

Decisore politico e scienza: l'emergenza sanitaria come catalizzatore dell'affermazione di un paradigma normativo *evidence-based*

di Elena D'Orlando

Abstract: *Political Decision Makers and Science: the Health Emergency as a Catalyst of a Evidence-Based Normative Paradigm.* - The pandemic emergency has highlighted that, in certain contexts, science is a necessary interlocutor of politics, thus re-proposing and catalyzing the reflection on the relationship between political decision-maker and scientific expertise. In particular, the essay analyzes how the regulatory paradigm resulting from the interaction of the two factors during the pandemic is configured and legitimized, both with reference to its construction and in relation to judicial review, taking into account the theoretical perspective, as well as the impact of the evidence-based rule-making on the form of State and of government.

Keywords: sources of law; evidence-based policy/law making; judicial review.

511

1. Le fonti normative, crocevia dell'ordinamento costituzionale

L'emergenza pandemica ha rivelato in modo chiaro come la scienza possa condizionare la discrezionalità politica in modo determinante.

Sul piano del sistema delle fonti ciò significa, più in particolare, che la competenza generale e la libertà nei fini, che tradizionalmente caratterizzano la legge, sono state limitate¹; analoghi effetti si sono prodotti sugli atti aventi forza e valore di legge e sulle fonti secondarie, la cui politicità, tradizionalmente intesa, è grandemente scemata². Sul piano dell'amministrazione, l'azione amministrativa si è conformata a un parametro di legalità forse non del tutto nuovo quanto a struttura, ma senz'altro inedito quanto a pervasività e ad efficacia "precettiva" della

1 A. Ruggeri, *Ha ancora un futuro la legge quale strumento primario di normazione e di direzione politica?*, in *Oss. fonti*, 2, 2021, 567 ss.; A. Iannuzzi, *Leggi "science driven" e CoViD-19. Il rapporto fra politica e scienza nello stato di emergenza sanitaria*, in *Biolaw Journal – Rivista di biodiritto, Special Issue*, n. 1, 2020, p. 119 ss.

2 S. Bargiacchi, *Tra crisi economica ed emergenza sanitaria: la decretazione d'urgenza in Italia e Spagna, vecchi rimedi per nuovi problemi* e F. Spagnoli, *Emergenza sanitaria e atti normativi dell'esecutivo. Discipline e impieghi in Italia, Spagna e Stati Uniti*, entrambi in *DPCE Online*, v. 50, n. sp., 2022, rispettivamente, 1783 ss. e 1799 ss.; G. Tarli Barbieri, *La crisi del potere regolamentare del Governo nel più recente periodo*, in Aa. Vv., *Scritti in onore di Antonio Ruggeri*, Napoli, 2021, vol. V, spec. 4277 ss.

componente scientifica³.

Utilizzando il sistema delle fonti come punto di osservazione, è possibile cogliere una serie di implicazioni sistemiche che l'emergenza sanitaria ha determinato e che si dipanano in diverse direzioni, coinvolgenti differenti piani speculativi.

Innanzitutto quello teoretico, essendo il quadro delle fonti uno dei luoghi in cui si pongono a confronto le teorie generali del diritto con i principi che informano l'ordinamento vigente. D'altro canto, l'impatto della scienza sulla produzione normativa dischiude una prospettiva di costituzionalismo oltre lo Stato, ponendo problemi che si collocano al di fuori dei confini statali (il c.d. diritto transnazionale) e, contemporaneamente, dentro il perimetro statale ma al di fuori della sfera pubblica istituzionalizzata (l'autoregolamentazione privata)⁴, riproponendo suggestioni teoretiche che sembravano recessive a fronte della prevalente tendenza a privilegiare il relativismo giuridico, incentrato sulle peculiarità del sistema di diritto positivo considerato. L'invasione sempre più consistente (e, spesso, necessaria) della scienza nei processi e nei contenuti della normazione porta, infatti, a focalizzare l'attenzione sulla questione della legittimazione del diritto, che non è più – solo – frutto di un atto di volontà dell'autorità politica che si fonda sul consenso dei consociati⁵; induce quindi a ripensare la tradizionale essenza della normatività, nella misura in cui il dover essere non deriva più – solo – da una necessità normativa (*Sollen*, connessa ad un atto di volontà), ma da una necessità teleologica (*Müssen*, scaturente dal nesso causa-effetto che si manifesta nell'ordine naturale)⁶. Ciò richiede, dunque, uno sforzo di (ri-)sistemizzazione che investe innanzitutto il piano teorico-generale.

In secondo luogo, la prospettiva del sistema delle fonti consente di percepire l'impatto della pandemia anche sulla giurisprudenza costituzionale, in virtù della mutua implicazione e del reciproco condizionamento sussistenti tra l'uno e l'altra. Lo stesso ruolo delle Corti, nello scrutinio delle decisioni sottoposte al loro vaglio, è stato in qualche modo toccato dall'emergenza, nel costante perseguimento di un equilibrio tra esigenze di sicurezza e libertà individuali e collettive, tra stato di emergenza e Stato di diritto. D'altro canto, se i giudizi vertenti sulle *scientific questions* possono essere utili indicatori delle tendenze di attivismo giudiziario o, per contro, di deferenza da parte delle Corti rispetto alla discrezionalità del legislatore⁷, ciò si manifesta in modo ancor più evidente in relazione alla giurisprudenza dell'emergenza, che ha dovuto fronteggiare

3 Cfr. P. Forte, *Pubblica amministrazione ad eminenza scientifica e tecnologia. Riflessioni teoriche* e F. Figorilli, *Il difficile equilibrio tra tecnica, politica e regolazione nella campagna vaccinale*, entrambi in *Istituzioni del federalismo*, n. 4, 2021, rispettivamente, 965 ss. e 1011 ss.

4 G. Teubner, *Verfassungsfragmente: Gesellschaftlicher Konstitutionalismus in der Globalisierung*, Berlin, 2012, trad. it., *Nuovi conflitti costituzionali. Norme fondamentali dei regimi transnazionali*, Milano, 2012, 4.

5 A. Pizzorusso, *Sistemi giuridici comparati*, Milano, 1998, 349 ss.

6 H. Kelsen, *Reine Rechtslehre*, Wien, 1960, trad. it., *La dottrina pura del diritto*, Torino, 1990, 93 ss.

7 S. Penasa, *Le "scientific questions" nella dinamica tra discrezionalità giurisdizionale e legislativa*, in *BioLaw Journal – Rivista di Biodiritto*, n. 1, 2016, 39 ss., il quale adombra la possibilità di ricorrere anche in questi casi alla c.d. *political question doctrine* (ivi, 79).

situazioni inedite non solo in termini organizzativi (si pensi alle ripercussioni sulle modalità di svolgimento del processo costituzionale e, in alcuni casi, ai problemi legati alla lievitazione del contenzioso), ma anche per la natura dell'oggetto del giudizio (il cui contenuto è stato spesso predeterminato, in modo significativo, al di fuori del tradizionale circuito politico-rappresentativo), modulando di conseguenza il margine di intervento riconosciuto al controllo giurisdizionale⁸.

In terzo luogo, le fonti interferiscono naturalmente assai da vicino con gli assetti della forma di governo, poiché i rapporti tra gli organi di vertice dello Stato-apparato risentono profondamente dei criteri con i quali viene ripartito ed esercitato, nelle reali esperienze giuridiche, il potere di rinnovare l'ordinamento, specie per ciò che riguarda i rami più alti del sistema. Ciò premesso, la necessità di gestire una pandemia ha spostato fisiologicamente il baricentro della decisione politica dai Parlamenti agli Esecutivi, in ragione della necessità di intervenire con una tempestività che, fisiologicamente, l'iter parlamentare di formazione delle leggi non consente, risultando invece più funzionale l'adozione di atti aventi forza e valore di legge e, a cascata, di fonti secondarie e/o di atti amministrativi⁹. Trattasi, come noto, di un fenomeno non nuovo, che trae origine dal peso sempre maggiore assunto dalla scienza in virtù del progresso tecnologico, rispetto a un diritto politico che invece, da tempo, mostra segni di debolezza crescenti¹⁰. Tuttavia la gestione dell'emergenza ne ha rivelato due tendenze peculiari, che vanno oltre gli schemi in cui tradizionalmente si inquadrano i rapporti tra organi contitolari della funzione di indirizzo politico¹¹: la frequenza dell'esercizio dei poteri governativi di normazione; l'intensità del condizionamento scientifico sul contenuto normativo¹².

Infine, le fonti si intersecano altresì con gli aspetti caratterizzanti la forma di Stato. Innanzitutto con riferimento ai rapporti tra Stato-apparato e

8 Per un'ampia panoramica si rinvia ai contributi contenuti nel numero monografico su *Covid e Corti*, della Rivista *Percorsi costituzionali*, n. 2, 2021.

9 Come accaduto nella peculiare esperienza italiana con il binomio decreto-legge – d.P.C.M., ricostruito dalla Corte costituzionale nella sent. n. 198/2021 in termini di integrazione tra fonti normative e atti amministrativi disciplinanti ambiti scientificamente connotati. Sul punto, S. Penasa, *La funzione normativa tra Parlamento e Governo: verso una fisiologica integrazione nel prisma della disciplina di ambiti scientificamente connotati*, in *Istituzioni del Federalismo*, n. 4, 2021, 959 ss.

10 E precedenti di pari passo con i noti fattori di crisi della stessa forma di Stato, i quali si manifestano su tre terreni distinti, ma tra loro connessi: economico-sociale (globalizzazione dell'economia, trasformazioni sociali, parziale declino dello Stato-nazione, ridimensionamento dello Stato sociale); politico (crisi ideale, funzionale e strutturale dei partiti); giuridico-costituzionale (voto di scambio, attenuazione della centralità del Parlamento, crisi delle poliarchie). Per un inquadramento generale del rapporto autorità-libertà nell'evoluzione delle forme di Stato e con particolare riferimento alla crisi delle democrazie tradizionali, M. Volpi, *Libertà e autorità*, Torino, 2018, spec. 63 ss.

11 Come la classica fattispecie della delegazione legislativa, ove esigenze tecniche (in senso stretto, ma anche più latamente di coerenza e di organicità) inducono uno spostamento della produzione normativa dal Legislativo all'Esecutivo, pur nella permanenza di una posizione più o meno baricentrica del primo: L. Pegoraro, A. Rinella, *Costituzioni e fonti del diritto*, Torino, 2018, 171 s.

12 A. Pajno, L. Violante (cur.), *Biopolitica, pandemia e democrazia. Rule of law nella società digitale*, vol. I, *Problemi di governo*, Bologna, 2021.

Stato-comunità e alla posizione dell'individuo nello Stato, poiché le situazioni giuridiche soggettive costituzionalmente rilevanti dipendono dal discorso sulle fonti nella prospettiva tanto delle garanzie quanto dei limiti. Si comprende così perché il peso notevole assunto dalla scienza all'interno del sistema delle fonti, nel fronteggiare la pandemia, abbia investito alcuni capisaldi della forma di Stato di derivazione liberale, quali i principi che si coagulano nel *rule of law*, funzionale alla garanzia del rispetto della democrazia e dei diritti dell'uomo¹³, ridisegnando le stesse geometrie del rapporto autorità-libertà¹⁴ e minando alla base la legittimazione politica del diritto, tradizionalmente prevalente nello Stato democratico-pluralistico. Inoltre, il tema delle fonti rileva anche in relazione alla forma di Stato riferita alle modalità di distribuzione verticale del potere tra diversi livelli di governo, specie negli ordinamenti all'interno dei quali viene riconosciuta e garantita l'esistenza di enti territoriali substatali dotati di autonomia organizzativa, normativa e politica. Su questo fronte l'emergenza sanitaria ha avuto un impatto che si è manifestato diversamente, in dipendenza da diversi fattori: il riparto di competenze costituzionalmente stabilito; la natura collaborativa o competitiva del modello di decentramento; la maturità nella concreta gestione politica delle relazioni intergovernative. L'impressione complessiva che se ne ricava è che gli ordinamenti caratterizzati da un sistema di tipo cooperativo hanno dimostrato di possedere una maggiore capacità di resilienza di fronte alla crisi pandemica¹⁵, poiché trattasi di "materia" che non si presta a essere disciplinata, in concreto, attraverso schemi dualistici, tant'è che anche laddove la carenza di strumenti di raccordo ha determinato spinte centripete, con l'assunzione da parte dello Stato centrale delle competenze ritenute necessarie per fronteggiare la crisi¹⁶, si è resa contestualmente evidente la necessità di utilizzare moduli

13 Il riferimento è ai principi di legalità, certezza del diritto, divieto di arbitrarietà del potere esecutivo, indipendenza e imparzialità del giudice, controllo giurisdizionale effettivo, uguaglianza davanti alla legge: cfr. Commissione europea, Comunicazione della Commissione al Parlamento europeo e al Consiglio, 11 marzo 2014, *Un nuovo quadro dell'UE per rafforzare lo Stato di diritto*, COM(2014) 158 final, 4; Consiglio d'Europa, Risoluzioni 1594/2007, 2040/2015 e 2188/2017; Commissione di Venezia, *Report on the Rule of Law*, 25-26.3.2011, CDL-AD(2011)003rev. e, più di recente, *Venice Commission, Rule of Law Checklist*, 18.3.2016, CDL-AD(2016)007). Per una panoramica sul principio nelle sue varie declinazioni di *Rule of Law*, *Rechtsstaat*, *État de droit*, Stato di diritto, si rinvia, tra gli altri, a: L. Heuschling, *État de droit – Rechtsstaat – Rule of Law*, Paris, 2002; T. Bingham, *The Rule of Law*, London, 2010; M. Stolleis, *Rechtsstaat*, in A. Erler, E. Kaufman (hrsg.), *Handwörterbuch zur deutschen Rechtsgeschichte*, vol. IV, Berlin, 1990, 367 ss.; G. Zagrebelsky, *La legge e la sua giustizia*, Bologna, 2008, 97 ss.

14 Sul tema cfr., nell'ambito di una letteratura ormai copiosa, L. Cuocolo (cur.), *I diritti costituzionali di fronte all'emergenza Covid-19. Una prospettiva comparata, in federalismi.it*, maggio 2020; i numerosi contributi raccolti in *DPCE Online*, n. 2, 2020, a cura di A. Vedaschi e L. Cuocolo, e quelli raccolti sul sito www.comparativecovidlaw.it; G. De Minico, M. Villone (cur.), *Stato di diritto, emergenza, tecnologia, Consulta OnLine*, luglio 2020; A. Pajno, L. Violante (cur.), *Biopolitica, pandemia e democrazia. Rule of law nella società digitale*, vol. II, *Etica, comunicazione, diritti*, Bologna, 2021.

15 Come nei casi austriaco e tedesco: F. Palermo, *La gestione della crisi pandemica in Austria: regolarità costituzionale e qualche distonia politicae* J. Woelk, *La gestione della pandemia da parte della Germania: "Wir schaffen das!"*, entrambi in *DPCE online*, 2, 2020, rispettivamente 1743 ss. e 1713 ss.

16 Ricondotte, per esempio nell'esperienza italiana, alla materia "profilassi

collaborativi e concertativi nei processi di normazione centrali¹⁷.

Le implicazioni così ramificate che il sistema delle fonti ha sugli ordinamenti costituzionali, rendono dunque opportuno indagare il rapporto tra decisore politico e scienza nella gestione della pandemia al fine di comprendere come si configuri e si legittimi il paradigma normativo risultante dall'interazione dei due fattori, sia con riferimento alla sua costruzione che in relazione alla sua giustiziabilità.

L'obiettivo epistemologico è riconsiderare alcuni punti di approdo di una teoria delle fonti di ispirazione formale-astratta, qual è quella in cui si è riconosciuta per lungo tempo la dottrina giuspubblicistica maggioritaria e che poggia sulla fiducia in un sistema il cui fulcro nevralgico era il diritto politico, ovvero il legislatore¹⁸. In questa prospettiva, la sfida che la scienza pone sul terreno della produzione normativa rappresenta senz'altro uno dei profili di analisi più interessanti per riflettere sui caratteri distintivi del costituzionalismo contemporaneo.

2. La struttura del paradigma normativo *evidence-based*

L'interazione tra diritto e scienza per fronteggiare situazioni di emergenza pandemica ha portato alla luce questioni che erano già emerse nel dibattito dottrinale. Il riferimento è, in sintesi, alle difficoltà connesse alla produzione di norme giuridiche che disciplinino fattispecie a rilevanza scientifica e che derivano dalle differenti caratteristiche ontologiche delle une (le regole giuridiche) e delle altre (governate dalle regole scientifiche)¹⁹. Le risultanze scientifiche sono soggette a cambiamenti e aggiornamenti costanti e tale mutevolezza risulta problematica sotto il profilo giuridico, poiché contrasta con una delle caratteristiche salienti del diritto, il principio di certezza e i connessi principi di eguaglianza e non discriminazione. Inoltre, le risultanze scientifiche hanno a oggetto una serie molto diversificata di materiali e di casi, per cui ogni minima differenza va tenuta in considerazione per evitare una regolamentazione giuridica indifferenziata e quindi irragionevole; circostanza che non si armonizza con l'idea del diritto come sistema

internazionale”, rientrando nella potestà legislativa esclusiva dello Stato ai sensi dell'art. 117, co. 2, lett. q Cost.: Corte costituzionale, sent. n. 37/2021. Sul punto, G. Marchetti, *Il ruolo dello Stato e delle Regioni nella gestione dell'emergenza Covid-19*, in *federalismi.it*, 8, 2022.

17 Sul tema v., *amplius*, F. Gallarati, *La reazione alla pandemia di Covid-19 negli ordinamenti composti: una panoramica comparata*, in *DPCE online*, n. 2, 2021, 1605 ss.

18 Anche se, è opportuno sin d'ora rilevare, trattasi di una posizione che da tempo è messa in discussione, da diversi punti di vista. Per la prospettiva storica, P. Grossi, *Oltre la legalità*, Roma-Bari, 2020 e Id., *Mitologie giuridiche della modernità*, Milano, 2001, spec. 58 ss.; per quella teorico-generale, G. Zaccaria, *La comprensione del diritto*, cit., spec. 29 ss. e Id., *Presentazione*, in G. Zaccaria (cur.), *Diritto positivo e positività del diritto*, Torino, 1991, spec. XII; per quella costituzionale, G. Volpe, *Il costituzionalismo del Novecento*, cit., 238 ss., che scrive di «costituzione postmoderna» per definire il declino della Costituzione come fondamento della convivenza sociale, a fronte dell'invasione della tecnica che allenta i vincoli verso l'autorità politica da cui promanano le norme.

19 C. Casonato, *21 st Century BioLaw: a proposal*, in *BioLaw Journal – Rivista di BioDiritto*, n. 1, 2017, 81 e Id., *Le 3 A di un diritto sostenibile ed efficace*, cit., 37. Sul tema v., *amplius*, J. Esteve Pardo, *El desconcierto del Leviatán. Política y derecho ante las incertidumbres de la ciencia*, Madrid, 2009.

codificato di principi generali. L'iter legislativo richiede poi tempi lunghi, sia per ragioni procedurali endogene sia perché, a volte, si tratta di temi sui quali possono palesarsi divergenze marcate, per esempio, sotto il profilo etico; la conseguenza è che la legge rischia di essere spesso in ritardo rispetto alle concrete necessità di normazione. D'altro canto, la complessità scientifica richiede competenze tecniche qualificate, che normalmente non caratterizzano gli organi politici (né, sul versante del sindacato, quelli giurisdizionali), né sono sempre acquisibili da quelli (e da questi) in modo funzionale agli obiettivi perseguiti.

Per coniugare politica e scienza nei processi di normazione sono state prospettate alcune riflessioni sull'apertura, l'aggiornabilità e la modulabilità del paradigma normativo²⁰, che dovrebbero aiutare il diritto politico ad affrontare in modo efficace le sfide scientifiche, attuali e future e che paiono funzionali anche all'inquadramento delle problematiche specificamente sorte per fare fronte all'emergenza sanitaria.

2.1

In linea generale, è risultata innanzitutto confermata l'idea per cui è necessario costruire il parametro normativo in modo che sia aperto alla considerazione del dato scientifico.

Già prima del manifestarsi dell'emergenza sanitaria la scienza è stata spesso utilizzata come strumento al servizio della politica, al fine di migliorare la qualità della normazione²¹. Nel panorama comparato ciò si è realizzato usualmente attraverso l'apporto di vari organismi che, con diverso titolo, ruolo e ampiezza di prerogative, intervengono nel corso del procedimento normativo²², all'esito del quale il primato del diritto politico rimane comunque perlopiù indiscusso²³.

Tuttavia nella gestione della pandemia il ruolo degli organismi tecnico-scientifici nei procedimenti normativi ha assunto connotati del tutto peculiari, andando ben oltre la mera finalità di migliorare la qualità della normazione.

Di fronte a una minaccia sostanzialmente inattesa, quantomeno per l'intensità con cui si è presentata, e ignota e imprevedibile nella sua evoluzione, i decisori politici hanno infatti dovuto affidarsi sempre più spesso e più ampiamente ai pareri dei propri consulenti scientifici in relazione alle misure da adottare per limitare l'espandersi della pandemia²⁴. Le posizioni espresse da tali organismi sono state poste alla base di provvedimenti

20 C. Casonato, *21 st Century BioLaw: a proposal*, cit., 86 ss. e Id., *Le 3 A di un diritto sostenibile ed efficace*, cit., 38 ss.

21 Per una panoramica del fenomeno in contesti di ordinarietà, L. Di Majo, *La compenetrazione biunivoca tra politica e scienza nella progettazione normativa: un problema o un'opportunità?*, in *DPCE Online*, v. 50, n. sp., 2022, 1737 ss.

22 Sulle quali si rinvia, per specifiche esemplificazioni e relative sistematizzazioni, a 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, 148 ss.

23 Per una panoramica sull'argomento si consenta il rinvio a E. D'Orlando, *Politica e tecnica nella produzione normativa*, in *DPCE Online*, v. 50, n. sp., 2022, 361 ss.

24 A. Iannuzzi, *Leggi "science driven" e CoViD-19*, cit., 119 ss.

limitativi di diritti di rilievo primario, quali la libertà di circolazione e la libertà di iniziativa economica, in mancanza di previo dibattito e/o di direttive parlamentari (trattandosi di organismi operanti in diretto rapporto con i Governi), quasi sempre senza meccanismi di raccordo con i legislativi e, in genere, in assenza di indirizzi politici previamente formalizzati. Circostanze che hanno indotto la dottrina a sottolineare l'impatto rilevante dell'emergenza sulle forme di governo nel senso di una marginalizzazione dei Parlamenti e di una «crisi dei luoghi della decisione democratica»²⁵.

Si sono così evidenziati alcuni aspetti problematici, peraltro già noti, connessi alla necessità di conciliare l'inserimento, nei processi di formazione del diritto politico, di soggetti estranei al circuito della rappresentanza e della connessa responsabilità politica: il fondamento normativo dell'organo di consulenza, la disciplina della sua composizione e del suo funzionamento, i meccanismi di raccordo tra attività politica e attività informativa di carattere tecnico-scientifico²⁶.

Nel panorama comparato, per fronteggiare l'emergenza pandemica, in taluni casi si è fatto ricorso a organismi di consulenza già esistenti come, per esempio, nell'esperienza tedesca²⁷, in cui la legge federale (*Gesetz zur Neuordnung seuchenrechtlicher Vorschriften* del 20 luglio 2000) prevedeva che tale ruolo fosse svolto dal *Robert Koch-Institut*, ovvero l'istituzione scientifica del Governo federale nel campo della biomedicina. Il legislatore federale è quindi intervenuto ampliando i poteri dell'Esecutivo federale e stabilendo che le raccomandazioni a tal fine emanate dal Ministero federale della sanità dovessero essere fondate sui pareri dell'Istituto²⁸.

Anche negli Stati Uniti gli organismi tecnico-scientifici preesistenti hanno avuto un ruolo di primo piano, specie le agenzie federali²⁹. Trattasi di una peculiarità statunitense, che si comprende in considerazione del risalente

25 M. Calamo Specchia, *Riflessioni di sintesi. Le fonti del "diritto della pandemia" tra forma e sostanza*, in *DPCE Online*, v. 50, n. spec., 2022, 1858.

26 Per più ampi riferimenti, E. D'Orlando, *Politica e tecnica nella produzione normativa*, cit., spec. 363 s.

27 Sul quale, J. Woelk, *La gestione della pandemia da parte della Germania: "Wir schaffen das!"*, in *DPCE Online*, n. 2, 2020, 1713 ss.; G. Taccogna, *L'ordinamento giuridico tedesco di fronte al virus Sard-Co-V-2*, in L. Cuocolo (cur.), *I diritti costituzionali di fronte all'emergenza Covid-19*, cit., 78 ss.; I. Domenici, T. Rohmann, *Un'«imposizione democratica»: l'ordinamento costituzionale tedesco di fronte alla pandemia*, in *BioLaw Journal – Rivista di BioDiritto, Special Issue*, n. 1, 2020, 697 ss.

28 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 (cur.), *Biopolitica, pandemia e democrazia*, vol. II, cit., 66 ss., il quale evidenzia anche il nesso tra la funzione consultiva del *RKI* e il successivo vaglio giurisdizionale dei provvedimenti emergenziali, ove la giurisprudenza amministrativa e costituzionale ha valorizzato il fatto che essi fossero stati adottati sulla base di indicazioni dell'Istituto al fine di ritenerli giustificati e proporzionati.

29 Si pensi al *Center for Disease Control*, che da subito ha sollecitato le altre amministrazioni e informato il pubblico sui rischi derivanti dal Covid-19, invitando a predisporre piani per l'emergenza o alla *Food and Drug Administration*, ha prontamente stabilito i criteri per lo svolgimento dei test diagnostici riconosciuti per il Covid-19: E. Mostacci, *COVID vs. Trump, presente il primo violino, si attende il direttore d'orchestra*, in L. Cuocolo (cur.), *I diritti costituzionali di fronte all'emergenza Covid-19*, cit., 138; F. Clementi, *Gli Stati Uniti e la risposta al Covid-19, tra Federazione e Stati, nell'anno delle elezioni presidenziali*, in *DPCE Online*, n. 2, 2020, 1877 ss.

consolidamento, in quell'ordinamento, dell'*administrative government*, con la naturale sottrazione di spazi di regolazione alla politica attraverso le autorità amministrative indipendenti, a elevata competenza tecnico-scientifica³⁰.

In altri contesti, invece, sono stati costituiti degli organismi *ad hoc* per la consulenza all'Esecutivo nel contesto emergenziale.

In alcuni casi ciò è avvenuto sulla base di un fondamento legislativo e della previsione di garanzie nella selezione dei componenti degli organismi di consulenza³¹. L'esempio più significativo è quello della Francia, ove la *loi* 2020-290 ha modificato il *Code de la santé* al fine di introdurre – agli artt. 3131-12 ss. – lo stato di emergenza sanitaria. La novella, in particolare, impone al Presidente della Repubblica di nominare, contestualmente alla dichiarazione dello stato di emergenza, un comitato di esperti (*comité de scientifiques*), chiamato a dare pareri periodici sullo stato dell'emergenza sanitaria, sulle relative conoscenze scientifiche e sulle misure da adottare, anche in relazione ai poteri riconosciuti all'Esecutivo durante lo stato di emergenza³². La legge cura poi anche il raccordo tra tale comitato e il Parlamento, che si può apprezzare tanto sul piano della composizione, poiché almeno due membri sono nominati rispettivamente dai Presidenti dell'*Assemblée Nationale* e del *Sénat*, sia su quello dei procedimenti, dal momento che i pareri sono sempre comunicati simultaneamente ai vertici dell'Esecutivo e delle due Camere e il comitato può essere sempre consultato dalle commissioni parlamentari. Da sottolineare inoltre il fatto che i pareri del comitato debbano essere rivolti anche al pubblico, con un'attenzione al principio di trasparenza che non si riscontra in altri ordinamenti³³.

In altri casi, invece, gli organismi di consulenza sono stati istituiti direttamente con atto governativo. Si tratta, com'è noto, del caso italiano, che è stato definito «modello di consulenza scientifica emergenziale “a schema libero”»³⁴: il riferimento è al Comitato tecnico-scientifico della protezione civile, istituito con ordinanza di protezione civile n. 630/2020, il cui ruolo di consultazione nei confronti del Governo ai fini dell'adozione dei noti d.P.C.M. è poi stato formalizzato dal d.l. n. 19/2020, ma anche alla *task force* istituita dal Ministro dell'Innovazione Tecnologica e la Digitalizzazione, correlata all'utilizzo delle tecnologie per il tracciamento dei contagi, e al Comitato di esperti in materia economica e sociale, istituito con d.P.C.M. del 10 aprile 2020, al fine di studiare iniziative per promuovere la ripartenza in sicurezza del Paese.

Dalla sintetica ricostruzione effettuata, emerge quindi che l'emergenza sanitaria ha ampiamente confermato la necessità di aprire il paradigma

30 Sul tema, in generale, M. D'Alberti, *Diritto amministrativo comparato*, Bologna, 2019, 93 ss. e 123 ss.; con specifico riferimento al rapporto tra tecnica e politica, E. D'Orlando, *Politica e tecnica nella produzione normativa*, cit., 372 ss.

31 S. Penasa, *Scienza, comitati tecnici e responsabilità politica*, cit., 64 ss.

32 C. Sartoretti, *La risposta francese all'emergenza sanitaria da Covid-19: Stato di diritto e Costituzione alla prova della pandemia*, in *DPCE Online*, n. 2, 2020, 1637 ss.; J. De Vivo, *Un nuovo “stato d'urgenza” per un'inedita emergenza: brevi annotazioni sul caso francese*, in *Nomos*, n. 1, 2020.

33 Per esempio, in Italia si è reso necessario l'intervento della giustizia amministrativa affinché fossero resi noti i pareri del Comitato tecnico-scientifico sulla base dei quali il Governo si è determinato a imporre il primo e più intenso *lockdown* del marzo 2020: v. *infra*, sub par. 3.

34 S. Penasa, *Scienza, comitati tecnici e responsabilità politica*, cit., 59 ss.

normativo alla componente scientifica. Dal punto di vista procedurale, ciò è stato fatto seguendo schemi già esistenti o creandone nuovi. Laddove i meccanismi erano già rodati, non si sono manifestate particolari criticità. Nei casi in cui, invece, si sono configurati nuovi modelli, è emersa con chiarezza l'esigenza che la disciplina sulle fonti contempli, per le fonti destinate a regolare ambiti materiali scientificamente connotati e/o condizionati, canali stabili e ordinari di dialogo tra politica e scienza, individuando i soggetti da coinvolgere e le rispettive funzioni, nonché formalizzando le procedure che realizzino un collegamento istituzionale specifico, effettivo ed efficace, tra decisore politico ed *expertise* scientifica.

2.2.

In secondo luogo, un ulteriore profilo evidenziato dalla dottrina e che ha trovato parimenti riscontro nella normativa emergenziale, è la necessità di aggiornamento della fonte normativa che, nell'esperienza comparata, può usualmente conseguirsi in modi più o meno automatici: dalla fissazione di un *dies ad quem* (termine finale) per la vigenza della norma, alla previsione di un invito a riconsiderare la disciplina adottata decorso un certo lasso temporale³⁵; dal collegamento della permanenza o meno dell'efficacia della fonte al mantenimento o al mutamento del paradigma scientifico (con rinvio mobile ai risultati della scienza)³⁶, alla connessione della cessazione dell'efficacia con un supposto cambiamento della sensibilità sociale e politica rispetto a fattispecie in via di progressivo consolidamento³⁷. Una legislazione temporanea, dunque, la cui efficacia cessa – o può cessare – dopo un determinato periodo, consentendo al legislatore di testare la normativa in un lasso temporale circoscritto e in un ambito applicativo ridotto (fenomeno delle c.d. *sunset clauses* o *experimental legislation*)³⁸.

Da un'analisi comparata emerge che questa tecnica è presente nelle fonti approvate per fronteggiare l'emergenza sanitaria poiché, come intuibile, si tratta di uno strumento funzionale, oltre che alle classiche esigenze di *better regulation*, al perseguimento di due obiettivi contingenti: definire, in tempi stretti, un paradigma normativo immediatamente applicabile; limitare,

35 Nel Regno Unito, sono state emanate nel 2011 dal Governo linee guida sull'opportunità di inserire disposizioni con efficacia a tempo determinato in discipline che comportino oneri a carico del commercio o delle organizzazioni sociali o negli atti che implementino fonti dell'UE (*Sunsetting Regulations: Guidance*, reperibile in <http://data.parliament.uk/DepositedPapers/Files/DEP2011-0504/DEP2011-0504.pdf>).

36 V. per esempio, in Italia, l'art. 7, c. 3 legge n. 40/2004 in materia di procreazione medicalmente assistita, il quale stabilisce che le linee guida contenenti l'indicazione delle procedure e delle tecniche di procreazione medicalmente assistita siano aggiornate periodicamente, almeno ogni tre anni, in rapporto all'evoluzione tecnico-scientifica.

37 Così, nell'ordinamento francese, la *Lois de Bioéthique* prevede che la disciplina sia soggetta a rivalutazione ogni sette anni, ma sul presupposto che il trascorrere del tempo abbia mutato la percezione politica e sociale sul tema.

38 Definibili come quegli strumenti normativi che «*ally[ing] prognostics with the real-world evidence*» e consentono di acquisire elementi che «*assist lawmakers in the process of learning about the effects of a new legal regime or innovation-oriented policy. This justify why these legislative instrument is valuable in a time of fast and technological changes*»: S. Ranchordás, *Constitutional Sunsets and Experimental Legislation. A Comparative Perspective*, Cheltenham-Northampton, 2014, 6.

laddove necessario, i diritti fondamentali, ma in modo non irreversibile e, dunque, rispettoso dei canoni di proporzionalità, ragionevolezza e flessibilità³⁹.

In proposito, si rinvencono casi in cui alle *sunset clauses* si ricorre nell'esercizio della funzione legislativa, altri in cui l'utilizzo di esse si sviluppa con la normativa secondaria dell'Esecutivo. Nella prima ipotesi rientra l'esperienza statunitense, in cui l'introduzione di tali clausole è stata molto frequente a partire dalla seconda metà del XX secolo. In particolare, il *National Emergencies Act* del 1976 – che è la base normativa utilizzata anche per la gestione dell'emergenza pandemica – prevede il potere del Presidente di dichiarare un'emergenza nazionale attraverso una *proclamation* trasmessa al Congresso, che indica i poteri normativi che intende esercitare per la durata dell'emergenza e che sono disciplinati da diversi atti normativi sotto il controllo del Congresso. Quest'ultimo può in ogni tempo dichiarare la cessazione dell'emergenza che, per legge, è fissata in un anno, salvo successiva proroga autorizzata dal Congresso⁴⁰. Nella seconda ipotesi rientra, invece, tradizionalmente, il Regno Unito, ove l'uso delle *sunset clauses* è sempre prescritto per le fonti secondarie che introducano nuovi costi od oneri, che attuino le fonti primarie nazionali e, in passato, quelle europee⁴¹, nonché, più specificamente, per i regolamenti dell'Esecutivo emanati in situazioni di emergenza e/o per finalità di salute pubblica⁴². Analizzando la normativa dell'emergenza, tali clausole compaiono invece anche nelle fonti primarie: il *Coronavirus Act 2020* si contraddistingue per una capillare applicazione di *sunset clauses*, volte a delimitare nel tempo la normativa emergenziale, mantenendola così distinta dalla disciplina "ordinaria" delle emergenze previgente⁴³. Interessante rilevare che alcune clausole prevedono un effetto abrogativo immediato, altre invece consentono di modulare l'effetto abrogativo sulla base di valutazioni rimesse al Parlamento⁴⁴.

Anche su questo aspetto, dunque, la pandemia ha confermato la necessità o, comunque, l'opportunità, di costruire paradigmi flessibili allorché si tratti di fattispecie scientificamente connotate. Permangono

39 A. Marchetti, *La limitazione temporale degli effetti giuridici delle fonti alla prova dell'emergenza sanitaria, spunti comparatistici a partire dalle "sunset clauses"*, in *DPCE Online*, v. 50, n. sp., 2022, 1775.

40 F. Spagnoli, *Emergenza sanitaria e atti normativi dell'esecutivo. Discipline e impieghi in Italia, Spagna e Stati Uniti*, in *DPCE Online*, v. 50, n. sp., 2022, 1815 ss. Si ricorda che l'emergenza nazionale è stata inizialmente dichiarata dal Presidente Trump il 13 marzo 2020, è stata quindi prorogata dal Presidente Biden il 24 febbraio 2021 e, da ultimo, il 15 luglio 2022.

41 V. *supra*, nota n. 34.

42 Trattasi del *Civil Contingencies Act 2004* e del *Public Health Act*, le fonti vigenti al momento del manifestarsi della pandemia. Tali leggi, tuttavia, non sono state utilizzate come base normativa, optandosi per una disciplina emergenziale nuova in considerazione delle inedite peculiarità della crisi sanitaria in atto.

43 R. Cormacain, *Keeping Covid-19 emergency legislation socially distant from ordinary legislation: principles for the structure of emergency legislation*, in *The Theory and Practice of Legislation*, 2020, vol. 8, 3, 245 ss.

44 Tra queste, primario rilievo ha la *section 98* del *Coronavirus Act 2020* prevede che il Parlamento, ogni sei mesi, possa pronunciarsi sulla cessazione anticipata dello stato di emergenza. Dall'entrata in vigore del *Coronavirus Act 2020* il Parlamento si è espresso due volte (settembre 2020 e marzo 2021), confermando il mantenimento dello stato di emergenza.

peraltro sul punto alcune criticità, già riscontrate in passato con riferimento a questa tecnica normativa: la difficoltà di trovare un punto di equilibrio tra la temporaneità dell'efficacia precettiva e, quindi, la variabilità del quadro normativo, da un lato, e i principi di certezza del diritto, di parità di trattamento e di proporzionalità, dall'altro⁴⁵; la potenziale inefficacia dello strumento in assenza di adeguati meccanismi di effettiva verifica e di ponderata valutazione degli effetti prodotti dalla normativa emergenziale⁴⁶.

2.3.

In terzo luogo, uno strumento utile per armonizzare politica e tecnica nella produzione normativa è quello di “modulare” la disciplina, ovvero di individuare la fonte competente a fissare i principi fondamentali e integrarla e applicarla attraverso altre fonti o atti non normativi, mirati a provvedere sui singoli casi concreti, in modo da garantire una *governance* complessiva della materia che consenta una certa flessibilità di normazione⁴⁷. Una forma di attenzione del diritto per la scienza, dunque, che si può concretizzare in una “normazione concorrente” in cui, fermo restando il quadro dei principi, il dettaglio e l'attuazione sono rimessi a una disciplina di tipo modulare; un sistema in cui etero- ed autoregolamentazione possono coesistere e trovare una composizione.

L'importanza della modularità del paradigma normativo è emersa, come intuibile, anche nella gestione dell'emergenza sanitaria.

Un esempio interessante di integrazione, in particolare tra fonti normative, atti amministrativi e apporti esterni di carattere scientifico, si rinviene nell'esperienza italiana dove, come è noto, la disciplina emergenziale si è retta soprattutto sulla filiera decreti-legge – decreti del Presidente del Consiglio dei Ministri (d.P.C.M.) – pareri del Comitato tecnico-scientifico⁴⁸, a sua volta poggiante sulla base normativa fornita dal codice della protezione civile (d. lgs. n. 1/2018). Tale inusuale processo decisionale è stato oggetto

45 Per informare l'opinione pubblica circa l'abrogazione o la permanenza in vigore delle singole disposizioni connesse alla pandemia (numerose e a “scadenza” variabile), nel Regno Unito vengono forniti aggiornamenti costanti nel sito istituzionale commonslibrary.parliament.uk.

46 Critica emergente, per esempio, rispetto alla scarsa incisività del controllo parlamentare effettuato nel Regno Unito: D. Lock, P.G. Hidalgo, F. de Londras, *Parliament's One-Year Review of the Coronavirus Act 2020: Another Example of Parliament's Marginalisation in the Covid-19 Pandemic*, in *The Political Quarterly*, vol. 92, 4, 2021, 699 ss. Ma giudizi negativi sull'assenza di una adeguata supervisione del Congresso sull'operato presidenziale si rinvennero pure con riferimento al caso statunitense, anche se qui le principi restrizioni sono state disposte non a livello federale ma statale: F. Spagnoli, *Emergenza sanitaria e atti normativi dell'esecutivo*, cit., 1818 s.; A. Marchetti, *La limitazione temporale degli effetti giuridici delle fonti alla prova dell'emergenza sanitaria*, cit., 1770.

47 Nel campo della procreazione assistita, per esempio, da tempo la Francia e il Regno Unito hanno previsto, accanto allo strumento legislativo, la presenza di organi con il compito di completare, attraverso fonti secondarie o atti di *soft law*, i principi contenuti nella legge, nonché di rilasciare autorizzazioni per lo svolgimento di singole pratiche. Il riferimento è, rispettivamente, alla *Agence de la biomédecine* (<http://www.agence-biomedecine.fr/?lang=fr>) e alla *Human Fertilization and Embryology Authority* (<http://www.hfea.gov.uk/index.html>).

48 Istituito con ordinanza di protezione civile n. 630/2020.

di sindacato da parte della Corte costituzionale⁴⁹, che ha avuto modo di chiarire alcuni aspetti rilevanti sui quali si tornerà *infra*, ma che è opportuno brevemente ricordare già in questa sede perché, astraendo dal caso di specie, riguardano in generale la corretta configurazione dei rapporti tra le varie componenti del “paradigma normativo integrato”. In particolare, con riferimento al segmento fonte primaria – atto amministrativo, dalla sentenza trae conferma la circostanza per cui, in base al principio di legalità, la fonte primaria deve recare la tipizzazione delle misure di contenimento e deve individuare un criterio che orienti l’esercizio della discrezionalità amministrativa secondo principi di adeguatezza e proporzionalità al rischio effettivamente presente. Inoltre, a ulteriore garanzia della responsabilità del Governo nei confronti del Parlamento, la Corte evidenzia il profilo della temporaneità delle misure adottate e l’obbligo di riferire delle stesse alle Camere, preventivamente e successivamente alla loro approvazione. Infine, sul versante della certezza dei diritti dei cittadini, la Corte rimarca le garanzie connesse agli obblighi di pubblicazione dei d.P.C.M. nella Gazzetta Ufficiale e della loro comunicazione alle Camere entro il giorno successivo alla pubblicazione. Con riferimento al segmento atto amministrativo – apporto tecnico-scientifico, dalla sentenza si evince l’importanza che la discrezionalità amministrativa, quanto alle valutazioni di adeguatezza e di proporzionalità relative ad ambiti scientificamente connotati, sia supportata, sul piano istruttorio, dai pareri di organismi scientifici che, rendendo più concreta ed effettiva la verifica giudiziale, concorrono a rafforzare la legittimità del provvedimento.

Anche nell’esperienza inglese di gestione della pandemia si riscontra l’opzione per un paradigma normativo modulare. Il già ricordato *Coronavirus Act 2020*, infatti, ha delegato al Governo l’emanazione di *Statutory Instruments* con efficacia temporale biennale (connessa alla durata dello stato di emergenza), così demandando a fonti più duttili la disciplina delle fattispecie scientificamente connotate⁵⁰. Tale delega è peraltro accompagnata da significative forme di controllo parlamentare, da precisi obblighi di trasparenza e dalla previsione di consultazioni con gli organismi scientifici del settore, secondo un approccio già consolidato in quell’ordinamento, per esempio in campo bioetico⁵¹.

In questi casi la decisione politico-legislativa si atteggia dunque come frutto di una sorta di «discrezionalità mista»⁵², in cui la valutazione politica

49 Sent. n. 198/2021.

50 G. Caravale, *L’incremento del potere normativo dell’esecutivo britannico tra Brexit ed emergenza sanitaria*, in *federalismi.it*, 28, 2020, 272 ss., anche per ulteriori riferimenti. Per una panoramica sui provvedimenti adottati, v. www.hansardsociety.org.uk/publications/data/coronavirus-statutory-instruments-dashboard. Sulla rilevanza, anche quantitativa della secondary legislation, v. www.instituteforgovernment.org.uk/publication/parliamentary-monitor-2021/secondary-legislation.

51 L. Di Majo, *La compenetrazione biunivoca tra politica e scienza nella progettazione normativa*, cit., 1747 s. e *supra*, sub nota n. 46.

52 Definizione mutuata dalla giurisprudenza amministrativa in quanto connotante certi tipi di attività della pubblica amministrazione e ripresa, in modo “aspecifico”, con riferimento alla decisione politica, da F.G. Pizzetti, *Decisione politica ed expertise tecnico*, in G. De Minico, M. Villone (cur.), *Stato di diritto. Emergenza. Tecnologia*, e-book della Collana di Studi di Consulta OnLine, n. 2, 2020, 118.

compiuta dal legislatore, quando viene in gioco anche l'*expertise* tecnico, richiede la combinazione di apprezzamenti di opportunità e di merito politico con valutazioni basate, invece, su elementi strettamente tecnici, derivanti da conoscenze scientifiche. Queste ultime possono essere acquisite attraverso diversi canali⁵³, con l'obiettivo di consentire un adeguamento sostanziale dell'intervento legislativo ai mutamenti di contesto, la cui determinazione è demandata a valutazioni esterne al Parlamento.

3. La giustiziabilità delle fonti scientificamente connotate

Come accennato in premessa, le fonti dell'emergenza hanno posto il tema, ancora una volta non nuovo, del modo di atteggiarsi del sindacato giurisdizionale sulle *scientific questions*.

Prendendo le mosse dalla giurisprudenza costituzionale italiana, è opportuno ricordare che – sin dalla nota decisione n. 282/2002 – la Corte ha dimostrato particolare attenzione al rapporto tra potere legislativo e sapere scientifico⁵⁴. Al riguardo, si possono registrare almeno due orientamenti sufficientemente consolidati: da un lato, nel momento in cui si sindacava la “ragionevolezza scientifica” di una norma, la Corte valorizza l'istruttoria legislativa e l'acquisizione di qualificati apporti scientifici alla base della decisione politica⁵⁵; dall'altro, essa assicura la “riserva di scienza”, dichiarando illegittime le previsioni che pretendono di cristallizzare determinate regole di comportamento annullando lo spazio di valutazione degli esperti, in relazione alle peculiarità del caso concreto e all'evoluzione del sapere di settore⁵⁶.

Anche nel corso della pandemia la Corte è intervenuta, dapprima mediante un “monito” contenuto nella relazione annuale per l'anno 2019⁵⁷, successivamente con numerosi interventi di carattere specifico⁵⁸, mentre

53 Per una schematizzazione delle diverse tecniche utilizzabili dal legislatore per incorporare nel testo legislativo la dimensione scientifica, o per aprire comunque ad essa il contenuto della decisione politica, v. S. Penasa, *Alla ricerca di un lessico comune: inte(g)razioni tra diritto e scienze della vita in prospettiva comparata*, in *DPCE Online*, n. 3, 2020, 3317 ss. e, *amplius*, Id., *La legge della scienza: nuovi paradigmi di disciplina dell'attività medico-scientifica*, cit., 66 ss.

54 Sul percorso giurisprudenziale, seguito alla sent. n. 282/2002, v. di recente G. Ragone, *Imparare dalla pandemia: saperi scientifici e processi di decisione politica*, in *Quad. cost.*, 1, 2022, 73 ss.

55 L. Busatta, *Tra scienza e norma: il fattore scientifico come oggetto, strumento e soggetto della regolazione*, in *Costituzionalismo.it*, 1, 2021, 132 ss., propone come paradigmatico il caso delle sentenze sulla tassazione delle sigarette elettroniche laddove, nella pronuncia più recente (n. 240/2017), la Corte valorizza «la volontà di appoggiare la scelta normativa ai risultati della ricerca scientifica».

56 Tra i molti contributi: C. Casonato, *La scienza come parametro interposto di costituzionalità*, in *Rivista AIC*, 2, 2016; G. Fontana, *Tecno-scienza e diritto al tempo della pandemia (considerazioni critiche sulla riserva di scienza)*, in *Oss. fonti*, 1, 2022, 799 ss. e, *amplius*, D. Servetti, *Riserva di scienza e tutela della salute. L'incidenza delle valutazioni tecnico-scientifiche di ambito sanitario sulle attività legislative e giurisdizionale*, Pisa, 2019.

57 Nella relazione della Presidente Cartabia veniva ribadita la centralità della Costituzione come “bussola” nella gestione della pandemia e, in particolare, l'importanza del principio di leale collaborazione.

58 Tra le decisioni che trattano di misure connesse alla pandemia, oltre a quelle richiamate nel testo, si ricordano: ord. n. 175/2020, ord. n. 185/2020; sent. n. 222/2020;

limitati sono i casi in cui ha potuto dare rilievo in maniera sistematica alle fonti utilizzate nel contesto emergenziale e al peso degli organi consultivi. A quest'ultimo proposito, si ricorda la sentenza n. 37/2021, che decide sull'impugnativa governativa della legge della Regione Valle d'Aosta n. 11/2020⁵⁹: la decisione è stata (comprensibilmente) criticata per avere esteso eccessivamente l'ambito di competenza esclusiva statale relativo alla profilassi internazionale (art. 117, c. 2, lett. q Cost.), ricomprendendovi ogni misura atta a contrastare o prevenire la pandemia⁶⁰; tuttavia, per quel che qui interessa, va rilevato l'accento della Corte sulla necessità dell'uniforme attuazione a livello nazionale «di programmi elaborati in sede internazionale e sovranazionale»⁶¹, programmi che sono riconducibili in misura preponderante alle indicazioni di organismi di carattere scientifico, prima fra tutti l'OMS.

Ma è soprattutto la già ricordata sentenza n. 198/2021 a mettere in luce il peso dell'*expertise* scientifica nella legittimazione delle decisioni politiche limitative delle libertà dei cittadini nel corso della pandemia e, specialmente, dei d.P.C.M.⁶². La Corte evidenzia che il decreto-legge contestato individua i criteri orientativi della discrezionalità (amministrativa) del vertice dell'Esecutivo, ovvero i criteri di adeguatezza e proporzionalità, sostanziati proprio dalla previsione del parere del Comitato tecnico-scientifico, che «supporta sul piano istruttorio la messa in atto della disciplina primaria, rendendone più concreta ed effettiva la verifica giudiziale»⁶³. Il ruolo dell'organo consultivo è dunque centrale, in quanto costituisce una garanzia del rispetto dei vincoli finalistici stabiliti dal legislatore, mentre il richiamo alla «verifica giudiziale» costituisce un evidente *caveat* sulle conseguenze di un allontanamento del decisore politico dal sentiero tracciato dai tecnici, quantomeno se non supportato da adeguate motivazioni.

sent. n. 245/2020; ord. n. 268/2020; sent. n. 278/2020; ord. n. 19/2021; sent. n. 38/2021; sent. n. 49/2021; sent. n. 57/2021; ord. n. 66/2021; ord. n. 67/2021; sent. n. 96/2021.

59 Il principale aspetto contestato della legge valdostana consisteva nel fatto che essa mirasse ad individuare un perimetro di attività consentite a livello regionale in maniera parzialmente differente da quanto previsto dalla normativa statale.

60 C. Pinelli, *Era il richiamo alla "profilassi internazionale" il modo più congruo per affermare la potestà legislativa esclusiva dello Stato nella gestione dell'emergenza sanitaria?*, in *Giur. cost.*, 2, 2021, 450 ss.; D. Morana, *Ma è davvero tutta profilassi internazionale? Brevi note sul contrasto all'emergenza pandemica tra Stato e Regioni, a margine della sent. n. 37/2021*, in *Forum di Quaderni costituzionali*, 2, 2021.

61 Il passaggio della pronuncia richiama la precedente n. 5/2018, relativa alle vaccinazioni rese obbligatorie dal decreto-legge n. 73/2017.

62 Ricostruisce la vicenda oggetto del giudizio a quo B. Sboro, *Stato d'emergenza, atti necessitati e ordinanze emergenziali. Alcune riflessioni a partire dalla sent. n. 198 del 2021*, in *federalismi.it*, 9, 2022.

63 C. Siccardi, *Organi tecnici e produzione normativa*, in *Oss. fonti*, 2, 2022, part. 822 ss. classifica questo meccanismo come una «delega delle valutazioni tecnico-scientifiche» dal legislatore all'amministrazione, tramite l'intervento di un organismo tecnico nel procedimento.

Da sottolineare, inoltre, gli interventi dei giudici amministrativi, per certi versi precursori degli orientamenti del giudice costituzionale⁶⁴, gravati fin dalle prime fasi dell'emergenza dell'onere di pronunciarsi sui provvedimenti adottati dal Governo e dagli Enti territoriali. Si ricorda, innanzitutto, la giurisprudenza amministrativa che ha affermato la piena trasparenza e conoscibilità del contributo dell'*expertise* tecnica nella formazione delle delicate decisioni che hanno inciso sulle libertà dei cittadini nella fase pandemica. Il T.A.R. del Lazio ha infatti garantito il diritto di accesso civico⁶⁵ ai verbali del Comitato tecnico-scientifico, sottolineando il particolare impatto sociale dei d.P.C.M. e la necessità di favorire forme diffuse di controllo sul perseguimento delle funzioni istituzionali e la partecipazione al dibattito pubblico⁶⁶: una decisione che sembra precorrere l'importanza che i pronunciamenti dell'organismo consultivo assumeranno nella giurisprudenza ai fini della legittimazione e della stessa sindacabilità dei provvedimenti dell'Esecutivo.

Si segnalano, inoltre, due pronunciamenti del Consiglio di Stato: il parere n. 850/2021 e la sentenza n. 7045/2021. Il parere, pur sottolineando l'ampia discrezionalità insita nell'adozione di atti di alta amministrazione, riconduce la giustificazione dei provvedimenti (e l'adempimento dell'onere motivazionale) proprio all'«adeguatezza dell'istruttoria tecnico-scientifica... assicurata dal Comitato tecnico-scientifico» e alla cooperazione europea e internazionale in materia scientifica nella gestione della pandemia, ritenendosi inammissibile un'impugnativa che solleci un'«impossibile sostituzione di questo Organo giudicante agli organismi tecnico-scientifici, non solo nazionali, deputati a valutare i rischi connessi alla pandemia e l'appropriatezza e la convenienza-opportunità delle misure via via introdotte»⁶⁷.

In realtà, anche nel corso della pandemia, la giurisprudenza amministrativa ha ribadito il proprio potere di compiere un sindacato giurisdizionale pieno sugli atti espressivi di discrezionalità tecnica dell'amministrazione, come ricorda la seconda pronuncia richiamata, che affronta il delicato tema dell'obbligo vaccinale imposto, in un primo momento, ai soli sanitari sotto pena di sospensione dal servizio. Nel dichiarare manifestamente infondata la questione di legittimità costituzionale prospettata dagli appellanti, il Giudice amministrativo reputa assodata la sicurezza e l'efficacia del siero vaccinale, dal momento che il procedimento di approvazione del vaccino assicura i canoni della c.d. medicina dell'evidenza (*evidence based*) e l'intervento dell'Agenzia europea per i medicinali (EMA). La decisione fa anche ampio richiamo agli studi e ai dati statistici pubblicati dagli Organismi scientifici di riferimento (AIFA, ISS), acquisiti mediante un'«istruttoria informale» sui relativi siti internet.

64 Per una visione d'insieme, A. Manzoni, *I giudici e la pandemia*, in *federalismi.it*, 1, 2022; M.A. Sandulli, *Il giudice amministrativo come giudice dell'emergenza*, in *Giustizia insieme*, 21 aprile 2021.

65 Art. 5 d.lgs. n. 33/2013 (FOIA).

66 T.A.R. Lazio (Roma), sent. n. 8615/2020.

67 J. Ferracuti, *I verbali del Comitato tecnico-scientifico e le limitazioni dell'iniziativa economica privata*, in *Oss. fonti*, 1, 2022, part. 729 ss. Molto netta sul punto anche la successiva sentenza del Consiglio di Stato n. 946/2022.

Ampliando lo sguardo al panorama comparato, interessante è il caso spagnolo, sia per la somiglianza con il caso italiano dal punto di vista della manifestazione dell'emergenza sanitaria (un immediato picco di contagi e di morti nella prima fase della pandemia), sia per la linea di "interventismo" seguita dal Tribunale costituzionale, evidenziata da tre pronunce di incostituzionalità di norme di contenimento particolarmente rilevanti. È opportuno ricordare che l'apporto scientifico nell'ordinamento spagnolo non è stato molto procedimentalizzato, dal momento che l'istituzione del Comitato tecnico-scientifico ad opera del Presidente del Governo non è stata accompagnata dall'assegnazione allo stesso di specifiche competenze in relazione all'adozione degli atti normativi⁶⁸.

A seguito della proclamazione del *estado de alarma* ai sensi dell'art. 116 Cost., l'intervento dei pubblici poteri in senso limitativo delle libertà fondamentali è giunto all'attenzione del *Tribunal constitucional* mediante ricorso diretto dei cittadini a tutela dei diritti fondamentali (*amparo*), in specie della libertà di riunione e manifestazione⁶⁹. In questa fase il *Tribunal* ha ritenuto legittimi i provvedimenti contestati sulla base non del loro fondamento scientifico ma, al contrario, della grande incertezza scientifica sulle forme più efficaci di contenimento del contagio, la quale – unita al devastante impatto delle prime ondate pandemiche sulla salute e sulla vita dei cittadini – giustificava la restrizione delle libertà a fini cautelativi⁷⁰.

Successivamente, lo scrutinio del *Tribunal* è divenuto decisamente più restrittivo, con la declaratoria di incostituzionalità delle norme alla base del primo *lock-down*⁷¹ e della proroga di sei mesi dell'*estado de alarma*⁷². Tali decisioni, tuttavia, nella parte in cui accolgono i ricorsi poggiano su questioni di carattere procedurale e relative al rapporto tra gli organi costituzionali le quali, pur essendo rilevanti sul piano giuridico-costituzionale, non attengono al merito delle decisioni assunte dagli organi politici e non sono connesse alla sussistenza di un adeguato supporto scientifico alla base delle stesse⁷³. Di maggiore interesse a tale riguardo sono le parti delle pronunce che rigettano, invece, i ricorsi, considerando legittime e proporzionate le misure adottate: mentre la prima richiama ancora l'incertezza scientifica già evocata

68 In senso critico sul difetto di sistematicità e procedimentalizzazione dell'apporto scientifico, J. Esteve Pardo, *La apelación a la ciencia en el gobierno y gestión de la crisis de la Covid-19*, in *Revista de Derecho Público: Teoría y Método*, 2, 2020, 35 ss. Alcune proposte *de jure condendo* sono avanzate da M.L. Lara Ortiz, *Replanteando la gestión de emergencias sanitarias*, in *Revista Española de Derecho Constitucional*, 122, 2021, 153 ss.

69 Il percorso che ha portato alla pronuncia è accuratamente ricostruito da S. Romboli, *Covid e Corti: gli interventi del Tribunale costituzionale spagnolo in materia di "Stati di emergenza"*, in *Percorsi costituzionali*, 2, 2021, 299 ss.

70 *Tribunal Constitucional*, ord. n. 40/2020.

71 *Tribunal Constitucional*, sent. n. 148/2021.

72 *Tribunal Constitucional*, sent. n. 183/2021.

73 Ad esempio, la prima decisione dichiara incostituzionale il divieto di circolare (con eccezioni) contenuto nell'art. 7 del R.D.L. n. 463/2020, in quanto – per la sua intensità – esso avrebbe configurato una sospensione, e non una mera limitazione, della libertà di circolazione: mentre per la seconda sarebbe stata sufficiente la dichiarazione dell'*estado de alarma*, la prima avrebbe richiesto la dichiarazione del *estado de sitio*, con i relativi oneri procedurali. Su tale delicata distinzione, E. Carmona Cuenca, *Estado de alarma, pandemia y derechos fundamentales: limitación o suspensión?*, in *Revista de Derecho Político*, 112, 2021, 13 ss.

in sede di decisione sull'*amparo*⁷⁴, nella seconda comincia a emergere il richiamo alle posizioni degli organismi scientifici internazionali di riferimento (OMS, ECDC), che suggerivano di adottare misure di distanziamento e di restrizione della libertà di movimento della popolazione⁷⁵. Comune a entrambe le decisioni è il richiamo ad analoghe misure adottate in altri Stati europei, dalle quali il *Tribunal* ricava un argomento a favore della ragionevolezza di quelle oggetto del proprio sindacato⁷⁶.

Da segnalare nell'esperienza spagnola è, infine, il meccanismo di controllo giurisdizionale *ex ante* sugli atti di contenimento della pandemia adottati dalle autorità sanitarie, introdotto dalla legge n. 3/2020, a sua volta dichiarato incostituzionale nel giugno del 2022. Estendendo una forma di controllo *ex ante* dei provvedimenti sanitari individuali limitativi della libertà già presente nell'ordinamento spagnolo⁷⁷, la normativa del 2020 aveva previsto una «autorizzazione o ratifica giudiziale» delle misure generali adottate dalle autorità sanitarie considerate urgenti e necessarie per la salute pubblica, qualora implicassero limitazione o restrizione di diritti fondamentali⁷⁸. In concreto, l'obiettivo della disposizione erano le ordinanze di contenimento della pandemia adottate dalle Comunità autonome. Al di là dell'illegittimità del meccanismo introdotto – reputato una forma di coinvolgimento degli organi giurisdizionali nell'esercizio del potere esecutivo contrastante con il principio di separazione dei poteri⁷⁹ – due sono gli aspetti che pare opportuno mettere in luce. Da un lato, il legislatore spagnolo aveva preteso il coinvolgimento, nel procedimento di adozione delle misure sanitarie, di un organo giurisdizionale, senza valorizzare invece il ruolo procedimentale degli organismi di consulenza tecnico-scientifica. D'altro canto, paradossalmente, proprio in alcune pronunce della giurisprudenza amministrativa in sede di controllo *ex ante*, antecedenti alla pronuncia del *Tribunal Constitucional*, si rinviene forse la più significativa valorizzazione dell'apporto scientifico alla decisione politico-amministrativa, in base alla documentazione prodotta dalle stesse amministrazioni a supporto della legittimità delle proprie decisioni⁸⁰.

74 *Tribunal Constitucional*, sent. n. 148/2021, cpv. 8: «*No existía certeza sobre la suficiente eficacia que pudieran tener medidas menos incisivas sobre el derecho fundamental, ni cabe olvidar la relativa escasez de recursos efectivos para hacer frente a la expansión inicial de la epidemia*».

75 *Tribunal Constitucional*, sent. n. 183/2021, cpv. 4.

76 *Tribunal Constitucional*, sent. n. 148/2021, cpv. 8, in relazione alle misure nel settore scolastico e cpv. 9, sulle misure di limitazione dell'attività d'impresa; sent. n. 183/2021, cpv. 4, in relazione al coprifuoco notturno.

77 Art. 8.6 legge n. 29/1998.

78 P. García Majado, *Libertad de circulación de las personas, leyes de policías sanitaria y Covid-19*, in *Revista de Derecho Político*, 113, 2022, 127 ss.

79 *Tribunal Constitucional*, sent. n. 70/2022.

80 Il *Tribunal Superior de Justicia (TSJ) de Madrid*, sent. n. 594/2020, sottolinea che la valutazione alla base della decisione amministrativa deve essere compiuta conformemente a «*criterios científicos informados a modo de antecedente*». Per una espressa valorizzazione dei pareri (*informes*) di natura tecnico-scientifica prodotti in giudizio v., tra le altre: *TSJ de Navarra*, ord. n. 65/2021; *TSJ Valencia*, ord. n. 130/2020; *TSJ Valencia*, ord. n. 94/2020.

Piuttosto diverso è l'atteggiamento della giurisprudenza costituzionale francese, la quale ha effettuato uno scrutinio deferente nei confronti della discrezionalità legislativa, specialmente nella prima fase dell'emergenza⁸¹, perpetuando peraltro un atteggiamento generalmente più cauto nei confronti delle scelte politiche che caratterizza il *Conseil constitutionnel*⁸², rispetto al quale i temi scientificamente connotati non fanno eccezione⁸³. Non va comunque dimenticato che tale orientamento si inserisce in un contesto in cui il richiamo all'*expertise* scientifica come criterio orientativo era ben presente nel discorso politico⁸⁴.

Ciò premesso, in relazione al fondamento tecnico-scientifico delle normative adottate, la giurisprudenza del *Conseil constitutionnel* si può riassumere in due tendenze fondamentali. In primo luogo, la già richiamata *deference* nei confronti della valutazione compiuta dal Parlamento, sintetizzata nella massima per cui il *Conseil* non dispone di un potere di apprezzamento e di decisione della stessa natura di quello del Parlamento e, quindi, non può mettere in discussione la valutazione del rischio compiuta dal legislatore fintantoché tale valutazione, allo stato delle conoscenze, non sia manifestamente inadeguata rispetto alla situazione attuale⁸⁵. Una soglia di controllo che si arresta, quindi, al di sotto della pretesa di una dimostrazione del fondamento scientifico delle decisioni politiche. Vi è, invero, in una pronuncia successiva, un richiamo ai pareri del comitato scientifico previsto nel *Code de la santé publique* per la gestione dello stato di emergenza sanitario introdotto *ex novo* per fare fronte alla pandemia⁸⁶, i quali «corroborano» l'apprezzamento del legislatore ma, a ben vedere, tale richiamo è volto soprattutto a confermare i limiti del sindacato giurisdizionale⁸⁷.

In secondo luogo, la giurisprudenza costituzionale sottolinea il ruolo del giudice comune (soprattutto del giudice amministrativo) nel controllare

81 A.M. Lecis Cocco Ortu, *Il consiglio costituzionale francese di fronte all'emergenza sanitaria, tra tutela (effettiva) dello stato di diritto e tutela (disattesa) dei diritti*, in *Percorsi costituzionali*, 2, 2021, 223 ss.

82 X. Magnon, *Plaidoyer pour que le Conseil constitutionnel devienne une cour constitutionnelle*, in *Revue française de droit constitutionnel*, 4, 2014, 999 ss.

83 Di «sistematico atteggiamento di *self-restraint*» del *Conseil constitutionnel*, scrive S. Penasa, *Le "scientific questions" nella dinamica tra discrezionalità giurisdizionale e legislativa*, cit., 64.

84 Si veda questo significativo passaggio dell'*Adresse aux Français* del Presidente Macron del 9 novembre 2021: «*Nos décisions se sont toujours fondées sur la connaissance scientifique, sur l'impératif de nous protéger, sur la volonté d'agir de manière proportionnée et sur la conviction que la responsabilité individuelle et collective, sont notre première force*». Sul peso dell'*expertise* scientifica, v. E. Dubout, *La fin du droit? Droit, politique, et expertise scientifique en période de crise sanitaire*, in *Jus Politicum Blog*, 21 aprile 2020.

85 *Conseil Constitutionnel*, sent. n. 803/2020.

86 V. *supra*, sub 2.1 e G. Mingardo, *Il ruolo del comitato tecnico-scientifico in Italia e Francia nell'emergenza CoViD-19*, in *Rivista di BioDiritto, Special Issue 1/2020*, 89 ss. Si segnalano anche due pareri del *Conseil d'État* che valutano favorevolmente la previsione dell'intervento di un organismo specializzato, per far fronte alla «*nécessité de disposer des compétences les plus les appropriées pour éclairer les pouvoirs publics sur les décisions à prendre*», ma insistono anche sull'opportunità di migliorare il coordinamento e la definizione delle competenze degli organismi esistenti: *Conseil d'État, Section sociale*, parere n. 401741/2020; *Conseil d'État, Commission permanente*, parere n. 405549/2022.

87 *Conseil Constitutionnel*, sent. n. 808/2020.

che le misure attuative della legislazione d'emergenza siano adatte, necessarie e proporzionate alla finalità che esse perseguono⁸⁸. Tale riferimento si “salda”, in un certo senso, con il penetrante controllo effettuato dal *Conseil d'État* sugli atti amministrativi, anche nel giudizio urgente e sommario volto alla tutela delle libertà fondamentali (*référé-liberté*)⁸⁹.

Nelle pronunce del Giudice amministrativo, il richiamo ai documenti emessi dagli organismi interni e internazionali dotati di *expertise* tecnico-scientifica è costante e ha spesso un peso determinante per l'esito della controversia. Per esempio, la legittimità del provvedimento che stabiliva l'ordine delle categorie vaccinabili, nel contesto della strategia vaccinale, veniva corroborata dal previo parere dell'*Haut autorité de la santé*, che individuava le persone suscettibili di ammalarsi in maniera più grave⁹⁰. Ancora, i ricorsi avverso le limitazioni dell'attività di ristoranti, bar e caffè e il coprifuoco fra le 21.00 e le 6.00 venivano respinti sulla base dei pareri dell'*Haut conseil de la santé publique* e del *Comité des scientifiques* previsto dalla normativa sullo stato d'emergenza sanitario, oltre che di specifiche pubblicazioni scientifiche, che documentavano l'elevato rischio di trasmissione del virus nei contesti conviviali⁹¹ e, fra i giovani, nelle feste extra-universitarie che si tengono tendenzialmente in orario serale⁹². Il *Conseil d'État*, d'altro canto, ha scrutinato in modo attento anche le fattispecie in cui le posizioni espresse dagli organismi scientifici non giustificavano i provvedimenti restrittivi adottati, come nel caso della proibizione generalizzata di manifestazioni in luoghi pubblici – irragionevole nella misura in cui le distanze di sicurezza richieste dai pareri scientifici potevano essere assicurate mediante un'opportuna regolazione⁹³ – e nel caso dell'imposizione dell'utilizzo delle mascherine anche all'aperto – di per sé legittima, poiché gli organismi scientifici di riferimento avevano ritenuto possibile un contagio per via aerea anche all'aperto in luoghi affollati, ma per questo non estensibile a coloro che facevano attività fisica o sportiva⁹⁴.

Da ultimo, uscendo dall'area europea, di grande interesse risulta la giurisprudenza della Corte Suprema degli Stati Uniti, nella quale si registra una spaccatura sulle limitazioni ai diritti fondamentali determinate dal contenimento della pandemia e sul peso da attribuire all'*expertise* scientifica⁹⁵.

Nell'ordinamento statunitense le ragioni della *deference* del giudiziario nei confronti del potere politico nei casi di sanità pubblica si rinvengono nel risalente caso *Jacobson v. Massachusetts* del 1905, nel quale la Corte suprema

88 *Conseil Constitutionnel*, sent. n. 800/2020.

89 Sul sito del *Conseil d'État* è disponibile un'ampio elenco di decisioni su *référé-liberté* relativi alle misure connesse alla pandemia, da cui si traggono gli esempi esposti nel testo: www.conseil-etat.fr/actualites/dernieres-decisions-referes-en-lien-avec-l-epidemie-de-covid-19.

90 *Conseil d'État*, sent. n. 449081/2021, pronunciata su ricorso delle associazioni per la protezione dei detenuti, che richiedevano un trattamento prioritario per gli stessi in ragione della (asserita) maggiore fragilità derivante dalle condizioni carcerarie.

91 *Conseil d'État*, sent. n. 446715/2020.

92 *Conseil d'État*, sent. n. 445430/2020.

93 *Conseil d'État*, sent. n. 440896/2020.

94 *Conseil d'État*, sent. n. 443751/2020.

95 C. Giustiniani, F.G. Nicola, *Expert opinion of deadly game? The shifting jurisprudence of the U.S. Supreme Court during the Covid-19 pandemic*, in *Percorsi costituzionali*, 2, 2021, 381 ss.

riconobbe agli Stati la possibilità di prevedere vaccinazioni obbligatorie. Nel contenzioso dell'emergenza, tale precedente è stato ampiamente richiamato dalla giurisprudenza di merito e, inizialmente, anche dalla Corte suprema⁹⁶. Nella pronuncia *South Bay United Pentecostal Church v. Gavin Newsom*⁹⁷ il Presidente Roberts, nella propria opinione concorrente, esplicita che nelle materie caratterizzate da incertezza medica o scientifica le autorità politico-amministrative godono di margini di discrezionalità particolarmente ampi e che, laddove tali margini non sono superati, «they should not be subject to second-guessing by an “unelected federal judiciary”, which lacks the background, competence, and expertise to assess public health and is not accountable to the people».

Il caso *South Bay* riguardava le limitazioni poste dallo Stato della California al numero di persone che potevano partecipare alle cerimonie religiose durante l'emergenza sanitaria⁹⁸ e fa parte di un filone di sentenze in cui, a partire da un certo momento, la giurisprudenza muta però orientamento, decidendo di privilegiare la libertà religiosa rispetto alle valutazioni dei poteri pubblici⁹⁹. In estrema sintesi, all'esito di alcuni passaggi non del tutto lineari¹⁰⁰, la Corte decide di applicare alle limitazioni alla libertà religiosa uno scrutinio stringente basato sul «the most-favored nation approach», il che comporta l'illegittimità di ogni provvedimento limitativo dell'esercizio di attività religiose laddove le autorità trattino le attività secolari in maniera più favorevole¹⁰¹.

In base a questo nuovo orientamento, la Corte travolge le misure di contenimento imposte a livello statale, nonostante esse godessero del supporto di ampi e documentati riscontri scientifici, sollevando le aspre critiche di alcuni giudici, giunti a insinuare che la maggioranza «non crede alla scienza»¹⁰², «costringe[re] la California a ignorare le risultanze dei suoi

96 Per una posizione critica sul richiamo a tale precedente, v. G. Abiri, S. Guidi, *The Pandemic Constitution*, in *Columbia Journal of transnational law*, 60, 2021, 68 ss. e part. 87 ss.

97 *South Bay United Pentecostal Church, et al. v. Gavin Newsom, Governor of California, et al.*, 590 U.S. ____ (2020).

98 Il provvedimento prevedeva restrizioni numeriche temporanee agli assembramenti in edifici di culto, in misura pari al 25% della capacità degli edifici e comunque non superiore a 100 persone.

99 Nel cd. caso *South Bay II – South Bay United Pentecostal Church, et al. v. Gavin Newsom, Governor of California, et al.*, 592 U.S. ____ (2021) – la Corte ha confermato il proprio precedente in relazione ai limiti di capienza, ma ha ritenuto illegittimo un divieto assoluto di partecipazione alle funzioni religiose, proprio perché non adeguatamente supportato dalle risultanze scientifiche. Osserva sempre il *Chief Justice* Roberts, nella propria *concurring opinion*: «At the same time, the State's present determination – that the maximum number of adherents who can safely worship in the most cavernous cathedral is zero – appears to reflect not expertise or discretion, but instead insufficient appreciation or consideration of the interests at stake».

100 C. Giustiniani, F.G. Nicola, *Expert opinion of deadly game?*, cit., 384 ss.

101 I casi che riflettono il secondo orientamento sono i seguenti: *Roman Catholic Diocese of Brooklyn, New York v. Andrew M. Cuomo, Governor of New York*, 592 U.S. ____ (2021); *Gateway City Church, et al. v. Newsom, Government of California, et al.*, 592 U.S. ____ (2020); *Ritesh Tandon, et al. v. Gavin Newsom, Governor of California, et al.*, 593 U.S. ____ (2021).

102 Così la *dissenting opinion* del giudice Kagan, nel citato caso *South Bay II*.

esperti»¹⁰³ e intende «giocare a un gioco mortale nel rimettere in discussione il giudizio esperto delle autorità sanitarie»¹⁰⁴.

Tale *révirement* giurisprudenziale potrebbe essere ricondotto al cambiamento della maggioranza nella Corte suprema a fine 2020, dovuto alla dipartita della Justice Baden-Ginsburg e alla nomina da parte del Presidente Trump di Amy Conney Barret come nuovo membro della Corte¹⁰⁵, tendendo i giudici conservatori ad accordare una tutela rafforzata alla libertà religiosa anche a detrimento delle risultanze scientifiche¹⁰⁶. Interessante comunque notare che, nelle argomentazioni esposte nelle *dissenting opinions*, pare rilevarsi una certa evoluzione del *reasoning* relativo al peso da attribuire all'*expertise* scientifica a supporto della decisione politica: dalla *deference* nei confronti di quest'ultima, motivata in base alla incompetenza scientifica dei giudici¹⁰⁷, al riconoscimento del decisore politico come soggetto meglio attrezzato a compiere le valutazioni proprio in ragione della sua "strutturazione" in termini di competenze tecnico-scientifiche a disposizione.

Quest'ultimo approccio si è reso particolarmente evidente nel caso *National Federation of Independent Business v. Occupational Safety and Health Administration*, deciso all'inizio del 2022¹⁰⁸, relativo all'obbligo di vaccinazione contro il Covid-19, imposto dall'agenzia governativa (OSHA)¹⁰⁹, a tutte le imprese con più di cento dipendenti. La Corte annulla il provvedimento dell'OSHA, ritenendo che la competenza ad adottare le misure necessarie ad assicurare la salubrità sui luoghi di lavoro, legislativamente attribuita all'agenzia, non fosse sufficiente a supportare un obbligo di vaccinazione massiva. Anche in questo caso, la *dissenting opinion* di un giudice si appunta sulle competenze scientifiche a disposizione dell'amministrazione («*numerous scientists, doctors, and other experts in public health, especially as it relates to work environments*»), che avrebbero dovuto condurre a non superare la valutazione dell'agenzia sulle misure realmente necessarie per assicurare la salubrità dei luoghi di lavoro.

4. Considerazioni di sintesi

Al termine della sintetica panoramica, si può affermare che l'emergenza sanitaria ha reso evidenti alcuni dati di fondo nei rapporti tra politica e scienza, sui quali riflettere in prospettiva.

L'intensità delle misure adottate e il loro impatto sui diritti

103 *Ibidem*.

104 *Dissenting opinion* del giudice Sotomayor nel citato caso *Roman Catholic Diocese of Brooklyn*.

105 C. Giustiniani, F.G. Nicola, *Expert opinion of deadly game?*, cit., 397-399.

106 G. Abiri, S. Guidi, *The Pandemic Constitution*, loc. cit., ritengono invece che giudici di nomina democratica e conservatrice condividano la posizione di *deference* di fronte a problemi di salute pubblica, con limitate eccezioni relative a diritti fondamentali che richiedono uno *strict scrutiny*; il problema sarebbe piuttosto che «*they disagree on which ones*».

107 Sulle difficoltà dei giudici nell'affrontare questioni scientifiche, v. D.L. Faigman, *Judges as "Amateur Scientists"*, in *Boston University Law Review*, 86, 2006, 1207 ss.

108 *National Federation of Independent Business, et al. v. Department of Labor, Occupational Safety and Health Administration, et al.*, 595 U.S. ___ (2022).

109 *Occupational Safety and Health Administration*.

fondamentali hanno dimostrato la difficile percorribilità di una netta distinzione tra fini (selezionati in sede politica) e mezzi (determinati in sede tecnica), poiché anche la scelta dei mezzi, in situazioni di emergenza sanitaria, ha una valenza politica¹¹⁰.

Ne consegue, innanzitutto, che non è più revocabile in dubbio la necessaria apertura dei processi decisionali politici all'apporto scientifico con riferimento agli ambiti in cui ciò si riveli, per la natura delle fattispecie da normare, necessario. Ciò pone in luce l'esigenza di una collaborazione sistematica tra organismi scientifici e decisori politici, da svolgersi in forme che garantiscano la necessaria *accountability* e la correlata trasparenza dell'apporto scientifico nella formazione della scelta politica¹¹¹. Il rilievo pienamente politico della decisione sui mezzi da adottare per contenere i contagi conferisce una peculiare importanza, in particolare, alle forme di istituzione degli organismi di consulenza dei decisori politici e ai criteri di selezione dei loro componenti¹¹², che dovrebbero essere oggetto di riserva di legge.

Quanto ai modelli organizzativi a tale fine utilizzabili, quello pubblicistico, come sopra rilevato, è senz'altro il più diffuso. È tuttavia opportuno sottolineare, ragionando nella prospettiva dei principi di precauzione e di sussidiarietà orizzontale, che è possibile ricorrere, perlomeno per determinati aspetti¹¹³, pure a modelli di *responsible governance* del rischio, che vedono coinvolto a pieno titolo l'intero sistema delle autonomie, pubbliche e private¹¹⁴.

In secondo luogo, anche la necessità di aggiornamento del paradigma normativo scientificamente connotato è risultata confermata e, anzi, enfatizzata dalla pandemia, con i connessi problemi relativi alla «precarizzazione» delle fonti¹¹⁵. Tuttavia la sfida è senz'altro da accogliere, specie in situazioni di emergenza. Il ricorso a strumenti che rendono flessibile il paradigma normativo «non permette solo un aggiornamento della disciplina, ma consente anche di mantenere aperto il dialogo tra

110 G. Ieraci, *Esperti e democrazia nella gestione delle emergenze*, in *Poliarchie/Polyarchies*, vol. 3, n. 2, 2020, 143 ss., che riprende sul punto le tesi di H.A. Simon, *Administrative Behavior: a Study of Decision-Making Processes in Administrative Organization*, 4^a ed., New York, 1997, il quale aveva individuato, già nel suo studio del 1947 sul comportamento amministrativo, come il collegamento tra mezzi e fini sia un problema di scelta e dunque anch'esso una decisione politica, investendo non solo la selezione dell'obiettivo ma anche l'aspetto dell'esecuzione, ovvero delle azioni necessarie a conseguirlo.

111 Oltre alla dottrina già citata, v. anche F.G. Pizzetti, *Decisione politica ed expertise tecnico*, in G. De Minico, M. Villone (cur.), *Stato di diritto. Emergenza. Tecnologia*, cit., 118 s.

112 Questione che, come sottolinea, Iannuzzi, *Leggi "science driven" e CoViD-19*, cit., 125, è «vitale per la nostra democrazia ed è ora che venga percepita come una questione di rilievo costituzionale». Sul punto v. altresì G. Ieraci, *Esperti e democrazia nella gestione delle emergenze*, cit., 147-149.

113 Si pensi ai processi di certificazione della sicurezza in caso di pandemia come, per esempio, lo screening attraverso test molecolari e sierologici.

114 Sottolinea l'importanza di non sottovalutare le potenzialità della collaborazione pubblico-privato nella valutazione e gestione del rischio, A. Barone, *Brevi riflessioni su valutazione scientifica del rischio e collaborazione pubblico-privato*, in *federalismi.it*, Osservatorio emergenza covid-19, 29 aprile 2020.

115 E. Longo, *La legge precaria. Le trasformazioni della funzione legislativa nell'età dell'accelerazione*, Torino, 2017.

componenti ideologiche, sociali e politiche diverse, non pregiudicando la possibilità che una legge, che oggi non si condivide ma su cui si potrà cercare di intervenire in futuro, possa godere della più ampia legittimazione»¹¹⁶. L'aggiornabilità, in definitiva, rappresenta un elemento di equilibrio non solo nei rapporti tra Legislativo ed Esecutivo, ma anche nella relazione tra Stato-apparato e Stato-comunità, risultando quindi apprezzabile nella prospettiva sia della forma di governo che della forma di Stato.

In terzo luogo, l'emergenza sanitaria ha valorizzato altresì la costruzione modulare del paradigma normativo: nella disciplina dei fenomeni scientificamente incerti e complessi, la relazione tra potere legislativo, esecutivo ed *expertise* scientifica è di necessaria integrazione. Attraverso le tecniche descritte il legislatore non rinuncia, quindi, al proprio ruolo di composizione di interessi costituzionalmente rilevanti, ma esercita la propria discrezionalità politica delegando ad altre fonti o a soggetti esterni al circuito democratico-rappresentativo la concreta determinazione delle opzioni normative, ovvero il bilanciamento in concreto, riducendo così il rischio di una disconnessione tra dato normativo ed evoluzione del dato scientifico (*regulatory disconnection*)¹¹⁷, che può determinare l'inidoneità della norma a disciplinare in modo adeguato ed efficace il fenomeno oggetto di regolazione.

Su un altro piano, inoltre, la modularità consente anche di valorizzare adeguatamente il necessario apporto dei livelli di governo substatali, specie negli ordinamenti che riconoscono un'autonomia politica costituzionalmente garantita agli enti territoriali, in cui lo Stato centrale è responsabile e garante delle esigenze di unità, ma nel rispetto del pluralismo che è alla base del sistema democratico¹¹⁸.

Al di là degli strumenti di raccordo e di integrazione in concreto prescelti, un contributo procedimentalizzato della dimensione scientifica al *decision making process*, esprimibile in termini di *evidence-based law*¹¹⁹ o addirittura, come accaduto nel recente contesto emergenziale, di legislazione *science-driven*¹²⁰, risulta un elemento determinante onde consentire al processo decisionale politico di affermare (o recuperare) la propria legittimazione nei casi in cui vengano in rilievo profili scientifici. Attraverso i meccanismi sopra sinteticamente descritti – e convergenti verso un modello di normazione variamente aperto, flessibile e modulare – la qualità delle fonti di produzione del diritto politico si incrementa, infatti, in termini di trasparenza, di efficacia, di legittimità e anche di legittimazione, non solo nei confronti dei diretti interessati, ma *erga omnes*. Ne consegue, nella specifica prospettiva dei rapporti tra organi contitolari della funzione di indirizzo politico, che la riserva di legge acquista in questi casi un valore aggiunto, costituito dalla necessaria considerazione della dimensione scientifica, che

116 C. Casonato, *Le 3 A di un diritto sostenibile ed efficace*, cit., 46.

117 R. Brownsword, M. Goodwin, *Law and Technologies of the Twenty-First Century. Text and Materials*, Cambridge, 2012, 63.

118 Sul punto si consenta il rinvio a E. D'Orlando, *Emergenza sanitaria e Stato regionale: spunti per una riflessione*, *Oss. fonti*, 2, 2020, 577 ss.

119 C. Casonato, *Evidence Based Law. Spunti di riflessione sul diritto comparato delle scienze della vita*, in *BioLaw Journal – Rivista di BioDiritto*, 1, 2014, 193.

120 A. Iannuzzi, *Leggi "science driven" e CoViD-19. Il rapporto fra politica e scienza nello stato di emergenza sanitaria*, cit., 119 ss.

contribuisce a sua volta a qualificare (positivamente) il *government* o, rectius, la *governance*, come *science conscious*¹²¹.

Il carattere aperto, flessibile e modulabile del paradigma normativo *evidence-based* si riverbera, specularmente, sull'atteggiamento dei giudici e delle Corti costituzionali nel sindacato sulla legittimità degli atti amministrativi e sulla costituzionalità delle leggi.

Si conferma, in particolare, che la componente tecnico-scientifica diviene, specie in situazioni di emergenza, un parametro di riferimento per valutare il grado di coerenza dell'atto oggetto di giudizio rispetto ai valori costituzionali¹²², contribuendo a condizionarne la legittimità¹²³. In sintesi, la giurisprudenza dell'emergenza ha perlopiù avuto un atteggiamento di grande attenzione nei confronti delle decisioni *science-driven*, confermando che la ragionevolezza scientifica delle scelte, legislative e amministrative, costituisce un indice sostanziale e procedurale di legittimità dell'esercizio discrezionale del potere¹²⁴.

In particolare, ciò è evidente nella giurisprudenza amministrativa, che ha ribadito il proprio potere di compiere un sindacato giurisdizionale pieno sugli atti espressivi di discrezionalità tecnica dell'amministrazione, conferendo un'importanza cruciale proprio al dato tecnico-scientifico in sede di controllo di legittimità. Quanto al controllo di costituzionalità, la posizione delle Corti è stata perlopiù deferente, laddove il riferimento ai pareri tecnico-scientifici è stato ritenuto condizione necessaria e sufficiente a fondare la costituzionalità delle leggi, sebbene con delle varianti relative all'ampiezza dello scrutinio¹²⁵; del tutto eccentrico resta il caso di attivismo giudiziario "molto spinto" in cui il parametro tecnico-scientifico è risultato soccombente in relazione ad altri parametri considerati prevalenti in sede di bilanciamento¹²⁶.

In conclusione, l'emergenza sanitaria ha evidenziato che, in determinati contesti, la scienza è un interlocutore necessario della politica, così riproponendo e catalizzando la riflessione sulla necessità di ripensare la costruzione del paradigma normativo (sia nella prospettiva teorico-generale, che in quella degli equilibri della forma di Stato e di governo) e, di conseguenza, sui modi e limiti della sua sindacabilità.

Al di là delle soluzioni in concreto adottate e dei modelli configurabili *de iure condendo* con riferimento al sistema delle fonti, su un piano più generale l'esperienza della pandemia conferma la regola aurea che si

121 C. Casonato, *Evidence Based Law. Spunti di riflessione sul diritto comparato delle scienze della vita*, cit., 194 ss. Ma che si ripercuote anche sulla forma di Stato, per le ragioni di interconnessione illustrate *supra*, sub 1 e che sono sintetizzabili nella valorizzazione del pluralismo e della dimensione individuale e relativa, insiti nella forma di Stato di derivazione liberale.

122 S. Penasa, *Presupposti scientifici delle leggi e giudizio di costituzionalità: spunti dal diritto comparato*, in M. D'Amico, F. Biondi (cur.), *La Corte costituzionale e i fatti: istruttoria ed effetti delle decisioni*, Napoli, 2018, 268 s.

123 Ciò si evince nel *reasoning* delle Corti, anche se nel caso statunitense, nella giurisprudenza più recente della Corte suprema, il dato è percepibile perlopiù nelle *dissenting opinions*.

124 S. Penasa, *Presupposti scientifici delle leggi e giudizio di costituzionalità*, cit., 256 ss.

125 Casi italiano, francese e (in parte) spagnolo.

126 La più recente giurisprudenza statunitense.

dovrebbe comunque seguire nel *policy making*¹²⁷ e, quindi, nel *law making*: disegnare le politiche e le norme sulla base delle evidenze empiriche di cui si dispone e, ove necessario, correggerle sulla base dell'analisi degli effetti che esse producono.

Elena D'Orlando
Dipartimento di Scienze giuridiche
Università degli Studi di Udine
elena.dorlando@uniud.it

127 Recenti riflessioni sul tema, nella prospettiva della politica economica e della regolazione, in G. Blasio, A. Nicita, F. Pammolli (cur.), *Evidence-based Policy!*, Bologna, 2021.

