

L'USO COSTITUZIONALMENTE ORIENTATO DELLA TECNICA NELLE  
DECISIONI GOVERNATIVE\*

**GIOVANNA PISTORIO\*\***

**Sommario**

1. Premessa. – 2. Il ruolo del Comitato tecnico-scientifico tra influenze politiche e incertezze scientifiche. – 3. Le misure governative tra convergenze e divergenze. – 4. Auspici per un modello costituzionalmente orientato.

**Suggerimento di citazione**

G. PISTORIO, *L'uso costituzionalmente orientato della tecnica nelle decisioni governative*, in *Osservatorio sulle fonti*, n. 1/2022. Disponibile in: <http://www.osservatoriosullefonti.it>

\* Il presente contributo costituisce la rielaborazione delle conclusioni svolte in occasione del Convegno “La gestione dell'emergenza sanitaria tra diritto e tecnica”, tenutosi a Roma il 25 novembre 2021 e organizzato dal Dipartimento di Giurisprudenza dell'Università degli Studi Roma Tre, nell'ambito del Progetto PRIN 2017 “*Self- and Co-regulation for Emerging Technologies: Towards a Technological Rule of Law*” (SE.CO.R.E TECH).

\*\* Professoressa associata di Istituzioni di diritto pubblico nell'Università degli Studi Roma Tre.  
Contatto: [giovanna.pistorio@uniroma3.it](mailto:giovanna.pistorio@uniroma3.it)

## 1. Premessa

L'impatto della tecnica sulla vita dell'uomo è dirompente.

Evidenti e significative le ripercussioni sull'ambiente, sulle relazioni sociali e sullo sviluppo della persona umana<sup>1</sup>. Dopo la rivoluzione copernicana, la scoperta dell'evoluzione della specie, lo studio dell'inconscio, oggi viviamo la quarta "rivoluzione"<sup>2</sup>. Le nuove tecnologie incidono sulla realtà in maniera così pervasiva e incessante da ritenere che sia in atto un processo di trasformazione *verso uno stato di diritto tecnologico*. Uno stato in cui diritto e tecnica devono raggiungere un ragionevole equilibrio perché se è vero che la tecnica «pone» i termini scientifici delle questioni giuridiche, è altresì evidente che, per la produzione del diritto, occorre scegliere se, come e quando avvalersi della tecnica<sup>3</sup>.

Il bilanciamento tra tecnica e diritto non è semplice. Anzi. Gli spazi di continua tensione sono molteplici, non perché vi sia una conflittualità ingovernabile, ma perché i punti di intersezione sono numerosi. Le zone grigie preoccupano<sup>4</sup>. La tecnica irrompe nella produzione normativa, ergendosi spesso a guida autorevole<sup>5</sup>, il decisore politico interferisce nella sfera della tecnica, alle volte strumentalizzandola tramite il diritto, spingendosi finanche a inquinare il dibattito scientifico<sup>6</sup>.

Tutto si complica, poi, in situazioni emergenziali.

<sup>1</sup> Più approfonditamente sul tema, cfr. A. SIMONCINI-E. LONGO, *Fundamental Rights and the Rule of Law in the Algorithmic Society*, in Aa. Vv. (a cura di), *Constitutional Challenges in the Algorithmic Society*, Oxford, 2021, 27 ss., ove gli A., dopo essersi soffermati sugli effetti delle nuove tecnologie sulla vita dell'uomo, sottolineando che «these new technologies not only allow people to find information at an incredible speed; they also recast decision-making processes once in the exclusive remit of human beings», esaminano l'incidenza delle nuove tecnologie sul costituzionalismo e dunque sulla separazione dei poteri e sulla garanzia dei diritti.

<sup>2</sup> In tal senso, cfr. L. FLORDI, *La quarta rivoluzione. Come l'infosfera sta trasformando il mondo*, Milano, 2017, 99 ss.

<sup>3</sup> Così, A. PATRONI GRIFFI, *Scienza e diritto ai tempi dell'emergenza da Covid-19: qualche annotazione*, in *Stato di diritto, emergenza, tecnologia*, a cura di G. De Minico, M. Villone, pubblicato in *www.giurcost.org*, 2020, 41 ss.

<sup>4</sup> Interessanti le riflessioni di A. SCIORTINO, *Il Governo tra tecnica e politica: le funzioni*, in Aa. Vv., *Il Governo tra tecnica e politica*, a cura di G. Grasso, con la collaborazione di R. Perrone, Napoli, 2016, 18 s., sulle zone d'ombra rispetto al fisiologico rapporto che dovrebbe instaurarsi tra tecnica e politica, ovvero rispetto all'ipotesi in cui «la tecnica (...) si pone al servizio della politica» con «il risultato, sul piano dei contenuti del prodotto normativo (...) a garanzia del buon governo della cosa pubblica». L'accento alle zone d'ombra sembra prefigurare quel che poi, effettivamente, si realizza a distanza di qualche anno, nel rapporto tra Governo e Comitato tecnico-scientifico, ovvero l'ipotesi in cui «l'organo politico disattenda completamente le risultanze dell'analisi svolta dall'organo tecnico senza un'adeguata motivazione» e quella in cui «l'organo politico cerca di scaricare sulla tecnica la scelta di certe soluzioni ammantandole come le uniche possibili».

<sup>5</sup> Più approfonditamente, cfr. A. IANNUZZI, *Leggi "science driven" e Covid-19. Il rapporto fra politica e scienza nello stato di emergenza sanitaria*, in *Biolaw Journal*, 2020, 120 ss.

<sup>6</sup> Su tali rapporti, cfr., D. REISS, *Politicization of science*, in *www.americanbar.org*, 14 giugno 2021.

È proprio in tale contesto che l'incontro di studio “*La gestione dell'emergenza sanitaria tra diritto e tecnica*” si inserisce nell'ambito del progetto di ricerca di interesse nazionale, avviato dalle Università di Firenze, Roma, Macerata e Pisa, per approfondire le problematiche questioni concernenti “*L'impatto delle tecnologie sui processi di auto e co-regolazione: verso uno stato di diritto tecnologico*”.

L'obiettivo della ricerca è infatti quello di esaminare il modo in cui la regolazione dei molteplici campi di applicazione delle nuove tecnologie implica un sempre maggior coinvolgimento dei detentori della tecnica.

Come noto, il ricorso ai tecnici, ai «medici consultori», quale frutto di una scelta politica, per la produzione del diritto non è certo cosa nuova<sup>7</sup>. Tra tecnica, politica e diritto si è instaurato un rapporto circolare, alle volte ambiguo e dai confini incerti, sviluppatosi in modo assai altalenante, ma pur sempre di continua interazione. Un'interazione che ha inciso e che incide in maniera significativa sull'essenza del costituzionalismo, intesa come ripartizione dei poteri e garanzia dei diritti.

Guardando alle dinamiche del potere, risale alla sofocrazia di Platone la necessità di affidare la guida ai sapienti, a coloro che sanno, che hanno le competenze, non tanto e non solo per il loro sapere, quanto per la loro saggezza. Se già allora, in *nuge*, affioravano anche i primi germi di un potenziale conflitto tra tecnocrazia e democrazia<sup>8</sup>, il ricorso alla tecnica è stato poi comunque il *fil rouge* che ha accompagnato l'esercizio dei diversi poteri, «in base a quella tendenza alla neutralizzazione alla quale si è dedicato lo spirito europeo nel XVII secolo, perseguendola, come mosso da un destino, fino ai giorni nostri»<sup>9</sup>. In altri termini, quando si ripone immensa fiducia nella tecnica, lo si fa ritenendo che non vi sia «nulla di più neutrale della tecnica», perché «essa serve a tutti» e rappresenta «una sfera di pace, di comprensione, di riconciliazione»<sup>10</sup>. Da speranza.

Ecco allora l'irrompere della tecnica sui diversi poteri. Il legislatore se ne avvale nella produzione normativa, il decisore politico ne trae ispirazione per

<sup>7</sup> Nell'ambito dell'ampia letteratura, cfr. B. CROCE, *Il ricorso ai competenti” nelle crisi storiche*, in *Quaderni della Critica*, 4, 12, 1948, 89, ove si legge che il ricorso ai competenti, «già in proporzioni che ora a guardarle sembrano ristrettissime, si presentò in Francia, dopo la guerra del 1870-1 (...)».

G. GUARINO, *Tecnici e politici nello stato contemporaneo*, in *Scritti di diritto pubblico dell'economia e di diritto dell'energia*, Milano, 1962.

<sup>8</sup> Così, A. SCIORTINO, *Il Governo tra tecnica e politica: le funzioni*, cit., 10.

<sup>9</sup> In tal senso, cfr. C. SCHMITT, *Le categorie del politico*, Bologna, 2021, 178

<sup>10</sup> Così, C. SCHMITT, *Le categorie del politico*, cit., 178.

scegliere la strada da intraprendere, il giudice la utilizza come parametro per sindacare la ragionevolezza tecnica delle norme<sup>11</sup>.

Ci si affida alla tecnica perché essa “serve” al diritto, ai diritti.

È necessaria per la produzione del diritto in quanto componente imprescindibile. Il diritto è anche morale, economia, costume, tecnica<sup>12</sup>. Ne deve essere consapevole il decisore politico il cui sguardo deve spingersi verso «tutti i rapporti morali, religiosi, politici, economici della vita reale»<sup>13</sup>. Ecco perché chi conosce il diritto non conosce solo il diritto – diceva Carnelutti – ma è (*rectius*, dovrebbe essere) illuminato da una pluralità di saperi. D'altra parte, «è la giustizia che guida verso la legge, non la legge che guida verso la giustizia»<sup>14</sup>. È nella produzione normativa che i vari elementi si combinano tra loro per acquistare una propria individualità ed essenza<sup>15</sup>. In tal senso, nel rapporto con la realtà, «il diritto è atto di creazione: atto che però non crea entità, ma le assembla, e così facendo, produce la realtà che gli è propria»<sup>16</sup>. Una realtà che ben si attaglia alle esigenze concrete. Esigenze che cambiano, mutano, si evolvono. Oggi, in un mondo caratterizzato da una complessità sempre crescente, scienza e tecnica giocano un ruolo decisivo. In tempi ordinari il caso Di Bella, il metodo Stamina, le questioni della PMA ne sono state emblematica conferma, attestando quanto sia significativo il peso del dato tecnico-scientifico sull'attività legislativa<sup>17</sup>, tanto da spingere a esaminare le problematiche questioni relative alla c.d. riserva di scienza<sup>18</sup>. Il decisore politico nella produzione normativa «non può ignorare dati e relazioni causali scientificamente fondati», né tantomeno «lasciare la scienza alle sue dinamiche autoregolative», soprattutto quando le conoscenze scientifiche incidono sui diritti fondamentali dell'individuo<sup>19</sup>. Ecco allora che il dato tecnico-scientifico diventa oggetto e strumento del diritto, dando vita a una concatenazione di condizionamenti reciproci tra

<sup>11</sup> Più approfonditamente, cfr. F. BILANCIA, *La libertà della scienza e della ricerca: attualità della riflessione di Andrea Orsi Battaglini*, in *Diritto pubblico*, 2016, 189 ss.

<sup>12</sup> Così, S. ROMANO, *L'ordinamento giuridico*, Firenze, 1977.

<sup>13</sup> In tal senso, cfr. F. CARNELUTTI, *L'arte del diritto*, in *Discorsi intorno al diritto*, I, Padova, 1937, 34 ss.

<sup>14</sup> Così, F. CARNELUTTI, *Bilancio del positivismo giuridico*, in *Discorsi intorno al diritto*, Padova, 1953, 255-256.

<sup>15</sup> In tal senso, cfr. S. ROMANO, *Frammenti di un dizionario giuridico*, Milano, 1993, 205.

<sup>16</sup> Così, M. CROCE, *Il diritto come tecnica operativa*, in *Attualità e necessità del pensiero di Santi Romano*, a cura di R. Cavallo Perin, G. Colombini, F. Merusi, A. Police, A. Romano, Napoli, 2019, 280, riprendendo la teoria “processualistica” del diritto di Santi Romano.

<sup>17</sup> Più approfonditamente sul tema, cfr. G. FONTANA, *Ricerca scientifica e libertà di cura. Scientismo e antiscientismo nella prospettiva costituzionale*, Napoli, 2019, 15 s.

<sup>18</sup> Più approfonditamente, cfr. D. SERVETTI, *Riserva di scienze e tutela della salute*, Pisa, 2019, 207 ss.

<sup>19</sup> Così, G. FONTANA, *Ricerca scientifica e libertà di cura. Scientismo e antiscientismo nella prospettiva costituzionale*, cit., 15.

scienza, tecnica e diritto<sup>20</sup>. Se da un lato, «quando il diritto ha a che fare con la scienza (...), è costretto a flessibilizzarsi oltremodo (...), finendo per trasformarsi, in taluni casi, anche radicalmente», dall'altro «la scienza nel venire a contatto con il diritto ugualmente subisce mutamenti sensibili»<sup>21</sup>. Il rapporto duale è spesso elastico, duttile, flessibile.

Ma è proprio nel corso della pandemia da Covid-19, che l'interazione tra tecnica, politica e diritto si è sviluppata nella sua poliedricità, manifestando molteplici zone d'ombra. Quelle zone d'ombra che mettono a repentaglio il rispetto dei “confini” propri della tecnica e l'assunzione delle responsabilità ascritte alla politica, dimostrando quanto sia difficile ma indispensabile «il dialogo funzionale» tra esperti e decisore politico<sup>22</sup>, nella tutela «sistemica e non frazionata» che va sempre garantita ai diritti<sup>23</sup>.

È nell'emergenza pandemica che, forse mai prima d'ora in modo così evidente, si appalesa quanto la tecnica “serva” anche ai diritti, *rectius*, alla tutela dei diritti, quanto sia complicata la gestione di «quelle che gli americani definiscono *science policy issues*, questioni scientifiche controverse che richiedono soluzioni di natura politica»<sup>24</sup> e quanto sia auspicabile che il rapporto tra scienza, tecnica e diritto sia «costituzionalmente orientato»<sup>25</sup>.

## 2. Il ruolo del Comitato tecnico-scientifico tra influenze politiche e incertezze scientifiche

È proprio l'incidenza del dato tecnico-scientifico sulla tutela dei diritti, tramite la produzione normativa posta in essere dal decisore politico nella delicata fase emergenziale, il filo conduttore che ha legato gli interventi resi nel corso del Seminario di studio.

Il 30 gennaio 2020, l'Organizzazione della salute ha dichiarato il Covid-19 una «Public Health Emergency of International Concern», ovvero un'emergenza di sanità pubblica di rilievo internazionale. Una situazione eccezionale,

<sup>20</sup> Per tale orientamento, cfr. M. LUCIANI, *Relazione di sintesi*, in AA. VV., *Bio-tecnologie e valori costituzionali. Il contributo della giustizia costituzionale*, a cura di A. D'Aloia, Torino, 2005, 620.

<sup>21</sup> Così, A. IANNUZZI, *Il diritto capovolto. Regolazione a contenuto tecnico-scientifico e Costituzione*, Napoli, 2018, 1.

<sup>22</sup> In tal senso, cfr. L. BUSATTA, *Tra scienza e norma: il fattore scientifico come oggetto, strumento e soggetto della regolazione*, in *www.costituzionalismo.it*, 12 maggio 2021, 151 s.

<sup>23</sup> Corte cost., sent. n. 264 del 2012.

<sup>24</sup> In tal senso, cfr. L. VIOLINI, *Le questioni scientifiche controverse nel procedimento amministrativo. Sostanze cancerogene e centrali nucleari negli Stati Uniti*, Milano, 1968, 8.

<sup>25</sup> Per tale orientamento, cfr. L. VIOLINI, *Biodiritto e Costituzione italiana*, in *BioLaw Journal, Rivista di BioDiritto*, 3/2018, 71.

imprevedibile, inaspettata, e, forse, in parte anche diversa dalle “ordinarie” emergenze<sup>26</sup>.

Indispensabile il «ricorso ai competenti», agli «uomini della scienza» per la gestione della pandemia<sup>27</sup>. A conferma, qualora ve ne fosse ancora bisogno, che è nei momenti di crisi, «nel turbamento e nella perplessità degli intelletti e degli animi», che si invoca l'ausilio di esperti<sup>28</sup>.

Tra i diversi gruppi e task force designati a livello centrale e locale per fronteggiare la pandemia, riveste primaria importanza, nella ricerca di un dialogo con la scienza per la produzione normativa, il Comitato tecnico-scientifico, all'uopo istituito, con ordinanza del Capo del Dipartimento della Protezione civile il 3 febbraio 2020. L'art. 2 del decreto-legge n. 19 del 2020 prevede infatti che «per i profili tecnico-scientifici e le valutazioni di adeguatezza e proporzionalità» i Decreti del Presidente del Consiglio dei ministri (DPCM, d'ora in poi) «sono adottati sentito, di norma, il Comitato tecnico scientifico (...)».

Nel profondo disorientamento, si chiede ausilio alla tecnica. Anzi, come ricorda Simone Barbareschi, con l'irrompere dell'emergenza, «la tentazione di affidare alla scienza anche la selezione del contenuto discrezionale delle scelte politico-istituzionali da operare aumenta»<sup>29</sup>. È soprattutto nella fase iniziale della pandemia che nella tecnica si ripongono incommensurate aspettative. Si invoca così l'intervento della comunità scientifica per avere «certezze inconfutabili»<sup>30</sup>. Si pretende «chiarezza, altrimenti non c'è scienza», afferma il Ministro per gli Affari Regionali e le autonomie<sup>31</sup>.

A dir il vero, come ricorda Lavinia Del Corona, è ormai ampiamente acquisito che «il sapere scientifico non rappresenta alcuna verità assoluta» e che la fiducia nella scienza va intesa come forma di affidamento che poggia le sue basi sul riconoscimento, fondato sull'evidenza empirica (...) dei fenomeni, vuoi per la verifica, vuoi per la falsificazione delle tesi oggetto di studio»<sup>32</sup>.

<sup>26</sup> Secondo M. BELLETTI, *La “confusione” nel sistema delle fonti ai tempi della gestione dell'emergenza da Covid-19 mette a dura prova gerarchia e legalità*, in *www.osservatorio.aic.it*, 2020, 178, in quanto emergenza «unica (...) avrebbe imposto ben altre tipologie di intervento».

<sup>27</sup> Così, B. CROCE, *Il ricorso ai competenti” nelle crisi storiche*, cit., 89.

<sup>28</sup> Così, B. CROCE, *Il ricorso ai competenti” nelle crisi storiche*, cit., 89.

<sup>29</sup> Così, S. BARBARESCHI, *Decisioni del comitato tecnico-scientifico, discrezionalità e rispetto del principio di legalità nel settore giustizia durante l'emergenza da Covid-19*, in questo Fascicolo. Più approfonditamente sul tema, cfr. S. PENASA, *Scienza, comitati tecnici e responsabilità politica: spunti da un'analisi comparata dei modelli di consultazione scientifica durante l'emergenza Covid-19*, in A. Pajno, L. Violante (a cura di), *Biopolitica, pandemia e democrazia. Rule of law nella società digitale*, Bologna, 2021, 60 ss.

<sup>30</sup> In tal senso, come riportato da M. GUERZONI, *Boccia: chi vuole riaprire ne sarà responsabile. E ora gli scienziati diano risposte chiare*, in *Corriere della sera*, 14 aprile 2020, 2.

<sup>31</sup> Così, M. GUERZONI, *Boccia: chi vuole riaprire ne sarà responsabile. E ora gli scienziati diano risposte chiare*, cit., 2.

<sup>32</sup> Così, L. DEL CORONA, *La fiducia nella scienza alla prova dell'emergenza sanitaria da Covid-19*, in questo Fascicolo.

Tuttavia, a fronte di un'emergenza di così ampia portata, gli esperti vengono visti, soprattutto nella fase iniziale, come «detentori di un sapere “salvifico”», afferma Lavinia Del Corona<sup>33</sup>.

È in tale contesto che il Comitato viene quindi interpellato in diversi ambiti, settori, per emettere pareri di diverso tipo, destinati a incidere sulla produzione normativa e inevitabilmente sulla tutela dei diritti.

Come emerge dagli interventi resi nel corso del Seminario, oggetto di riflessione è il modo in cui si è sviluppata, nelle diverse fasi, quell'interazione dialogica che dovrebbe garantire fondamento scientifico alle decisioni normative.

Duplice, quindi, la prospettiva di analisi: l'apporto reso dagli esperti da un lato, le scelte del Governo, dall'altro.

Nell'evoluzione del rapporto tra tecnica e politica, la nascita, la fisionomia e la struttura del Comitato giocano un ruolo decisivo.

D'altra parte, la creazione di determinati organi tecnici, la scelta delle competenze ad essi attribuite e la composizione degli stessi sono spesso «espressione di una significativa valutazione di carattere politico», con la conseguenza che alle volte «i risultati che da questi provengono sono anch'essi influenzati dalla decisione politica che ne è alla base»<sup>34</sup>.

Niente di più vero nel caso in esame.

Come affermato da Marta Tomasi, la mancanza in Italia di organi stabili e precostituiti di interlocuzione tra politica e scienza - a differenza di quanto avviene in altri ordinamenti<sup>35</sup> - e la necessità consequenziale di istituire, nel pieno dell'emergenza, un organo *ad hoc* si ripercuote inevitabilmente sull'operatività del Comitato stesso. Esso, infatti, nella sua struttura «“sperimentale” di (...) organo di consulenza tecnico-scientifica, incaricato di un mandato piuttosto vago, privo di quei requisiti di indipendenza che caratterizzano molti suoi omologhi in giro per il mondo e condizionato, nel suo operato (oltre che nella sua esistenza) dal permanere della situazione emergenziale, vive numerose criticità»<sup>36</sup>.

Innanzitutto, la mancata definizione ed esplicitazione dei criteri di selezione dei componenti il Comitato ha immediatamente suscitato una preoccupante

<sup>33</sup> Così, L. DEL CORONA, *La fiducia nella scienza alla prova dell'emergenza sanitaria da Covid-19*, in questo Fascicolo.

<sup>34</sup> In tal senso, cfr. E. CATELANI, *Politica e tecnica: presupposti inscindibili del buon governo*, in AA. VV., *Il Governo tra tecnica e politica*, cit., 129.

<sup>35</sup> In Germania e negli Stati Uniti, ad esempio, ci si è avvalsi di istituzioni già precostituite: il *Robert Koch Institut* che si occupa del contrasto alla diffusione delle malattie in Germania e la *National Academy of Sciences* (NAS) che, composta dai migliori ricercatori del paese, svolge attività di consulenza tecnico-scientifica negli Stati Uniti.

<sup>36</sup> Così, M. TOMASI, *I pareri del CTS in tema di misure sanitarie di prevenzione e contrasto della pandemia. Una mancata occasione di “normalizzazione” dei processi di informazione scientifica nella produzione normativa?*, in questo Fascicolo.

confusione, facendo dubitare dell'indipendenza e della qualità della consulenza scientifica reclutata. Come ricorda Lavinia Del Corona, «un rapporto effettivamente fondato sulla fiducia della politica nella scienza dovrebbe essere tutt'altro che di tipo fiduciario», a pena di inevitabili influenze politiche sugli esperti<sup>37</sup>.

È quel che peraltro sembra essersi realizzato, con riguardo alle limitazioni sulla libertà di iniziativa economica, come rilevato da Jacopo Ferracuti<sup>38</sup>. Nei verbali nn. 122 e 123 del 2020 il Comitato, interpellato in merito alle restrizioni nello specifico settore dei servizi di ristorazione, richiama le misure limitative sancite da precedenti DPCM, valutandone «congruo l'impianto generale». Analoga singolarità si riscontra in materia di giustizia, sulla base dell'analisi dei pareri effettuata da Simone Barbareschi<sup>39</sup>. Con riguardo alla delicata questione concernente l'organizzazione degli esami di abilitazione alla professione di avvocato, il Comitato, nel parere dell'8 novembre 2020, volendo dissuadere lo svolgimento delle prove, oltre a far riferimento alle perplessità, derivanti dallo spostamento delle diverse migliaia dei candidati, richiama il DPCM del 3 novembre 2020 - reso peraltro in assenza di alcuna interlocuzione con gli esperti - con cui si sospendevano tutte le procedure concorsuali e di abilitazione professionale<sup>40</sup>. In ambito religioso, a seguito di apposita istanza rivolta dal Ministro della Salute in merito all'indicazione del numero massimo di partecipanti alle cerimonie, il Comitato si limita, come riportato da Giovanni Blando, a «prendere atto del numero indicato dallo schema di DPCM, improntato al principio di massima precauzione (...) dando l'impressione (...) che in questo caso debba essere la scienza a sottostare alle indicazioni del decisore politico»<sup>41</sup>.

<sup>37</sup> Così, L. DEL CORONA, *La fiducia nella scienza alla prova dell'emergenza sanitaria da Covid-19*, in questo *Fascicolo*.

<sup>38</sup> Più approfonditamente, cfr. J. FERRACUTI, *I verbali del comitato tecnico-scientifico e le limitazioni dell'iniziativa economica privata*, in questo *Fascicolo*.

<sup>39</sup> Per tale orientamento, cfr. S. BARBARESCHI, *Decisioni del comitato tecnico-scientifico, discrezionalità e rispetto del principio di legalità nel settore giustizia durante l'emergenza da Covid-19*, in questo *Fascicolo*.

<sup>40</sup> Diverso, invece, e non biasimabile, secondo A. GIUBILEI, *La scuola nell'emergenza l'influenza delle valutazioni tecnico-scientifiche sul bilanciamento tra il diritto all'istruzione e il diritto alla salute nel periodo pandemico*, in questo *Fascicolo*, il discorso in materia di istruzione, dal momento che il primo parere del Comitato, adottato immediatamente dopo la sua istituzione, nella riunione del 7 febbraio 2020, si è limitato a valutare positivamente le misure precedentemente adottate dal Governo, ma si trattava di misure prese in autonomia, non avendo il Comitato ancora cominciato a operare.

<sup>41</sup> Così, G. BLANDO, *Diritto, scienza e religioni. La libertà di culto al vaglio del comitato Tecnico Scientifico*, in questo *Fascicolo*.

Indubbia, infatti, l'influenza del Governo sull'intervento (che spetterebbe all'esperto) tecnico-scientifico, confermando quegli effetti, a tratti paradossali, della «politicizzazione» della scienza<sup>42</sup>.

Il Comitato non pare poi districarsi facilmente nel rispondere alle richieste di interventi neutrali, autorevoli e coerenti.

Tanti, troppi i *revirements* rispetto a indicazioni in precedenza stabiliti, ricorda Marta Tomasi. Si pensi «all'individuazione delle classi d'età per le quali è stata raccomandata la somministrazione del vaccino Vaxzevria (...) sviluppato dall'Università di Oxford e da AstraZeneca», o ancora «alla contrazione della durata del Green Pass deliberata nel novembre 2021» o, successivamente, alla variabilità di resistenza dell'efficacia del vaccino: prima sei mesi, poi nove, poi dodici, poi nuovamente nove<sup>43</sup>. Ripetuti cambi di orientamento, giustificati dal mutato scenario epidemiologico e dalla disponibilità di nuovi dati scientifici, a detta del Comitato, ma indubbiamente causa di sconcerto e smarrimento. Inevitabile, come sottolineato da Lavinia Del Corona, il conseguenziale atteggiamento di sfiducia della società nella scienza.

La fragilità di un'impostazione di tipo scienziata che si affida incondizionatamente e acriticamente alle ragioni della scienza trova ulteriore conferma. D'altra parte, l'incessante e progressivo sviluppo della tecnica, il pluralismo dei criteri di indagine scientifica, la consapevolezza, anche da parte della scienza stessa, dell'impossibilità di conseguire verità assolute e immutabili ne erano stati indici più che significativi<sup>44</sup>.

La pandemia da Covid-19 dà ulteriore dimostrazione che, come rammentato da Giovanni Blando, «la scienza non offre certezze»<sup>45</sup>.

Affiora così uno degli aspetti più problematici e forse paradossali del rapporto tra tecnica e politica per la produzione del diritto. Si invoca la tecnica per avere certezze, ma essa stessa diventa causa di maggiori incertezze. L'ideale di quell'astratta neutralità della tecnica si scontra con la realtà. Una realtà in cui la tecnica non è un dogma indiscutibile. Crolla il mito.

<sup>42</sup> Per uno sguardo comparato al problema che investe molti Stati, come la pandemia ha confermato, cfr. le riflessioni di K. ABBASI, *Covid-19: politicisation, "corruption" and suppression of science*, in *BMJ*, 2020, ove si legge che «Politicisation of science was enthusiastically deployed by some of history's worst autocrats and dictators, and it is now regrettably commonplace in democracies». Più approfonditamente, cfr. anche E. MAHASE, *Covid-19: Vaccine candidate may be more than 90% effective, interim results indicate*, in *BMJ*, 2020.

<sup>43</sup> Così, M. TOMASI, *I pareri del CTS in tema di misure sanitarie di prevenzione e contrasto della pandemia. Una mancata occasione di "normalizzazione" dei processi di informazione scientifica nella produzione normativa?*, in questo Fascicolo.

<sup>44</sup> Più approfonditamente sul tema, cfr. G. FONTANA, *Ricerca scientifica e libertà di cura. Scientismo e antiscientismo nella prospettiva costituzionale*, cit., 7 ss.

<sup>45</sup> Così, G. BLANDO, *Diritto, scienza e religioni. La libertà di culto al vaglio del comitato Tecnico Scientifico*, in questo Fascicolo.

Ecco allora che, sarebbe stato quantomeno auspicabile, a fronte dell'evidente incertezza del dato scientifico, che il Comitato avesse garantito il più alto grado di pubblicità e chiarezza possibile. Invece, come evidenziato nel corso degli interventi e in particolare ricordato da Camilla Storace in materia di esecuzione penale e da Jacopo Ferracuti con riguardo alle restrizioni alla libertà economica privata, i pareri del Comitato sono apparsi spesso eccessivamente sintetici e di difficile comprensione<sup>46</sup>. A ciò si aggiunge peraltro che, per un lungo iniziale periodo, in nome di una presunta, ma immotivata, riservatezza del contenuto dei pareri, il Comitato si è astenuto dalla pubblicazione degli stessi, pregiudicando quello che ormai rappresenta uno degli elementi essenziali dello Stato di diritto: la trasparenza<sup>47</sup>. Posto che la violazione di tale principio, quale pilastro portante dell'ordinamento nazionale e sovranazionale possa «trasmodare in vero e proprio arbitrio in dispregio delle garanzie poste dall'ordinamento a tutela dei diritti e delle libertà»<sup>48</sup>, si è ritenuto incompatibile con l'ordinamento giuridico - che ormai «riconosce la più ampia trasparenza alla conoscibilità anche di tutti gli atti presupposti all'adozione di provvedimenti individuali o atti caratterizzati da un minore impatto sociale» - il denegato accesso ai verbali del Comitato<sup>49</sup>.

D'altra parte, se «il governo del potere pubblico in pubblico» è espressione della democrazia<sup>50</sup>, la pubblicità dei lavori del Comitato è strumento ineluttabile anche per garantire ai consociati un attento controllo sull'azione pubblica, sull'esercizio del potere e, in particolare, sulle misure restrittive di diritti e libertà adottate dal decisore politico, avvalendosi della tecnica. Come precisato da Lavinia Del Corona, la segretezza dei verbali incide sul rapporto tra politica e scienza, «favorendo un uso strumentale della consulenza scientifica da parte del governo», dal momento che siffatta segretezza «garantisce al decisore politico la possibilità di non tener conto delle valutazioni scientifiche espresse

<sup>46</sup> Più approfonditamente, cfr. C. STORACE, *Emergenza sanitaria ed esecuzione penale tra diritto e tecnica*, in questo Fascicolo; J. FERRACUTI, *I verbali del comitato tecnico-scientifico e le limitazioni dell'iniziativa economica privata*, *ibidem*.

<sup>47</sup> Più approfonditamente sul punto, cfr. A. IANNUZZI, *Le forme di produzione delle fonti a contenuto tecnico-scientifico nell'epoca del diritto transnazionale*, in *DPCE online*, 2020; poi, cfr. 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 *www.federalismi.it*, 11 agosto, 2021.

<sup>48</sup> In tal senso, cfr. C. COLAPIETRO, *La terza generazione della trasparenza amministrativa (dall'accesso documentale, all'accesso generalizzato passando per l'accesso civico)*, Napoli, 2016, 18.

<sup>49</sup> In tal senso, cfr. Tar Lazio, sentenza n. 8615 del 2020.

<sup>50</sup> Secondo la nota affermazione di N. BOBBIO, *Il Futuro della democrazia. Una difesa delle regole del gioco*, Torino, 1984, 76.

dall'organo di consulenza (...), così come anche di affermare la fondatezza scientifica di una decisione facendo riferimento a pareri in realtà inesistenti»<sup>51</sup>.

La trasparenza è garanzia di democraticità perché consente di valutare l'operato dei pubblici poteri. Difficile, però, nel corso dell'emergenza pandemica, constatarne il rispetto, almeno fino a quando il contenuto dei pareri è rimasto occultato. Tale segretezza incide inevitabilmente anche sulla valutazione della responsabilità del Governo, sindacabile in base alla "tenuta" tecnico-scientifica delle soluzioni da questo adottate. La consultazione del dato tecnico è di norma indice di ragionevolezza scientifica che rafforza la decisione, legittimandola nei confronti dei consociati - soprattutto se limitativa di diritti e libertà - e consentendone una maggiore resistenza dinanzi al vaglio giurisdizionale<sup>52</sup>. Il meccanismo di controllo non funziona, però, se il dato tecnico rimane oscuro.

Peraltro, spogliata la tecnica della neutralità, a fronte delle possibili se non inevitabili incertezze, essa «scende dal trono», perde «l'aurea della sua piena razionalità»<sup>53</sup> e si rivela «strumento ed arma» del potere che se ne avvale<sup>54</sup>. Spetta a quest'ultimo «intervenire e *sapere* regolare»<sup>55</sup>.

Vero è che la straordinarietà di una situazione emergenziale può disorientare e confondere il decisore politico, ma è altresì evidente che l'irragionevolezza, se non l'arbitrarietà, di eventuali decisioni si traduce in una chiara manifestazione di quella crisi della rappresentanza che innesca un cortocircuito tra eletti ed elettori, pregiudicando lo «stato di salute della democrazia»<sup>56</sup>. Quella crisi che incrina il rapporto tra autorità e libertà, che è causa di fratture e attriti ed emblema «della cattiva qualità della politica»<sup>57</sup>.

### 3. Le misure governative tra divergenze e convergenze

Oggetto di attenta analisi, nel corso del Seminario, è poi il modo in cui il decisore politico, per lo più il Governo tramite i DPCM, si è avvalso dei pareri del Comitato.

<sup>51</sup> Così, L. DEL CORONA, *La fiducia nella scienza alla prova dell'emergenza sanitaria da Covid-19*, in questo *Fascicolo*.

<sup>52</sup> Più approfonditamente sul tema, cfr. S. PENASA, *La legge della scienza: nuovi paradigmi di disciplina dell'attività medico-scientifica. Uno studio comparato in materia di procreazione medicalmente assistita*, Napoli, 2015.

<sup>53</sup> In tal senso, cfr. G. AZZARITI, *Tecnica, politica, Costituzione. Perché non solo la politica ma anche la tecnica deve essere limitata dalla Costituzione*, in Aa. Vv., *Il Governo tra tecnica e politica*, cit., 120.

<sup>54</sup> Così, C. SCHMITT, *Le categorie del politico*, cit., 178 s.

<sup>55</sup> In tal senso, cfr. A. PATRONI GRIFFI, *Scienza e diritto ai tempi dell'emergenza da Covid-19: qualche annotazione*, cit., 47.

<sup>56</sup> Più approfonditamente, cfr. S. STAIANO, *Rappresentanza*, in *www.rivistaaic.it*, 3/2017.

<sup>57</sup> Così, A. PATRONI GRIFFI, *Scienza e diritto ai tempi dell'emergenza da Covid-19: qualche annotazione*, cit., 47.

Sappiamo bene che, in linea di principio, la discrezionalità del decisore deve muoversi entro il «perimetro del possibile»<sup>58</sup> delineato dal dato tecnico-scientifico, sulla base di un rapporto inversamente proporzionale tra tecnica e diritto<sup>59</sup>. Maggiore e consolidata è la conoscenza scientifica, minore è lo spazio decisionale del titolare della funzione normativa. Nell'incertezza della scienza, invece, il «perimetro del possibile» appare sfumato, poco chiaro, flessibile e implica un potere di intervento normativo decisamente più ampio. La maggiore libertà non va interpretata però nel senso di totale arbitrarietà. L'intervento deve ispirarsi ai principi di precauzione, di ragionevolezza e di proporzionalità<sup>60</sup>.

È quanto ci si sarebbe aspettati nella gestione delle incertezze scientifiche emerse nel corso della pandemia da Covid-19.

Un virus del tutto nuovo, dalla natura tendenzialmente sconosciuta, mutevole nel tempo, rende il dato scientifico «debole (perché in divenire)», come rileva Marta Tomasi, e il «perimetro del possibile» decisamente incerto<sup>61</sup>. Soprattutto nelle fasi iniziali della pandemia, l'assenza di evidenze scientifiche su aspetti fondamentali è palese. Si pensi ai numerosi dubbi sull'uso delle mascherine, sul distanziamento sociale, sull'attendibilità dei tamponi, sulle terapie da seguire, sullo sviluppo degli anticorpi per i guariti.

In tale contesto di grande insicurezza e preoccupazione, l'ampio margine discrezionale avrebbe dovuto spingere il decisore politico, tecnicamente informato, ad assumere, sia pur nell'urgenza del provvedere, scelte caute, equilibrate e adeguatamente motivate.

Altalenante è invece l'atteggiamento del Governo, in base al diverso effetto che, nel tempo e in relazione ai differenti ambiti, hanno sortito i pareri del Comitato sulle decisioni politiche.

Non sono mancati casi di proficua collaborazione, tradottisi in veri e propri atti di concertazione, come sottolinea Matteo Giannelli, con riguardo al rinvio delle consultazioni elettorali e alle modalità di svolgimento delle operazioni elettorali<sup>62</sup> e come rileva Silvia Talini, su questioni concernenti le misure da

<sup>58</sup> Così, L. BUSATTA, *Tra scienza e norma: il fattore scientifico come oggetto, strumento e soggetto della regolazione*, cit., 146.

<sup>59</sup> In tal senso cfr. C. CASONATO, *La scienza come parametro interposto di costituzionalità*, in *Rivista AIC*, 2016, 1 ss.

<sup>60</sup> Più approfonditamente, cfr. G. RAGONE, *Il principio di precauzione nella prospettiva del giudice costituzionale*, in *BioLaw Journal*, 2019, 157 ss.

<sup>61</sup> Così, M. TOMASI, *I pareri del CTS in tema di misure sanitarie di prevenzione e contrasto della pandemia. Una mancata occasione di "normalizzazione" dei processi di informazione scientifica nella produzione normativa?*, in questo Fascicolo.

<sup>62</sup> In tal senso, cfr. M. GIANNELLI, *Il comitato tecnico scientifico e la materia elettorale, ovvero dell'apparente neutralità di decisioni chiave per la forma di Stato*, in questo Fascicolo.

seguire per evitare la diffusione del contagio negli eventi sportivi e culturali<sup>63</sup>. Anche Camilla Storace ricorda le condivisibili e apprezzabili scelte governative, frutto di un efficace dialogo tra il Ministro della Giustizia e il Comitato tecnico-scientifico sul monitoraggio dei casi Covid-19, al fine di scongiurare la propagazione del virus negli istituti penitenziari<sup>64</sup>. È soprattutto nella fase iniziale che anche Giuseppe Mobilio riscontra una vera e propria sinergia tra Comitato e Governo, in merito ad esempio alle scelte intraprese con riguardo alla regolazione in alcune zone del territorio lombardo della quarantena, all'isolamento domiciliare fiduciario, al divieto di allontanamento e di accesso a determinati comuni<sup>65</sup>. In tema di istruzione, al contrario, Andrea Giubilei rammenta che l'adesione ad alcune delle valutazioni tecnico-scientifiche del Comitato è avvenuta solo dopo diversi mesi di difficile convivenza con il virus<sup>66</sup>. Lo stesso avviene con riguardo alla «lenta ri-espansione della libertà di culto» consentita dal Governo, dietro istruzioni del Comitato, indicate, come rammenta Giovanni Blando, coinvolgendo la CEI e i rappresentanti delle confessioni religiose<sup>67</sup>.

In molte occasioni sembra invece che il meccanismo di interazione funzionale tra tecnica e politica abbia girato invano, anche superata la fase iniziale di rodaggio.

Si pensi, ad esempio, alle misure adottate senza alcuna discussione in seno al Comitato. È quanto accaduto, come ricorda Giuseppe Mobilio, con riguardo al divieto di accesso ai parchi, alle aree gioco e ai giardini pubblici o al divieto di svolgere attività ludica o ricreativa all'aperto, se non in prossimità della propria abitazione<sup>68</sup>. Sembra che il Governo, in tali occasioni, si sia dimenticato che «alla politica non è consentito farsi tecnica, cioè sconfinare in un “campo riservato” che non può essere invaso dalla discrezionalità del legislatore», ignorando la consolidata giurisprudenza costituzionale<sup>69</sup>.

<sup>63</sup> Così, S. TALINI, *La gestione dell'emergenza sanitaria fra governo e comitato tecnico-scientifico: i riflessi della pandemia sui diritti della cultura e allo sport*, in questo Fascicolo.

<sup>64</sup> In tal senso, cfr. C. STORACE, *Emergenza sanitaria ed esecuzione penale tra diritto e tecnica*, in questo Fascicolo.

<sup>65</sup> Così, G. MOBILIO, *CTS e libertà di circolazione: spunti sul concorso tra diritto, politica e tecnica nel fronteggiare la pandemia*, in questo Fascicolo.

<sup>66</sup> Così, A. GIUBILEI, *La scuola nell'emergenza l'influenza delle valutazioni tecnico-scientifiche sul bilanciamento tra il diritto all'istruzione e il diritto alla salute nel periodo pandemico*, in questo Fascicolo.

<sup>67</sup> Così, G. BLANDO, *Diritto, scienza e religioni. La libertà di culto al vaglio del comitato Tecnico Scientifico*, in questo Fascicolo.

<sup>68</sup> Più approfonditamente, cfr. G. MOBILIO, *CTS e libertà di circolazione: spunti sul concorso tra diritto, politica e tecnica nel fronteggiare la pandemia*, in questo Fascicolo.

<sup>69</sup> Sin dalla sentenza n. 282 del 2002, la Corte costituzionale, in tema di elettroshock e di interventi di psicoturgia, ha affermato che un intervento normativo sul punto «non potrebbe nascere da valutazioni di pura discrezionalità politica dello stesso legislatore, bensì dovrebbe prevedere l'elaborazione di indirizzi fondati sulla verifica dello stato delle conoscenze scientifiche e delle evidenze sperimentali acquisite, tramite istituzioni e organismi (...) a ciò deputati, dato “l'essenziale rilievo” che, a

Analogamente problematiche le ipotesi in cui si riscontra una vera e propria divergenza.

Ne sono esempi i casi in cui le indicazioni del Comitato tecnico-scientifico sono state del tutto disattese.

Marta Tomasi ne ricorda alcuni.

Fa riflettere la questione del rapporto tra *Green Pass* italiano e *Digital Covid Certificate* europeo: nonostante il Comitato si sia espresso nel luglio 2021 a favore di un allineamento fra i due strumenti, il Governo decide di mantenere invariate le differenze strutturali e funzionali degli stessi con l'evidente rischio di «un indebolimento degli strumenti dal punto di vista della loro legittimità e legittimazione», oltre che di un pericoloso cortocircuito derivante dalle «differenze di trattamento rispetto a “imprese e (...) cittadini ” che si trovino “in un'ampia gamma di situazioni divergenti”»<sup>70</sup>.

Interessante, in tale contesto, anche la decisione di estendere l'obbligo vaccinale ai cittadini italiani e ad alcune categorie di stranieri che abbiano raggiunto il cinquantesimo anno di età. Nessun parere del Comitato suffraga tale scelta. La politica «sembra aver deciso da sola» sottolinea Marta Tomasi, prestando il fianco alle inevitabili critiche imputabili alla scarsa tenuta scientifica della decisione<sup>71</sup>.

Difetta poi di un'efficace compenetrazione nella produzione normativa il parere assunto dal Comitato tecnico-scientifico sulla questione relativa alla ripresa dei c.d. sport da contatto, posto che, come rilevato da Silvia Talini, nonostante il dissenso giustificato dall'impossibilità di mantenere un adeguato distanziamento fisico tra gli atleti, il Governo conferma «la propria decisione di consentirne la ripresa»<sup>72</sup>.

Analogamente, in materia di istruzione, Andrea Giubilei ricorda che, nel marzo 2020, il Governo estende a tutto il territorio nazionale l'interruzione delle attività didattiche, prevedendo la possibilità di svolgerle tramite

questi fini, rivestono gli organi tecnico scientifici (...). Poi, cfr., in materia di obblighi vaccinali, Corte cost., sentt. nn. 5 del 2018, 268 del 2017, 118 del 2020; con riguardo, invece, alle questioni relative alla tassazione delle c.d. sigarette elettroniche, cfr. sentt. nn. 83 del 2015, 240 del 2017. Da ultimo, cfr. sent. n. 198 del 2021, ove, con riguardo al Comitato tecnico scientifico, la Corte rileva l'importanza del coinvolgimento sia sul piano istruttorio, ai fini del controllo sulla discrezionalità governativa, sia sul piano giudiziale per valutare la legittimità dell'intero sistema normativo adottato nel corso della pandemia.

<sup>70</sup> Così, M. TOMASI, *I pareri del CTS in tema di misure sanitarie di prevenzione e contrasto della pandemia. Una mancata occasione di “normalizzazione” dei processi di informazione scientifica nella produzione normativa?*, in questo Fascicolo.

<sup>71</sup> Così, M. TOMASI, *I pareri del CTS in tema di misure sanitarie di prevenzione e contrasto della pandemia. Una mancata occasione di “normalizzazione” dei processi di informazione scientifica nella produzione normativa?*, in questo Fascicolo.

<sup>72</sup> Così, S. TALINI, *La gestione dell'emergenza sanitaria fra governo e comitato tecnico-scientifico: i riflessi della pandemia sui diritti della cultura e allo sport*, in questo Fascicolo.

piattaforme informatiche, nonostante il parere negativo del Comitato, reso in assenza di «dati in grado di dimostrare l'utilità di chiudere tutte le scuole»<sup>73</sup>.

Emerge, infatti, nella valutazione dell'organo di consulenza, l'esigenza di una differenziazione. Per tale ragione, il Comitato, propone la prosecuzione della diversificazione delle misure restrittive e di contenimento del virus, su base regionale, posto che «le scelte di chiusura dovrebbero essere proporzionali alla diffusione dell'infezione virale».

Nonostante tale suggerimento, supportato da dati tecnico-scientifici, il Governo propende per un modello di gestione emergenziale uniforme. Due le conseguenze.

La mancata differenziazione diventa oggetto di conflittualità, incrementando le disuguaglianze territoriali che già caratterizzano il regionalismo italiano<sup>74</sup>. Drammatiche, quindi «le ricadute in termini di garanzia di un diritto fondamentale», come sottolinea Maria Antonella Gliatta<sup>75</sup>. È in tal senso, aggiunge, che «la pandemia ha funzionato come un enorme amplificatore delle disuguaglianze regionali e territoriali»<sup>76</sup>.

La via dell'uniformità, in luogo dell'asimmetria, percorsa dal Governo attesta poi, ulteriormente, l'evidente frizione tra decisore politico e organo tecnico.

La politica si avvicina alla tecnica, ma poi non se ne avvale. Tutt'altro. Se ne discosta palesemente. In tali casi, le scelte del Governo sembrano manifestazione, come rilevato da Lavinia Del Corona, di «una perdurante diffidenza verso gli esponenti della comunità scientifica (...) nell'intento di mantenere un controllo sulla scienza e sui limiti che il sapere scientifico può porre alla discrezionalità del decisore politico»<sup>77</sup>. Si ha l'impressione, secondo Giuseppe Mobilio, che si invochi la tecnica con il solo scopo «di ammantare di oggettività e scientificità decisioni che rimangono pienamente discrezionali»<sup>78</sup>, snaturando così la *ratio* sottesa all'esercizio del potere proprio della politica<sup>79</sup>. Quel che è certo è che gli strumenti dialogici della concertazione non hanno funzionato.

<sup>73</sup> Così, A. GIUBILEI, *La scuola nell'emergenza l'influenza delle valutazioni tecnico-scientifiche sul bilanciamento tra il diritto all'istruzione e il diritto alla salute nel periodo pandemico*, in questo Fascicolo.

<sup>74</sup> Più approfonditamente sul tema, cfr. M. BETZU-P. CIARLO, *Epidemia e Mezzogiorno: la differenziazione necessaria*, in *Diritti regionali. Rivista di diritto delle autonomie territoriali*, 2020, 582 ss.

<sup>75</sup> In tal senso, M. A. GLIATTA, *Tecnica, politica e disuguaglianze territoriali ai tempi dell'emergenza da Covid-19*, in questo Fascicolo.

<sup>76</sup> Così, M. A. GLIATTA, *Tecnica, politica e disuguaglianze territoriali ai tempi dell'emergenza da Covid-19*, in questo Fascicolo.

<sup>77</sup> Così, L. DEL CORONA, *La fiducia nella scienza alla prova dell'emergenza sanitaria da Covid-19*, in questo Fascicolo.

<sup>78</sup> Così, G. MOBILIO, *CTS e libertà di circolazione: spunti sul concorso tra diritto, politica e tecnica nel fronteggiare la pandemia*, in questo Fascicolo.

<sup>79</sup> Interessanti le riflessioni sul concetto di potere, esaminato in rapporto alla giustizia, alla ragione, alla politica, dalla genesi al potere moderno e «oltre il potere moderno», di G. PRETEROSSO, *Potere*, Roma, 2007, in particolare, 93 ss.

È in tale contesto che appare non solo auspicabile ma impellente, ispirandosi ai principi costituzionali a tutela e promozione della scienza<sup>80</sup>, l'esigenza di istituzionalizzare una forma di istruttoria scientifica nel procedimento di costruzione delle norme<sup>81</sup>, garantendo così alla consulenza tecnico-scientifica una «“normalizzazione” all'interno dell'inarrestabile moto di collisione tra scienza e diritto», come rilevato da Marta Tomasi<sup>82</sup>.

Alle volte, invece, sulla base di quanto emerge dagli interventi nel corso Seminario, i pareri condizionano i DPCM in modo così significativo da riempirne il contenuto.

Altissimo il rischio in queste occasioni di «rimettere decisioni politiche a tecnici, dotandole dell'insindacabilità politica connessa alla loro sussunzione nella razionalità tecnica»<sup>83</sup>.

È quanto avvenuto, ad esempio, come ricorda Camilla Storace, con riguardo alla scelta circa la ripresa dei colloqui in presenza con i familiari, negli istituti di pena<sup>84</sup>. Il Dipartimento dell'Amministrazione penitenziaria riporta pedissequamente il contenuto del parere reso dal Comitato nella circolare a tal fine adottata, demandando, peraltro, alle singole direzioni il compito di tradurre in misure organizzative concrete le indicazioni orientative, con evidenti ripercussioni sul principio di eguaglianza. Inevitabili infatti le discriminazioni. Sarebbe stata ben più ragionevole, invece, in questo caso, come rileva Camilla Storace, una regolamentazione omogenea a livello nazionale. Ma il Governo sceglie la via della “delega” alla tecnica. Se fosse intervenuto, nell'esercizio del potere discrezionale di cui gode, avvalendosi del parere e non si fosse limitato a una pedissequa riproduzione dello stesso, avrebbe temperato i diversi interessi di natura costituzionale, non dimenticando, con ogni probabilità, il rilievo del principio giuridico essenziale della democrazia sin dai tempi dell'antica Grecia, qual è l'eguaglianza.

<sup>80</sup> Secondo G. ENDRICI, *Poteri pubblici e ricerca scientifica*, Bologna, 1991, 19, la Costituzione agli artt. 9 e 33, garantendo la libertà della scienza e del suo insegnamento e affidando alla Repubblica il compito di promuovere lo sviluppo della cultura e della ricerca scientifica e tecnica, delinea, in tale contesto, «un diritto a più dimensioni».

<sup>81</sup> Per tale orientamento, cfr. S. PENASA, *La “ragionevolezza scientifica” delle leggi nella giurisprudenza costituzionale*, in *Quaderni costituzionali*, 2009, 832.

Secondo A. IANNUZZI, *Leggi “science driven” e Covid-19. Il rapporto fra politica e scienza nello stato di emergenza sanitaria*, cit., 134, rispetto all'eventuale mantenimento della consultazione degli esperti esterni alle sedi politiche, ritiene «preferibile, invece, l'idea di intervenire sui regolamenti parlamentari rafforzando la loro capacità di vincolo sulla formazione della legge».

<sup>82</sup> In tal senso, cfr. M. TOMASI, *I pareri del CTS in tema di misure sanitarie di prevenzione e contrasto della pandemia. Una mancata occasione di “normalizzazione” dei processi di informazione scientifica nella produzione normativa?*, in questo Fascicolo.

<sup>83</sup> Così, A. ALGOSTINO, *Costituzionalismo e distopia nella pandemia di Covid-19 tra fonti dell'emergenza e (s)bilanciamento dei diritti*, in *www.costituzionalismo.it.*, 2021, 32.

<sup>84</sup> Più approfonditamente, cfr. C. STORACE, *Emergenza sanitaria ed esecuzione penale tra diritto e tecnica*, in questo Fascicolo.

Tuttavia, sappiamo bene che, già dalla seconda metà degli anni Settanta del secolo scorso, si è assistito a un patologico «ridimensionamento del ruolo del politico» in favore della tecnica, la cui funzione «servente» si è andata attenuando rispetto alla volontà decisionale della politica, divenendo «progressivamente essa stessa centro di potere decisionale a carattere, sovente, discrezionale, relegando la figura del decisore pubblico in una posizione recessiva, ausiliaria, o, per meglio dire, subordinata»<sup>85</sup>.

Il sovradimensionamento della tecnica a nocimento della politica produce effetti perversi.

Come noto, «una decisione tecnicamente ineccepibile potrebbe risultare in certi casi politicamente non sostenibile se parametrata a paradigmi di equità sociale o a politiche di redistribuzione del reddito»<sup>86</sup>. È per tale ragione che la concertazione tra tecnica e politica deve avvenire nel rispetto di confini ben delineati, a garanzia di un'efficace compenetrazione tra competenze settoriali e discrezionalità normativa. La tecnica è funzionale a orientare le scelte della politica. Un ruolo di sostegno, appunto, non di guida, né tantomeno di supplenza. Il ricorso alla tecnica risponde all'esigenza di ottenere una valutazione da competenti ed esperti, sulla base di criteri tecnico-scientifici, tendenzialmente oggettivi, di natura teoretica. È la scienza che si pronuncia sull'efficacia della terapia. È il Comitato tecnico-scientifico che si esprime sull'adeguatezza delle misure di distanziamento ai fini del contenimento del virus. Ma spetta, poi, al decisore politico consentire e magari finanziare la terapia o individuare, entro il margine indicato dall'esperto, gli strumenti più adatti all'emergenza sanitaria, tenuto conto magari delle differenze territoriali. È con tale scelta che si esplica la discrezionalità politica, si realizza il contemperamento dei diritti e delle libertà a vario titolo coinvolti, si trova la giustificazione "procedurale" alla decisione normativa, anche (e soprattutto) in caso di incertezza tecnico-scientifica. In una parola, il Governo, tramite tale scelta, si assume la *responsabilità* nei confronti dell'opinione pubblica. Una responsabilità rarefatta, quasi eterea, se non inesistente quando la politica fa della tecnica l'alibi delle proprie decisioni. Neanche in situazioni emergenziali, in un contesto di profondo disorientamento, determinato dalle incertezze scientifiche, quando sembra «arduo distaccarsi da quella che viene posta come la soluzione migliore suggerita dagli esperti», come sottolinea Andrea Giubilei<sup>87</sup>, «la politica può porsi in una

<sup>85</sup> Da ultimo, si vedano le riflessioni di C.A. CIARALLI, *Populismo, movimenti anti-sistema e crisi della democrazia rappresentativa*, Napoli, 2022, 107 s.

<sup>86</sup> Così, A. SCIORTINO, *Il Governo tra tecnica e politica: le funzioni*, cit., 42.

<sup>87</sup> Così, A. GIUBILEI, *La scuola nell'emergenza l'influenza delle valutazioni tecnico-scientifiche sul bilanciamento tra il diritto all'istruzione e il diritto alla salute nel periodo pandemico*, in questo Fascicolo.

posizione di volontaria subalternità alla scienza»<sup>88</sup>, dando vita a quel fenomeno che Lavinia Del Corona definisce di «“contaminazione” tra scienza e politica, che può portare a un pericoloso trasferimento sulla comunità scientifica di quel senso di sfiducia che altrimenti si riverserebbe sulla politica»<sup>89</sup>. La tecnica non va strumentalizzata, in nome di una presunta neutralizzazione della politica nella produzione di norme a carattere scientifico. La discrezionalità è e resta il fulcro del potere normativo «e non può (e non deve) appiattirsi sulla mera registrazione del punto di approdo della scienza», ma deve fare di quest'ultima lo strumento della regolazione per addivenire a una soluzione normativamente equilibrata capace di «dar fiato ai diversi valori e interessi costituzionali che si incontrano o scontrano su un medesimo terreno»<sup>90</sup>.

Bilanciamento è la parola chiave.

Sappiamo che il contemperamento tra principi costituzionali diversi, quando antinomici, può determinare limitazioni e sacrifici, purché, seguendo criteri metodici<sup>91</sup>, sia frutto di una «scelta discrezionale», ma non interamente libera o meramente arbitraria<sup>92</sup>.

Il fine non sempre giustifica i mezzi.

L'emergenza pandemica ne è ulteriore conferma<sup>93</sup>. Come emerge anche dagli interventi resi nel corso del Seminario, sulla base del DPCM, in nome della esigenza di salvaguardare la salute, come diritto del singolo e garanzia della collettività, molte libertà sono state fortemente compresse: la libertà personale, la libertà di circolazione e soggiorno, la libertà di riunione, la libertà religiosa, la libertà di iniziativa economica privata, i diritti all'istruzione e finanche il diritto al voto.

Guardando alla sostanza, forse è ancora presto per capire se il bilanciamento effettuato sia stato ragionevole, congruo, proporzionato<sup>94</sup>. Tuttavia, la

<sup>88</sup> Così, A. IANNUZZI, *Leggi “science driven” e Covid-19. Il rapporto fra politica e scienza nello stato di emergenza sanitaria*, cit., 132.

<sup>89</sup> In tal senso, L. DEL CORONA, *La fiducia nella scienza alla prova dell'emergenza sanitaria da Covid-19*, in questo Fascicolo.

<sup>90</sup> Così, L. BUSATTA, *Tra scienza e norma: il fattore scientifico come oggetto, strumento e soggetto della regolazione*, cit., 148 s.

<sup>91</sup> Tra i quali, come ricorda G. SCACCIA, *Gli “strumenti” della ragionevolezza nel giudizio nel giudizio costituzionale*, Milano, 2000, il contemperamento che evita il completo sacrificio del diritto recessivo, il *minimo mezzo* che implica la limitazione nella misura strettamente necessaria alla realizzazione dell'altro interesse costituzionale, la *coessenzialità del limite*, in base alla quale la norma limitativa di un diritto trova giustificazione in un interesse costituzionalmente tutelato, la cui attuazione legittima il sacrificio del diritto.

<sup>92</sup> In tal senso, cfr. F. MODUGNO, *La ragionevolezza nella giustizia costituzionale*, Napoli, 2007, 33.

<sup>93</sup> Perplessità sul bilanciamento effettuato «attraverso la logica della paura» vengono espresse da F. RESCIGNO, *La gestione del coronavirus e l'impianto costituzionale. Il fine non giustifica ogni mezzo*, in *www.osservatorioaic.it*, 2020, 267.

<sup>94</sup> Più approfonditamente, cfr. A. CELOTTO, *Necessitas non habet legem? Prime riflessioni sulla gestione costituzionale dell'emergenza coronavirus*, Modena, 2020, 36.

forma prescelta non va esente da inevitabili critiche. Oltre alla tanto dibattuta e controversa natura dei DPCM, Jacopo Ferracuti censura, con riguardo, in particolare, alla libertà di iniziativa economica privata, l'assoluta genericità e indeterminatezza degli atti governativi, per quel che riguarda, ad esempio, i criteri di selezione della attività commerciali e produttive da sospendere o consentire, tradottasi nella violazione di quell'onere motivazionale che, nel caso di specie, data la peculiarità del contesto pandemico (in cui la disciplina di cui ai decreti-legge ha assunto contenuti estremamente più "generici" di quella recata dai DPCM), gravava sul Governo in modo più severo e rigoroso, a garanzia del rispetto della riserva di legge implicita di cui all'art. 41 Cost. e soprattutto del controllo sociale sulla non arbitrarietà delle scelte governative adottate<sup>95</sup>.

#### 4. Auspici per un modello costituzionalmente orientato.

È dunque nella Costituzione e quindi nel rispetto dei confini che delimitano l'esercizio di ogni potere e nella garanzia di un adeguato bilanciamento dei diritti che va individuato il criterio che deve orientare il decisore politico nell'avvalersi del dato tecnico-scientifico.

È in tal senso che la Costituzione si pone come «limite al potere della politica ma anche al potere della tecnica», che alla Costituzione deve perciò conformarsi<sup>96</sup>. Condannando qualsiasi forma di «tecnica senza politica» e di «politica senza tecnica», l'obiettivo di un buon governo è quello di «promuovere una politica di competenti che riesca a coniugare sapere e decisione»<sup>97</sup>.

Oggi, più che mai, con il progressivo avanzare delle nuove tecnologie.

Nell'era digitale, in quella che viene efficacemente definita la quarta rivoluzione, nel corso della quale le nuove tecnologie, o meglio, l'infosfera tra trasformando il mondo<sup>98</sup>, la società appare «liquida»<sup>99</sup>, la scienza si rivela sempre più debole, il diritto diventa incerto.

In tale contesto, la sfida – come più volte sperimentato nel corso del Progetto di Ricerca dal quale il Seminario prende le mosse – è quella di costruire, in condizioni ordinarie ed emergenziali, nel mondo reale e in quello virtuale, un modello tecnologicamente e costituzionalmente orientato di produzione del diritto che sia in grado di ricorrere alla tecnica in funzione integrativa,

<sup>95</sup> Più approfonditamente, cfr. J. FERRACUTI, *I verbali del comitato tecnico-scientifico e le limitazioni dell'iniziativa economica privata*, in questo Fascicolo.

<sup>96</sup> Così, G. AZZARITI, *Tecnica, politica, Costituzione. Perché non solo la politica ma anche la tecnica deve essere limitata dalla Costituzione*, cit., 115.

<sup>97</sup> In tal senso, cfr. G. AZZARITI, *Tecnica, politica, Costituzione. Perché non solo la politica ma anche la tecnica deve essere limitata dalla Costituzione*, cit., 115.

<sup>98</sup> Così, L. FLORIDI, *La quarta rivoluzione. Come l'infosfera sta trasformando il mondo*, cit., 109 ss.

<sup>99</sup> Più approfonditamente, cfr. Z. BAUMAN, *Modernità liquida*, Roma-Bari, 2002, 124 ss.

complementare e ancillare alle decisioni politiche. È la tecnica che offre i *mezzi* necessari per conseguire gli *obiettivi* che l'azione di Governo intende realizzare. In questa relazione duale, paragonata da Giovanni Blando a un «matrimonio forzato», affinché il rapporto vada a buon fine «ciascuno deve mantenere una propria identità e mai risolversi in quella dell'altro, lasciando viva la fiammella della *tensione*»<sup>100</sup>.

In una sorta di circolarità funzionale, governo ed esperti, devono quindi interagire reciprocamente, tramite una collaborazione dialogica, senza cedere alla tentazione di strumentalizzazioni o abdicazioni di ruoli. Solo così, le due componenti, tecnica e politica, riescono, entro i binari delle loro competenze, a salvaguardare, nella produzione del diritto, l'assetto della forma di stato e di governo e soprattutto a garantire che la regolamentazione delle nuove tecnologie avvenga in modo responsabile, democratico, inclusivo e rispettoso dei diritti fondamentali.

<sup>100</sup> Così, G. BLANDO, *Diritto, scienza e religioni. La libertà di culto al vaglio del comitato Tecnico Scientifico*, in questo *Fascicolo*.