la dimensione sociale⁸¹ – ma anche per la peculiarità già richiamata delle forme con cui il rapporto tra decisore pubblico e scienza – l'*expertise* – si è articolato negli ultimi anni⁸².

In questo senso, la tendenza della Corte a limitare il suo sindacato nel caso in cui siano intervenuti nel procedimento di formazione della legge Comitati tecnico-scientifici è il segno della natura ibrida degli stessi, e della difficoltà di comporre il quadro teorico facendo ricorso a consolidate categorie interpretative.

Il riconoscimento in capo a tali soggetti di un potere decisionale insindacabile va probabilmente ripensato a fronte del ruolo sempre più pervasivo svolto dagli stessi nella gestione dell'emergenza, o quantomeno soggetto a più compiuta indagine. Diversamente, si prospetterebbe

⁸⁰ È questa la posizione che emerge in A. D'ALOIA, *Tutela della salute, valutazioni tecnico-scientifiche, limiti all'autonomia regionale. Appunti di giurisprudenza costituzionale*, in L. VIOLINI (a cura di), *Verso il decentramento delle politiche di welfare. Incontro di studio «Gianfranco Mor» sul diritto regionale*, Giuffrè, Milano, 2011, 27. In senso conforme anche S. PENASA, *Il dato scientifico nella giurisprudenza della Corte costituzionale: la ragionevolezza scientifica come sintesi tra dimensione scientifica e dimensione assiologica*, *Politica del diritto*, 2, 2015, 271.

⁸¹ Almeno a partire dai classici: T.S. KUHN, *La struttura delle rivoluzioni scientifiche* [1962], Einaudi, Torino, 1999; I. LAKATOS; *La metodologia dei programmi di ricerca scientifici* [1970], Il Saggiatore, 2001; P. FAYERABEND, *Contro il metodo*, cit. Su ciò cfr. anche *supra*, nt. 44.

⁸² S. JASANOFF, *The Fifth Branch. Science Advisers as Policymakers*, Harvard University Press, Cambridge (MA), 1990.

una delega in bianco al sapere esperto – nella forma del deferenzialismo – che, in condizioni di incertezza come quelle che stiamo vivendo, non appare di certo auspicabile.

6. *Il Comitato tecnico-scientifico in prospettiva comparata*

Una adeguata comprensione del Comitato tecnico scientifico attualmente in carica, formatosi a seguito all'ordinanza del Capo del dipartimento della protezione civile in data 3 febbraio 2020, sconta di certo la scarsa formalizzazione normativa di ruolo e funzioni⁸³.

A partire dal DPCM del primo marzo 2020, e in molti degli atti normativi a seguire, si fa espressa menzione del parere reso dagli esperti, con la formula generica: “Tenuto conto delle indicazioni formulate dal Comitato tecnico-scientifico (...)”⁸⁴. E tuttavia, sin dalla sua genesi normativa, il comitato in questione risulta piuttosto un organismo consultivo del Capo della Protezione civile, con il compito, previsto dal Decreto del Capo Dipartimento (n. 371 del 5 febbraio 2020) di “garantire il necessario supporto tecnico alle attività da porre in essere per la realizzazione degli obiettivi previsti”, ovvero la gestione dell'emergenza da Covid-19 da parte della Protezione civile. Le interazioni tra governo e Comitato tecnico-scientifico, dunque, si sono articolate *ab origine* con

⁸³ In questa sede l'attenzione si concentrerà sul Comitato tecnico-scientifico costituitosi presso la Protezione civile, che ha avuto il ruolo principale nel corso della cd. fase 1. Successivamente si sono costituiti altri due comitati tecnico-scientifici, deputati a consigliare il governo durante la fase 2: la Task force in materia economica e sociale per la fase 2; e il Gruppo di lavoro *data driven* istituito dal Ministero per l'innovazione tecnologica e la digitalizzazione. Quest'ultimo, composto da 74 esperti multidisciplinari scelti da Ministero della Salute, Istituto Superiore di Sanità e Organizzazione Mondiale della Sanità (oltre ad avere alcuni componenti designati dall'Autorità garante della concorrenza e del mercato, dall'Autorità per le garanzie nelle comunicazioni e dal Garante per la protezione dei dati personali) ha anche prodotto delle relazioni tecniche liberamente consultabili al seguente indirizzo web: <https://innovazione.gov.it/task-force-dati-le-relazioni-delle-attivit -dei-gruppi-che-hanno-valutato-le-app/>.

⁸⁴ Nel DPCM 26 aprile la formula è più specifica, facendosi menzione di una relazione prodotta dal Comitato tecnico-scientifico: “Visti i verbali n. 57 del 22 aprile 2020 e n. 59 del 24-25 aprile 2020 del Comitato tecnico scientifico di cui all'ordinanza del Capo del dipartimento della Protezione civile 3 febbraio 2020, n. 630, e successive modificazioni e integrazioni”.

modalità sostanzialmente de-procedimentalizzate⁸⁵. Non c'è nessun obbligo né facoltà, in fonti di rango primario, relative alla consultazione del Comitato, circostanza, questa, che si è ampiamente verificata, sia a guardare l'indicazione in preambolo dei DPCM, sia per come riportato dai media e dagli stessi decisori politici nel corso delle numerose comunicazioni.

Non sorprende che tale interazione sia avvenuta con modalità incerte, se solo si ponga mente al fatto che, a differenza di altri sistemi legislativi – tra tutti, quello statunitense – il nostro non prevede espressamente il ricorso all'*expertise* come fase formalizzata della decisione pubblica (non sono mancate a riguardo le proposte di intervento a modifica di tale lacuna⁸⁶). In questo senso, giova senz'altro il raffronto con altre esperienze nazionali, in cui si è registrata una diversa incidenza del ruolo dei comitati coinvolti, così come del contenuto dei pareri resi⁸⁷.

L'esempio del *Conseil scientifique* francese è significativo, giacché, da una parte, esso è costituito con legge (n. 2020-290 del 23 marzo 2020), dall'altro viene espressamente indicata la sua funzione, che è quella di rendere pareri pubblici, basati sullo stato delle conoscenze scientifiche, sulla situazione emergenziale⁸⁸. Non è prevista, evidentemente, alcuna forma di vincolatività del parere, come dimostrato anche dall'aperto dissidio tra Presidenza ed esperti in ordine all'opportunità di riaprire le scuole.

Resta il dato significativo del carattere pubblico dei pareri resi, che sono facilmente consultabili dalla cittadinanza sul sito web dell'organismo.

⁸⁵ Sottolinea questo aspetto I. MASSA PINTO, *La tremendissima lezione del Covid-19 (anche) ai giuristi*, *Questione giustizia*, 18 marzo 2020, richiamando l'opportunità di rendere note le modalità di nomina del comitato, che “sono da considerarsi determinanti, anche alla luce del dibattito che ha visto gli scienziati confrontarsi in una vivace dialettica sull'interpretazione del fenomeno in atto e sulle strategie per contrastarlo”.

⁸⁶ S. PENASA, *La legge della scienza: nuovi paradigmi di disciplina dell'attività medico scientifica. Uno studio comparato in materia di procreazione medicalmente assistita*, Editoriale scientifica, Napoli, 2016, spec. 51.

⁸⁷ Per una descrizione comparata dei diversi comitati intervenuti nella gestione dell'emergenza sanitaria in corso si veda F. GALLARATI, *Le libertà fondamentali alla prova del coronavirus. La gestione dell'emergenza sanitaria in Francia e Spagna*, in L. CUOCOLO (a cura di), *I diritti costituzionali di fronte all'emergenza Covid-19. Una prospettiva comparata* (aggiornato al 31 marzo 2020), *Federalismi.it – Osservatorio emergenza Covid-19*, 2020, 42 ss.

⁸⁸ <https://solidarites-sante.gouv.fr/actualites/presse/dossiers-de-presse/article/covid-19-conseil-scientifique-covid-19>.

Un ulteriore elemento sul quale vale la pena soffermarsi è la composizione del Comitato. Nella sua prima composizione, i membri del Comitato tecnico-scientifico italiano erano stati individuati tra soggetti in posizione apicale all'interno di organismi politici e scientifici: il Segretario Generale del Ministero della Salute, il Direttore generale della prevenzione sanitaria del Ministero della salute, il Direttore dell'Ufficio di coordinamento degli Uffici di sanità marittima, aerea e di frontiera del Ministero della salute, il Direttore scientifico dell'Istituto nazionale per le malattie infettive "Lazzaro Spallanzani", il Presidente dell'Istituto superiore di sanità, un rappresentante della Commissione salute designato dal Presidente della Conferenza delle Regioni e Province autonome e dal Coordinatore dell'Ufficio Promozione e integrazione del Servizio nazionale della protezione civile del Dipartimento della protezione civile, con funzioni di coordinatore del Comitato. A questa originaria lista, sono stati aggiunti altri esperti, sempre mantenendo il criterio del ruolo rivestito all'interno di istituti o dipartimenti scientificamente rilevanti⁸⁹.

⁸⁹ L'ordinanza n. 663 del 18 aprile 2020 del Capo della Protezione civile ha integrato al composizione del Comitato tecnico-scientifico, che attualmente è composto da: Agostino Miozzo, Coordinatore dell'Ufficio Promozione e integrazione del Servizio nazionale della protezione civile del Dipartimento della protezione civile - con funzioni di coordinatore del Comitato; Silvio Brusaferrò, Presidente dell'Istituto superiore di sanità; Claudio D'Amario, Direttore Generale della prevenzione sanitaria del Ministero della salute; Mario Dionisio, Direttore dell'Ufficio di coordinamento degli Uffici di sanità marittima-aerea e di frontiera del Ministero della salute; Achille Iachino, Direttore Generale dei dispositivi medici e del servizio farmaceutico del Ministero della salute; Sergio Iavicoli, Direttore Dipartimento di medicina, epidemiologia, igiene del lavoro e ambientale dell'INAIL; Giuseppe Ippolito, Direttore scientifico dell'Istituto nazionale per le malattie infettive "Lazzaro Spallanzani"; Franco Locatelli, Presidente del Consiglio Superiore di Sanità del Ministero della salute; Nicola Magrini, Direttore Generale dell'Agenzia Italiana del Farmaco; Giuseppe Ruocco, Segretario Generale del Ministero della salute; Nicola Sebastiani, Ispettore Generale della sanità militare del Ministero della difesa; Andrea Urbani, Direttore Generale della programmazione sanitaria del Ministero della salute; Alberto Zoli, rappresentante della Commissione salute designato dal Presidente della Conferenza delle Regioni e Province autonome.

Fanno parte del Comitato i seguenti esperti: Massimo Antonelli, Direttore del Dipartimento emergenze, anesthesiologia e rianimazione del Policlinico Universitario "A. Gemelli"; Roberto Bernabei, Direttore del Dipartimento Scienze dell'invecchiamento, neurologiche, ortopediche e della testa – collo del Policlinico Universitario "A. Gemelli"; Fabio Ciciliano, dirigente medico della Polizia di Stato, esperto di medicina delle catastrofi – con compiti di segreteria del Comitato; Ranieri Guerra, rappresentante dell'Organizzazione Mondiale della Sanità; Francesco Maraglino, Direttore dell'Ufficio prevenzione delle malattie trasmissibili e profilassi internazionale del Ministero della

Anche in questo caso è stata diversa la scelta della Francia, la quale, invece di indicare i ruoli di responsabilità burocratica e scientifica, ha utilizzato un differente criterio, che sembrerebbe quello della autorevolezza scientifica, oltre che – aspetto questo, di estrema rilevanza – del pluralismo metodologico. E ciò perché nel *Conseil scientifique* sono stati nominati sin dai primi giorni anche esperti in scienze sociali, un'antropologa e un sociologo. Sono poi presenti, oltre a infettivologi, virologi, ed epidemiologi, un esperto di dati, un rappresentante del mondo delle associazioni, uno dei medici di base, e un matematico.

Sempre relativamente alla composizione, è senz'altro da segnalare il caso del Regno Unito, in cui i componenti del SAGE (*Scientific Advisory Group of Experts*) in tema di pandemia da Covid-19 non sono stati resi noti al pubblico, per garantirne sicurezza e indipendenza di giudizio⁹⁰. Vi è di più: ha destato grande scandalo la notizia trapelata sulle colonne del *Guardian* relativa alla partecipazione di due consiglieri personali del *Prime Minister* alle riunioni del Gruppo di esperti⁹¹, giacché si ritiene che detto Comitato debba agire in modo del tutto scevro da condizionamenti politici di sorta.

Come si vede dalla sintetica descrizione, i tre modelli presi in considerazione sono espressione di differenti approcci teorici al problema della regolazione pubblica “su base scientifica”, a riprova del fatto che, come sostenuto da Sheila Jasanoff, il rapporto tra decisore politico e scienza è fortemente connotato in senso culturale⁹².

salute; Luca Richeldi, Presidente della Società italiana di pneumologia; Alberto Villani, Presidente della Società italiana di pediatria.

⁹⁰ In una comunicazione ufficiale al Parlamento Sir Patrick Vallance, il volto pubblico del Comitato di esperti, ha affermato che la segretezza della composizione: “contributes towards safeguarding individual members’ personal security and protects them from lobbying and other forms of unwanted influence which may hinder their ability to give impartial advice”. Il testo della lettera è consultabile al seguente indirizzo web: <https://publications.parliament.uk/pa/cm5801/cmselect/cmsctech/correspondence/Patrick-Vallance-to-Greg-Clark-re-SAGE-composition.pdf>, e indica il numero, la sotto-composizione, e la provenienza degli esperti.

⁹¹ Si tratta di Dominic Cummings e Ben Warner, quest'ultimo esperto di dati, che hanno in più occasioni consigliato Boris Johnson nella delicata procedura di uscita dall'UE. La notizia è riportata in *Revealed: Cummings is on secret scientific advisory group for Covid-19*, in *The Guardian*, 24 aprile 2020, consultabile al seguente indirizzo web: <https://www.theguardian.com/world/2020/apr/24/revealed-dominic-cummings-on-secret-scientific-advisory-group-for-covid-19>

⁹² In *Fabbriche della natura (Biotecnologie e democrazia*, il Saggiatore, Milano, 2008, 293) Sheila JASANOFF afferma infatti: “Non esiste un unico contratto sociale con la

Anzitutto, tali modelli differiscono per l'immagine della scienza che restituiscono: lo scandalo seguito alla presunta contaminazione politica del SAGE britannico sottende senza dubbio la visione della scienza idealizzata cui si faceva cenno: una comunità di *optimates*, che persegue con indipendenza di giudizio il fine della verità. In realtà, anche a non voler prendere sul serio le critiche provenienti dalla sociologia della scienza a tale immagine – e non solo dal cd. “programma forte” a vocazione costruttivista⁹³ – il problema principale è relativo, come si diceva, alla natura costitutivamente ibrida dei comitati esperti. Questi non sono chiamati a elaborare teorie e a sottoporle a verifica sperimentale, bensì a immaginare modelli e scenari – comunque elaborati scientificamente – in cui l'azione umana, e la sua natura imprevedibile, gioca un ruolo centrale nella tenuta degli stessi.

Al polo opposto potremmo immaginare di situare il modello italiano, in cui del ruolo anche politico degli esperti coinvolti non si è fatto mistero.

Una ragione di tale peculiarità potrebbe anche essere rinvenuta nel meccanismo di attribuzione e verifica della responsabilità pubblica. Il fatto di ricoprire dei ruoli istituzionali potrebbe, cioè, essere garanzia di affidabilità e “accountability” in senso propriamente anglosassone: gli effetti dei pareri resi e la loro eventuale tenuta potrebbero astrattamente riverberarsi sui ruoli rispettivamente ricoperti dai singoli membri, così da consentire il loro re-inserimento (certo, solo parziale) in quel circuito democratico dal quale diversamente resterebbero estromessi⁹⁴.

Il modello francese, invece, sembra fare maggiore affidamento sulle capacità individuali, sulla storia personale di accreditamento scientifico – in senso lato, come si è visto – rispetto al ruolo ricoperto. A ciò fa da contraltare, in termini di responsabilità pubblica, la pubblicità dei pareri resi, non prevista nel sistema italiano. Come nel modello consolidato di *expertise* invalso negli Stati Uniti, l'idea della visibilità del potere, an-

scienza nelle società occidentali, bensì relazioni particolari, storicamente e culturalmente situate, che si rivolgono ad aspettative differenti su come la scienza e la politica dovrebbero unirsi per finalità pubbliche”.

⁹³ Il carattere socialmente connotato della scienza, emerso a partire da Kuhn, ha infatti condotto, com'è noto, allo scetticismo radicale del programma forte di sociologia della scienza, perfetta espressione della temperie post-moderna (su cui si veda almeno D. BLOOR, *Knowledge and Social Imagery* (1976), The University of Chicago Press, Chicago, 1991).

⁹⁴ Considerazioni analoghe, ma sul modello tedesco, in S. JASANOFF, *Fabbriche della natura*, cit., 312.

che quello degli esperti, è centrale per il controllo democratico, e si nutre di una filosofia della verità (che nel processo americano *adversarial* trova il più noto epifenomeno) dialogica, in cui il confronto tra le diverse posizioni è ritenuto in grado di assicurare la sua emersione⁹⁵.

7. Il governo dell'incertezza oltre il principio di precauzione

La consapevolezza della inevitabile differenziazione dei modelli di regolazione *a partire* dalla scienza, tuttavia, non può esimere da una considerazione di fondo, che è relativa al significato dell'incertezza, e alle sue implicazioni normative.

Giacché, se è vero che i comitati tecnico-scientifici sono organismi ibridi, a natura anche politica, la narrazione e l'auto-rappresentazione pubblica del loro ruolo risentono ancora dell'impostazione deferenzialista.

Sheila Jasanoff riporta molto efficacemente numerosi episodi della storia politica statunitense in cui i membri di tali organismi hanno interpretato il loro ruolo esattamente in questo senso⁹⁶. Del resto, anche la giurisprudenza della Corte Costituzionale prima richiamata ha perimetrato lo scrutinio di ragionevolezza scientifica tenendo esplicitamente fuori i casi in cui fossero intervenuti Comitati tecnico-scientifici in ausilio del legislatore⁹⁷.

E tuttavia, come si diceva, l'incertezza fisiologica dei saperi esperti

⁹⁵ Secondo la notissima tesi di J.H. WIGMORE, *Wigmore on Evidence*, Little, Brown and Co., vol. V, 1974, 1367, che definiva la *cross-examination* "the greatest legal engine ever invented for the discovery of truth".

⁹⁶ Già a metà del secolo scorso, gli ingegneri militari statunitensi avevano iniziato a insistere sulla pretesa oggettività della analisi costi/benefici da loro svolte, al fine di giustificare i progetti di controllo delle inondazioni. M. PORTER, *Trust in Numbers: The Pursuit of Objectivity in Science and Public Life*, Princeton University Press, Princeton (NJ), 1995. Di ciò dà conto S. JASANOFF, *Fabbriche della natura*, cit., 33.

⁹⁷ Pare, questo, un principio interpretativo ormai consolidato nella giurisprudenza costituzionale, che, a partire dalla sentenza sul metodo Di Bella (185/1998), ha costantemente affermato l'esistenza di una presunzione di legittimità qualora la valutazione scientifica sia avvenuta a mezzo organismi tecnico-scientifici. La Corte Costituzionale, nelle sue parole, "Non è chiamata, né potrebbe esserlo, a sostituire il proprio giudizio alle valutazioni che, secondo legge, devono essere assunte nelle competenti sedi, consapevole com'è dell'essenziale rilievo che, in questa materia, hanno gli organi tecnico-scientifici». Su quest'aspetto si veda A. PATRONI GRIFFI, *Le regole della bioetica tra legislatori e giudici*, cit., 65.

qui invocati impone di ripensare il significato di tali comitati, proprio a partire dalla presa di coscienza del loro ruolo latamente normativo. A fronte della frammentazione dei possibili scenari prospettati dagli esperti diventa, infatti, sempre più evidente l'impossibilità di distinguere nitidamente i giudizi su come conoscere il mondo per governarlo da quelli su come governare il mondo per come lo conosciamo⁹⁸.

Se è vero, come si è provato a dimostrare, che l'*expertise*, anche oltre le differenziazioni culturali di cui si è dato conto, esibisce soprattutto in questi casi la sua natura "incipite", tecnica e politica, è necessario che nel circuito di validazione dei saperi così istituito non si perda di vista il destinatario della decisione pubblica, che in questa fase appare sprovvisto degli ordinari strumenti di partecipazione democratica.

Quale spazio residua, infatti, per controllare che tale circuito si esprima in forme democraticamente accettabili (a intendere, per democrazia, la non esclusione autoritativa di nessun sapere⁹⁹)?

E come evitare, all'opposto, che la dimensione politica fagociti quella tecnica, irrigidendo la decisione su valutazioni meramente normative?

A quest'ultima conseguenza vanno incontro le strategie normative improntate ad un male inteso principio di precauzione, in cui, cioè, l'analisi del rischio sia condotta a partire da dati scientificamente inattendibili. Del resto, è stata la stessa Corte Costituzionale a interpretare il proprio sindacato di ragionevolezza scientifica in senso estensivo, anche rispetto al principio di precauzione, affermando che il dato scientifico che motiva la valutazione precauzionale non può fondarsi su dati privi di fondamento scientifico¹⁰⁰.

Il problema, cioè, è quello di individuare una nuova misura per l'agire pubblico in condizioni di incertezza, che, abbandonato il defe-

⁹⁸ S. JASANOFF, *Science and Public Reason*, Routledge, New York, 2012, 19.

⁹⁹ M. TALLACCHINI, *Stato di scienza, validazione sociale della scienza, e stato di diritto*, Ibis, Pavia, 2003, 3.

¹⁰⁰ Nella sent. 116/2006 la Corte afferma che «l'imposizione di limiti all'esercizio della libertà di iniziativa economica, sulla base dei principi di prevenzione e precauzione nell'interesse dell'ambiente e della salute umana, può essere giustificata costituzionalmente solo sulla base 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"». Sul punto si veda M. AINIS, *Le questioni scientifiche controverse nella giurisprudenza costituzionale*, in A. D'ALOIA (a cura di), *Bio-tecnologie e valori costituzionali. il contributo della giustizia costituzionale*, Torino, Giappichelli, 2005, 27.

renzialismo, non si faccia ostaggio di una decisione pubblica irragionevole, in quanto scientificamente inattendibile.

È da alcune decadi che la sociologia della scienza più avvertita, infatti, definisce le situazioni come quella in corso come ipotesi di scienza post-normale, in cui il prefisso, lungi dall'ammiccare al costruttivismo post-modernista¹⁰¹, indica piuttosto la necessità di rendere esplicita l'incertezza che connota i momenti come quelli in corso – momenti che si affiancano a quelli di scienza cd. normale in senso kuhniano¹⁰² – in cui le decisioni sono pressanti, i valori conflittuali e le ricadute sulla collettività considerevoli¹⁰³. In tali casi, le valutazioni di affidabilità scientifica normalmente condotte, che chiamano in causa il meccanismo della revisione tra pari, si rivelano inadeguate, per la complessa trama di relazioni tra descrizione dei fatti in vista dell'assunzione della decisione e governo del mondo per come lo conosciamo. La proposta di una comunità di pari estesa, che coinvolga anche cittadini e associazioni private, rende il

¹⁰¹ Il sintagma “postnormal science” è stato introdotto in un articolo assai autorevole di S. O. FUNTOWICZ-J. R. RAVETZ, *Post-normal Science: A New Science for New Times*, in *Scientific European*, 1990, 20-22. Tale nozione è stata poi oggetto di ulteriori specificazioni: in S. O. FUNTOWICZ-J. R. RAVETZ, *Science for the Post-normal Age*, in *Futures*, 1993, 739-755, gli Autori prendono espressamente le distanze dal costruttivismo post-moderno, esplicitando piuttosto l'eredità kuhniana che ha mosso la loro ricerca: “We call it ‘postnormal’ to indicate that the puzzle-solving exercises of normal science (in the Kuhnian sense) which were so successfully extended from the laboratory to the conquest of Nature, are no longer appropriate for the resolution of policy issues of risks and the environment” (ivi, 750). Di recente Silvio Funtowicz, insieme ad altri studiosi che condividono la medesima impostazione teorica, è intervenuto sul tema dell'emergenza sanitaria, qualificandola come esempio di “post-normal science”: D. WALTNER-TOEWS - A. BIGGERI - B. DE MARCHI - S. FUNTOWICZ - M. GIAMPIETRO - M. O'CONNOR - J. R. RAVETZ - A. SALTELLI - J. P. VAN DER SLUIJS, *Pandemie post-normali. Perché CoViD-19 richiede un nuovo approccio alla scienza*, in *Recenti progressi in medicina*, 4, 2020, 202-204.

¹⁰² Per scienza normale, infatti, Kuhn intende quei momenti della storia dell'impresa scientifica in cui un dato modello è in grado di rendere sufficientemente ragione dei fenomeni che intende descrivere, e in cui le anomalie – la cui proliferazione darà luogo ad un cambio di paradigma – sono ancora sporadiche eccezioni. T. KUHN, *La struttura delle rivoluzioni scientifiche*, cit., 75. Sulla rilevanza che il modello kuhniano ha per la teoria del diritto si veda V. VILLA, *Teorie della scienza giuridica e teorie delle scienze naturali. Modelli ed analogie*, Giuffrè, Milano, 1984.

¹⁰³ S. O. FUNTOWICZ-J. R. RAVETZ, *Science for the Post-normal Age*, cit., 744.

senso dell'inadeguatezza della descrizione dicotomica, a cui gli stessi comitati tecnico scientifici vanno incontro¹⁰⁴.

In questo senso, e in parziale assonanza con la proposta di Funto-wicz e Ravetz, Sheila Jasanoff ha parlato di epistemologie civiche¹⁰⁵, a intendere le pratiche istituzionalizzate attraverso le quali i cittadini mettono in atto pratiche conoscitive per compiere scelte collettive.

Il ruolo della comunicazione scientifica diventa, in questo senso, fondamentale nell'edificazione di strumenti costruttivi che mettano i cittadini in condizione non solo di comprendere passivamente le informazioni scientifiche prodotte¹⁰⁶, ma di partecipare attivamente alla creazione di pratiche e norme per l'agire in cui le informazioni scientifiche agiscano come leva motivazionale al pari di valori e principi giuridicamente rilevanti.

¹⁰⁴ Sull'insufficienza del modello dei comitati tecnico-scientifici si è in più occasioni espressa Sheila Jasanoff. In particolare, si veda S. JASANOFF, *Fabbriche della natura*, cit., spec. 321.

¹⁰⁵ Ivi, 295 ss. Più nello specifico, per epistemologia civica, Jasanoff intende "pratiche istituzionalizzate con cui i membri di una data società testano e mettono in atto asserzioni conoscitive, utilizzate come base per compiere scelte collettive". Ivi, 304-305.

¹⁰⁶ È, questo, il modello della "Public Understanding of Science", in cui la comunità dei cittadini non esperti (*lay citizens*) è ritenuta destinataria passiva di indagini atte a verificare il livello di comprensione di contenuti scientifici. Ciò al solo fine di modulare la formazione di base e la comunicazione scientifica, permanendo forti i confini epistemologici tra scienza e cittadini. Su come questo modello sia entrato in crisi a partire dalla sperimentazione della comunità LGBT di farmaci per la cura dell'HIV, si veda S. EPSTEIN, *The Construction of Lay Expertise: AIDS Activism and the Forging of Credibility in the Reform of Clinical Trials*, in *Science, technology and human values*, 20, 1995, 408-437. In generale, sulla PUS si veda W. BRYAN, *Public Understanding of Science*, in: S. JASANOFF (a cura di), *Handbook of Science and Technology Studies*, Sage Thousand Oaks (CA)-London, 1995, 361-389.