

Le fonti dell'emergenza nella crisi pandemica

Riflessioni di sintesi. Il controverso rapporto tra “scienza” e “politica”

di Romano Orrù

Abstract: The sources of law of the pandemic crisis. **Concluding remarks:** The controversial relation between science and politics – This contribution summarises the main indications that emerged during the panel, highlighting the most innovative or most significant aspects of the different papers presented by the several speakers.

Keywords: Post-Westphalian legal systems; Sources of law; Legal integration; Comparative law.

1. – L'intrinseca complessità dei temi trattati nonché la ricchezza delle argomentazioni e la robusta strutturazione delle relazioni proposte nel *Panel* dedicato a «*Le fonti dell'emergenza nella crisi pandemica*» impongono alla presente relazione di far precedere i riferimenti ai contenuti specifici dei diversi contributi da una serie di considerazioni introduttive e d'inquadramento.

Né chi ha l'incarico di svolgere questo intervento di sintesi, né i relatori hanno avuto modo di conoscere per tempo tutti gli interventi offerti nei giorni di svolgimento del convegno, ivi inclusi anche quelli più prossimi, tematicamente parlando, all'oggetto che ci occupa (e in specie le riflessioni della Prof.ssa Elena D'Orlando). Eppure, tra le relazioni delle diverse sessioni e quelle del *Panel* in analisi risalta in maniera notevole la complementarità dei vari filoni tematici trattati, cui fa da corollario la frequente consonanza di vedute e di accenti; il tutto indice sicuro dell'ottima organizzazione dell'evento pisano, sì che quest'ultimo può distinguersi nel panorama nazionale degli incontri scientifici giuspubblicistici vuoi per la particolare meticolosità progettuale vuoi per il grande impegno profuso nella pressoché costante verifica dell'implementazione delle sue fasi realizzative.

Finalità immanente al mio intervento è certamente quella di tratteggiare un quadro degli aspetti nodali delle relazioni del *Panel* senza peraltro rinunciare ad abbozzare alcune considerazioni (inevitabilmente a “maglie larghe”) sul *focus* tematico del *Panel* che, nella cornice dell'imperversare di situazioni emergenziali a matrice sanitaria, richiama il *problematico* rapporto tra le fonti politiche (e, per estensione, la “politica”) e i

vincoli tecnico-scientifici che gravano sul decisore politico.

Un tema in sé amplissimo e poliedrico, collocato su un terreno sovente sdruciolevole e tutt'altro che immune da alcuna delle tantissime difficoltà che si propongono all'osservatore chiamato a interpretare dei *trend* in atto (come giustamente rimarcato dal Prof. Giuseppe Franco Ferrari nel suo intervento).

Il fulcro sostanziale (e sistemico) dei diversi ragionamenti proposti nel corso dei lavori del *Panel* è quello della scienza come limite alla discrezionalità della politica, e, quindi, dell'attitudine – nell'attuale fase storica – oltremodo intrusiva (fino al limite del surrogatorio o neutralizzante) della regola di matrice scientifica rispetto al "diritto politico".

Di talché, con sempre maggiore frequenza, dinnanzi a chi abitualmente segue i fenomeni giuridici si stagliano scenari nei quali all'interno dei processi di normazione campeggia la "competizione" per il primato tra diritto politico e regola di matrice tecnico-scientifica. Sottendono siffatta competizione fondamentali questioni che attengono non solo al contenuto della regolazione, ma anche alla sua legittimazione.

La necessità di far fronte all'esplosione dell'emergenza pandemica ha contribuito in maniera determinante a mettere in evidenza, specie a far data dai primi mesi del 2020 e al di là di ogni possibile incertezza, l'incidenza degli sviluppi scientifico-tecnologici sul volto concreto e operativo degli ordinamenti costituzionali.

Agendo da catalizzatore a un processo da tempo in atto, la crisi pandemica da Covid-19 ha disvelato come gli stessi assetti di matrice liberaldemocratica sembrino esposti a trasformazioni di grosso momento, che trovano il proprio fulcro nel ruolo sempre più rilevante assunto del formante tecnico-scientifico sul terreno della produzione normativa (e, in ultima analisi, riguardo alla funzione di indirizzo politico)¹.

Si pensi, esemplificativamente, ai progressi nel campo dell'intelligenza artificiale, tali da dischiudere ormai scenari che vanno ben oltre la soglia preconizzata nel secolo scorso del test di Alan Turing (l'"imitation game")² e che di per sé appaiono in grado, anche nel breve-medio periodo, di scuotere dalle fondamenta l'edificio della liberaldemocrazia così come sviluppatosi sinora.

¹ La cui essenza va colta alla luce, quanto meno, delle magistrali impostazioni di Vezio Crisafulli, Costantino Mortati e Temistocle Martines: in proposito, *ex multis*, cfr. ampiamente A. Ruggeri, *L'indirizzo politico tra diritto legislativo e diritto giurisprudenziale*, in *Consulta-online*, 2017, 1 ss. (consultabile all'indirizzo internet www.giurcost.org/studi/ruggeri73.pdf).

² «*Can machines think?*» è il noto *incipit* dell'ancor più noto saggio di A. Turing, *Computing machinery and intelligence*, in *Mind, New Series*, Vol. 59, n. 236, 1950, 433 ss. (obiettivo del Test di Turing è di verificare se una macchina possa comportarsi intelligentemente sulla base della distinguibilità o meno delle sue azioni rispetto a quelle umane: sugli importantissimi riflessi d'ordine costituzionale, tra i molti, di recente, M. Fasan, *Intelligenza artificiale e pluralismo: uso delle tecniche di profilazione nello spazio pubblico democratico*, in A. D'Aloia (cur.), *Intelligenza artificiale e diritto. Come regolare un mondo nuovo*, Milano, 2020.).

È ben noto come la riflessione sul rapporto tra politica e scienza – spesso traslato sulle coordinate della relazione tra diritto (quale espressione precipua della politica) e tecnica (quale applicazione di conoscenze scientifiche) – sia presente, sebbene con varia intensità e sulla base di approcci metodologici assai diversi, in pressoché tutta l'evoluzione della cultura e della civiltà in Occidente. Nell'epoca contemporanea detto rapporto è un tema scandagliato con elevatissima frequenza negli studi sociali (e all'interno di questi assai spesso anche nella specifica prospettiva o dimensione giuridico-politica³, a partire dall'ambito bio-etico).

Sebbene appaia pienamente illuminato da “ragionevole ragione” (o, se si preferisce, dalla “ragionevolezza più ragionevole”) il principio per cui in un'ottica di sincera e affidabile cura del bene comune la politica debba costantemente tener presente il dato tecnico-scientifico, sullo sfondo della tematica del rapporto tra tecnica e diritto si collocano tanto un coacervo di grandi questioni teoriche che un fitto ginepraio di problematiche operative, laddove dall'alta astrattezza dei principi si discenda al piano dell'azione concreta.

Tra le principali criticità che si propongono al pensiero di chi anche semplicemente si appresti ad inoltrarsi nello smisurato campo speculativo del rapporto tra politica e scienza nello “Stato costituzionale” accenno solo, in ragione del maggior collegamento con i risultati emersi nel corso dei lavori del *Panel*, da un lato, alla difficoltà di cogliere – rispetto al quadro assiologico dell'osservatore – l'esatto (*recte*: l'oggettivo) contenuto del sapere scientifico in relazione a specifici casi della vita (atteso che nel coro delle voci della comunità scientifica non sempre regna armonia), e, dall'altro lato, alla possibilità stessa di poter distinguere nel singolo caso tra tecnica e politica (posto che la politica è anche la tecnica della decisione e la tecnica lascia – o non dovrebbe sempre e ontologicamente impedire *ab imis* il riconoscimento di – margini di apprezzamento alla decisione, quanto meno in relazione al bilanciamento degli interessi in causa).

Di fronte a un campo di analisi tanto ampio e complesso – che, come accennato, interessa la generalità degli ordinamenti – nelle relazioni proposte nel *Panel* l'esame molto opportunamente è stato affrontato per segmenti

³ Come rammenta, di recente, E. Catelani, *Evoluzione del rapporto fra tecnica e politica. Quali saranno gli effetti in uno Stato tecnologico?*, in *Osservatorio sulle fonti*, 2/2021, 382. Sempre in relazione alla crisi Covid-19, C. Acoccella, *Ancora su diritto e tecnica. Le valutazioni tecnico-scientifiche come premessa delle decisioni politico-amministrative assunte per fronteggiare l'emergenza pandemica da Covid-19*, in *PA Persona e Amministrazione*, n. 2/2020, 271-299; A. Patroni Griffi, *Scienza e diritto ai tempi dell'emergenza Covid-19: qualche annotazione*, in G. De Minico, M. Villone (cur.) *Stato di diritto – Emergenza – Tecnologia, Consulta-online*, 2020, 41 ss. (consultabile all'indirizzo internet www.giurcost.org/contents/giurcost//COLLANA/ebook_DeMinico_Villone_%20STATO_DIDIRITTO_EMERGENZA_TECNOLOGIA.pdf). Già in tempi pre-pandemici, si vedano le ampie riflessioni contenute nel volume di G. Grasso (cur.), *Il Governo tra tecnica e politica*, Napoli, 2016.

tematici piuttosto specifici, senza peraltro rinunciare a cogliere aspetti e implicazioni di ampia portata. Così, in particolare, sono state indagate o implicitamente richiamate, questioni che attengono:

- alle torsioni della forma di governo (di cui appare riflesso istituzionale l'auto-marginalizzazione delle istituzioni parlamentari) e all'incidenza sulla forma di Stato (sia nella prospettiva del rapporto tra sovranità e popolo *sub specie*, in particolare, della compressione di diritti fondamentali) sia in quella della relazione tra sovranità e territorio (con conseguente alterazione delle dinamiche politico-istituzionali tra centro e periferia, sovente a vantaggio del primo);

- all'identificazione dell'area dei soggetti (anche operanti in ambito istituzionale) accreditabili di sapere tecnico-scientifico;

- alla supposta corrispondenza tra verità scientifica e verità tecnica;

- alla scelta degli esperti da consultare;

- alla sottoposizione ad analisi critica del passaggio automatico dal "vero" (il dato scientifico, e in quanto tale tendenzialmente neutrale e inconfutabile, ovvero la "legge scientifica") al "giusto" (la regola politica che governa i rapporti sociali nel modo migliore possibile, in un universo assiologico dato);

- al limite della "tecnocrazia" e del pericolo del materializzarsi di scenari distopici;

- alla necessità – in ultimo, ma non meno importante – di tener ben distinta la scienza dallo scientismo.

Quale precipitato dei diversi canovacci accennati pare risaltare la genericità e l'imprecisione della formula "tecnico-scientifico", la quale assume valore euristico solo in un contesto discorsivo e culturale appropriato.

Il rapporto tra politica e scienza, naturalmente, può essere colto anche nella specifica prospettiva degli elementi base del sistema delle fonti (i *formanti*): in proposito non pare azzardato parlare di un formante tecnico-scientifico (*extra-giuridico*), che si affianca ai, e condiziona i, tradizionali formanti giuridici (il formante giurisprudenziale e il formante codicistico e legislativo). Utilizzando una prospettiva dinamica non sembra del tutto peregrino abbozzare il rischio di una teorica tendenza degenerativa del rapporto tra scienza e politica: in altri e più diretti termini, che da una situazione definibile "ordinaria" (già acquisita, o se si vuole, in via di consolidamento) in cui il formante tecnico-scientifico assume un ruolo a carattere *giustificativo* – o, al più, *integrativo* ovvero *correttivo* – tanto del formante giurisprudenziale che del formante codicistico-legislativo, si possa transitare verso una condizione non fisiologica nella quale il formante tecnico-scientifico diventi sostanzialmente "*assorbente*" degli altri formanti e, per tanto, espressione di un'architettura dei pubblici poteri impostata su stilemi non pienamente compatibili (e, se del caso, non conciliabili affatto) con quelli liberal-democratici (sino all'orizzonte distopico di una

“scienzocrazia” connotata dalla delega a tecnici, macchine o ad algoritmi della regolazione della massima parte degli aspetti della vita individuale e di relazione)⁴.

In chiave di inquadramento generale, le analisi sul rapporto tra scienza e politica nel corso dei lavori del *Panel* hanno messo a fuoco come tale rapporto possa dipanarsi lungo almeno tre direttrici fondamentali:

a) in base al legame del decisore politico (e in particolare dell'esecutivo) con comitati di esperti, anche creati *ad hoc* in situazioni di emergenza;

b) in collegamento a meccanismi particolari accolti all'interno dell'istruttoria legislativa (e riconducibili al novero degli strumenti di *better regulation* di matrice anglosassone);

c) in connessione a poteri di intervento e di regolazione delle autorità amministrative indipendenti.

Detta tripartizione, a sua volta, pare possa combinarsi con un'ulteriore schematizzazione (dal carattere inevitabilmente molto ampio, proseguendo in un ragionare in forma assolutamente generale e di estrema semplificazione). Detta schematizzazione attiene alle (macro-)ipotesi di tipi di rapporti tra politica e scienza enucleabili in astratto. In un approccio votato alla massima sintesi sembrano emergere fondamentalmente tre situazioni.

Nella prima ipotesi, la politica ha piena libertà di conformazione rispetto al dato (*recte*: al formante) tecnico-scientifico. L'interazione tra i due poli è dominata dalla netta prevalenza della politica: quest'ultima utilizza il dato tecnico-scientifico *se e quando* lo ritiene utile o necessario (cosicché nella regolazione “politica” il dato tecnico finisce per avere una valenza meramente strumentale).

Diversa ipotesi è quella in cui, all'opposto, la tecnica prevale sulla politica (causa-effetto di una – anche informale – “riserva di scienza” o “di competenza tecnica”: la politica tende quindi ad abdicare all'esercizio della funzione di bilanciamento degli interessi).

La terza e ultima ipotesi teoricamente prospettabile si colloca in posizione quella mediana tra le due che precedono. È una situazione che poggia sulla tendenza sistemica alla “compenetrazione” tra politica e tecnica sia attraverso un percorso di “procedimentalizzazione” degli apporti tecnici nella formazione dell'atto politico-normativo sia mediante lo sforzo volto alla continua ricerca di nuovi equilibri che facciano perno sul ruolo della rappresentanza (e in specie del Parlamento) giovandosi dell'assistenza della giurisdizione costituzionale per le valutazioni di adeguatezza e proporzionalità⁵.

⁴ Evidenzia questo passaggio A. Iannuzzi, *Leggi “science driven” e Covid-19. Il rapporto fra politica e scienza nello stato di emergenza sanitaria*, in *Biolaw Journal*, n. 1/2020 (*Special Issue*), 119-134, partic. 120, dove prende atto che la scienza, da semplice base di riferimento delle decisioni, sia assunta a vero e proprio formante.

⁵ In quest'ultimo caso l'analisi in punto di proporzionalità (in senso lato) dovrebbe prendere in considerazione anche l'aspetto della “solidità” del presupposto scientifico che sorregge la

In sostanziale coerenza con la sistematica appena sopra tratteggiata sembra porsi l'orientamento proposto, in questo stesso evento convegnistico, dalla Prof.ssa Elena D'Orlando, la quale assume come prospettiva d'analisi quella degli strumenti sui quali si impernia il rapporto tra scienza e politica, per cui le epifanie del rapporto tra scienza e politica – se ho ben compreso il suo pensiero – possono riassumersi in accordo con la seguente triade:

a) “la tecnica al servizio della politica”: ipotesi che ricorre quando la tecnica è “assorbita” nel procedimento legislativo, specie mediante strumenti di valutazione *ex ante* della regolamentazione sul modello delle *Law Commissions* di stampo anglosassone).

b) “ambito di condivisione”: ambito che risulta imperniato su una vasta congerie di autorità amministrative indipendenti (in questo caso la regola promana da “tecnici”, ma la politica – o, più propriamente, il diritto politico – mantiene la possibilità di definire limiti e caratteri dell'azione delle autorità amministrative indipendenti);

c) “separazione tra diritto e scienza”: condizione quest'ultima in cui sembra imporsi una “riserva di scienza”, in forza della quale il dato tecnico tende a prevalere sulla (e a soppiantare la) politica, a “neutralizzare” (o a svuotare dall'interno) la discrezionalità del diritto politico (ricostruzione che pare ben attagliarsi a situazioni presenti nei campi del biodiritto, dell'ambiente e dell'intelligenza artificiale).

Nel cercare di cogliere e portare in emersione una preoccupazione variamente sottesa alle diverse relazioni del Panel, sembra quanto mai opportuno rimarcare come la salvaguardia degli assetti democratico-pluralistici debba in ogni caso passare per la ricerca e la difesa di una relazione equilibrata tra fonte normativa politica (in specie di rango legislativo o con forza di legge) e formante tecnico-scientifico: all'uopo, si rivela necessaria, pertanto, l'«individuazione degli strumenti normativi più adeguati al fine di assicurarne una ragionevole integrazione (*rectius*: compenetrazione), capace di bilanciare tra discrezionalità politica e autonomia e adeguatezza scientifica»⁶.

2. – È nell'appena riferita cornice introduttiva e di contesto che si sono calate le relazioni che hanno animato il *Panel*, fornendo una messe davvero ampia e

scelta e, pur in presenza di una scelta “scientificamente adeguata” andrebbe escluso ogni automatismo sulla validità delle decisioni assunte a livello politico. In altre parole, l'adeguatezza scientifica del presupposto non implica necessariamente la legittimità della misura adottata, stante la pluralità di interessi e bisogni di cui il decisore deve tenere conto. Sulla rilevanza del contesto giustificativo esterno, *ex multis*, A. Farano, V. Marzocco, *Expertise tecniche e decisori politici. Razionalità legislativa e uso dell'argomento scientifico nella produzione del diritto emergenziale*, in S. Staiano, *Nel ventesimo anno del terzo millennio*, Napoli, 2020, 149-184.

⁶ Così S. Penasa, *La legge della scienza: nuovi paradigmi di disciplina dell'attività medico-scientifica. Uno studio comparato in materia di procreazione medicalmente assistita*, Trento, 2015, 91 (consultabile all'indirizzo internet iris.unitn.it/retrieve/handle/11572/116267/210741/penasa.pdf).

pregevole di riflessioni che, pur precludendo a svolgimenti ulteriori, costituiscono già di per sé fonte di grandi stimoli.

Tutti i protagonisti del *Panel* hanno svolto con sicurezza e più che egregiamente il proprio intervento; nella manciata di minuti a disposizione, per vero, hanno potuto esporre solo una limitata parte del maturo studio svolto in materia e riversato negli scritti prodotti: nonostante questo grave, quanto ineludibile, vincolo materiale, non ne hanno risentito né la coerenza delle dissertazioni né il pregio scientifico delle elaborazioni concettuali d'insieme.

I contributi proposti complessivamente mettono sotto la lente d'indagine l'incidenza della condizione emergenziale sul rapporto (non lineare, al di là di quello che si può a tutta prima ritenere) tra politica(-diritto) e scienza(-tecnica) assumendo peraltro punti di osservazione molto diversificati.

Più precisamente, sul terreno *lato sensu* economico si cala l'analisi di Jacopo Paffarini (avendo riguardo, nello specifico, alla disciplina *antitrust*, e dunque alla "crisi" dei modelli normativi di regolazione dei mercati incentrati sul predominio delle autorità indipendenti a scapito del potere di direzione degli organi politici dello Stato). Sul contributo di Paffarini si sofferma in maniera sufficientemente dettagliata la Prof.ssa Marina Calamo Specchia, per cui rinvio *per relationem* al suo intervento di sintesi.

Il diritto all'istruzione è invece il contesto prescelto per la sua relazione da Ilaria Rivera, la quale traguarda il tema prendendo a riferimento, nel corso della fase acuta della pandemia, l'introduzione su larga scala della didattica a distanza (DAD) e il ruolo in proposito giocato dal Comitato Tecnico-Scientifico (CTS). Al campo più specifico delle procedure normative, poi, attengono le indagini proposte sia da Luca di Majo che da Fabio Pacini; il primo, in particolare, fissa l'attenzione sulla progettazione legislativa e sulle tecniche di analisi della regolazione all'interno dello strumentario di *better regulation*, mentre il secondo scandaglia piuttosto limiti e conseguenze tanto della possibilità di applicazione del concetto di fonti politiche a casi in cui il fattore tecnico-scientifico caratterizzi in modo determinante il contenuto o il fondamento della regolazione che della necessità di ricomprendere in un atto di rango legislativo un contenuto di natura tecnico-scientifica.

Coerente con l'insieme delle riflessioni proposte nel corso dei lavori del *Panel* appare l'idea che il rapporto tra scienza e politica non si esaurisca in una questione tecnica, ma sia essa stessa una problematica "politica", anzi, in situazione d'emergenza, "la problematica" per eccellenza.

Dai contributi appena riferiti si dipanano i fili di molte questioni del proteiforme rapporto tra scienza e politica, rispetto alle quali, ad ogni modo, è possibile ravvisare più definiti punti di contatto e profili di convergenza, per cogliere i quali risulta senz'altro utile fornire quanto meno un sommario

tracciato degli specifici percorsi d'analisi seguiti.

Il «controverso rapporto tra le conoscenze scientifiche e le scelte della politica» è inquadrato in una prospettiva di ampio respiro da Luca Di Majo. Premesso che la pandemia, per un verso, ha ribadito, oltre ogni dubbio, la necessaria interazione tra politica e scienza, e, per altro verso, ha aperto nuovi scenari di problematica conflittualità.

Nel contributo di Luca Di Majo due profili in particolare sono messi in evidenza: per un verso, la complessità del rapporto tra scienza e politica (sia sul piano delle procedure che su quello sostanziale) e, per altro verso, la potenziale opposizione tra i due poli della scienza e della politica (che rispondono a fini e logiche diverse e si avvalgono di strumenti diversi).

A giudizio di Luca Di Majo⁷, in vista di un armonico temperamento tra valorizzazione del contributo dell'esperto e preservazione del ruolo del decisore politico, centrali sono i nodi della garanzia della trasparenza e della partecipazione (specie attraverso analisi preventive), e, in ultima analisi, dell'*accountability* (secondo gli indirizzi di *better regulation* perseguiti in particolare nel Regno Unito)⁸. Quanto all'*iter* che porta alla determinazione del contenuto della regola, Luca Di Majo conviene che debba essere inquadrato in termini di «procedimentalizzazione non limitata a una automatica successione di adempimenti formali, ma compiuta tramite un contraddittorio tra le *expertise* e i decisori pubblici»; insomma, quello che l'A. auspica è una procedimentalizzazione «aperta» e «trasparente», sì da essere anche «controllabile» (alla luce del principio della ragionevolezza). Ben avverte lo stesso Luca Di Majo che la scienza non detiene il monopolio della razionalità, poiché «[e]siste una razionalità *anche* giuridica che corrisponde al *bilanciamento* tra fatti e diritti»⁹. In condizioni di ordinarietà per l'assunzione degli elementi tecnico-scientifici nella progettazione normativa si enfatizzano le potenzialità degli strumenti per la qualità delle regole – analisi di impatto della regolazione (AIR), analisi tecnico normativa (ATN) e verifica di impatto della regolamentazione (VIR) – nei quali «scienza e politica dovrebbero raggiungere un livello di osmosi elevato così da realizzare la *compenetrazione biunivoca*». La chiave di volta di processi

⁷ Cfr. L. Di Majo, *La compenetrazione biunivoca tra politica e scienza nella progettazione normativa: un problema o un'opportunità?*, in questo *Numero speciale*, 1737 ss.

⁸ Su questo punto si vedano le riflessioni di F. Laviola, *La decisione politica science-based e il ruolo del Comitato tecnico-scientifico nella gestione dell'emergenza Covid-19 tra arbitrarie pretese di segretezza e riaffermazione del diritto alla trasparenza*, in *Federalismi.it*, n. 20/2020, 127 ss. (consultabile all'indirizzo internet: www.federalismi.it/nv14/articolo_documento.cfm?Artid=45855)

⁹ Così L. Di Majo, *Lo vuole la scienza? La compenetrazione biunivoca tra politica e scienza: un problema o un'opportunità?* cit. «L'ineludibile quanto complessa interazione tra scienza(-tecnica) e politica(-diritto) si atteggia in maniera diversa allorquando la dimensione di ordinarietà cede il passo ad una situazione di crisi o emergenziale (come nella vicenda della pandemia da Covid-19). Per tanto, muta, a seconda dello scenario ordinario ovvero emergenziale in cui si versa, il ruolo degli strumenti di *better regulation* per «contribuire a definire il contenuto della regola scientificamente orientata» (*Id.*, *ibidem*).

decisionali orientati al riconoscimento del dato scientifico mi pare risieda nella valorizzazione proprio del lemma “*compenetrazione*”, il cui impiego nell’ambito di cui si tratta mi sento di apprezzare particolarmente perché intensamente esplicativo dell’interdipendenza necessaria di due “mondi” dell’agire umano distanti per logiche interne e qualità epistemologiche.

L’avvento, su scala pressoché globale, della situazione emergenziale da Covid-19 sembra aver aperto, almeno sulle prime, una fase nuova del rapporto tra scienza e politica, in cui tendenzialmente domina la supplenza della scienza a fronte della latenza e dell’impreparazione della politica. Il balzare in primo piano della comunità scientifica (per quanto «non necessariamente strutturata ed interna all’amministrazione») ha certamente prodotto l’effetto «di deresponsabilizzare le scelte politiche alla luce degli interventi tecnici». La produzione normativa ne ha profondamente risentito.

Di talché hanno finito per padroneggiare la scena i principi di prevenzione e di precauzione (innescando in porzioni non trascurabili dei consociati dubbi su possibili indirizzi alternativi di regolamentazione – in termini sia procedurali che sostanziali – alla luce dei principi di ragionevolezza e proporzionalità specie laddove si è inciso in maniera così profonda sui contenuti di svariati diritti fondamentali sino quasi a neutralizzarli del tutto).

Il parallelo con l’esperienza britannica (sebbene in una situazione di *bounded rationality*) – come torna a sottolineare l’A. – è apparso talora stridente; in assenza dello strumento del decreto legge, perno della disciplina emergenziale è risultato il *Coronavirus Act 2020* sulla cui base l’esecutivo è abilitato a varare *Statutory instruments* con efficacia temporale biennale: in sostanza, un «approccio più *soft* alla regolazione» (condotta per valori o per clausole generali). In tale contesto, a mo’ di valvole di sfogo, atte ad attenuare effetti legati all’emergere di eventuali criticità della regolazione, è rilevante la presenza di “*evaluation clauses*” e di “*sunset clauses*”.

In definitiva, sul piano normativo ciò che tende a caratterizzare l’esperienza dell’emergenza pandemica è un sacrificio parziale delle tecniche di *better regulation* (nel quadro di un ricorso maggiore alle *expertise*) cui però non può (o non dovrebbe) corrispondere il sacrificio della trasparenza e del dialogo tra i saperi. Luca Di Majo conviene infine che nel contesto italiano (ordinario ed emergenziale) in particolare due appaiono i punti deboli nella materia in esame e relativi, da un lato, alla selezione dell’esperto, dall’altro lato, alla trasparenza delle procedure.

Nell’ambito di un percorso d’indagine sostanzialmente convergente, Fabio Pacini¹⁰, prende spunto dalla predisposizione di un sistema pubblico di tracciamento dei contatti su vasta scala per proporre un interessante raffronto tra segmenti dell’approccio normativo italiano e quello francese

¹⁰ La relazione svolta da Fabio Pacini è intitolata «*Fonti politiche e formante tecnico-scientifico. Casi recenti e (forse) futuri in Italia e in Francia*».

riguardo la gestione pandemica. Un raffronto in cui spicca la combinazione di elementi teorico-domatici propri del sistema delle fonti con dati offerti dall'osservazione empirica.

Perno concettuale della riflessione è il dilemma dell'integrazione o, all'opposto, della dissociazione tra aspetti tecnico-scientifici e "contenuto politico" della legge (quest'ultima intesa quale paradigmatica manifestazione delle "fonti politiche").

L'A. ha come punto fermo della sua analisi l'idea per la quale «non appare possibile una scissione netta tra "finalità" contenute nella legge e normazione tecnico-scientifica pubblica fornita *aliunde*» (riecheggiando anche qui una sintesi in termini di "compenetrazione").

Sebbene, in via di principio e in casi particolari, non si possa revocare in dubbio «l'esistenza di spazi di "riserva di scienza"» dinanzi alla quale – come indica Carlo Casonato – «il legislatore deve arrestarsi»¹¹, Fabio Pacini, ben condivisibilmente, contrasta l'ammissibilità di «una troppo netta distinzione fra momento "politico" e momento "tecnico"» che «rischia di (ulteriormente) depauperare la capacità incisiva degli organi rappresentativi, in primo luogo parlamentari».

Ad ogni modo, ciò pare presupporre che debba essere il legislatore a provvedere alla regolazione e non un altro soggetto (autorità amministrative indipendenti o la stessa Pubblica amministrazione) specie quando si abbia a che fare con ambiti materiali di "grande momento" (o di "alto rischio"), come emblematicamente avviene nel caso delle *app* di *contact tracing*.

Al fine di allontanare il rischio del sacrificio di beni costituzionalmente tutelati, Pacini ritiene necessario scandagliare le ragioni giustificative alla base dell'esistenza di un vincolo d'intervento in capo al Parlamento di fronte a situazioni nuove (generate dallo sviluppo scientifico) con alto rischio. A tal proposito, in guisa intellettualmente stimolante, all'applicazione estensiva dell'istituto della riserva di legge¹² ritiene preferibile ricorrere all'estensione del concetto di "obblighi positivi generali" (intesi secondo l'insegnamento di Alessandro Pizzorusso). Operazione concettuale la cui validità sembra comprovata, per l'A., dall'analisi delle vicende italo-francesi sulla necessità di fornire copertura normativa alle *app* di tracciamento dei contatti anti-Covid.

In particolare, dopo aver affrontato (e risolto positivamente) la questione dell'utilizzabilità in casi simili di categorie concettuali relative all'identificazione di "obblighi positivi generali" (strumentale, come accennato, al fine di fondare un dovere di intervento del legislatore, cui si

¹¹ C. Casonato, *La scienza come parametro interposto di costituzionalità*, in *Rivista AIC*, n. 2/2016, 6 ss.

¹² Sebbene intesa in linea con l'impostazione di chi, come Federico Sorrentino, ha avvertito come alla base della concezione della riserva di legge vi sia un rapporto tra organi (Parlamento-Governo, volto in ultimo alla tutela concreta della rappresentanza popolare) prim'ancora che un rapporto tra fonti (legge ordinaria-regolamento): F. Sorrentino, *Le fonti del diritto italiano*, Padova, 2009, 22 s.

collega l'ipotesi del controllo del giudice costituzionale sulle omissioni legislative), Fabio Pacini passa a interrogarsi sul ricorrere della necessità, in regime di Costituzione rigida, di ricomprendere in un atto primario un contenuto di regolazione tecnico-scientifico.

In altri termini, Fabio Pacini ritiene preferibile seguire la via dell'identificazione di un obbligo per il legislatore di provvedere muovendo dalle caratteristiche proprie del procedimento e delle garanzie che assistono gli atti dotati di forza di legge; un obbligo che si materializzerebbe, secondo il già detto, per far fronte al rischio connesso a situazioni nuove derivanti, a loro volta, dallo sviluppo tecnico-scientifico: nell'ordinamento italiano conferma concreta – e, in un certo senso, paradigmatica – l'A. la rinviene nella «necessità di provvedere con legge alla “copertura” della messa in opera dell'*app Immuni*». Al riguardo è appena il caso di rimarcare che – richiedendo l'*app Immuni*¹³ la fissazione dei termini di una serie di profili essenziali¹⁴ – si sia ritenuto necessario adottare «una specifica norma di rango primario» (in modo fattivo intervenuta ad opera del Decreto Legge n. 28/2020, convertito con modificazioni dalla Legge n. 70/2020)¹⁵.

Comparativamente, alquanto diversa è l'esperienza francese, nel cui ordinamento costituzionale, com'è noto, affatto differenti sono concezione e ruolo della legge. Nel caso francese l'avallo normativo all'introduzione di un'*app* di tracciamento (indicata convenzionalmente, all'inizio, come *StopCovid* e, successivamente, in termini di *TousAntiCovid*) non è stato ritenuto oggetto suscettibile di rientrare nel *domaine de la loi*, e, nonostante sussistessero nel dibattito pubblico contrarietà a tale opzione (sì da mettere in evidenza – come fa in particolare Jean-Philippe Derosier – la carica partecipativa e garantista della decisione parlamentare assistita da controllo di costituzionalità), si è preferito procedere per via regolamentare¹⁶. Tuttavia, le preoccupazioni sollevate in merito alla mancata scelta dello strumento legislativo come base giuridica della *app* di tracciamento *anticovid* sembrano aver avuto una eco sul piano politico-istituzionale nell'attivazione della procedura *ex art. 50-1 Cost.* (novella introdotta nella cornice della revisione costituzionale del 2008)¹⁷. Conseguentemente, la questione è stata

¹³ In Italia quanto alla base giuridica (ovvero, del fondamento di legittimità) da riservare al trattamento dei dati personali sull'ipotesi del consenso dell'interessato è prevalsa la soluzione favorevole a ravvisare il ricorrere dell'interesse pubblico (*ex art. 6 GDPR e art. 15 Direttiva e-privacy*).

¹⁴ Relativi, tra l'altro, come nota l'A., a modalità operative, limiti e garanzie per i diritti degli interessati, informativa, comunicazione dei dati e periodo di conservazioni dei dati.

¹⁵ La normativa italiana (per ragioni di ordine teorico e pratico) opta per la volontarietà dell'installazione dell'*app* di *tracing* (ciò senza escludere, per parte della dottrina, margini per casi di obbligatorietà sulla scorta della sent. della Corte costituzionale n. 5/2018).

¹⁶ *Décret* del 29 maggio 2020, assunto previo parere della CNIL (*Commission Nationale de l'Informatique et des Libertés*).

¹⁷ L'50-1 Cost. recita: «*Devant l'une ou l'autre des assemblées, le Gouvernement peut, de sa propre initiative ou à la demande d'un groupe parlementaire au sens de l'article 51-1, faire, sur un sujet déterminé, une déclaration qui donne lieu à débat et peut, s'il le décide, faire l'objet d'un vote sans*

oggetto (il 27 maggio 2020) di dibattito (in seduta pubblica) sia all'Assemblea Nazionale che al Senato. Meccanismo del dibattito – è il caso di rimarcarlo – dal carattere “ambiguo” (poiché non v'è obbligo per il Governo di sottoporvisi, né può dar luogo a conseguenze sul rapporto fiduciario), che nella prassi sembra aver assunto piuttosto una funzione assimilabile a quella del controllo parlamentare sull'azione governativa.

Specialmente il caso francese spinge a riflettere, come sottolinea Pacini, «sulle potenzialità del dibattito parlamentare» (anche quando, come nel caso di specie dell'*app StopCovid*, alle Camere non sono riconosciuti poteri emendativi) e, più in generale, sull'«opportunità d'integrare il procedimento legislativo con strumenti ulteriori, anziché fuggirne laddove l'assetto costituzionale lo consenta». Lo stesso Pacini, peraltro, mantenendo presente la vicenda francese, lamenta come il confronto parlamentare non abbia avuto sicura influenza sul dibattito pubblico: una siffatta cesura, un tal *gap* va senz'altro colmato. In ciò l'A. coglie il limite della troppo frequente ed eccessivamente ampia “separatezza” tra società politica e società civile.

Conclusivamente, secondo Fabio Pacini, il motivo della necessità dell'intervento delle fonti politiche “primarie” (e delle istituzioni parlamentari) risiede nella «constatazione dell'impossibilità pratica di distinguere questioni “tecniche” da questioni “politiche”, laddove quel che sorge è invece un unitario bisogno di regolazione».

Anche Ilaria Rivera nel suo intervento ¹⁸ mette in risalto come la crisi pandemica abbia portato con prepotenza all'attenzione del più fondamentale quesito del «peso della scienza nel processo politico decisionale», sottolineando, altresì, la complessità dell'attività di sintesi delle scelte politiche e delle evidenze scientifiche.

Una volta esplosa la crisi pandemica, in Paesi quali la Francia e l'Italia, la consultazione degli esperti (strutturati Oltralpe in un apposito *Conseil scientifique* e, quanto alla dimensione domestica, nel Comitato Tecnico-Scientifico¹⁹) è stata elevata a «imprescindibile rituale» per “assicurare”, si potrebbe dire, «la *giustezza* delle azioni intraprese dal decisore politico in relazione della curva dei contagi».

Come accennato, il rapporto tra scienza e politica è colto da Ilaria Rivera nella prospettiva della compressione subita dal diritto all'istruzione a seguito dell'emergenza pandemica da Covid-19: l'ambiente scolastico (e, aggiungerei, quello universitario), infatti, è stato visto come uno di «quegli ambienti in grado di favorire maggiormente la propagazione del virus».

Relativamente alle misure di contrasto, l'art. 2, comma 1, del Decreto Legge n. 19/2020 rende i necessari provvedimenti normativi una “variabile

engager sa responsabilité».

¹⁸ Intitolato «Il complesso rapporto tra scienza e politica. Il diritto all'istruzione nella crisi pandemica da Covid-19».

¹⁹ Istituzione avvenuta con Decreto del Capo Dipartimento della Protezione civile n. 371 del 5 febbraio 2020.

dipendente” dei pareri del Comitato Tecnico-Scientifico (CTS) non solo riguardo ai «profili tecnico-scientifici», ma anche in relazione alle «valutazioni di adeguatezza e proporzionalità». Di fronte alla elevazione, di fatto (e in buona misura *de jure*), dei pareri del CTS a chiave di volta di tutti i bilanciamenti, il forte arretramento del formante politico a vantaggio di quello tecnico-scientifico appare quanto mai evidente.

È di palmare evidenza che, sulla scorta dei pareri del CTS e in conseguenza della chiusura degli istituti scolastici (e di formazione in genere)²⁰ durante la fase acuta dell'ondata pandemica, la transizione alla didattica digitale (o lo svolgimento delle attività didattiche a distanza in modalità *online*: DAD) è risultata quanto mai rapida, cogliendo impreparate sia molte istituzioni scolastiche(-formative) sia buona parte dei docenti (cui sommerei anche buona parte dei discenti). Di qui la scaturigine di concrete e pressanti problematiche legate tanto alla necessità di familiarizzare rapidamente con le nuove modalità di erogazione della didattica e (per quanto possibile) di introiettarle che, a monte, al tutt'altro che scontato accesso, specie da parte degli studenti-utenti, all'indispensabile panòpia degli strumenti digitali richiesti. A quest'ultimo proposito, per meglio dire, crisi sanitaria e DAD hanno finito con il rimarcare le differenze esistenti tanto a livello territoriale (in ragione del diverso grado di dotazione di infrastrutture tecnologiche a disposizione nelle diverse aree del Paese) quanto in ambito socio-familiare (considerando le diseguaglianze d'ordine economico e, conseguentemente, le disparate possibilità di accesso ai servizi e ai materiali didattici *online*).

Alla compressione del diritto all'istruzione, ridotto nei termini di un diritto alla formazione a distanza, ha fatto da corollario la «criticità in ordine all'esigenza di assicurare la tutela dei dati personali sulle piattaforme digitali e, più in generale, la corretta definizione dell'identità digitale». Quest'ultima risulta certamente considerazione assai opportuna, specie nella misura in cui indica un versante d'indagine meritevole di ulteriori e specifici approfondimenti²¹.

È appena il caso di accennare, in relazione all'orizzonte della formazione a distanza (sia della scuola che dell'università), alle attese palinogenetiche del PNRR (Piano Nazionale di Ripresa e Resilienza) presentato dal Governo italiano, posto che nel suo ordito figura, tra l'altro, la finalità di «rafforzare tutto il percorso dell'istruzione, dalla scuola primaria all'università, con la promozione di investimenti in (a) abilità digitali, (b)

²⁰ Per riferimenti al panorama comparato, sul versante dell'istruzione universitaria, sia consentito far riferimento a R. Orrù, *Insegnamento a distanza, innovazione didattica e "costituzione" dell'Università*, in *DPCE*, 3/2021, 5 ss.

²¹ Sui provvedimenti adottati durante l'emergenza Covid-19 in materia di istruzione scolastica, per la dottrina italiana v. R. Calvano, *L'istruzione, il Covid-19 e le disuguaglianze*, in *Costituzionalismo.it*, fasc. 3, 2020, 57-86 (consultabile all'indirizzo internet: www.costituzionalismo.it/wp-content/uploads/2.-Fasc.3-2020-calvano.pdf).

abilità comportamentali e (c) conoscenze applicative».

Il contributo di Ilaria Rivera rivela affinità di fondo con le relazioni precedentemente illustrate almeno sotto due profili. In primo luogo, le vicende legate all'esercizio del diritto all'istruzione nel frangente pandemico avvalorano la marcata tendenza del decisore politico ad affidarsi, per la gestione dell'emergenza, a esperti e a scienziati prima di adottare interventi specifici. Secondariamente, il frequente ed esteso ricorso da parte del decisore politico ai pareri dei c.d. esperti, come avvenuto per il repentino passaggio alla DAD, non sembra del tutto al riparo da perplessità circa il suo carattere anche strumentale: almeno nella misura in cui è in grado di assumere i tratti di meccanismo di deresponsabilizzazione dell'azione politica prescelta; funzionale a puntellare una "politica debole", ma anche a contrastare – e a volte disinnescare sul nascere – accenti politici estremi di stampo populistico-complottistico.

3. – L'insieme delle relazioni prese in considerazione testimonia il più che apprezzabile sforzo di gettare luce su alcune porzioni (anche se necessariamente limitate e selezionate) del vastissimo campo d'indagine del complesso (e spesso controverso) rapporto tra scienza(-tecnica) e politica(-diritto).

Il punto di coagulo dei rapporti tra *input* scientifico e regola politica nelle riflessioni offerte, fondamentalmente, insiste su tre termini: complessità, compenetrazione, rappresentanza.

L'emergenza pandemica da Covid-19 ha disvelato, anche agli occhi di coloro che non coltivano l'assiduo interesse per questioni giuridico-politiche, quanto complesso possa essere il bilanciamento fra diritti individuali e interesse collettivo alla salute. Al punto che è apparsa una scelta necessaria affidarsi (in parte per alcuni, *in toto* per altri) alle indicazioni degli scienziati. In ciò si manifesta talvolta difficoltà nell'individuare il perimetro preciso della "scienza ufficiale", specie quando l'evidenza scientifica è stretta tra l'alternativa della sperimentazione in atto e il risultato asseverato, rammentando che per *communis opinio* il metodo scientifico galileiano è imperniato sui canoni della riproducibilità e della verificabilità (sullo sfondo della non confutabilità) e che l'unico elemento di legittimità della verifica scientifica è il grado di consenso tra la comunità dei pari). Incertezze nel tempo attuale su questo campo possono derivare oltre che, nella contingenza, dal dover far fronte alla sfida emergenziale pandemica anche, in prospettiva più larga, dalla tendenziale trasformazione nel tempo del rapporto tra scienza e tecnologia (nel senso che, in talune circostanze e in forza di ricerche altamente finanziate e fortemente orientate, il tradizionale rapporto di dipendenza della seconda rispetto alla prima tende a non essere così saldo).

Come si è visto, specie in situazioni di emergenza, appare inevitabile che lo spostamento del punto di equilibrio tra scienza(-tecnica) e politica(-

diritto) provochi torsioni alla forma di governo²² e alterazioni (temporanee) alla forma di Stato. Tuttavia, sia il fatto che talune problematiche pur con applicazione di canoni scientifici appaiano non avere una sola soluzione rigorosa sia la circostanza per cui a seguito della presenza di una pluralità di voci, o anche solo di accenti, nella comunità scientifica talune opzioni sembrano permeabili a influenze ideologiche o di altro genere possono ingenerare nel corpo sociale incertezza e vulnerare oltremodo l'autorevolezza non discutibile della scienza (*recte*: la pretesa della verità scientifica)²³.

Al netto di quanto appena precede, la sussistenza di un rapporto di “*compenetrazione*” tra scienza e politica è cartina di tornasole della democraticità del sistema, nella misura in cui impedisce scelte inadeguate o sproporzionate e allontana il rischio di discriminazioni prive di ragionevole fondamento. Il limite sta in una delega eccessiva ai “tecnici” e tale da alterare stabilmente o immotivatamente sospendere il circuito rappresentanza/potere/responsabilità, che costituisce la quintessenza dei regimi liberaldemocratici²⁴.

Il filo conduttore delle diverse relazioni proposte mi sembra proprio ravvisabile nella duplice necessità, per un verso, di non accogliere acriticamente o passivamente un arretramento senza condizioni della politica(-diritto) dinanzi alla scienza(-tecnica) e, per altro verso, di preservare il ruolo della scienza compenetrata con la fonte normativa politica, che fa un tutt'uno con la valorizzazione delle assemblee parlamentari e di quel metodo

²² Il nostro Paese non è nuovo a scostamenti rispetto al modello originale: emblematiche di una evidente dicotomia tra tecnica e politica (e della prevalenza di quella su questa), già prima dell'emergenza pandemica, sono le esperienze dei cc.dd. “governi tecnici”, costituiti per la risoluzione di emergenze di varia natura - per lo più economico-finanziaria - che il sistema politico-rappresentativo non sembrava capace di affrontare. Sul tema, *ex multis*, S. Fabbrini, *Tecnici al governo e governi tecnici: alcune riflessioni comparative sull'Italia*, in *Ventesimo Secolo*, vol. 36, 2015, 70 ss. In tal caso, a parere di chi scrive, il rapporto fiduciario ne esce profondamente alterato soprattutto perché il dialogo tra tecnica e politica si compie e si esaurisce all'interno del Governo e dei vari ministeri, mentre i canali tradizionali di rappresentanza politica, sia per il loro funzionamento, sia per la mancanza di *expertise* (di tecnica, appunto), sono marginalizzati.

²³ Del rapporto di strumentalità tra scienza e decisore pubblico tratta L. Del Corona, *Le decisioni pubbliche ai tempi del Coronavirus: la tutela dei diritti tra fondatezza scientifica, trasparenza e principio di precauzione*, in *BioLaw Journal*, n.1/2020 (*Special issue*), 71-78. Potrebbe a tal fine essere utile, sulla scorta del Robert Koch Institut nell'esperienza tedesca, l'introduzione di un'autorità pubblica centralizzata e semi-indipendente responsabile della raccolta e dello studio dei dati (così come dell'elaborazione delle strategie) per il controllo e la prevenzione delle malattie infettive.

²⁴ Se, pertanto, sulla scorta di quanto più volte sancito dalla Corte costituzionale, in merito a puntuali decisioni di carattere tecnico-scientifico, è necessario un accertamento dello stato delle conoscenze con l'ausilio di organismi dotati delle relative competenze (cfr. C. Cost., sent. n. 188 del 2000 nonché le sentenze sull'obbligo vaccinale n. 137 del 2019, n. 27 del 1998 e n. 307 del 1990), è altrettanto necessario che la generale valutazione che attiene alla politica sanitaria debba tenere in considerazione tutti gli interessi in gioco.

antitetico-dialettico teso al compromesso nel quale Hans Kelsen scorge un elemento essenziale del loro agire e dell'assetto democratico contrapposto a quello autocratico²⁵.

Simili desiderabili obiettivi si inseriscono in quel reticolo di rapporti di cui si alimenta il concetto di Costituzione materiale (in senso mortatiano)²⁶; la Costituzione sostanziale peraltro ci dice (richiamando l'immagine evocata in queste giornate di studio da Edmondo Mostacci) che ci troviamo di fronte non tanto al diritto che insegue il fatto, quanto piuttosto alla difficoltà del diritto a inseguire il potere (del quale, nell'epoca della quarta rivoluzione industriale e della grande trasformazione scientifico-digitale, non è sempre agevole individuarne la/e sede/i effettive).

L'endiadi di "scienza e politica" non può e non deve suonare come un ossimoro, in ogni caso.

Romano Orrù
Dip.to di Scienze politiche
Università degli Studi di Teramo
rorru@unite.it

²⁵ Cfr. H. Kelsen, *Essenza e valore della democrazia*, in H. Kelsen, *La democrazia*, con intr. di M. Barberis, Bologna, 1998, 104 s., il quale, più precisamente, sostiene che «[1]'intera procedura parlamentare, infatti, con la sua tecnica dialettica contraddittoria, basata su discorsi e repliche, su argomenti e controargomenti, tende a venire ad un compromesso. Questo è il vero significato del principio di maggioranza nella democrazia reale» (*Id.*, *ibidem*).

²⁶ E, dunque, in sintesi, quale «*nucleo essenziale di fini e di forze che regge ogni singolo ordinamento positivo*»: C. Mortati, *La Costituzione in senso materiale*, Milano, 1988, 74, ma cfr. anche T. Martines, *Diritto costituzionale*, XIV ed., G. Silvestri (cur.), Milano, 2017, 18 ss.