

ISTITUZIONI DEL FEDERALISMO

Rivista di studi giuridici e politici

4

2021 · ANNO XLII
ottobre/dicembre

LA DECISIONE PUBBLICA
TRA SCIENZA E CRISI

ISTITUZIONI DEL FEDERALISMO

Rivista di studi giuridici e politici

4

2021 · ANNO XLII
ottobre/dicembre

LA DECISIONE PUBBLICA
TRA SCIENZA E CRISI

RUBZETTINO

DIRETTORE DELLA RIVISTA

Gianluca Gardini
COMITATO SCIENTIFICO
Gianluca Gardini (Direttore)
Marcos Almeida Cerreda
Jean-Bernard Auby
Brunetta Baldi
Francesco Bilancia
Enrico Carloni
Stefano Civitarese Matteucci
Chiara Cudia
Marzia De Donno
Justin Orlando Frosini
Alfredo Galán Galán
Giancarlo Gasperoni
Tommaso Francesco Giupponi
Peter Leyland
Marco Magri
Andrea Morrone
Alessandra Pioggia
Giuseppe Piperata
Claudia Tubertini

COMITATO DI REDAZIONE

Stefano Augusto
Marina Caporale
Edoardo Nicola Fragale
Giulia Massari
Roberto Medda



REDAZIONE E GESTIONE SITO WEB

presso Regione Emilia-Romagna
Viale Aldo Moro, 52 – 40127 Bologna
Tel. 051 5275475 – 051 5277658
E-mail: istituzionidelfederalismo@regione.emilia-romagna.it
Sito web: http://www.regione.emilia-romagna.it/affari_ist/federalismo

REFERENTE REGIONE EMILIA-ROMAGNA

Francesca Paron
Gabinetto Presidente della Giunta regionale
Viale Aldo Moro, 52 – 40127 Bologna
francesca.paron@regione.emilia-romagna.it

EDITORE

Rubbettino editore
Viale Rosario Rubettino, 10
88049 Soveria Mannelli (CZ)
tel. 0968 6664209
Servizio Abbonamenti: tel. 0968 6664209
Sito web: www.rubbettinoeditore.it
E-mail: commerciale@rubbettino.it

STAMPA

Rubbettino print
nel mese di maggio 2022
88049 Soveria Mannelli (Catanzaro)
www.rubbettinoprint.it

Condizioni di abbonamento
La quota di abbonamento alla Rivista per tutto il 2021 è di € 136,00 da versare sul c.c. postale 15062888 intestato a Rubbettino editore – Periodici, causale abbonamento IdF 2021. La Rivista è disponibile in libreria. Il prezzo di vendita per singoli numeri è di € 35,00. I prezzi indicati si intendono Iva inclusa. L'abbonamento decorre dal 1° gennaio con diritto al ricevimento dei fascicoli arretrati ed avrà validità per un anno. La Casa Editrice comunque, al fine di garantire la continuità del servizio, in mancanza di esplicita revoca, da comunicarsi in forma scritta entro il trimestre seguente alla scadenza dell'abbonamento, si riserva di inviare il periodico anche per il periodo successivo. La disdetta non è comunque valida se l'abbonato non è in regola con i pagamenti. Il rifiuto o la restituzione dei fascicoli della Rivista non costituiscono disdetta dell'abbonamento a nessun effetto. I fascicoli non pervenuti possono essere richiesti dall'abbonato non oltre 20 giorni dopo la ricezione del numero successivo.



Indice

EDITORIALE

- 919 La decisione pubblica tra scienza e crisi
Jean-Bernard Auby

SAGGI E ARTICOLI

- 931 La funzione normativa tra Parlamento e Governo:
verso una fisiologica integrazione nel prisma della
disciplina di ambiti scientificamente connotati
Simone Penasa
- 965 Pubblica amministrazione ad eminenza scientifica
e tecnologica. Riflessioni teoriche
Pierpaolo Forte
- 1011 Il difficile equilibrio tra tecnica, politica e regolazione
nella campagna vaccinale anti Covid
Fabrizio Figorilli
- 1037 The contribution of science to government in the UK:
Untangling and updating constitutional ‘fault lines’ in the
light of the Covid-19 Pandemic?
Peter Leyland
- 1063 Discursos sobre la relación entre la ciencia y el Derecho.
Esbozo de una cartografía
M. Mercè Darnacullela Gardella

NOTE E COMMENTI

- 1091 Un Patto tra le città d’arte per il rilancio del turismo
e la protezione del pregio storico
Edoardo Nicola Fragale
- 1099 Table of contents and abstracts
- 1103 Autori

Editoriale

La decisione pubblica tra scienza e crisi

Jean-Bernard Auby

I contributi raccolti in questo numero di *Istituzioni del Federalismo* affrontano una serie di problemi molto complessi, che non sono nuovi, ma i cui elementi si sono in gran parte modificati nell'epoca contemporanea: come la decisione pubblica può e deve collocarsi in relazione alla competenza scientifica e tecnologica, soprattutto in tempi di crisi quale quello che stiamo vivendo a causa della pandemia di Covid-19? In questa sede, si cercherà innanzitutto di chiarire i termini di questa domanda (I), prima di riassumere l'apporto alla riflessione degli eccellenti contributi che seguono (II), e quindi di evocare varie domande sulle quali si suggerisce di estendere l'analisi in futuro (III).

I. La questione che può essere descritta come “La decisione pubblica tra scienza e crisi”, in realtà, nasconde tre problemi distinti, anche se collegati tra loro sotto vari profili.

1°. Il primo è puramente e semplicemente quello della relazione tra il processo decisionale pubblico e la competenza scientifica e tecnologica. Di per sé, non è un tema nuovo. Da molto tempo, il diritto pubblico è divenuto consapevole delle varie questioni sollevate dalla relazione tra il processo decisionale pubblico e le competenze scientifiche e tecnologiche:

- le incontra sotto l'egida delle domande sull'informazione scientifica e tecnologica nei Parlamenti;
- le incontra nei dibattiti sulle Autorità amministrative indipendenti;
- le affronta nei sottili *mix* adottati dal controllo giurisdizionale delle decisioni amministrative quando queste sono basate su perizie;
- le trova in tutto il lavoro che fa sui conflitti d'interesse, etc.

In quasi tutte queste aree, sono state elaborate domande serie e ricorrenti. Come dovrebbero essere scelti gli esperti? Fino a che punto i decisori dovrebbero sentirsi vincolati dalle opinioni degli esperti? Quale

trasparenza e controllo dovrebbe avere la società civile per avere fiducia negli esperti? In che misura e come le competenze possono aiutare a combattere la cospirazione e le *fake news*? E così via.

In tutta l'epoca moderna, si è posta anche la questione di quale fosse l'equilibrio concreto tra le competenze scientifiche e tecnologiche e le valutazioni contestuali che devono fare i responsabili pubblici: in termini giuridici, la questione è cosa succede al potere discrezionale delle autorità pubbliche di fronte ai dati scientifici.

Fin dalla nascita delle burocrazie moderne, è emersa la questione della qualità delle competenze su cui esse si basano¹: qui si pone la questione di come reclutare gli esperti e come gestire al meglio i conflitti d'interesse in cui questi ultimi possono trovarsi².

Ciò detto, è possibile che i dati su cui tutti questi problemi si basano siano in effetti cambiati nell'epoca contemporanea. Ci sono varie ragioni per affermare questo, tra cui il fatto che la scienza oggi è circondata da una sorta di doppia atmosfera relativistica: da un lato, la scienza stessa è diventata sempre più relativistica, e, dall'altro, la società tende a mettere in discussione le sue analisi e raccomandazioni sempre di più; e questo si riflette nel fiorire delle teorie cospirazioniste e nel fenomeno delle *fake news*. Torneremo oltre su questo aspetto.

2°. Il secondo problema è l'adattamento dei sistemi decisionali pubblici alle crisi.

Anche questo profilo non è nuovo: i governi hanno sempre dovuto adattare le loro operazioni per rispondere a situazioni di guerra internazionale o civile, ai disastri naturali, etc³.. E a questo scopo hanno creato organismi deputati a gestire le crisi, le procedure di emergenza, i cambiamenti delle regole normalmente applicabili, in una sorta di "difesa elastica" del sistema giuridico⁴.

¹ J. CHEVALLIER, *Science administrative*, Presses Universitaires de France, 2002, p. 316.

² Vd. ad esempio, J.-B. AUBY, E. BREEN, T. PERROUD (a cura di), *Corruption and Conflicts of Interest: A Comparative Law Approach*, Edward Elgar, 2014, p. 3.

³ Su come la Repubblica romana affrontava le crisi, cfr. T. LANFRANCHI, *Dictature et état d'exception sous la République romaine*, appendice al libro di S. HENNETTE-VAUCHEZ, *La démocratie en état d'urgence. Quand l'exception devient permanente*, Editions du Seuil, 2022, p. 195.

⁴ Si veda, per esempio, il recente studio del *Conseil d'Etat* francese: *Les états d'urgence: la démocratie sous contraintes*, in *La documentation française*, 2021.

Anche sotto questo profilo ci si può chiedere, allora, se gli elementi costitutivi del problema non si stiano rinnovando nell'epoca contemporanea. È ragionevole ritenere, infatti, che la società attuale sia entrata in un'epoca di crisi permanente, o, almeno, di crisi ripetute. E questa è purtroppo una prospettiva probabile, se non altro a causa delle varie tensioni che il cambiamento climatico sta generando. Anche su questi aspetti torneremo nel prosieguo di questo scritto.

3°. Un ultimo problema attiene, infine, al se sussistano fattori ulteriori e diversi dal relativismo che circonda la scienza e dal rinnovamento delle crisi, che stanno sconvolgendo la relazione tra i sistemi decisionali pubblici e le competenze scientifiche e tecnologiche.

Spesso, i governi ricorrono alla competenza scientifica e tecnologica perché sono convinti che quest'ultima possa contribuire all'adozione di buone decisioni e – soprattutto – perché essa può contribuire a legittimarle⁵. In questo senso, quindi, la scienza è chiamata nelle nostre società a produrre bene pubblico.

Il problema è che siamo ormai entrati in società in cui le condizioni di produzione dei beni pubblici tendono a diventare molto confuse. Il crescente individualismo rende sempre più difficile per i cittadini aderire alle scelte collettive⁶. E la divisione dei ruoli tra attori pubblici e privati nella definizione e nella produzione di beni pubblici è diventata sempre più complicata: deve accogliere non solo la diversificazione delle forme di partenariato pubblico-privato, ma anche gli sviluppi verso la *compliance*, la responsabilità sociale delle imprese e il “*nudge*”⁷, tutti aspetti che trasferiscono parte di questa definizione e produzione alla società stessa.

II. Come si nota il triangolo decisione pubblica-scienza-crisi ha una geometria piuttosto complessa. Questo aspetto è reso ben evidente dai contributi che sono raccolti in questo numero. In questa sede cercheremo,

⁵ In *La légitimité démocratique. Impartialité, réflexivité, proximité*, Le Seuil, 2008, P. ROSANVALLON mostra efficacemente come la legittimità tecnocratica sia una delle sfaccettature della legittimità democratica.

⁶ Ad esempio: R. GLUCKSMANN, *Les Enfants du vide. De l'impasse individualiste au réveil citoyen*, Paris, Allary Éditions, 2018.

⁷ C. SUNSTEIN, R. THALER, *La spinta gentile*, Feltrinelli, 2014.

pertanto, di evidenziare alcuni degli aspetti essenziali, dando conto, al contempo, degli echi dei dibattiti che hanno luogo in Francia su questi medesimi profili⁸.

Se solo si riflette, il problema ha tre dimensioni importanti: la prima è la dimensione che si potrebbe dire normativa, la seconda può essere qualificata di tipo istituzionale, e, infine, la terza può essere definita come storica. 1°. La dimensione normativa riguarda il rispetto che la decisione pubblica deve a ciò che è dimostrato dalla scienza.

Il problema è che questa equazione è un po' troppo semplice: perché ci sono molte situazioni in cui è la scienza stessa ad affermare di non essere in grado di fornire certezze. In ogni caso – e seguendo in particolare Habermas –, si afferma spesso nell'epoca contemporanea che non esiste una verità scientifica assoluta di per sé, ma esistono, al contrario, metodi, procedure, che consentono di avvicinarla ad un livello soddisfacente di certezza.

Il notevole articolo di Maria Mercé Darnacullea Gardella propone di affrontare il problema con una mappatura. L'Autrice crede che sia possibile distinguere i casi in cui, di fronte ad un nuovo problema, la scienza sia ignorante, o incerta, o capace di proporre verità provate. E che questa distinzione deve essere combinata con altre considerazioni, cioè i diritti sostanziali coinvolti nella decisione da prendere, il livello di competenza dell'autorità e i soggetti coinvolti.

In modo complementare, Maria Mercé Darnacullea Gardella ritiene che quando la scienza non può offrire un minimo di certezza, il modello decisionale caratteristico del diritto deve avere la precedenza. Qui si unisce a José Esteve Pardo, che sostiene in questa ipotesi una «strategia interna, autoreferenziale», la cui ricetta essenziale consiste in presunzioni⁹. 2°. La dimensione istituzionale del nostro tema è quella che riguarda la tendenza dei meccanismi decisionali pubblici a tenere in considerazione le competenze scientifiche e tecnologiche, soprattutto in tempi di crisi.

⁸ In particolare quelli che sono stati raccolti nel blog "*Chemins Publics*" accessibile al seguente link: chemins-publics.org.

⁹ J. ESTEVE PARDO, *Stratégies du droit pour décider dans les situations d'incertitude scientifique*, in *Chemins Publics*, 28 gennaio 2022: *La décision publique, l'expertise et le droit VII. Stratégies du droit pour décider dans les situations d'incertitude scientifique*.

Sotto questo profilo, Simone Penasa offre una serie di riflessioni sul rapporto tra legislatore e governo nella regolazione degli ambiti “scientificamente connotati”. Osserva la tendenza del legislatore a scaricare su altre fonti del diritto – decreti-legge o anche fonti inferiori – la regolamentazione delle questioni corrispondenti. Questo fenomeno, che può essere osservato in altri sistemi oltre a quello italiano, è stato fortemente confermato durante la pandemia di Covid-19.

Una simile tendenza, che non può essere totalmente contrastata – se non altro perché le competenze scientifiche e tecnologiche a disposizione dei Parlamenti sono limitate – deve però essere controllata. Nel sistema italiano, deve essere combinata con un principio originale e interessante, che è quello della “ragionevolezza scientifica della legge”, ammesso dalla Corte costituzionale. Simone Penasa sostiene quindi che le deleghe normative dovrebbero rispettare un principio di “leale collaborazione” tra poteri.

Pierpaolo Forte evidenzia, invece, il problema molto importante di combinare la competenza scientifica e tecnologica con la discrezionalità amministrativa. Egli dimostra che, non appena appaiono delle prove scientifiche, la decisione pubblica non può più essere frutto della ponderazione degli interessi che spesso, in assenza di tali prove, ne costituisce la base esclusiva. Il decisore non è più in grado di determinare gli obiettivi delle sue decisioni: ha solo la scelta dei mezzi.

Naturalmente, altri tipi di interrogativi sono possibili; ed essi riguardano il posizionamento delle competenze scientifiche nel processo decisionale. Alcuni sostengono che queste competenze potrebbero essere meglio integrate nel processo decisionale pubblico solo se fosse messo in atto un metodo di governo maggiormente in grado di tenerne conto, con una strutturazione della preparazione delle decisioni secondo il modello utilizzato dalla Commissione europea (si pensi all’uso del Libro verde e del Libro bianco, i quali integrano il *feedback* della società civile e della scienza, essendo, in fondo, le due cose collegate).

3°. La terza logica sottesa è la dimensione storica del tema.

Quest’ultima ci mette di fronte alla crisi del Covid-19 e al modo in cui i sistemi decisionali pubblici si sono adattati ad essa.

Peter Leyland dimostra che la lotta contro la pandemia ha causato un vero e proprio sconvolgimento nei meccanismi decisionali dell’ammini-

strazione britannica. Il punto chiave non è che sono emersi nuovi organismi per fornire competenze al governo¹⁰, ma, piuttosto, dipende dal fatto che questi organismi sono apparsi talvolta in prima linea di fronte ai cittadini, a dispetto del principio della responsabilità ministeriale. E, correlativamente, dal fatto che l'identità dei loro membri è stata rivelata, a discapito dello stesso principio di anonimato che tradizionalmente governa tali organismi.

Fabrizio Figorilli, infine, analizza il modo in cui sono state adottate le decisioni sulla campagna vaccinale, in particolare per quanto riguarda le autorizzazioni alla commercializzazione dei vaccini. L'Autore mette in evidenza come questo processo decisionale sia stato costantemente in tensione tra l'Unione europea – in particolare la *European Medicine Agency* – e gli Stati, che sono in linea di principio responsabili del monitoraggio degli effetti dei vaccini. A suo parere, l'esperienza delle crisi dovrebbe fornire la base per una nuova riflessione sul “principio di tipicità delle fonti”.

III. Gli articoli di questo fascicolo sollevano, infine, molte questioni che ovviamente dovranno essere approfondite: il tema è immenso e il diritto pubblico non è certamente vicino ad averlo coperto tutto. Sembra vi siano tre aree principali in cui questa riflessione dovrebbe essere portata avanti. 1°. C'è ancora molto da chiarire in relazione ai meccanismi di rendicontazione circa l'uso e l'inserimento, all'interno del processo decisionale pubblico, delle competenze e della scienza.

Si possono porre molte domande sul posizionamento istituzionale delle competenze scientifiche. Per esempio, ci si potrebbe interrogare sullo *status* della ricerca nei Ministeri e, probabilmente, si vorrebbe che gli uffici ministeriali preposti alla ricerca siano autonomi. In questo senso, si potrebbe anche difendere l'idea di Autorità amministrative indipendenti per la ricerca.

¹⁰ Lo stesso fenomeno è stato osservato in Francia, per esempio, da D. TRUCHET, *Décision publique, expertise et covid-19: de l'ordinaire à l'extraordinaire*, in *Chemins Publics*, 14 febbraio 2022: *La décision publique, l'expertise et le droit VIII. Décision publique, expertise et covid-19: de l'ordinaire à l'extraordinaire*.

Come si nota, è semplicemente in gioco anche l'indipendenza dei ricercatori. Nei Paesi non democratici, è minacciata dall'intervento politico. Nei Paesi democratici, si confronta oggi con il "wokismo" che, in nome della difesa delle minoranze, tende a limitare il discorso dei ricercatori e gli oggetti della stessa ricerca¹¹.

Nella direzione opposta, si può legittimamente mettere in discussione la responsabilità dei ricercatori¹².

Se guardiamo le procedure decisionali, alcuni potrebbero arrivare a sostenere, per esempio, che il passaggio attraverso i canali normativi tradizionali, soprattutto quello della legge, non sia il modo più appropriato per garantire che i risultati della perizia scientifica siano presi in considerazione: lo dimostrerebbe l'abbondante ricorso a deleghe da parte del potere legislativo, così come l'uso dei decreti legge, che si presentano come una sorta di contraccolpo dinanzi a simili difficoltà. E, quindi, in definitiva, che questa difficoltà possa essere superata pienamente solo attribuendo un ruolo decisionale alle Autorità amministrative indipendenti. 2°. Il secondo compito importante riguarda l'adattamento delle istituzioni e dei meccanismi decisionali agli sviluppi della scienza, della tecnologia e della visione collettiva che di queste ultime hanno le nostre società. È indubbiamente necessario adattare i processi decisionali in modo che essi permettano un incontro più chiaro tra le indicazioni della scienza e le esigenze della scelta politica. Abbiamo visto che la questione della distribuzione delle fonti e quella delle deleghe normative si impongono oggi con forza. I nostri sistemi devono certamente adottare principi più chiari in questo campo.

È chiaro che la digitalizzazione dell'azione pubblica e il ruolo sempre più importante che la tecnologia digitale avrà nel processo decisionale pubblico richiedono una grande riflessione: riflessione che è cominciata, del resto¹³.

¹¹ Ad esempio: N. MEINICH, *Défendre l'autonomie du savoir*, Fondation pour l'innovation politique, novembre 2021.

¹² A. ARCURI, F. COMAN-KUND (a cura di), *Technocracy and the Law*, Routledge, 2021.

¹³ R. CAVALLO PERIN, D.-U. GALETTA (dir.), *Il diritto dell'amministrazione pubblica digitale*, Torino, Giappichelli, 2020; J.-B. AUBY, *Il diritto amministrativo di fronte alle sfide digitali*, in *questa Rivista*, 3, 2019, p. 619.

Importanti questioni sono, poi, relative al ruolo della giustizia. Le decisioni pubbliche basate su perizie possono essere impugnate davanti ai giudici (costituzionali, amministrativi). Quale atteggiamento dovrebbero adottare questi giudici nel loro sindacato, tra la pura deferenza all'autorità della scienza e il controllo delle valutazioni degli esperti, se necessario attraverso il ricorso ad altri esperti? Sarebbe interessante analizzare il loro atteggiamento in questo senso nel contesto attuale della crisi sanitaria.

Peraltro, per cogliere il problema precedente in modo diverso, dovremmo affidarci ai giudici per far rispettare i risultati della perizia scientifica? In altre parole, si dovrebbe dare loro il potere di sanzionare l'ignoranza dell'amministrazione circa i risultati della perizia scientifica, anche quando questi risultati non sono esplicitamente invocati dai contendenti?

L'intero problema può essere riassunto nel fatto che tali questioni coinvolgono la scienza, la tecnocrazia non scientifica, i responsabili politici, i cittadini e i tribunali, e l'obiettivo è quello di trovare un equilibrio tra queste cinque categorie di attori.

3°. Infine, un terzo ambito di riflessione che occorre esplorare in futuro è quello dell'adattamento dei sistemi decisionali pubblici alla moltiplicazione delle crisi.

In realtà, bisognerebbe ormai cominciare a chiedersi se non siamo entrati in un periodo di crisi permanente. Alla crisi economica si è aggiunta una crisi sanitaria, poi una crisi militare internazionale, e in questa fase si ha la sensazione che il problema del cambiamento climatico costituirà la fonte di crisi ripetute e varie.

Se questo è vero, viene naturale affermare che i meccanismi della decisione pubblica dovranno restare costantemente mobilitati per reagire alle crisi, e non potranno più tornare ad uno stato "normale", ma saranno, piuttosto, più o meno in condizione di emergenza permanente¹⁴.

¹⁴ Questo costituisce un problema serio per quanto riguarda la protezione dei diritti fondamentali: sul tema vd. S. HENNETTE-VAUCHEZ, *La démocratie en état d'urgence. Quand l'exception devient permanente*, cit.

Questa situazione apre ad una grande questione, che è quella del controllo democratico della decisione pubblica. È già difficile da garantire in tutti i casi in cui la decisione è circondata da elementi scientifici¹⁵. Lo è molto di più quando si aggiungono la crisi e l'emergenza.

Come si nota, molto lavoro ancora c'è da fare, ma, con questo numero, *Istituzioni del Federalismo* avrà messo a disposizione della riflessione sul triangolo "decisione pubblica-scienza-crisi" un notevole contributo.

¹⁵ Cfr., p. es., *France Stratégie, Expertise et démocratie. Faire avec la défiance*, dicembre 2018.

Saggi e articoli

La funzione normativa tra Parlamento e Governo: verso una fisiologica integrazione nel prisma della disciplina di ambiti scientificamente connotati

Simone Penasa

Il contributo ha ad oggetto le dinamiche tra potere legislativo ed esecutivo di fronte a questioni scientificamente caratterizzate. Dopo alcune considerazioni generali finalizzate a tracciare una mappa concettuale e normativa utile a comprendere le caratteristiche di una relazione “fisiologica” tra Parlamento e Governo di fronte a questioni scientificamente complesse, si proporrà una sistematizzazione delle diverse declinazioni che tale relazione è venuta concretamente ad assumere, al fine di evidenziarne potenzialità e criticità. L’ottica non è valutare tanto l’ordine di prevalenza “istituzionale” tra i due poteri, quanto di determinare gli assetti – dal punto di vista delle fonti, delle procedure e dei contenuti normativi – costituzionalmente più sostenibili, alla luce della necessaria garanzia delle rispettive prerogative funzionali e della specificità dell’oggetto di regolazione.

1. *Il quadro generale dei rapporti tra Governo e Parlamento: l’effetto “rivelatore” della pandemia*

Il progressivo spostamento dell’asse decisionale e delle forme di produzione normativa dalla sede parlamentare verso l’esecutivo rappresenta un dato consolidato dal punto di vista empirico e uno dei maggiori *topoi* all’interno della discussione costituzionalistica. L’attuale fase di emergenza pandemica ha contribuito a rafforzare tale tendenza e a evidenziarne i potenziali effetti rispetto all’esercizio di funzioni tipicamente parlamentari, quali quelle di produzione normativa e di controllo politico nei confronti dell’attività di governo¹. Pur non avendo il presente scritto l’ambizio-

¹ *Ex plurimis*, le considerazioni svolte da E.C. RAFFIOTTA, *I poteri emergenziali del Governo nella pandemia: tra fatto e diritto un moto perpetuo nel sistema delle fonti*, in *Rivista AIC*, 2, 2021, pp. 64-83.

ne di inserirsi nel generale dibattito relativo al rapporto istituzionale e funzionale tra Parlamento e Governo, tuttavia la “lente” dell’emergenza sanitaria consente di orientare l’analisi di tale relazione in una prospettiva specifica, che esprime una portata settoriale dal punto di vista del tipo di questioni lungo le quali si sviluppa l’asse Parlamento-Governo ma dalla quale è possibile ricavare elementi utili a (quantomeno tentare di) razionalizzare gli elementi che possano qualificare tale relazione in termini di fisiologia istituzionale e funzionale². L’elemento al quale ci si riferisce, e rispetto al quale si svilupperanno le riflessioni successive, è rappresentato dalla natura tecnico-scientifica delle questioni che entrano in tale dinamica, caratteristica che può rappresentare una inedita variabile rispetto alla quale proporre una sistematizzazione delle diverse declinazioni che il rapporto Parlamento-Governo, dal punto di vista dell’esercizio della funzione normativa, può assumere.

Si tratta evidentemente di un tema, quello relativo al rapporto tra diritto, politica e scienza e alle modalità istituzionali, procedurali e normative più adeguate a disciplinare l’ambito medico-scientifico, non nuovo all’interno della riflessione costituzionalistica³. La gestione della pandemia ha ulteriormente accresciuto la centralità di tale riflessione e ha rivelato come la disciplina di fenomeni caratterizzati da livelli elevati di incertezza e complessità tecnico-scientifica rappresenti una delle sfide più

² Appare in tal senso evocare il concetto di “topologia”, richiamato da R. BIN, *Il Presidente Napolitano e la topologia della forma di governo*, in *Quaderni costituzionali*, 1, 2013, pp. 7-19, il quale sottolinea che essa: «Non si preoccupa, come faceva la geometria classica, di “misurare” le figure geometriche, ma della possibilità che esse si trasformino mantenendo l’omeomorfismo, subendo cioè una “deformazione senza strappi”».

³ *Ex plurimis*, oltre alla dottrina citata *infra*, E. CHELI, *Scienza, tecnica e diritto: dal modello costituzionale agli indirizzi della giurisprudenza costituzionale*, in *Rivista AIC*, 1, 2017, pp. 1-10; S. TROILO, *La Corte costituzionale e le questioni tecnico-scientifiche in materia sanitaria*, in *Quaderni costituzionali*, 2, 2020, pp. 355-369; S. PENASA, *La “ragionevolezza scientifica” delle leggi nella giurisprudenza costituzionale*, in *Quaderni costituzionali*, 4, 2009, pp. 817-841; G. RAGONE, *Eine empirische Wende? La Corte costituzionale e le sfide della complessità tecnico-scientifica*, Torino, Giappichelli, 2020, p. 132 ss.; U. ADAMO, *Materia “non democratica” e ragionevolezza della legge*, in *Consulta Online*, 1, 2018, p. 300 ss.; A. IANNUZZI, *Il diritto capovolto. Regolazione a contenuto tecnico-scientifico e Costituzione*, Napoli, Editoriale Scientifica, 2018; D. SERVETTI, *Riserva di scienza e tutela della salute. L’incidenza delle valutazioni tecnico-scientifiche di ambito sanitario sulle attività legislative e giurisdizionale*, Pisa, Pacini Giuridica, 2019.

impegnative che i regolatori si trovano – e si troveranno – ad affrontare⁴. Ciò è vero sia da un punto di vista descrittivo, in quanto sempre più ambiti sociali e con sempre più intrusività sono interessati dall'impatto prodotto dall'innovazione tecnologica (ad es. l'intelligenza artificiale), sia da un punto di vista normativo, in quanto quest'ultima – la scienza, in termini generali – ha da tempo cessato di essere un “mero” oggetto di riconoscimento e protezione dal punto di vista costituzionale (artt. 9 e 33 Cost.) o di disciplina a livello legislativo, per assumere la funzione di vettore⁵ di attuazione dei diritti e dei principi costituzionali e di ausilio all'esercizio della funzione normativa (tanto da parte del Parlamento quanto del Governo), esprimendo in tal senso un rilievo costituzionale che, seppur variamente interpretato a livello dottrinale, appare ormai indiscusso.

Nella gestione di fenomeni scientificamente incerti e complessi, e quindi nei processi di produzione normativa in tale ambito, la qualità della relazione tra potere legislativo e potere esecutivo si rivela particolarmente decisiva, nella prospettiva di una efficace e ragionevole integrazione tra valutazioni di carattere politico e di natura tecnica.

Tale specifico ambito può essere considerato quindi una *species* del più ampio *genus* della relazione Parlamento-Governo, la quale – se letta in tale ottica – può essere colta secondo prospettive inedite che sembrano richiedere uno sforzo improntato alla leale collaborazione nella comune funzione di disciplinare ciò che in dottrina viene definito come «sviluppo a ritmi incalzanti della scienza e della tecnologia» e il quale viene qualificato come una tra le più rilevanti ragioni della debolezza di entrambi gli organi di indirizzo politico, «essendo in larga

⁴ Sottolinea questo aspetto L. DEL CORONA, *Le decisioni pubbliche ai tempi del Coronavirus: la tutela dei diritti tra fondatezza scientifica, trasparenza e principio di precauzione*, in *BioLaw Journal-Rivista di BioDiritto*, Special Issue, 1, 2020, p. 73, secondo cui «l'emergenza sanitaria ha fatto emergere con chiarezza (...) quanto la legittimità di tali decisioni possa dipendere dall'adeguatezza del presupposto scientifico che sorregge la scelta».

⁵ P. VERONESI, *Il corpo e la Costituzione. Concretezza dei «casi» e astrattezza della norma*, Milano, Giuffrè, 2007, p. 17, utilizza l'immagine del “motore”, al fine di esprimere il fatto che «il procedere delle conoscenze o il mutare della percezione di un fenomeno o di un problema (...) costituiscono infatti i principali motori dei progressivi assestamenti di senso della Carta». Volendo, anche S. PENASA, *La scienza come “motore” del biodiritto: diritti, poteri, funzioni*, in *BioLaw Journal-Rivista di BioDiritto*, 2, 2019, Special Issue, pp. 311-321.

misura scemato il potere decisionale da essi un tempo stabilmente detenuto (...)»⁶. In tale prospettiva, uno sviluppo fisiologico dei rapporti tra Parlamento e Governo, oltre che porsi in linea di continuità con la forma di governo che caratterizza l'ordinamento italiano, potrebbe ridurre il rischio che «scelte gravide di valenza politica si spostino dalle sedi loro proprie in capo agli scienziati ed agli esperti in genere (...)»⁷, favorendo al contrario la metabolizzazione dell'apporto (necessario, su cui *infra*) della *expertise* tecnico-scientifica dentro – e non fuori – le tradizionali sedi e processi decisionali⁸. In tal senso, l'attuale fase emergenziale ha evidenziato un aspetto specifico, rappresentato dal crescente ruolo della *expertise*⁹ tecnico-scientifica all'interno dei processi decisionali pubblici. Infatti, a un indiscutibile spostamento – o meglio, consolidamento – dell'asse decisionale in termini di produzione normativa dal Parlamento verso l'esecutivo, si è accompagnata una inedita (almeno per l'ordinamento italiano) centralità di organismi tecnici in funzione consultiva, i quali sono stati istituiti e inseriti in modo sistematico e continuativo nelle procedure decisionali relative alla selezione delle misure più adeguate ed efficaci a fronteggiare la crisi pandemica¹⁰.

⁶ Si richiama A. RUGGERI, *Le trasformazioni istituzionali nel tempo dell'emergenza*, in *Consulta Online*, 1, 2021, p. 242.

⁷ *Ivi*, p. 244.

⁸ Si è sviluppato questo concetto da ultimo in 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*, vol. II, Bologna, il Mulino, 2020, pp. 59-80.

⁹ Per una esaustiva definizione critica del concetto di *expertise*, si rinvia a A. FARANO, V. MARZOCCO, *Expertise tecniche e decisori politici. Razionalità legislativa e uso dell'argomento scientifico nella produzione del diritto emergenziale*, in STAIANO A. (a cura di), *Nel ventesimo anno del terzo millennio. Sistemi politici, istituzioni economiche e produzione del diritto al cospetto della pandemia da Covid-19*, Napoli, Editoriale Scientifica, 2020, p. 165 ss.

¹⁰ Ha sottolineato tale discontinuità, A. IANNUZZI, *Leggi "science driven" e COVID-19. Il rapporto fra politica e scienza nello stato di emergenza sanitaria*, in *BioLaw Journal-Rivista di Bio-Diritto*, 2, 2019, numero speciale, p. 120, il quale parla di «svolta epocale nei rapporti tra scienza e diritto». Su tale aspetto, cfr. anche L. DEL CORONA, *Le decisioni pubbliche ai tempi del Coronavirus: la tutela dei diritti tra fondatezza scientifica, trasparenza e principio di precauzione*, cit., p. 74 ss.; M. TERZI, *Brevi considerazioni sul rapporto tra tecnica e politica nella prospettiva dell'emergenza sanitaria in corso*, in *Forum di Quaderni Costituzionali*, 2, 2020, p. 45 ss.

Lo scritto si concentrerà su tale specifico ambito di svolgimento dei complessi rapporti tra Governo e Parlamento rispetto all'esercizio della funzione normativa, caratterizzato dalla necessità di individuare le sedi, le procedure e gli schemi normativi più adeguati¹¹, efficaci e sostenibili – dal punto di vista tanto del bilanciamento dei diritti quanto dei rapporti tra poteri – al fine di disciplinare gli effetti prodotti dall'innovazione tecnologica nei diversi ambiti della vita privata e pubblica. L'analisi avrà ad oggetto le dinamiche tra poteri che si sono manifestate di fronte a questioni scientificamente caratterizzate, prendendo ad oggetto casi non direttamente connessi all'attuale fase emergenziale ma particolarmente significativi ai fini del presente studio. Dopo alcune considerazioni generali finalizzate a tracciare una mappa concettuale e normativa utile a comprendere le caratteristiche di una relazione "fisiologica" tra Parlamento e Governo di fronte a questioni scientificamente complesse, rispetto alle quali assumerà un ruolo centrale la giurisprudenza costituzionale in materia di ragionevolezza scientifica delle leggi¹², si proporrà una sistematizzazione delle diverse declinazioni che tale relazione – collaborazione, come è stata definita *supra* – è venuta concretamente ad assumere nella passata esperienza istituzionale e normativa, al fine di evidenziarne potenzialità e criticità. L'obiettivo non consiste tanto nel valutare l'ordine di prevalenza "istituzionale" tra i due poteri, quanto di determinare gli assetti – dal punto di vista delle fonti, delle procedure e dei contenuti normativi – costituzionalmente più sostenibili, alla luce della necessaria garanzia delle rispettive prerogative funzionali e della specificità dell'oggetto di regolazione.

¹¹ Cfr. A. IANNUZZI, *Il diritto capovolto. Regolazione a contenuto tecnico-scientifico e Costituzione*, cit., in particolare p. 132, il quale la qualifica come «fonte di produzione più adeguata» in riferimento alle norme tecniche.

¹² Ho utilizzato questa espressione in S. PENASA, *La "ragionevolezza scientifica" delle leggi nella giurisprudenza costituzionale*, in *Quaderni costituzionali*, 4, 2009, pp. 817-841. Recentemente, per una razionalizzazione del concetto, G. RAGONE, *Eine empirische Wende? La Corte costituzionale e le sfide della complessità tecnico-scientifica*, cit., p. 132 ss. Cfr. anche C. CASONATO, *La scienza come parametro interposto di costituzionalità*, in *Rivista AIC*, 2, 2016, pp. 1-11; M.P. IADICICCO, *Procreazione umana e diritti fondamentali*, Torino, Giappichelli, 2020, p. 305 ss.; C. DI COSTANZO, A. SIMONCINI, *Il contributo della Corte costituzionale allo sviluppo del biodiritto*, in *BioLaw Journal-Rivista di BioDiritto*, 2, 2019, Special Issue, pp. 205-240.

2. *Parlamento e Governo di fronte a questioni scientificamente complesse: come misurare la fisiologia del rapporto?*

In tale ottica, la fisiologia di tale relazione verrà misurata tenendo conto di alcune variabili di contesto, in particolare la natura della questione regolata e dei beni che entrano concretamente in gioco, e di sistema, in particolare la giurisprudenza costituzionale in materia. In termini generali, la natura intrinsecamente complessa¹³ delle questioni tecnico-scientifiche sembra non solo ammettere, ma addirittura richiedere un esercizio condiviso della funzione normativa da parte dei due poteri. In dottrina, riferendosi al più ampio rapporto tra politica e tecnica, ci si è espressi in termini di «complementarità, collaborazione, non subordinazione» e – nella prospettiva che qui più interessa – lo si è qualificato come «un rapporto circolare»¹⁴, all'interno del quale valutazioni di natura politica si intrecciano a quelle di natura prettamente tecnica. La disciplina di ambiti scientificamente connotati rappresenta un punto di osservazione privilegiato al fine di analizzare le modalità concrete di manifestazione e la qualità di tale rapporto circolare. Infatti, da un lato, la natura dell'oggetto dell'intervento richiede il possesso e l'impiego di conoscenze e competenze specifiche, caratteristiche dell'ambito concretamente coinvolto, le quali possono trovare accesso *ex ante* all'interno del processo legislativo¹⁵ e che richiedono solitamente l'intervento dell'esecutivo, ad esempio attraverso gli organi tecnici dei quali si può avvalere il ministero competente, in fase attuativa, anche al fine di assicurare che i contenuti normativi possano adattarsi – modificarsi – all'eventuale mutamento avvenuto a livello fenomenologico senza che ciò richieda necessariamente una riforma legislativa.

¹³ P. CARROZZA, *Tecnica e politica: la necessaria complementarità*, in G. GRASSO (a cura di), *Il Governo tra tecnica e politica. Atti del Seminario Annuale dell'Associazione "Gruppo di Pisa", Como, 20 novembre 2015*, Napoli, Editoriale Scientifica, 2016, p. 90, secondo cui è «la complessità, non necessariamente la tecnica in sé e per sé considerata, a dominare la politica e l'amministrazione».

¹⁴ *Ibidem*.

¹⁵ *Ex plurimis*, A. IANNUZZI, *Le forme di produzione delle fonti a contenuto tecnico-scientifico nell'epoca del diritto transnazionale*, in *DPCE Online*, 3, 2020, pp. 3277-3305. In prospettiva comparata, D. SERVETTI, *Brevi considerazioni sulla rilevanza di un adeguato supporto tecnico-scientifico al controllo parlamentare*, in GRASSO G. (a cura di), *Il Governo tra tecnica e politica*, cit., in particolare pp.173-180; S. PENASA, *La legge della scienza. La legge della scienza: nuovi paradigmi di disciplina dell'attività medico scientifica*, Napoli, Editoriale Scientifica, 2015.

Evidentemente, dall'altro lato, la natura tecnico-scientifica dell'oggetto di regolazione non elimina – anzi, in molti ambiti contribuisce ad amplificarla¹⁶ – l'esigenza di svolgere valutazioni di natura prettamente politica, rispetto alle quali la opportuna base conoscitiva di tipo scientifico viene a svolgere una funzione di potenziale supporto in termini di legittimazione e di legittimità. In tale seconda prospettiva, è la sede parlamentare la più indicata a svolgere le opportune operazioni di bilanciamento, spesso delicate ed espressione di un livello elevato di discrezionalità, le quali devono comunque essere adeguatamente fondate dal punto di vista scientifico¹⁷ e possono prevedere la loro integrazione da parte di fonti secondarie in grado di assicurare l'effettività e l'adattabilità del quadro normativo definito a livello legislativo. Occorre in ogni caso precisare come non sia possibile tracciare una netta distinzione tra i due ordini di valutazioni – tecnica e politica – esprimendosi anche in tale prospettiva l'andamento circolare tra politica e tecnica al quale ci si è richiamati *supra*¹⁸. Non tanto di competizione, quindi, ma di integrazione sarebbe opportuno parlare al fine di qualificare la relazione tra sede legislativa e sede esecutivo-amministrativa in ambiti scientificamente connotati. Allo stesso tempo, è possibile affermare una tendenziale precedenza del Parlamento nella determinazione concreta del bilanciamento da operare, a meno che ragioni di emergenza o urgenza non richiedano una assunzione diretta di responsabilità politica da parte dell'esecutivo (ad es., la

¹⁶ Paradigmatica in tal senso è l'interpretazione della disciplina in materia di ricerca con embrioni umani proposta dalla Corte costituzionale, 13 aprile 2016, n. 84 (sulla quale si rinvia al *Focus on* dedicato alla sentenza dalla rivista *BioLaw Journal-Rivista di BioDiritto*, 2, 2016, pp. 157-269, con contributi di G. BALDINI, C. CASONATO, M. D'AMICO, M.P. IADICICCO, V. MARZOCCO, S. PRISCO, G. RAZZANO, A. RUGGERI, A. SPADARO).

¹⁷ L. BUSATTA, *Tra scienza e norma: il fattore scientifico come oggetto, strumento e soggetto della regolazione*, in *Costituzionalismi.it*, 1, 2021, p. 148, si esprime in termini di «necessità di una giustificazione "procedurale" della scelta normativa, anche in caso di incertezza della scienza»; cfr. anche G. GEMMA, *Giurisprudenza costituzionale e scienza medica*, in A. D'ALOIA (a cura di), *Biotecnologie e valori costituzionali. Atti del seminario di Parma svoltosi il 19 marzo 2004*, Torino, Giappichelli, 2005, p. 37, il quale si riferisce al concetto di «giudizio di scientificità» delle leggi.

¹⁸ A. IANNUZZI, *Il diritto capovolto*, cit., p. 136, il quale propone di individuare «la responsabilità politica come "chiave di volta" del rapporto fra tecnica e politica», sottolineando in tal senso l'esigenza che l'esecutivo sia sorretto da adeguati meccanismi di consultazione e coinvolgimento di organismi tecnici, evidenziandone l'attuale inadeguatezza e la «assoluta incertezza sulle soluzioni organizzative da adottare per o svolgimento di funzioni ad elevato contenuto tecnico» (*ivi*, p. 137).

situazione epidemiologica di calo del numero di vaccinati, su cui *infra*); così come, nella prospettiva della determinazione del contenuto “tecnico” delle valutazioni operate e delle decisioni assunte, è possibile riconoscere l’esistenza di un «favore per la sede esecutiva» e di una corrispondente preferenza «per la fonte secondaria», in particolare regolamentare¹⁹.

Si tratta, di tutta evidenza, di una relazione dinamica, i concreti assetti della quale non sembrano predeterminabili in modo aprioristico o automatico. Tuttavia, se l’obiettivo deve essere declinato in termini non tanto di prevedibilità, quanto di fisiologia, un possibile elemento di razionalizzazione è rinvenibile nella qualità della tecnica normativa utilizzata, tanto a livello legislativo quanto attuativo-esecutivo. In tal senso, utili indicazioni di metodo sono ricavabili dal noto e ormai consolidato filone giurisprudenziale della Corte costituzionale che ha ad oggetto la ragionevolezza scientifica delle leggi, la quale sarà utilizzata quale “mappa” per orientare l’analisi dei casi che si proporrà in seguito. La Corte costituzionale ha progressivamente affermato «(...) l’essenziale rilievo» che assumono gli organi tecnico-scientifici individuati dal legislatore in ambito medico²⁰, ai quali la Corte sembra riconoscere uno spazio normativo autonomo (nei limiti determinati a livello legislativo) che deve essere garantito nei confronti degli altri poteri²¹, producendosi in caso contrario una «indebita interferenza nella sfera delle attribuzioni spettanti al potere esecutivo e, in particolare, nelle competenze degli organi tecnico-scientifici (...)»²². La Corte perimetra di conseguenza l’ambito istituzionale entro il quale valutazioni di natura tecnica possono essere legittimamente svolte, chiarendo che queste ultime «devono essere assunte nelle competenti sedi, consapevole com’essa è delle attribuzioni e delle responsabilità che a detti organi competono» ed evocando l’esistenza di «competenze riservate» agli organismi tecnici a ciò deputati dal legislatore²³. A conferma della natura “circolare” del fenomeno

¹⁹ *Ivi*, p. 133, anche se in riferimento allo specifico ambito della normazione tecnica (la quale però può avere una declinazione trasversale e innescarsi su ambiti non privi di esigenze di bilanciamento di natura politico-assiologica).

²⁰ Corte cost., sent. n. 185 del 1998, relativa al caso Di Bella.

²¹ Quello giurisdizionale nel caso di specie, Corte cost., sent. n. 121 del 1999.

²² Corte cost., sent. n. 121 del 1999, in materia di sperimentazione clinica dei farmaci.

²³ Corte cost., sent. n. 188 del 2000.

oggetto del presente studio, la Corte costituzionale ha successivamente esteso anche all'esercizio della discrezionalità politica del legislatore la portata delle competenze riservate agli organi tecnico-scientifici, affermando che le valutazioni svolte in sede parlamentare devono fondarsi «sulla verifica dello stato delle conoscenze scientifiche e delle evidenze sperimentali acquisite, tramite istituzioni e organismi – di norma nazionali o sovranazionali – a ciò deputati, dato l'«essenziale rilievo» che, a questi fini, rivestono «gli organi tecnico-scientifici»²⁴. Più recentemente, rinviando per un'analisi più approfondita al prossimo paragrafo, la Corte ha richiamato l'essenziale funzione di supporto conoscitivo al legislatore delle autorità tecnico-scientifiche a ciò preposte. A queste ultime, infatti, si deve rivolgere il Parlamento al fine di determinare le condizioni sanitarie ed epidemiologiche che entrano in gioco e le acquisizioni, sempre in evoluzione, della ricerca medica, «che debbono guidare il legislatore nell'esercizio delle sue scelte in materia»²⁵.

La centralità degli organismi tecnici, e quindi – almeno di riflesso – del livello esecutivo-amministrativo, non esclude che l'intervento del legislatore risulti legittimo e anzi necessario, in tutti quei casi caratterizzati – secondo il prudente apprezzamento dello stesso legislatore – da una condizione di incertezza scientifica o dalla necessità tutta politica (costituzionale) di tutelare ulteriori beni costituzionali, i quali richiedano ad esempio l'individuazione di procedure specifiche relative all'autorizzazione dell'utilizzo di mezzi terapeutici a rischio al fine di garantire l'adeguatezza delle scelte terapeutiche e l'osservanza delle cautele necessarie²⁶. Ma ciò deve avvenire nel rispetto di una cornice metodologica definita dalla medesima Corte, all'interno della quale riveste particolare rilievo ai

²⁴ Corte cost., sent. n. 282 del 2002. R. BALDUZZI, *Introduzione generale*, in G. GRASSO (a cura di), *Il Governo tra tecnica e politica*, cit., p. 5, parla di «un'embricazione tra tecnica e politica, non senza profili problematici, in quanto sugli organismi tecnico-scientifici evidentemente deve porsi un'attenzione molto forte per capire se ed in quale misura essi siano indipendenti. In altre parole, per sostenere correttamente, dal punto di vista del sistema costituzionale, che una certa decisione politica debba basarsi sulle valutazioni degli organismi tecnico-scientifici, queste autorità devono essere poste in una condizione di indipendenza dalla politica, devono essere in qualche misura assimilabili a quelle che noi conosciamo più in generale come *authorities*, diversamente il modello rischia di divenire un modello zoppo».

²⁵ Corte cost., sent. n. 5 del 2008, in materia di obblighi vaccinali.

²⁶ Corte cost., sent. n. 282 del 2002.

fini del presente scritto il richiamo all'esigenza che i contenuti legislativi siano fondati sulla «verifica dello stato delle conoscenze scientifiche e delle evidenze sperimentali», svolta – come anticipato *supra* – attraverso il coinvolgimento degli organismi tecnici competenti²⁷, e che costituiscano il «risultato» di siffatta verifica. A tal fine la Corte costituzionale tende ad ammettere anche provvedimenti normativi straordinari emanati direttamente dal Governo – nella forma del decreto-legge – ritenendo soddisfatta l'integrazione dei motivi straordinari di necessità ed urgenza in caso di sussistenza di un quadro medico-sanitario – epidemiologico, nel caso dell'introduzione di obblighi vaccinali mediante decreto-legge – che li renda necessari. Infatti, pur riservandosi una valutazione della sussistenza nel caso concreto, la Corte costituzionale ha affermato, in relazione all'imposizione di obblighi vaccinali ma in una linea argomentativa che pare assumere portata più ampia, che spetta agli «organi di governo apprezzare la sopraggiunta urgenza di intervenire, alla luce dei nuovi dati e dei fenomeni epidemiologici frattanto emersi, anche in nome del principio di precauzione che deve presidiare un ambito così delicato per la salute di ogni cittadino come è quello della prevenzione»²⁸. A fronte di «circostanze peculiari e eccezionali», il vincolo metodologico²⁹ della giustificazione scientifica che deve sorreggere l'esercizio discrezionale di funzioni normative può risultare derogabile quando tale «sacrificio» sia necessario a garantire altri interessi costituzionalmente rilevanti³⁰, anche nel caso in cui non sussista una situazione di incertezza ma vi sia una unanimità all'interno della comunità scientifica di riferimento

²⁷ A. IANNUZZI, *Istruttoria e valutazioni tecniche*, in *Rivista del Gruppo di Pisa*, 1, 2017, pp. 1-33, analizza anche il tema della «istruttoria scientifica»; L. BUSATTA, *Tra scienza e norma: il fattore scientifico come oggetto, strumento e soggetto della regolazione*, cit., p. 154, rileva opportunamente come «molti interrogativi rimangono aperti sulla qualificazione dei presupposti scientifici che guidano l'operato del legislatore. In altre parole, può parlarsi di un onere costituzionalmente veicolato, per il legislatore, a includere una forma di «istruttoria scientifica» nel procedimento legislativo? Come si è già rilevato, non sono espressamente previste, nel nostro ordinamento, forme di inclusione di tale tipo di istruttoria nell'iter di formazione delle leggi».

²⁸ Corte cost., sent. n. 5 del 2018.

²⁹ A. D'ALOIA, *Biodiritto*, voce, in U. POMARICI (a cura di), *Atlante di filosofia del diritto*, vol. II, Torino, Giappichelli, 2012, p. 56.

³⁰ Corte cost., sent. n. 274 del 2014. Nel caso di specie, la Corte le ha individuate nella tutela della continuità terapeutica e nel principio di non interferenza con decisioni giudiziarie già emanate.

sull'inefficacia sostanziale e infondatezza metodologica del trattamento in questione³¹. Infine, la Corte costituzionale tende a valorizzare l'utilizzo di fonti secondarie, in particolare regolamentari, la cui presenza – in particolare quando la loro emanazione sia riservata a organismi tecnici dotati di specifiche competenze – svolge una funzione rafforzativa o restaurativa della legittimità delle leggi³².

La proposta di sistematizzazione alla quale sarà dedicato il paragrafo successivo si muoverà all'interno dei richiamati principi ricavabili dalla giurisprudenza costituzionale, utilizzando quale ambito di riferimento quello rappresentato dalle questioni relative alla biomedicina.

3. Parlamento e Governo di fronte alla innovazione tecnologica: un tentativo di razionalizzazione tra tendenze alla surrogazione e alla integrazione della funzione legislativa

Pertanto, la “misurabilità” della fisiologia dei rapporti tra legislatore ed esecutivo nell'esercizio delle rispettive funzioni normative può trovare, almeno nello specifico ambito delle questioni scientificamente connotate, un decisivo parametro nella giurisprudenza costituzionale che ha progressivamente sviluppato gli elementi connotativi di una teoria della ragionevolezza scientifica delle leggi, o degli atti normativi, la quale viene a incidere sui metodi utilizzati e sulle relazioni istituzionali coinvolte. Le possibili interazioni tra i due poteri sono state classificate secondo un livello crescente di potenziale criticità rispetto all'equilibrio istituzionale e funzionale tra i medesimi, assumendo quale fisiologica l'integrazione tra fonti, in quanto elemento connotativo della disciplina di fenomeni scientificamente complessi e intrinsecamente mutevoli.

³¹ Di assenza dei «presupposti minimi di scientificità» parla G. SERENO, *Il “caso Stamina” all'esame della Corte costituzionale: un esito condivisibile sorretto da una motivazione lacunosa*, in *Osservatorio costituzionale AIC*, 2015, p. 8.

³² M. D'AMICO, *Amministrazione creatrice ed esecutrice del diritto*, in *Rivista AIC*, 4, 2018, p. 82, ricorda che risulta ragionevole e «(...) anche espressamente auspicato dalla stessa Corte costituzionale che – nelle materie in cui domina la scienza e assumono un ruolo fondamentale l'autonomia e la responsabilità del medico chiamato a operare le necessarie scelte terapeutiche – intervengano fonti di rango secondario, che trovino però il loro fondamento in specifiche disposizioni di legge. In tal modo, infatti, è possibile garantirne il necessario periodico adattamento e aggiornamento, proprio alla luce dell'evoluzione tecnica e scientifica».

3.1 *La delega legislativa in ambiti medico-scientifici: il caso dell'attuazione del diritto europeo*

La delega legislativa rappresenta indubbiamente uno strumento normativo utile a assicurare un raccordo sistematico tra valutazioni di ordine politico-assiologico svolte in sede parlamentare, che trovano concretizzazione nella definizione di principi e criteri direttivi all'interno della legge di delega, e le necessarie valutazioni di carattere tecnico-scientifico, rispetto allo svolgimento delle quali gli apparati amministrativi che fanno capo all'esecutivo possono contribuire dal punto di vista delle competenze che ne caratterizzano la composizione e le funzioni. Attraverso la delega legislativa sembra quindi trovare riconoscimento l'essenziale rilievo degli organismi tecnici, che viene sistematicamente richiamato all'interno della giurisprudenza costituzionale. In termini generali, questo meccanismo viene tendenzialmente attivato nel caso in cui le questioni da disciplinare siano caratterizzate da un elevato livello di complessità tecnica, la quale richiede l'impiego di cognizioni specifiche e competenze elevate, da un lato, ma che non risultino "eticamente sensibili", non comportino cioè l'individuazione di un delicato bilanciamento che deve essere interamente veicolato – pur potendo (come si vedrà subito *infra*) prevedere adeguati raccordi e canali di apertura alla *expertise* scientifica – dalla fonte legislativa. Di fronte a questioni dall'elevato contenuto tecnico-scientifico, la Corte costituzionale, oltre alla già richiamata giurisprudenza che ha sancito l'essenziale rilievo normativo degli organismi tecnici, sembra fondare il riconoscimento della ragionevolezza della disciplina anche sulla partecipazione del legislatore delegato, ritenendo che quest'ultimo possa svolgere una ponderazione tra i diversi profili che interessano una determinata materia avvalendosi a tal fine «(...) di organi tecnici altamente qualificati e con il compito istituzionale della raccolta ed elaborazione di tutti gli elementi utili»³³. La "mera" disponibilità di tale apparato conoscitivo, che risulta funzionale all'elaborazione di valutazioni complesse dal punto di vista tecnico, produce un effetto di rafforzamento in termini di presunzione di legittimità delle scelte latamente politiche svolte attraverso la fonte delegata.

³³ A. IANNUZZI, *Il diritto capovolto*, cit., p. 161.

Un ambito tipico di utilizzo della delega legislativa è rappresentato dalla attuazione di atti normativi europei che abbiano profili di rilievo dal punto di vista medico-sanitario. Di particolare interesse risulta la legge di delega n. 163/2017³⁴, nella parte in cui affida al Governo il compito di adeguare la normativa italiana al regolamento (UE) 2016/679 del Parlamento europeo e del Consiglio, del 27 aprile 2016, relativo alla protezione delle persone fisiche con riguardo al trattamento dei dati personali, nonché alla libera circolazione di tali dati e che abroga la direttiva 95/46/CE. Nell'orientare l'esercizio della delega, il legislatore richiede al Governo di «prevedere, ove opportuno, il ricorso a specifici provvedimenti attuativi e integrativi adottati dal Garante per la protezione dei dati personali», secondo una tecnica che era già presente nel testo precedente del Codice della *privacy*³⁵. Su tale base, la disciplina in materia di trattamento dei dati genetici viene disciplinata da una autorizzazione generale del Garante, che rappresenta la principale fonte di regolazione in tale ambito, pur nel rispetto dei principi generali previsti dall'art. 2-*septies* del d.lgs. n. 196/2003³⁶. Tale meccanismo, pur non scevro da criticità che sono quelle tipicamente associate alla funzione normativa delle autorità amministrative indipendenti³⁷, rappresenta un esempio di innovazione, peraltro consolidata in riferimento alla disciplina dei dati genetici, delle tecniche normative in ambiti caratterizzati dal costante sviluppo delle conoscenze medico-scientifiche. Il rinvio, sulla base del principio generale previsto dalla legge di delega, a una fonte

³⁴ Delega al governo per il recepimento delle direttive europee e l'attuazione di altri atti dell'Unione europea - Legge di delegazione europea 2016-2017.

³⁵ A. IANNUZZI, F. FILOSA, *Il trattamento dei dati genetici e biometrici*, in *Dirittifondamentali. it*, 2, 2019, pp. 1-24; M. TOMASI, *Genetica e Costituzione. Esercizi di eguaglianza, solidarietà e responsabilità*, Napoli, Editoriale Scientifica, 2019 in particolare p. 110 ss.; L. CALIFANO, *Il trattamento dei dati genetici: finalità di ricerca, esigenze di sicurezza e diritto alla protezione dei dati personali*, in *Cultura giuridica e diritto vivente*, 4, 2017, pp. 1-13.

³⁶ Autorizzazione n. 8/2016 - autorizzazione generale al trattamento dei dati genetici - 15 dicembre 2016. Cfr. anche il provvedimento che individua le prescrizioni contenute nelle autorizzazioni generali nn. 1/2016, 3/2016, 6/2016, 8/2016 e 9/2016 che risultano compatibili con il regolamento e con il d.lgs. n. 101/2018 di adeguamento del Codice - 13 dicembre 2018.

³⁷ Sul punto, recentemente F. ZAMMARTINO, *Il modello molteplici. La potestà normativa delle Autorità amministrative indipendenti*, Torino, Giappichelli, 2020; R. TITOMANLIO, *Potestà normativa e funzione di regolazione: la potestà regolamentare delle autorità amministrative indipendenti*, Torino, Giappichelli, 2012.

extra-ordinem quale l'autorizzazione generale del Garante consente di integrare al quadro di principi generali previsti a livello europeo e nazionale, i quali sono espressione di scelte prettamente "politiche", una disciplina dalla caratterizzazione "tecnica", la quale viene prodotta da un ente dotato di specifiche competenze, secondo un modello normativo duttile, capace di adeguarsi – senza la necessità di attivare periodicamente il procedimento legislativo – allo sviluppo tecnologico intercorso attraverso la previsione di un obbligo di aggiornamento periodico dei propri contenuti³⁸, sulla base della consultazione di esperti, organismi tecnici, di *stakeholders* e della società³⁹. Evidentemente, si tratta di una normativa tecnica, ma non priva di elementi dall'elevata politicità e carica assiologica, determinando in modo decisivo la concreta tutela di diritti e principi costituzionalmente garantiti, quali ad esempio il consenso informato al trattamento dei dati genetici, il diritto alla riservatezza e al controllo sulla utilizzabilità dei medesimi.

3.2 *Il rinvio legislativo a fonti secondarie (e a organismi tecnici)*

Il rinvio legislativo a fonti secondarie rappresenta uno dei possibili meccanismi normativi in grado di soddisfare le indicazioni metodologiche ricavabili dalla giurisprudenza costituzionale. Come anticipato, nella definizione dei contenuti tecnici di una disciplina è possibile ricavare dalla

³⁸ Nei considerando all'autorizzazione si ritiene «opportuno che anche la presente autorizzazione sia a tempo determinato e riservata ogni determinazione in ordine alla sua integrazione o modifica anche in relazione al rapido sviluppo della ricerca e delle tecnologie applicate alla genetica e all'evolversi delle conoscenze nel settore». Il punto 12 dell'autorizzazione prevede che «La presente autorizzazione ha efficacia dal 1° gennaio 2017 fino al 24 maggio 2018, tenuto conto che a decorrere dal 25 maggio 2018 sarà applicabile il regolamento (UE) 2016/679 (relativo alla protezione delle persone fisiche con riguardo al trattamento dei dati personali, nonché alla libera circolazione di tali dati e che abroga la direttiva 95/46/CE) entrato in vigore il 24 maggio 2016, salve le modifiche che il Garante ritenga di dover apportare in conseguenza di eventuali novità normative rilevanti in materia e ferme restando le determinazioni eventualmente adottate dall'Autorità in applicazione del citato Regolamento».

³⁹ Tale onere procedurale di consultazione rafforza la decisione dal punto di vista della legalità procedurale, che svolge una funzione integrativa di quella sostanziale, che rischia di essere "indebolita" da un quadro legislativo di riferimento eccessivamente generale e "a maglie larghe". Sul punto, con spunti critici, M. D'AMICO, *Amministrazione creatrice ed esecutrice del diritto*, cit., p. 61, la quale cita Corte cost., sent. n. 69 del 2017. Cfr. anche A. IANNUZZI, *Il diritto capovolto*, cit., p. 137.

giurisprudenza costituzionale un tendenziale *favor* per l'utilizzo di fonti secondarie, in particolare regolamentare.

Nell'ambito che qui interessa, appare utile richiamare il caso di utilizzo della fonte regolamentare in funzione di adeguamento della disciplina non tanto all'evoluzione scientifica quanto piuttosto allo *ius superveniens*, a modifiche cioè avvenute a livello normativo. Un esempio paradigmatico è rappresentato dal decreto del Presidente della Repubblica 23 agosto 2019, n. 131, che attua la direttiva 2012/39/UE della commissione, del 26 novembre 2012, che modifica la direttiva 2006/17/CE per quanto riguarda determinate prescrizioni tecniche relative agli esami effettuati su tessuti e cellule umani. In prima attuazione, il d.lgs. n. 16/2010 non aveva recepito la parte della direttiva dedicata alle donazioni da persone diverse dal *partner*, in riferimento alla donazione di cellule riproduttive, in quanto la legge italiana in materia – la n. 40 del 2004 – prevedeva il divieto assoluto di fecondazione eterologa (artt. 4, 9 e 12). Successivamente, come noto⁴⁰, la Corte costituzionale ha dichiarato l'illegittimità parziale del divieto (sent. n. 162 del 2014), autorizzando – seppur nei limiti indicati in motivazione – la donazione di gameti da parte di soggetti esterni alla coppia per finalità riproduttive. Ciò ha reso pertanto necessario, anche alla luce del mancato intervento in tal senso a livello legislativo, il recepimento della direttiva relativamente anche a tale ambito.

Nel decreto si affrontano questioni che hanno un impatto diretto sui diritti delle persone coinvolte, confermandosi in tal senso come anche una normazione dal contenuto prettamente tecnico possa assumere un'importanza centrale «nell'orizzonte sistemico della tutela dei diritti fondamentali

⁴⁰ Per un commento, *ex plurimis*, G. D'AMICO, *La Corte e il peccato di Ulisse nella sentenza n. 162 del 2014*, in *Forum di Quaderni costituzionali*, 3 luglio 2014; V. BALDINI, *Diritto alla genitorialità e sua concretizzazione attraverso la la PMA di tipo eterologo (ad una prima lettura di Corte cost., sent. n. 162/2014)*, in *www.dirittifondamentali.it*, 15 settembre 2014; L. VIOLINI, *La Corte e l'eterologa: i diritti enunciati e gli argomenti addotti a sostegno della decisione*, in *Osservatorio costituzionale AIC*, luglio 2014; P. VERONESI, *La legge sulla procreazione assistita perde un altro "pilastro": illegittimo il divieto assoluto di fecondazione eterologa*, in *Forum di Quaderni costituzionali*, 5 marzo 2015; S. PENASA, *Nuove dimensioni della ragionevolezza? La ragionevolezza scientifica come parametro della discrezionalità legislativa in ambito medico-scientifico. Spunti dalla sentenza n. 162 del 2014 della Corte costituzionale*, in *Forum di Quaderni costituzionali*, 16 giugno 2014.

della persona»⁴¹. Si introducono infatti disposizioni relative ai limiti di età delle persone donatrici, alla selezione delle medesime, al numero di donazioni ammesse, alla valutazione del rischio di trasmissione di patologie ereditarie, nonché alle informazioni da fornire alla coppia che accede alle tecniche di riproduzione assistita di tipo eterologo. Significativamente, proprio su alcuni di questi aspetti (in particolare, in relazione ai limiti di età e di numero di nascite per donatore), la consultazione di organi tecnici⁴² ha contribuito in modo decisivo alla determinazione dei contenuti delle scelte concretamente adottate a livello regolamentare⁴³. È inoltre prevista una verifica (almeno triennale) relativa all'età dei donatori, al numero di donazioni e di stimolazioni ormonali cui può essere sottoposta la donatrice, evidentemente in vista della tutela della salute di quest'ultima, verifica che deve avvenire «sulla base dei risultati dell'esperienza, della ricerca e delle migliori pratiche della scienza medica seguite anche in sede internazionale, avvalendosi, per la verifica dei limiti al numero delle nascite scaturenti dal medesimo donatore, anche delle competenze dell'Istituto nazionale di statistica (ISTAT)». In base ai risultati di tale monitoraggio, è previsto anche l'aggiornamento periodico dei contenuti del regolamento. In una prospettiva sistematica, occorre valorizzare la funzione di sostanziale “supplenza” svolta dal regolamento analizzato, tenuto conto del fatto che all'apertura alla donazione di gameti da parte di terzi derivante dalla pronuncia della Corte costituzionale non è seguita una conseguente modifica del quadro legislativo⁴⁴, né delle linee guida previste dalla l. n. 40/2004, le quali si

⁴¹ A. IANNUZZI, *Le forme di produzione delle fonti a contenuto tecnico-scientifico nell'epoca del diritto transnazionale*, cit., p. 3294.

⁴² Consiglio Superiore della Sanità, Garante per la protezione dei dati personali.

⁴³ Su tali aspetti, A. IANNUZZI, *Le forme di produzione delle fonti a contenuto tecnico-scientifico nell'epoca del diritto transnazionale*, cit., p. 3295.

⁴⁴ Proprio sugli aspetti rispetto ai quali la Corte aveva espressamente richiesto un aggiornamento delle linee guida, in riferimento al numero delle donazioni. Sul punto, B. LIBERALI, *Il problematico intervento delle Linee guida ministeriali e regionali nelle materie in cui viene in rilievo l'evoluzione scientifica*, in *BioLaw Journal-Rivista di BioDiritto*, 1, 2016, pp. 248-249, la quale rileva che «benché le Linee guida richiamino espressamente la sentenza n. 162 del 2014 della Corte costituzionale in materia di fecondazione eterologa, (...) esse non hanno provveduto all'unica espressa indicazione della Corte costituzionale. Il Giudice delle Leggi, infatti, aveva precisato che «in relazione al numero delle donazioni è, poi, possibile un aggiornamento delle Linee guida», non essendo invece per il resto individuabile alcun vuoto normativo che rendesse

limitano a indicazioni relative alla necessità di una «attenta valutazione clinica del rapporto rischi-benefici» e alle condizioni per l'accesso alle tecniche di fecondazione eterologa, senza affrontare gli aspetti relativi alla donazione dei gameti⁴⁵.

Un altro ambito paradigmatico nell'esprimere la necessaria integrazione tra diversi livelli di produzione normativa in contesti caratterizzati da elementi di complessità tecnico-scientifica e densità assiologica è rappresentato dalla disciplina in materia di disposizioni anticipate di trattamento (DAT), le quali sono state disciplinate dall'art. 4 della l. n. 219/2017. In questo caso, il rinvio alla fonte regolamentare non è contenuto nella disciplina richiamata, ma è stato successivamente previsto da altra fonte⁴⁶, nella quale si è prevista l'emanazione da parte del Ministero della Salute di un regolamento che istituisse una banca dati nazionale per la raccolta delle copie delle DAT depositate secondo le modalità previste dall'art. 4 della l. n. 219/2017⁴⁷. Si tratta, come detto, di uno strumento informatico non previsto dalla l. n. 219/2017, ma che si è ritenuto opportuno istituire tenuto conto delle caratteristiche di questo tipo di documenti, i quali possono essere depositati attraverso modalità e in luoghi diversi e che possono essere liberamente modificati, ritirati o integrati senza indicazione di un termine temporale di validità. L'istituzione di una banca dati a livello nazionale, presso la quale i soggetti alimentanti (art. 3) devono trasmettere copia delle DAT validamente depositate, unitamente ad altre informazioni rilevanti specificate dal medesimo regolamento (art. 2), ha quindi come obiettivo, oltre alla raccolta delle medesime, di «garantirne il tempestivo aggiornamento in caso di rinnovo, modifica o revoca e di assicurare la piena accessibilità delle stesse sia da parte del medico

necessario un intervento del legislatore». Cfr. anche M. D'AMICO, *Amministrazione creatrice ed esecutrice del diritto*, cit., p. 85, la quale sottolinea il mancato aggiornamento delle linee guida alla luce della giurisprudenza costituzionale.

⁴⁵ Sul ruolo di supplenza svolto in tal senso dalle Regioni, F. ANGELINI, *Dalla fine di un irragionevole divieto al caos di una irragionevole risposta. La sentenza n. 162 del 2014 della Corte costituzionale, lo Stato e le Regioni sulla fecondazione assistita eterologa*, in *Istituzioni del federalismo*, 1, 2015, in particolare p. 80 ss.

⁴⁶ Art. 1, co. 418, della legge 27 dicembre 2017, n. 205, recante «Bilancio di previsione dello Stato per l'anno finanziario 2018 e bilancio pluriennale per il triennio 2018-2020».

⁴⁷ Per un commento M. DI MASI, *Banca dati nazionale delle DAT: la tutela dell'autodeterminazione personale dalla teoria alla pratica*, in *giustiziacivile.com*, 3, 2020, pp. 1-7.

che ha in cura il paziente, allorché per questi sussista una situazione di incapacità di autodeterminarsi, sia da parte del disponente sia da parte del fiduciario dal medesimo nominato»⁴⁸.

Pur dovendosi segnalare il ritardo nell'attuare quanto disposto a livello legislativo, l'istituzione mediante regolamento di tale strumento informatico ha contribuito a garantire la piena operatività della originaria disciplina legislativa⁴⁹ e, quindi, l'effettività del diritto alla autodeterminazione in ambito sanitario delle persone che decidano liberamente di depositare tali disposizioni. A conferma di quanto evidenziato in precedenza relativamente alla funzione di flessibilizzazione e adattabilità del quadro normativo al mutare delle circostanze di fatto che può essere svolta dalle fonti di natura secondaria, anche in questo caso sono previste specifiche modalità di monitoraggio (art. 9), finalizzate a verificarne l'idoneità «a perseguire gli obiettivi fissati dal legislatore e a garantirne la più estesa attuazione». In particolare, si prevede la somministrazione con frequenza biennale di un questionario, sentito a tal fine il Consiglio superiore di sanità, a soggetti istituzionali (Ordini provinciali dei medici chirurghi e degli odontoiatri) o esponenziali del diritto all'autodeterminazione terapeutica (enti del terzo settore), «che è valutato anche ai fini delle eventuali modifiche da apportare al presente decreto»⁵⁰.

In ambiti scientificamente connotati, la forza normativa degli atti emanati in funzione regolatrice non risulta misurabile esclusivamente in termini di gerarchia, o di natura formale dei medesimi. Infatti, e in maniera potenzialmente fisiologica alla luce dei principi ricavabili dalla giurisprudenza costituzionale in materia di ragionevolezza delle leggi *science related*, atti regolamentari o addirittura, come nel caso delle ordinanze, *extra ordinem*, possono esprimere una carica normativa che diffonde i propri effetti a livello di sistema, non solo in quanto rappresentano condizioni necessarie della effettività della disciplina legislativa ma anche perché possono rilevare ai fini della valutazione della stessa legittimità

⁴⁸ Decreto del Ministero della salute 10 dicembre 2019, n. 168, Regolamento concernente la banca dati nazionale destinata alla registrazione delle disposizioni anticipate di trattamento, art. 1.

⁴⁹ Alcune Regioni hanno atteso l'emanazione del regolamento per adattare il proprio sistema di fascicolo sanitario elettronico a quanto disposto dall'art. 4 della l. n. 219/2017.

⁵⁰ Decreto del Ministero della salute 10 dicembre 2019, n. 168, cit., art. 9.

di quest'ultima. La stessa Corte costituzionale ne riconosce lo speciale rilievo, che ne proietta l'efficacia sostanziale oltre lo schermo formale che li contiene, nell'orientare il verso delle proprie argomentazioni, il quale può risultare determinato anche dal fatto che il legislatore abbia previsto il rinvio ad autorità sanitarie per l'attuazione concreta – e inevitabilmente flessibile in termini temporali – dei principi previsti a livello legislativo. In questo caso, non rileva tanto la partecipazione di organismi tecnico-scientifici nella fase di determinazione delle scelte politiche (cfr. sent. n. 282 del 2002), quanto la presenza di una vera e propria delega di bilanciamento in concreto⁵¹ a favore di tali organismi, ai quali è attribuita la determinazione in concreto delle misure più adeguate (anche dal punto di vista scientifico) a dare attuazione agli obiettivi legislativi. Nell'ambito della distinzione tra vaccinazioni obbligatorie o raccomandate, la Corte costituzionale ha valorizzato la scelta legislativa di attribuire anche alle autorità sanitarie competenti il potere di stabilire la natura obbligatoria o raccomandata delle vaccinazioni⁵², in quanto rappresentano le sedi più appropriate a svolgere una scelta che, comportando livelli diversi di limitazione della autodeterminazione individuale in ambito sanitario e basandosi sulla verifica delle «diverse condizioni sanitarie della popolazione di riferimento, opportunamente accertate dalle autorità preposte», deve comunque risultare «fondata su obiettivi e riconosciute esigenze di profilassi» ed essere «indirizzata allo scopo di ottenere la migliore salvaguardia della salute come interesse (anche) collettivo»⁵³. Qualificando anche solo come raccomandate le vaccinazioni, le autorità sanitarie contribuiscono alla determinazione in concreto degli strumenti più idonei – che siano connotati nel senso dell'obbligo o della raccomandazione – al perseguimento dell'interesse collettivo alla salute, contribuendo di conseguenza anche alla estensione dell'ambito di applicazione del diritto all'equo indennizzo previsto in caso di meno-

⁵¹ Utilizza come noto questa espressione R. BIN, *Diritti e Argomenti. Il bilanciamento degli interessi nella giurisprudenza costituzionale*, Milano, Giuffrè, 1992, p. 120 ss.

⁵² M. D'AMICO, *Amministrazione creatrice ed esecutrice del diritto*, cit., p. 89.

⁵³ Corte cost., sent. n. 268 del 2017.

mazioni permanenti della integrità psico-fisica anche alle vaccinazioni raccomandate⁵⁴.

Da ultimo in riferimento alle fonti atipiche, la legge *science related* può esplicitamente rinviarvi, come accade nell'ambito della disciplina delle tecniche di procreazione medicalmente assistita (PMA). Infatti, l'art. 7 della l. n. 40/2004 prevede che il Ministro della salute, avvalendosi dell'Istituto superiore di sanità, e previo parere del Consiglio superiore di sanità, definisca, con proprio decreto, «linee guida contenenti l'indicazione delle procedure e delle tecniche di procreazione medicalmente assistita». In modo anomalo in relazione a questo tipo di fonte, la legge attribuisce a tale atto di indirizzo natura vincolante per le strutture autorizzate, mentre – in maniera appropriata – ne stabilisce la necessità di un aggiornamento periodico, su base almeno triennale⁵⁵, «in rapporto all'evoluzione tecnico-scientifica». Il caso delle linee guida alla l. n. 40/2004 risulta significativo anche al fine di evidenziare i possibili esiti patologici, o quantomeno critici, che può comportare l'utilizzo esorbitante di uno strumento normativo teoricamente adatto a garantire una disciplina più attenta e aggiornata⁵⁶ di questioni *science related*.

Infatti, la dottrina ha sottolineato criticamente lo scollamento tra *nomen iuris* – linee guida – ed efficacia – riconducibile sostanzialmente alla fonte regolamentare – attribuiti a tale atto atipico⁵⁷, inquadrandolo nel più generale fenomeno della “fuga dal regolamento” che caratterizza l'azione della pubblica amministrazione⁵⁸. Occorre chiarire che, in ogni caso, la Corte costituzionale ha fatto riferimento al ruolo normativo svolto dalle

⁵⁴ M. D'AMICO, *Amministrazione creatrice ed esecutrice del diritto*, cit., pp. 89-90.

⁵⁵ Sul sistematico ritardo nel rispettare tale termine, B. LIBERALI, *Il problematico intervento delle Linee guida ministeriali e regionali nelle materie in cui viene in rilievo l'evoluzione scientifica*, cit., p. 243.

⁵⁶ C. CASONATO, *Le 3 A di un diritto sostenibile ed efficace*, in V. BARSOTTI (a cura di), *Biotecnologie e diritto*, Rimini, Maggioli, 2016, pp. 29-53.

⁵⁷ P. VERONESI, *Le “linee guida” in materia di procreazione assistita. Nuovi dubbi di legittimità all'orizzonte*, in *Studium Iuris*, 11, 2004, p. 1356 ss.; M. DOGLIOTTI, *Procreazione assistita: le Linee guida*, in *Famiglia e diritto*, 2008, p. 749 ss.; S. PENASA, *Tanto tuonò che piove: l'illegittimità parziale delle Linee Guida e la questione di costituzionalità della l. n. 40/2004 in materia di procreazione medicalmente assistita*, in *La Nuova giurisprudenza civile commentata*, 1, 2008, p. 499 ss.

⁵⁸ B. LIBERALI, *Il problematico intervento delle Linee guida ministeriali e regionali nelle materie in cui viene in rilievo l'evoluzione scientifica*, cit., p. 244.

linee guida in materia, attribuendo ad esse uno specifico rilievo all'interno del proprio percorso argomentativo. Ciò è avvenuto in modo esplicito nella già richiamata sentenza n. 162 del 2014, nella quale la Corte ha formalmente rinviato alle linee guida al fine di superare l'eventuale rischio di lacune prodotto dalla dichiarazione di incostituzionalità, chiarendo che le indicazioni contenute nelle linee guida «(...) avendo ad oggetto le direttive che devono essere emanate per l'esecuzione della disciplina e concernendo il *genus* PMA, di cui quella di tipo eterologo costituisce una *species*, è, all'evidenza, riferibile anche a questa». Ma la Corte ne ha richiamato la funzione attuativa del disposto legislativo, come riconfigurato dalla dichiarazione di incostituzionalità parziale della legge⁵⁹, anche in modo implicito, evocandole quale strumento più adeguato – per la loro intrinseca flessibilità e natura tecnica – alle indicazioni rivolte nella sentenza al legislatore, al fine di «introdurre apposite disposizioni al fine della auspicabile individuazione (anche periodica, sulla base della evoluzione tecnico-scientifica) delle patologie che possano giustificare l'accesso alla PMA di coppie fertili e delle correlative procedure di accertamento»⁶⁰. Evidentemente, anche valorizzandone la funzione integrativa dal punto di vista dei contenuti tecnici connessi alla disciplina legislativa, l'ambito di intervento di questi atti risulta inevitabilmente condizionato – e limitato – dalla natura giuridica che li caratterizza e dal contenuto esclusivamente tecnico delle valutazioni che le supportino, non potendo alterare o innovare i contenuti o le finalità della legge dalla quale sono previste, tanto più in un ambito caratterizzato da una elevata discrezionalità politica⁶¹. Pertanto, illegittimamente le linee guida in materia di PMA hanno

⁵⁹ Nel caso di specie, relative alle finalità di accesso alle tecniche al fine di consentirle anche alle coppie non sterili ma portatrici di gravi malattie geneticamente trasmissibili (Corte cost., sent. n. 96 del 2015).

⁶⁰ B. LIBERALI, *Il problematico intervento delle Linee guida ministeriali e regionali nelle materie in cui viene in rilievo l'evoluzione scientifica*, cit., p. 245; volendo, anche S. PENASA, *La sentenza n. 96 del 2015 della Corte costituzionale: l'insostenibile debolezza della legge 40*, in *Quaderni Costituzionali*, 3, 2015, pp. 755-758.

⁶¹ TAR LAZIO, 21.01.2008, n. 398, in *La nuova giurisprudenza civile commentata*, 1, 2008, 489 ss., su cui C. PARDINI, *La diagnosi preimpianto al vaglio della Corte europea dei diritti dell'uomo: influenza delle pronunce nel panorama italiano*, in *La nuova giurisprudenza civile commentata*, 1, 2013, p. 75, la quale rileva che «all'Autorità amministrativa, con le Linee Guida, è attribuito esclusivamente il potere di adottare regole di alto contenuto tecnico e di natura procedurale e non quello di delimitare l'ambito di intervento del trattamento medico che, in assenza di

circoscritto alle sole indagini «di tipo osservazionale» gli accertamenti eseguibili, con il consenso della coppia, relativi allo stato di salute degli embrioni, in quanto si tratterebbe di «una deroga a una norma di legge predisposta da una fonte di gran lunga subordinata»⁶²; mentre legittimamente nelle linee guida non è prevista una definizione di embrione, in quanto «pur in presenza di una nozione a contenuto tecnico-scientifico, in assenza di una soluzione scientifica univoca o fortemente prevalente, non può competere all'autorità amministrativa la scelta della definizione da adottare, che non può non spettare al legislatore»⁶³.

Al fine di chiarire l'opportunità di distinguere tra scelte discrezionali che appartengono alla sfera della responsabilità legislativa e valutazioni di natura tecnica, che possono essere più adeguatamente svolte da organismi appartenenti alla pubblica amministrazione, si può richiamare la decisione del TAR Lombardia, 29 dicembre 2010, n. 7735, con la quale sono state annullate linee guida regionali che – in materia di interruzione volontaria di gravidanza – avevano individuato un termine temporale oltre il quale si dovesse presumere, salvo prova contraria, che il feto possa avere vita autonoma, innovando in tal senso rispetto a quanto previsto dalla legge in materia⁶⁴. Il giudice amministrativo ha infatti ritenuto che la scelta del legislatore di non determinare il momento a partire dal quale il feto possa avere vita autonoma esprima «(...) una scelta preci-

una soluzione scientifica univoca o fortemente prevalente, non può che spettare al legislatore». Il TAR Lazio ha inoltre dichiarato l'illegittimità per eccesso di potere delle linee guida previste dall'art. 7 della l. n. 40, nella parte in cui prevedevano che «ogni indagine relativa allo stato di salute degli embrioni creati in vitro dovrà essere di tipo osservazionale. Ove in tal caso il trasferimento dell'embrione, non coercibile, non risulti attuato, la coltura in vitro del medesimo deve essere mantenuta fino al suo estinguersi».

⁶² TAR Lazio, 21 gennaio 2008, n. 398, cit., su cui P. VERONESI, *Le "linee guida" in materia di procreazione medicalmente assistita. Nuovi dubbi di legittimità all'orizzonte*, cit., p. 1358, secondo cui «si è (...) al cospetto di una deroga a una norma di legge predisposta da una fonte di gran lunga subordinata». M. MANETTI, *Profili di incostituzionalità della legge sulla procreazione medicalmente assistita*, in *Politica del diritto*, 3, 2004, p. 458, ritiene «dubbio (...) che un atto amministrativo cui la legge commette esclusivamente "l'indicazione delle procedure e delle tecniche di PMA" (art. 7, comma 1) possa alterarne i contenuti più chiari e inequivocabili».

⁶³ TAR Lazio, cit.

⁶⁴ L. n. 194/1978, art. 7, terzo comma, secondo cui «Quando sussiste la possibilità di vita autonoma del feto, l'interruzione della gravidanza può essere praticata solo nel caso di cui alla lettera a) dell'articolo 6 e il medico che esegue l'intervento deve adottare ogni misura idonea a salvaguardare la vita del feto».

sa, consapevole e ponderata», attraverso la quale si è voluto riservare tale accertamento al medico responsabile del trattamento, in base ad una «chiara decisione (...) di non interferire in un giudizio volutamente riservato agli operatori, i quali (...) debbono poter effettuare le proprie valutazioni esclusivamente sulla base delle risultanze degli accertamenti svolti caso per caso e sulla base del livello delle acquisizioni scientifiche e sperimentali raggiunto nel momento in cui vengono formulate».

3.3 La normazione d'urgenza: l'utilizzo del decreto-legge in ambiti scientificamente connotati

Una dimensione ulteriore è rappresentata dall'utilizzo da parte dell'esecutivo dello strumento della decretazione d'urgenza, al fine di fronteggiare situazioni qualificabili come emergenziali in ambito medico-scientifico. In questi casi, le ragioni di straordinaria necessità e urgenza possono riguardare – tra l'altro – l'esigenza di assicurare, in condizioni di eccezionalità anche rispetto ai possibili effetti negativi sul diritto alla salute delle persone coinvolte, la continuità di cure sperimentali, o comunque di trattamenti dei quali l'autorità giudiziaria abbia autorizzato la prosecuzione; ma possono fondarsi anche sulla valutazione della complessiva situazione sanitaria ed epidemiologica relativamente a determinati obiettivi di tutela della salute individuale e pubblica, come nel caso della introduzione di obblighi vaccinali.

I motivi di emergenza assumono, in questi casi, natura medico-sanitaria, potendo trovare contenuti diversi ma risultando accomunati dalla necessità di disciplinare gli effetti di una situazione che incidono sulle diverse declinazioni del diritto alla salute. Un ulteriore elemento trasversale è rappresentato dal rilievo che assume la natura tecnico-scientifica delle questioni all'interno del giudizio di costituzionalità⁶⁵, evidenziandosi in tal senso come in termini generali le indicazioni di ordine metodologico derivabili dal principio di ragionevolezza delle leggi devono trovare attuazione anche in sede di decretazione d'urgenza.

Paradigmatica in tal senso risulta la sentenza n. 5 del 2018 della Corte costituzionale, relativa al d.l. n. 73/2017, conv. con modif. dalla l. n.

⁶⁵ Da ultimo, S. TROILLO, *La Corte costituzionale e le questioni tecnico-scientifiche in materia sanitaria*, cit., pp. 355-369.

119/2017, che ha introdotto una serie di obblighi vaccinali in età pediatrica. La decisione, a fini del presente scritto, esprime tre livelli di rilevanza. In relazione ai presupposti previsti dall'art. 77 Cost. in ambiti scientificamente connotati, la Corte ne verifica la sussistenza alla luce degli elementi di natura medica ed epidemiologica richiamati nel preambolo del decreto-legge e nella relazione illustrativa al disegno di legge di conversione, ritenendo che nel caso concreto né il Governo né il Parlamento abbiano ecceduto «i limiti dell'ampio margine di discrezionalità che spetta loro, ai sensi dell'art. 77, secondo comma, Cost.». A tal fine, la Corte svolge considerazioni di natura prettamente tecnica, ad esempio distinguendo tra «urgenza del provvedere» a fronte di un rilevante calo della copertura vaccinale ed «emergenza sanitaria». Rispetto ai presupposti che devono sorreggere le scelte politiche effettuate, la Corte costituzionale richiama esplicitamente il principio secondo cui «questa discrezionalità deve essere esercitata alla luce delle diverse condizioni sanitarie ed epidemiologiche, accertate dalle autorità preposte (sentenza n. 268 del 2017), e delle acquisizioni, sempre in evoluzione, della ricerca medica, che debbono guidare il legislatore nell'esercizio delle sue scelte in materia». Il fondamento scientifico del bilanciamento operato, il quale ha condotto nel caso di specie alla previsione della natura obbligatoria delle vaccinazioni, contribuisce a rafforzare la legittimità delle scelte politiche svolte.

Un ultimo livello di rilevanza è rappresentato dalla valorizzazione della fase di conversione del decreto-legge, nella quale la possibilità di intervenire esercitando la propria discrezionalità politica consente al legislatore di integrare, sempre nel rispetto della *ratio* originaria, i contenuti del provvedimento emergenziale. L'interposizione parlamentare consente, in questo caso, una ulteriore determinazione dei meccanismi più adeguati a far fronte alla situazione epidemiologica, giungendo – senza alterare la natura obbligatoria delle vaccinazioni ma qualificando ulteriormente il bilanciamento complessivo – all'introduzione in sede di conversione di un meccanismo periodico di monitoraggio che, a seguito della verifica dei dati epidemiologici, delle eventuali reazioni avverse e delle coperture vaccinali raggiunte, può giustificare l'eventuale flessibilizzazione dell'obbligo in mera raccomandazione, che potrà avvenire sempre «alla luce dei

dati emersi nelle sedi scientifiche appropriate»⁶⁶. La Corte attribuisce un valore particolare a tale integrazione, la quale finisce per rafforzare la legittimità complessiva della disciplina. La predisposizione di adeguati strumenti normativi funzionali a permettere una rivalutazione delle scelte adottate al mutare delle condizioni empiriche rappresenta quindi un fattore di rafforzamento della legittimità della legge, secondo la «(...) dinamica evolutiva propria delle conoscenze medico-scientifiche che debbono sorreggere le scelte normative in ambito sanitario»⁶⁷.

Nell'ottica del richiamo svolto in apertura al principio di leale collaborazione tra esecutivo e legislativo, tale dinamica integrativa appare particolarmente significativa in riferimento alla disciplina di questioni scientificamente connotate. In questo caso, emerge l'impossibilità di distinguere nettamente tra dimensione politica e dimensione tecnica, essendo la responsabilità politica delle scelte assunte condivisa tra i due poteri⁶⁸. Nelle parole della Corte costituzionale, in riferimento alla compatibilità ambientale di progetti industriali, alle verifiche di natura tecnica possono affiancarsi complesse valutazioni finalizzate a bilanciare una pluralità composita di interessi, le quali «assumono indubbiamente un particolare rilievo politico»⁶⁹, trovando conferma l'esistenza di un «inestricabile intreccio, in una singola questione di governo dell'ambiente, di profili tecnici e politici, e l'irriducibilità dei secondi ai primi»⁷⁰.

In tale ottica, appare utile richiamare la sentenza n. 85 del 2013 della Corte costituzionale, relativa al caso ILVA⁷¹. La Corte, infatti, qualifica lo

⁶⁶ Corte cost., sent. n. 5 del 2018.

⁶⁷ Corte cost., sent. n. 5 del 2018. Cfr. U. ADAMO, *Materia "non democratica" e ragionevolezza della legge*, cit., p. 315. In riferimento a tale aspetto, C. DI COSTANZO, A. SIMONCINI, *Il contributo della Corte costituzionale allo sviluppo del biodiritto*, cit., pp. 214-215, definiscono il dato scientifico come «formante normativo», anche nel senso che «l'esercizio della discrezionalità legislativa è peculiarmente condizionata dallo stato delle risultanze scientifiche ed è suscettibile di una graduale, e per certi versi necessaria in alcuni frangenti, modifica sulla base della progressiva emersione dei relativi dati scientifici».

⁶⁸ A. IANNUZZI, *Il diritto capovolto*, cit., p. 136.

⁶⁹ Corte cost., sent. n. 81 del 2013.

⁷⁰ M. MASSA, *Il diritto del disastro. Appunti sul caso ILVA*, in *Osservatorio sulle fonti*, 2, 2013, p. 10.

⁷¹ Avente come noto ad oggetto la legge 24 dicembre 2012, n. 231 (Conversione in legge, con modificazioni, del decreto-legge 3 dicembre 2012, n. 207)

schema normativo come «(...) combinazione tra un atto amministrativo (...) ed una previsione legislativa» e ritiene che il bilanciamento raggiunto risulta ragionevole, in quanto rappresenta «il risultato di apporti plurimi, tecnici e amministrativi (...)». La ragionevolezza delle scelte effettuate è rafforzata anche dal fatto di risultare qualificata da una pluralità di garanzie a contenuto tecnico-scientifico, quali ad esempio l'intervento di organi tecnici e del personale competente e l'individuazione delle migliori tecnologie disponibili all'interno della procedura di autorizzazione prevista (nel caso di specie, l'Autorizzazione Integrata Ambientale⁷²). Pertanto, come sottolineato in dottrina, la legittimità del bilanciamento definito a livello legislativo, attraverso anche in questo caso la combinazione decreto-legge e legge di conversione, risulta rafforzata quando rappresenti «(...) la risultante di valutazioni sia tecniche, sia politiche, queste ultime operate tanto dal legislatore, quanto dagli stessi organi del potere esecutivo» e sia «basato su un'istruttoria sufficientemente curata e aperta (...)»⁷³. Valutazioni tecniche e assiologiche, quindi, sono destinate a convivere e devono integrarsi fisiologicamente, con le seconde che vanno sorrette necessariamente dalle prime⁷⁴.

Da ultimo, occorre specificare che proprio alla natura emergenziale dell'atto sembra riconducibile, una volta risolta positivamente la questione relativa alla sussistenza dei presupposti per l'emanazione di tali provvedimenti normativi, una applicazione più flessibile di tale principio, in particolare rispetto alla necessità che «decisioni sul merito delle scelte terapeutiche, in relazione alla loro appropriatezza, non potrebbero nascere da valutazioni di pura discrezionalità politica del legislatore, bensì dovrebbero prevedere «l'elaborazione di indirizzi fondati sulla verifica

⁷² Unitamente alla «partecipazione di enti e soggetti diversi nel procedimento preparatorio e alla pubblicità dell'*iter* formativo, che mette cittadini e comunità nelle condizioni di far valere, con mezzi comunicativi, politici ed anche giudiziari, nelle ipotesi di illegittimità, i loro punti di vista».

⁷³ M. MASSA, *Il diritto del disastro. Appunti sul caso ILVA*, cit., p. 10.

⁷⁴ E. CATELANI, *Politica e tecnica: presupposti inscindibili del buon governo*, in G. GRASSO (a cura di), *Il Governo tra tecnica e politica*, cit., p. 129, la quale afferma la natura fisiologica della commistione tra motivazioni tecniche e motivazioni politiche, in quanto «(...) un'Amministrazione moderna non può prescindere dalla sussistenza di entrambi i presupposti che devono convivere insieme. Il rinvio a presupposti scientificamente accertati deve agevolare e supportare una decisione di governo, ma non consente di escludere la valutazione politica interna e presupposta ad ogni decisione di governo e di cui il titolare dell'indirizzo politico si fa portatore».

dello stato delle conoscenze scientifiche e delle evidenze sperimentali acquisite, tramite istituzioni e organismi – di norma nazionali e sovranazionali – a ciò deputati, dato l'essenziale rilievo che a questi fini rivestono gli organi tecnico-scientifici» (sentenza n. 282 del 2002)⁷⁵. A fronte dell'esigenza di assicurare tutela, seppur temporalmente limitata, a concomitanti interessi costituzionalmente rilevanti, la Corte costituzionale riconosce la legittimità di scelte politiche che – in quanto caratterizzate da «circostanze peculiari ed eccezionali» e da un «anomalo contesto» – introducono una deroga all'operatività del principio richiamato. Nel caso di specie, ciò ha condotto la Corte ad affermare la legittimità della disciplina derogatoria rispetto a quella vigente in materia di sperimentazione dei farmaci, introdotta con decreto-legge al fine di consentire «la prosecuzione dei trattamenti con cellule staminali già “avviati” o già ordinati da singoli giudici»⁷⁶. Tuttavia, proprio per il fatto di trovare una giustificazione nella eccezionalità della situazione concreta, tale deroga deve avere un ambito di applicazione circoscritto, tanto che – secondo la Corte – «irragionevole sarebbe l'estensione indiscriminata di siffatta, temporalmente circoscritta, deroga»⁷⁷.

In termini complessivi, quindi, lo strumento della decretazione d'urgenza è compatibile con la disciplina di questioni scientificamente connotate, in particolare quando queste ultime esprimano una densità assiologica elevata che richiede una rideterminazione del bilanciamento definito in via ordinaria dal legislatore. In questi casi, i motivi che integrano i presupposti *ex art. 77 Cost.* risultano giustificati dal fatto dell'essere fondati su una valutazione della concreta situazione medica o comunque sanitaria oggetto dell'intervento⁷⁸, il quale deve comunque limitarsi – relativamente all'ambito soggettivo (Di Bella) e temporale (Stamina) della propria efficacia – a quanto strettamente necessario alla gestione della situazione di emergenza, risultando solo in tale ristretto perimetro giustificata una

⁷⁵ Corte cost., sent. 274 del 2014

⁷⁶ D.l. 25 marzo 2013, n. 24 (Disposizioni urgenti in materia sanitaria), conv. con modif. dall'art. 1, primo comma, legge 23 maggio del 2013, n. 57.

⁷⁷ *Ibidem.*

⁷⁸ Corte cost., sent. n. 5 del 2018.

eventuale deroga ai parametri riconducibili al principio di ragionevolezza scientifica degli atti normativi (Stamina).

Si pongono senz'altro oltre il perimetro della fisiologica dinamica tra poteri, iniziative governative veicolate attraverso lo strumento della decretazione d'urgenza, le quali abbiano ad oggetto questioni "eticamente sensibili" in ambito medico-sanitario ma che risultino evidentemente carenti dal punto di vista dei presupposti costituzionali e privi di un sufficiente fondamento tecnico-scientifico. In tal senso, occorre richiamare l'approvazione da parte del Consiglio dei Ministri di un decreto-legge finalizzato a vietare che «l'alimentazione e l'idratazione quali forme di sostegni vitali possano essere sospese da chi assiste soggetti non in grado di provvedere a sé stessi», a seguito dell'autorizzazione giudiziaria della interruzione di tali trattamenti sanitari in riferimento al caso di Eluana Englaro. L'allora Presidente della Repubblica ha rifiutato l'emanazione del decreto-legge, richiamando, da un lato, l'inappropriatezza della scelta di utilizzare tale provvedimento normativo per disciplinare – in assenza di un quadro legislativo in materia e quindi al fine di surrogarne l'esistenza – un ambito complesso, che incide su diritti fondamentali della persona e rispetto al quale sussiste una pluralità di posizioni sia a livello sociale che politico; e, dall'altro lato, evidenziando l'assenza dei presupposti di straordinarietà necessità e urgenza e la necessità di garantire il principio di distinzione e reciproco rispetto tra poteri dello Stato, che non consente di disattendere la soluzione individuata da una decisione giudiziaria definitiva⁷⁹. Tanto più se, andando in tal senso oltre le motivazioni dedotte in sede di rifiuto dell'emanazione del decreto-legge, il contenuto normativo del provvedimento risulti privo di adeguata copertura scientifica, ponendosi anzi in contrasto con l'opinione prevalente della comunità medica di riferimento e con gli standard clinici corrispondenti, dal momento che – come peraltro riconosciuto a livello giurisprudenziale e successivamente chiarito a livello legislativo⁸⁰ – finiva per negare sostanzialmente la natura di trattamento sanitario all'idratazione e alimentazione artificiali e, quindi, l'applicabilità delle garanzie ricavabili dall'art. 32, secondo comma, Cost.,

⁷⁹ Il messaggio del Presidente della Repubblica è reperibile in <https://www.costituzionalismo.it/caso-englaro-il-presidente-della-repubblica-non-procede-allemanazione-del-decreto-legge/>.

⁸⁰ L. n. 219/2017, art. 1.

in termini di diritto al rifiuto delle cure. Riallineandosi al principio della centralità parlamentare nel determinare il più adeguato bilanciamento in ambiti scientificamente connotati e assiologicamente complessi, nonché a quanto affermato dalla Corte costituzionale in relazione al medesimo caso relativamente al fatto che «il Parlamento può in qualsiasi momento adottare una specifica normativa della materia, fondata su adeguati punti di equilibrio fra i fondamentali beni costituzionali coinvolti»⁸¹, il Governo ha successivamente presentato alle Camere un disegno di legge, avente il medesimo contenuto del decreto-legge non emanato⁸².

3.3.1 L'emergenza sanitaria, integrazione tra fonti di produzione e consulenza tecnico-scientifica

Come rilevato in apertura, l'attuale fase pandemica ha ulteriormente consolidato la tendenza a un progressivo spostamento dell'asse dell'esercizio della funzione di produzione normativa dal Parlamento al Governo. Dal punto di vista della disciplina di ambiti scientificamente connotati, evidentemente in questa fase tale dinamica trova la propria giustificazione non in una tendenza istituzionale di carattere generale, ma nella esigenza di reagire in modo efficace e celere a una minaccia imprevista ed eccezionale alla salute individuale e collettiva. Non potendo svolgere in questa sede riflessioni approfondite sulle caratteristiche della gestione complessiva della pandemia sanitaria, ai fini del presente scritto sembra opportuno rilevare due elementi, il primo relativo al complesso rapporto tra fonti di produzione di natura legislativa e fonti di natura amministrativa, che è divenuto centrale nel contesto pandemico; il secondo, relativo al fondamento tecnico-scientifico delle decisioni adottate in tale fase. Dal primo punto di vista, recentemente, la sentenza n. 198 del 2021 della Corte costituzionale⁸³ ha chiarito la natura giuridica dei decreti del Presidente del Consiglio dei Ministri, che rappresentano indiscutibilmente uno degli

⁸¹ Corte cost., ord. n. 334 del 2008.

⁸² Il Senato ha successivamente interrotto la discussione del disegno di legge presentato dal Governo a seguito della morte di Eluana Englaro.

⁸³ Per un primo commento, M. CAVINO, *La natura dei DPCM adottati nella prima fase di emergenza COVID. Lettura di Corte cost. n.198/2021*, in *Federalismi.it*, 25, 2021, pp. 1-7; A. SAITTA, *Il codice della protezione civile e l'emergenza pandemica anche alla luce di C. cost. n. 198 del 2021*, in *Consulta Online*, 3, 2021, pp. 841-848.

strumenti di intervento più utilizzati in tale fase. In particolare, in riferimento a quanto previsto dal d.l. n. 19/2020, la Corte costituzionale ha proposto una qualificazione dei rapporti tra fonti nel senso della fisiologica integrazione tra fonti primarie e fonti secondarie, rispetto alla quale la situazione di elevato rischio sanitario e di incertezza e costante mutamento delle conoscenze e acquisizioni dal punto di vista medico-scientifico ed epidemiologico hanno assunto – e svolgono – un ruolo determinante nel determinare il concreto assetto normativo adottato in tale fase. Infatti, la Corte ha evidenziato che, all'interno della «tipizzazione delle misure di contenimento» adottabili in sede governativa, il d.l. n. 19/2020 ha individuato «un criterio che orienta l'esercizio della discrezionalità attraverso i «principi di adeguatezza e proporzionalità al rischio effettivamente presente su specifiche parti del territorio nazionale ovvero sulla totalità di esso» (art. 1, comma 2)». E, al fine di rafforzare la conclusione secondo la quale «La fonte primaria (...) non soltanto ha tipizzato le misure adottabili dal Presidente del Consiglio dei ministri, in tal modo precludendo all'autorità di Governo l'assunzione di provvedimenti *extra ordinem*, ma ha anche imposto un criterio tipico di esercizio della discrezionalità amministrativa», la Corte ha attribuito particolare rilievo al fatto che il medesimo decreto-legge (art. 2, primo comma) preveda che «[p]er i profili tecnico-scientifici e le valutazioni di adeguatezza e proporzionalità, i provvedimenti di cui al presente comma sono adottati sentito, di norma, il Comitato tecnico-scientifico di cui all'ordinanza del Capo del dipartimento della Protezione civile 3 febbraio 2020, n. 630, pubblicata nella Gazzetta Ufficiale n. 32 dell'8 febbraio 2020». Pertanto, pur non essendo esente da criticità relativamente alle concrete modalità di nomina, organizzazione e svolgimento dell'attività di consulenza⁸⁴, la previsione di un meccanismo di consulenza tecnico-scientifica che sia funzionale e supportare «(...) sul piano istruttorio la messa in atto della disciplina primaria, rendendone più concreta ed effettiva la verifica giudiziale»⁸⁵, contribuisce – secondo la Corte – a rafforzarne l'adeguatezza – e quindi, la legittimità, consentendone inoltre un più effettivo scrutinio giudiziale – tanto per quanto riguarda il contenuto

⁸⁴ Sul punto, si consenta in rinvio a S. PENASA, *Scienza, comitati tecnici e responsabilità politica: spunti da un'analisi comparata dei modelli di consultazione scientifica durante l'emergenza COVID-19*, cit., pp. 59-80.

⁸⁵ Corte cost., sent. n. 19 del 2020.

tecnico degli atti attuativi, quanto la loro stessa proporzionalità, evocando in tal senso una connessione implicita con la ragionevolezza del bilanciamento concretamente definito tra i molteplici interessi costituzionali coinvolti⁸⁶. Tale ultimo aspetto apre al secondo ordine di considerazioni, le quali si riferiscono all'esigenza che le decisioni assunte in tale fase siano sorrette da una adeguata e costante⁸⁷ attività di consulenza scientifica svolta da organismi tecnici a ciò deputati. Se, infatti, la peculiarità dell'emergenza sanitaria ha reso necessario «l'impiego di strumenti capaci di adattarsi alle pieghe di una situazione di crisi in costante divenire»⁸⁸, caratterizzata dalla rapidità e imprevedibilità delle caratteristiche del contagio, a ciò deve corrispondere l'adeguamento dei processi decisionali, nel senso della necessaria integrazione delle competenze ordinarie della politica e della pubblica amministrazione con specifici meccanismi di consulenza e di istruttoria dotati da adeguate competenze specifiche⁸⁹. A fronte di tale esigenza, il sistema politico e amministrativo ha rivelato «l'assenza di strutture tecniche adeguate interne all'Amministrazione, che si sono dovute formare nell'immediatezza con soggetti ancora una volta istituzionali, che non sempre avevano anche le competenze necessarie ad obiettivi particolari»⁹⁰. Pertanto, «l'assenza di sedi stabili di interlocuzione fra politica e tecnica ha condotto all'istituzione di decine di gruppi di esperti istituiti ad hoc»⁹¹, rispetto ai quali – in particolare rispetto al Comitato tecnico scientifico – si pongono le questioni che tradizionalmente solleva

⁸⁶ In tal senso, nel caso di specie secondo la Corte costituzionale «Il d.P.C.M. 10 aprile 2020, nel prevedere, all'art. 1, comma 1, lettera a), che «sono consentiti solo gli spostamenti motivati da comprovate esigenze lavorative o situazioni di necessità ovvero per motivi di salute», e nello stabilire, all'art. 8, comma 1, che tutte le disposizioni in esso contenute «producono effetto dalla data del 14 aprile 2020 e sono efficaci fino al 3 maggio 2020», si è dunque limitato ad adattare all'andamento della pandemia quanto stabilito in via generale dalla fonte primaria».

⁸⁷ La Corte sottolinea la evidente necessità dell'impiego di strumenti normativi «capaci di adattarsi alle pieghe di una situazione di crisi in costante divenire» (Corte cost., sent. n. 37 del 2021).

⁸⁸ Corte cost., sent. n. 37 del 2021.

⁸⁹ 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*, 2, 2019, numero speciale, p. 125.

⁹⁰ E. CATELANI, *Evoluzione del rapporto fra tecnica e politica. Quali saranno gli effetti in uno stato tecnologico?*, in *Osservatorio sulle fonti*, 2, 2021, p. 387.

⁹¹ A. IANNUZZI, *Le forme di produzione delle fonti a contenuto tecnico-scientifico nell'epoca del diritto transnazionale*, cit., p. 3286.

la creazione di organismi tecnici con funzioni consultive, in termini di base giuridica⁹², composizione⁹³ e trasparenza⁹⁴, in particolare. In una prospettiva di sistema, l'esperienza maturata nell'emergenza pandemica sembra indicare, anche alla luce delle più recenti pronunce della Corte costituzionale, che l'«istituzionalizzazione dei canali di raccolta e di trasmissione delle valutazioni tecnico-scientifiche agli organi politico-rappresentativi»⁹⁵ può rappresentare un elemento – costituzionalmente necessario – in grado di favorire una normalizzazione dei rapporti tra legislativo ed esecutivo rispetto all'esercizio di funzioni normative in ambiti scientificamente connotati, orientandoli nel senso di una «leale collaborazione», rispettosa dei reciproci ambiti di discrezionalità politica. In questo senso, la presenza non sporadica ma strutturale di tali organismi, e in generale di procedimenti normativi «*evidence based*»⁹⁶, può rappresentare un carattere comune ai due livelli di produzione normativa, in grado di razionalizzarne i reciproci rapporti e specificità.

⁹² A. IANNUZZI, *Leggi "science driven" e CoViD-19. Il rapporto fra politica e scienza nello stato di emergenza sanitaria*, cit., p. 125, ritiene che «la precostituzione per legge degli organi tecnico-scientifici deputati ad interagire con la politica nonché delle procedure deputate ad orientare i relativi rapporti possa rassicurare maggiormente contro il possibile rischio di un uso strumentale da parte della politica delle valutazioni scientifiche».

⁹³ M. TERZI, *Ancora sul rapporto tra tecnica e politica nell'attuale emergenza di sanità pubblica: dal Comitato tecnico-scientifico al Comitato di esperti in materia economica e sociale*, in *Forum di Quaderni Costituzionali*, 2, 2020, p. 291, secondo cui nel caso del comitato tecnico-scientifico «ci si è limitati ad accoppiare, nell'ottica di una maggiore efficienza decisionale e così da poterne acquisire il punto di vista in una sede unificata, alcune competenze scientifiche del comparto sanitario, attingendole dall'amministrazione pubblica».

⁹⁴ TAR Lazio, sez. I-quater, 13 luglio 2020 – 22 luglio 2020, n. 8615. Il TAR Lazio, ha chiarito, ordinando alla amministrazione competente di consentire l'accesso ai verbali delle riunioni del comitato tecnico-scientifico, che «a maggior ragione deve essere consentito l'accesso ad atti, come i verbali in esame, che indicando i presupposti fattuali per l'adozione dei descritti DPCM, si connotano per un particolare impatto sociale, sui territori e sulla collettività». L'adozione di adeguate garanzie di pubblicità dell'attività istruttoria svolta può consentire «una effettiva verifica circa la coerenza delle misure restrittive introdotte dal potere esecutivo con le indicazioni fornite dal comitato tecnico», secondo L. DEL CORONA, *Le decisioni pubbliche ai tempi del Coronavirus: la tutela dei diritti tra fondatezza scientifica, trasparenza e principio di precauzione*, cit., p. 74.

⁹⁵ A. IANNUZZI, *Leggi "science driven" e CoViD-19. Il rapporto fra politica e scienza nello stato di emergenza sanitaria*, cit., p. 125.

⁹⁶ Su tale concetto, P. CARROZZA, *Tecnica e politica: la necessaria complementarità*, cit., p. 95 ss.; C. CASONATO, *Evidence Based Law. Spunti di riflessione sul diritto comparato delle scienze della vita*, in *BioLaw Journal-Rivista di BioDiritto*, 1, 2014, pp. 179-208.

4. Riflessioni conclusive: come “misurare” la fisiologia dell’integrazione tra Parlamento e Governo in ambiti scientificamente complessi

L’analisi è stata orientata alla ricerca del ragionevole punto di equilibrio, tanto dal punto di vista istituzionale quanto funzionale, del rapporto tra fonti di produzione normativa di natura parlamentare o governativa relativamente alla disciplina di questioni scientificamente connotate, in particolare in ambito medico-sanitario. A tal fine, pur partendo dal richiamo della progressiva centralità assunta in termini ordinamentali dall’esecutivo, processo analizzato in termini variamente critici dalla dottrina costituzionalistica, si è proposto un tentativo di sistematizzazione dei diversi livelli, ai quali corrispondono specifici strumenti normativi e una determinata declinazione del rapporto tra fonti primarie e fonti sub-primarie, di fisiologica interazione tra esercizio di discrezionalità politica e valutazioni di natura tecnico-scientifica. Si è a tal riguardo evidenziato l’inopportunità di operare una distinzione rigida tra tali due “fasi”, così come l’automatica attribuzione di queste a uno dei poteri richiamati, emergendo al contrario – anche alla luce della giurisprudenza costituzionale – una tendenza alla necessaria integrazione tra valutazioni di natura politica e di natura tecnica in riferimento alla complessiva attività di produzione normativa. Allo stesso tempo, in particolare di fronte all’esigenza di bilanciare tra interessi concomitanti, è emersa l’esigenza di assicurare la generale centralità della discrezionalità legislativa, la quale può essere “surrogata” da quella di cui è titolare l’esecutivo in casi straordinari o integrata attraverso meccanismi di delega legislativa o di rinvio normativo a fonti attuative. Nel primo caso, alla luce della giurisprudenza costituzionale analizzata, la piena operatività dei meccanismi di raccordo con il Parlamento – i principi e criteri direttivi in caso di delegazione legislativa, la conversione rispetto al decreto-legge – risultano decisivi non solo al fine di assicurare il rispetto dei parametri costituzionali in materia (artt. 76 e 77 Cost.), ma operano anche – e in modo più rilevante ai fini del presente studio – quali “correttivi” in grado di orientare in modo ragionevole e proporzionato le scelte politiche che incidono su ambiti scientificamente connotati.

Come evidenziato dalla Corte costituzionale, l’integrazione tra fonti rappresenta un elemento fisiologico – quasi costituzionalmente necessario in termini di legittimità – del metodo normativo da adottare rispetto alla

disciplina di questioni scientificamente complesse, avendo fatto riferimento in tal senso al principio di leale collaborazione “normativa” tra poteri. Oltre a tale necessaria integrazione tra fonti, sembra consolidarsi l’esigenza di una convergenza dei metodi decisionali, i quali devono essere orientati dai criteri già derivati dal principio di ragionevolezza scientifica, non solo delle leggi, ma degli atti normativi. L’esistenza di adeguati presupposti tecnico-scientifici rispetto alle scelte di natura politico-discrezionale concretamente adottate, l’essenziale rilievo che va attribuito agli organismi tecnici in tali ambiti, la previsione di meccanismi sostanziali o procedurali di flessibilizzazione del quadro normativo, tra gli altri, rappresentano requisiti necessari per un esercizio costituzionalmente sostenibile della discrezionalità politica in ambiti scientificamente connotati, a prescindere dal potere che si trovi concretamente a esercitare funzioni normative. Un’adeguata attuazione del metodo della ragionevolezza scientifica degli atti normativi può in tal senso, pur nella consapevolezza della maggiore complessità di tale dinamica, rappresentare un efficace e attendibile criterio di garanzia e misurazione del livello di fisiologia della relazione tra Parlamento e Governo.

Pubblica amministrazione ad eminenza scientifica e tecnologica. Riflessioni teoriche

Pierpaolo Forte

Il lavoro sottopone la discrezionalità amministrativa ad una prova di sforzo in relazione al nostro tempo connotato da tecnica, conoscenze scientifiche, e dalla "distinzione" tra politica ed amministrazione, e trova riprove per assumere che quella amministrativa, depurata dalla quota politica, non è funzione delle finalità, ma una pratica per conseguire obiettivi stabiliti altrove, anche quando abbiano definizioni vaghe, indeterminate, poiché consiste proprio nel determinare una decisione. La decisione amministrativa odierna, quindi, deve dispiegarsi, si può dire fisiologicamente, utilizzando cognizioni tecno-scientifiche, saperi, expertise, conoscenze e consapevolezza attrezzate, fondandovi le ragioni della scelta decisionale e l'attendibilità dell'atto conseguente, in una sorta di tecnica del fatto singolare.

1. La politica dentro la discrezionalità amministrativa

Se proviamo a fissare lo sguardo sull'aspetto tradizionale della discrezionalità amministrativa, senza andare troppo indietro nel tempo, dopo che sulle prime è stata trattata sostanzialmente come poco più di una questione di merito¹, è maturata, è emersa, si è raffinata una lettura costituzionalmente avanzata, riferita agli interessi in atto nella decisione da

¹ Per tutti si v. C. MORTATI, *Note sul potere discrezionale*, in *Studi dell'Istituto di diritto pubblico e legislazione sociale dell'Università di Roma*, Roma, 1936, ora in *Scritti giuridici*, vol. III, Milano, 1972, p. 997, il quale pur vedendo nella discrezionalità amministrativa il potere di scegliere applicando criteri non giuridici di buona amministrazione, li riteneva utilizzabili anche dal giudice, con la conseguenza che l'insindacabilità della discrezionalità sarebbe dovuta alla scelta del legislatore, non all'essenza del potere discrezionale. Ma si v. la ricostruzione di S. COGNETTI, *Profili sostanziali della legalità amministrativa. Indeterminatezza della norma e limiti della discrezionalità*, Milano, Giuffrè, 1993, spec. p. 81 ss.

assumere, nell'affare in corso²; ma, al contempo, questa impostazione ha implicato un'altra, importante rilevazione, più o meno coeva, circa la sussistenza di una «quota politica» della decisione amministrativa³, ovvero la irrinunciabile presenza di un certo vaglio della situazione, e soprattutto di possibilità di opzione, che avrebbe a che fare con la politica⁴.

Con l'evoluzione novecentesca, insomma, si può dire sia giunta sul proscenio una rinnovata, profonda lettura della decisione discrezionale e dunque, a maggior ragione in un contesto finalmente attento al rilievo della Costituzione, di tutta la Costituzione, si è cominciato a ritenere che il fulcro della decisione discrezionale sarebbe l'assetto degli interessi, ed anzi che proprio nel definire tale assetto la decisione che segue alla scelta, e dunque la opzione esercitata, corrisponde all'interesse pubblico, in quanto specie della finalità di una decisione pubblica; il quale interesse pubblico a sua volta non ha più, perciò, una strutturazione preconfezionata, non può essere definito a priori nella sua essenza reale, «naturale»⁵, ancorché possa esserlo in via di definizione, anzi di descrizione, astratta⁶. Vi è insomma un interesse pubblico che vorrei definire *descrittivo*,

² Per tutti, si v. A. PIRAS, *Discrezionalità amministrativa*, in *Enc. dir.*, XIII, Milano, Giuffrè, 1964, p. 82: d'identificazione, che qui si propone, della discrezionalità con la sostanza più propria dell'attività amministrativa, o la giustificazione che, per conseguenza, si offre dell'ufficio necessario della discrezionalità amministrativa, son difatti più che sufficienti a mostrare perché la ponderazione degli interessi, dell'interesse essenziale nei confronti di ogni altro interesse principale o secondario, rappresenti e costituisca un aspetto ineliminabile dell'azione amministrativa.

³ G. PALMA, *Riflessioni in tema di scomposizione analitica della ricostruzione teorica della discrezionalità amministrativa: un saggio*, in *amministrativamente.com*, 1, 2013, parla molto efficacemente di «frammento normativo che si è distaccato dal centro dell'istituzione raggiunge l'organo burocratico e viene ad includersi come nucleo centrale dell'azione discrezionale di quest'ultimo».

⁴ Rilevazione che compare già in D. DONATI, *Principii generali di diritto amministrativo e scienza dell'amministrazione*, Padova, 1932, p. 12 ss.: e poi in M.S. GIANNINI, *Il potere discrezionale della pubblica amministrazione. Concetto e problemi*, Milano, Giuffrè, 1939, p. 72 ss.

⁵ Che l'interesse pubblico «non esista in natura» è affermazione ricorrente nella letteratura recente: cfr., ad es., A. TRAVI, *Nuovi fermenti nel diritto amministrativo verso fine degli anni '90*, in *Il Foro it.*, 1997, V, p. 169; L. TORCHIA, *La scienza del diritto amministrativo*, in *Riv. trim. dir. pubbl.*, 2001, p. 1112. Ma già L. MIGLIORINI, *ALCUNE CONSIDERAZIONI PER UN'ANALISI DEGLI INTERESSI PUBBLICI*, in *Riv. Trim. Dir. Pubbl.*, 1968, p. 286, sosteneva che «LA RILEVANZA SOCIOLOGICA DI UN INTERESSE COME PUBBLICO È DATA DAL RIFERIMENTO DEL MEDESIMO AD UNA SERIE INDETERMINATA DI INDIVIDUI E NON DA SUE CARATTERISTICHE INTRINSECHE».

⁶ Da tempo, si è già notato, l'interesse pubblico viene trattato «in concreto», in relazione, cioè, ai fatti reali in cui va inserito: tra molti, si v. E. CANNADA BARTOLI, *Interesse (dir. amm)*, in

che consiste nell'assestamento ideale, o desiderato, che viene appunto indicato alla pubblica amministrazione (ma direi al mondo) in forma di finalità, non di rado dovuta all'integrazione tra previsioni normative anche lasche – ad esempio con la mera definizione di un'attribuzione, e dunque una competenza – e precisazioni periodiche in forma di indirizzo; e poi ve ne è la effettiva definizione, in forma di assetto di interessi personali o di gruppo (di impresa, di formazione sociale, di collettività parziale) coinvolti in una faccenda di rilievo pubblico⁷, dovuta appunto all'intervento amministrativo entro un quadro più o meno complesso di altri agenti⁸.

Enc. Dir., XXII, Milano, Giuffrè, 1972, p. 6 ss.; per A. PIZZORUSSO, *Interesse pubblico ed interessi pubblici*, in *Riv. trim. dir. proc. civ.*, 1972, p. 57 ss., «l'interesse pubblico, al singolare, non è un interesse paragonabile ad altri, ma è uno strumento giuridico cui si ricorre per far valere quegli interessi concreti che si ritenga di poter qualificare come pubblici»; pur con riferimento a clausole generali e concetti indeterminati, L.R. PERFETTI, *Discrezionalità amministrativa, clausole generali e ordine giuridico della società*, in *Dir. Amm.*, 3, 2013, p. 309, assume che l'amministrazione pubblica debba ricercare il significato del precetto nell'ordine giuridico della società. L'amministrazione pubblica, infatti, appare funzionalizzata alla sovranità popolare assai più che la struttura servente il potere politico». L'assunto si iscrive in una linea di pensiero molto solida: si vedano, ad esempio, G. PASTORI, *Interesse pubblico e interessi privati fra procedimento, accordo e autoamministrazione*, in AA. VV., *Scritti in onore di Pietro Virga*, Milano, Giuffrè, 1994, II, p. 1303 ss.; G. ARENA, *Il principio di sussidiarietà orizzontale nell'art. 118, u.c. della Costituzione*, in AA. VV., *Studi in onore di Giorgio Berti*, Napoli, Jovene, 2005, I, spec. p. 179 ss.; arriva a parlare di «amministrazione capovolta» (rispetto alla società) G. BERTI, *Diritto e Stato. Riflessioni sul cambiamento*, Padova, Cedam, 1986, *passim*; In., *Amministrazione e Costituzione*, in *Dir. amm.*, 1993, p. 458 ss.

⁷ M.S. Giannini già nel 1939 vedeva emergere la «fissazione del valore comparativo degli interessi (attività intellettuale), [che] può essere disciplinata da regole non giuridiche, le quali emergono nei giudizi di merito» (M.S. GIANNINI, *Il potere discrezionale della pubblica amministrazione*, cit., p. 166 ss.).

⁸ Un'ottima rassegna di come tale consapevolezza si sia progressivamente formata in dottrina è offerta da F.G. SCOCA, *Il coordinamento e la comparazione degli interessi nel procedimento amministrativo*, in *Convivenza nella libertà. Scritti in onore di G. Abbamonte*, II, Napoli, 1999, p. 1274 ss., ed anche lì, sia pure con riferimento all'interesse pubblico "in concreto", si afferma che compito dell'amministrazione ne sia «la raffigurazione»; un modo diverso di leggere il medesimo fenomeno si rinviene in F. DENOZZA, *Poteri della pubblica amministrazione e benessere degli amministrati*, in *Annuario AIPDA 2006. Analisi economica e diritto amministrativo*, Milano, Giuffrè, 2007, p. 15: «nella prospettiva dell'analisi economica l'obiettivo cessa di essere quello della miglior realizzazione dell'interesse pubblico come definito nella legge, e diventa quello di far sì che le transazioni tra i diversi interessati, compresi tra costoro i vari organi coinvolti nel processo di applicazione delle norme, si svolgano nella maniera più efficiente possibile, e cioè... in maniera da massimizzare il benessere complessivo di tutti gli individui interessati, con la conseguenza di «una disintegrazione della tradizionale nozione sostanziale di interesse pubblico, inteso come sintesi degli interessi comuni».

Tutto ciò considerato, può apparire, per usare le parole di un autorevole studioso della questione, che «non solo l'amministrazione ha il compito di individuare (o, meglio, costruire) l'interesse pubblico concreto da perseguire con la sua attività, sceverandolo nel fascio degli interessi pubblici previsti dalle norme astratte, ma può anche porre essa medesima, nella sua attività normativa e programmatica, interessi pubblici astratti»⁹. Non va però trascurato che questa importante evoluzione della discrezionalità è maturata ed è divenuta solida in epoca nella quale, per un verso, la consistenza e la poca eminenza culturale delle conoscenze in ogni ambito dello scibile scientifico, e delle tecniche, e soprattutto la storia dalla quale l'amministrazione pubblica giungeva, determinavano una condizione in cui la decisione non poteva che essere rimessa ad una valutazione «politica»¹⁰, e dunque si può dire che declinare la discrezionalità in una «comparazione di interessi»¹¹ è stato già un fecondo avanzamento nel giuridico¹²; e per altro verso, molti organi della pubblica amministrazione, e dunque i decisori amministrativi principali, erano anche, indubbiamente (e per dirla in breve), politici. Ed è perciò difficile stabilire cosa abbia dato causa e cosa invece sia stato effetto, se dunque venisse prima la gallina della natura dell'organo decidente (a causa della quale la decisione discrezionale è anche più o meno politica), o l'uovo

⁹ F.G. COCA, *Attività amministrativa*, voce in *Enc. Dir., Agg. VI*, Milano, Giuffrè, 2002, p. 90; in nt. 68, poi, precisa che «l'individuazione in astratto di interessi pubblici non indicati dalla legge non può essere compiuta con provvedimenti concreti, ma è rimessa all'attività regolamentare, o, più in generale, normativa, dell'amministrazione»; la quale, se si segue l'impostazione di questo lavoro, non è di competenza degli organi (dei decisori) amministrativi, ma di quelli di indirizzo politico, di governo.

¹⁰ G. BERTI, *Il pensiero di Mortati e l'amministrazione*, in M. GALIZIA, P. GROSSI (a cura di), *Il pensiero giuridico di Costantino Mortati*, Milano, 1990, p. 395, descriveva il diritto pubblico come un ordinamento «a diversa intensità di potere politico».

¹¹ M.S. GIANNINI, *Il potere discrezionale della pubblica amministrazione*, cit., p. 74, rinveniva in ciò «l'apprezzamento politico della discrezionalità»; di recente, S. CIVITARESE MATTEUCCI, *La forma presa sul serio*, Torino, Giappichelli, 2006., p. 412, avanza dubbi sul «valore esplicativo, rispetto ad un'analisi strutturale» della formula, che «sa di concettualismo».

¹² U. ALLEGRETTI, *L'imparzialità amministrativa*, Padova, Cedam, 1965, *passim*; A. CERRI, *Imparzialità e indirizzo politico nella pubblica amministrazione*, Padova, 1973, spec. p. 120. Ma già prima, M.S. GIANNINI, *Il potere discrezionale della pubblica amministrazione*, cit., p. 77: «assegnando la cura di questo interesse a un organo, gli si deve allora permettere anche di tener conto di altri interessi che con quello concorrono o che a quello accedono. Di qui la necessità della discrezionalità».

della decisione discrezionale che comprende la opportunità politica (e richiede perciò organi, e dunque decisori, che abbiano anche responsabilità politica, per essere pienamente correlati con la loro capacità decisionale)¹³.

2. *La purificazione dell'attività amministrativa*

Già da molto tempo abbiamo anche capito, però, che in moltissime operazioni amministrative, e soprattutto se nella decisione sono implicate opzioni meramente tecno-scientifiche, forse non è il caso di fare troppa questione di interessi: è facile assumere che non possano avere un esito dipendente da una valutazione comparata di interessi un controllo sulla circolazione stradale, le eventuali sanzioni conseguenti, la famigerata misurazione del grado di alcolicità nelle bevande, o nel sangue umano dopo una bevuta delle medesime¹⁴; ma bisogna anche ammettere che ugualmente non è questione di assetto di interessi un esame universitario, o la elargizione di sostegni economici, o la concessione di un bene, o la iscrizione ad una organizzazione pubblica, ed insomma in tante altre circostanze di azione amministrativa, anche quando possano essere percepite come più o meno discrezionali: e non perché comparazione, selezione, preferenza di interessi, orientamenti, finalità ed obbiettivi, qui come lì, non vi siano, ma perché abbiamo compreso sempre meglio che vanno condotte e fissati fuori ed anzi *prima* dell'intervento propriamente amministrativo¹⁵, chiamato a rilevare la realtà (in forma di accertamento,

¹³ A. PIRAS, *Discrezionalità amministrativa*, cit., p. 65 ss.: «nonostante qualche autorevole voce contraria, così la dottrina come la giurisprudenza sono difatti da noi concordi nel ritenere che esista, nella discrezionalità, un margine libero di scelta e di volontà, costituito appunto dall'attività rivolta alla ponderazione dell'opportunità di attuare in un modo o nell'altro questo o quell'interesse, del quale sia certa, nel caso concreto, la rilevanza rispetto agli scopi della funzione. Non si parli di merito, se si vuole, e non si distingua, se si preferisce, tra merito e discrezionalità; non si neghi però che la necessità della scelta discrezionale dipende soltanto dal valore che si assegni agli interessi emergenti dalla situazione, ossia da un giudizio *lato sensu* politico che in nessun modo risulta dall'applicazione di una preesistente norma sociale o da una regola di esperienza».

¹⁴ Si vedano, per tutti, gli studi radunati in S. CIVITARESE MATTEUCCI, L. TORCHIA, (a cura di) *A 150 anni dall'unificazione amministrativa italiana*, vol. IV, *La tecnificazione*, Firenze, Firenze University Press, 2016.

¹⁵ D. DE PRETIS, *Valutazione amministrativa e discrezionalità tecnica*, Padova, Cedam, 1995, p. 236, già rilevava l'anticipazione della ponderazione di interessi «alla fase dei piani, del programmi,

acclamamento, o valutazione) e a sussumerla rispetto ai parametri prefissati in una sede antecedente, politica o di governo¹⁶.

E grazie a questa comprensione, diviene anche più chiaro che i decisori in faccende come queste non possano, anzi non debbano essere politici, vale a dire che non debbano rispondere del loro operato specifico, in tali ambiti, in termini politico-elettorali. E dove invece questa possibilità vi sia, occorre che la decisione abbia connotati politici, e politico sia il decisore.

Non per caso, perciò, viviamo un'epoca nella quale, giusto o sbagliato che sia, bene o male sia stato realizzato, vige il principio di distinzione tra politica e amministrazione, che incide proprio su tali aspetti, perché scinde le competenze distinguendo anche le tipologie di organi, e perciò di decisori, e con ciò non può non influire anche sulle rispettive decisioni, e sul loro statuto giuridico¹⁷.

dei bilanci di previsione, della fissazione generale dei criteri di azione nei quali soltanto è possibile procedere all'adeguata ponderazione comparativa degli interessi laddove essi si presentino in numero, varietà e complessità di reciproci rapporti, tali da escludere la possibilità di essere tutti contestualmente e congruamente considerati nel singolo caso concreto»; ma cfr. anche F. CINTIOLI, *Discrezionalità tecnica (dir. amm.)*, in *Enc. Dir., Ann. II-2*, Milano, Giuffrè, 2008, p. 92.

¹⁶ P. LAZZARA, *Autorità indipendenti e discrezionalità*, Padova, 2001, p. 278 ss., propone uno schema che definisce «norma- fatto-potere sull'an-effetto» in cui la legge determina gli effetti, ma rimane in capo all'amministrazione «la scelta sul se attribuire rilevanza ai fatti descritti in modo indeterminato (c.d. potere sull'an). In altri termini, se il potere viene esercitato, si verificheranno le conseguenze giuridiche previste dalla legge» e l'amministrazione «non pondera comparativamente gli interessi rilevanti, dovendo soltanto decidere – alla stregua di un giudizio complesso – se la valutazione di fatto sia sussumibile nell'ambito di estensione dell'ipotesi normativa (indeterminata)». A sua volta, F.G. SCOCA, *Contributo sul tema della fattispecie precettiva*, Perugia, 1979, p. 249 ss., rileva che anche nelle situazioni vincolate potrebbe residuare potere costitutivo; tuttavia D. SORACE, *Il principio di legalità e i vizi formali dell'atto amministrativo*, in *Dir. pubbl.*, 2004, p. 387, ritiene che «in linea teorica, un atto dell'amministrazione può considerarsi vincolato quando si è in presenza di una fattispecie in relazione alla quale la legge stabilisce che, in presenza di un presupposto di fatto che l'amministrazione deve limitarsi ad accertare, senza operare scelte o valutazioni opinabili, l'amministrazione stessa può legittimamente prendere un solo provvedimento, predeterminato dalla legge, senza alcun margine di scelta neanche relativamente all'an. Per una discussione in ordine a tali questioni, si vedano, tra altri, D.-U. GALETTA, *Violazione di norme sul procedimento amministrativo e annullabilità del provvedimento*, Milano, 2003, spec. p. 94 ss., S. CINTIARESE MATTEUCCI, *La forma presa sul serio*, cit., spec. p. 150 ss.; D. CORLETTI, *Vizi «formali» e poteri del giudice amministrativo*, in *Dir. proc. amm.*, 2006, p. 56.

¹⁷ Cfr. lo studio recente condotto da E.N. FRAGALE, *Studio sul principio di distinzione tra politica e amministrazione. La riserva di indirizzo come punto logico di partenza*, Santarcangelo di Romagna, Maggioli, 2020.

Una delle ipotesi al vaglio di questo studio è che vi sia una correlazione inevitabile tra aumento dell'eminanza scientifica e tecnica nel mondo, e distinzione tra politica ed amministrazione, che potrebbe essere descritta come una vera e propria proporzionalità: più c'è conoscenza scientifica e capacità tecnica, più viene usata perché ha eminenza, affidabilità, e perciò meno spazio c'è per la politica *dentro* alle decisioni amministrative (e forse anche, non sembri paradossale, in quelle politiche)¹⁸. E che perciò oggi, in un'epoca in cui le tecno-scienze hanno influenza enorme, il momento politico delle decisioni pubbliche si esaurisce prima dell'intervento amministrativo¹⁹, fuori alla discrezionalità, o intorno ad essa, e comunque non al suo interno, con la conseguenza che non possiamo più affermare con la medesima certezza che la discrezionalità amministrativa sia anche un po' politica: è semmai vero il contrario, ovvero che la decisione politica ha anche un verso amministrativo, operativo, concreto, e tuttavia conseguente, distinto, successivo, e come si proverà a dimostrare, proprio perciò *tecnico*²⁰. Vedremo, peraltro, che ciò non comporta affatto uno sminuimento né dell'attività politica, né di quella amministrativa.

¹⁸ D. ZANONI, *Razionalità scientifica e ragionevolezza giuridica a confronto in materia di trattamenti sanitari obbligatori*, in *Costituzionalismo.it*, 2020, p. 156, parla di «relazione inversamente proporzionale tra discrezionalità politica e certezza scientifica che delinea nuovi oneri procedurali»; ma si veda anche V. CIACCIO, *I vaccini obbligatori al vaglio di costituzionalità. Riflessioni a margine di Corte cost., sent. n. 5 del 2018*, in *Giur. cost.*, 1, 2018, p. 467.

¹⁹ G. PALMA, *Riflessioni in tema di scomposizione analitica della ricostruzione teorica della discrezionalità amministrativa*, cit., analizza «l'importanza dell'autorevole intuizione di chi, in tempi ormai remoti ed in differente ambientazione istituzionale, rilevò enucleato nella «compatta» azione discrezionale uno specifico momento di essenza politica, consistente esattamente nella necessaria ponderazione degli interessi coinvolti, ma piuttosto si è spinti a scorgere, sia pure con mille perplessità, se detto momento politico ancora oggi sia destinato ad esaurirsi nella esplicazione della menzionata ponderazione, ovvero si è andato adattandosi ad inglobare un aspetto funzionale diverso, che si dispone operativamente in modo logicamente antecedente alla ponderazione medesima (anzi quest'ultima conseguenza funzionale del primo), giustificando così un'ulteriore destrutturazione della nozione di discrezionalità, che ormai si fa fatica a riconoscerla ancora compatta».

²⁰ D. SORACE, *Atto amministrativo*, in *Enc. Dir., Ann.*, VII, Milano, Giuffrè, 2014, p. 49: «l'attività diretta ad individuare gli interessi ritenuti pubblici e quindi da curare – cioè la «politica», in uno dei significati di questo termine – può dunque, sul piano concettuale, venir distinta chiaramente da quell'altra attività (tecnica, organizzativa, economica) concretamente finalizzata alla cura di quegli interessi, cioè l'«amministrazione pubblica» in un altro più ristretto significato funzionale, e quindi oggettivo, della locuzione».

Resta però il problema che la gran parte di noi continua a ritenere che la discrezionalità amministrativa stia nella comparazione di interessi, dunque in un potere di dare assetti ad essi, ed accetta perciò che ciò possa comportare anche poterne privilegiare alcuni in ragione di interesse pubblico; e tuttavia bisogna anche ammettere che – per dare maggiore consistenza alla decisione propriamente amministrativa²¹, oltre che, in conseguenza, per un approccio che prenda sul serio il principio di distinzione tra politica ed amministrazione, e dunque l'imparzialità di questa – la scelta di prevalenza di un interesse rimesso per intero alla valutazione unilaterale di qualcuno, rende costui inevitabilmente un “politico”, o per essere più accurati, lo fa a causa del fatto che la sua decisione, se unilaterale, non può che essere politica²²: eleggere un bisogno, o poter farlo prevalere come interesse, è tra i compiti “classici” della modernità politica, e perciò decidere in ordine agli interessi, alla loro rilevanza giuridica, alla prevalenza, alla misura con cui taluni di

²¹ L. TORCHIA, *Teoria e prassi delle decisioni amministrative*, in *Dir. Amm.*, 2017, p. 3: «Se infatti, per un verso, la riflessione scientifica si è ampiamente esercitata sugli strumenti mediante i quali le scelte vengono operate – il procedimento come processo mediante il quale si opera la scelta e il provvedimento come esternazione giuridicamente qualificata della medesima scelta – ci manca, per altro verso, un'analisi approfondita della capacità di scelta, della qualità delle concrete scelte effettuate, dei risultati raggiunti e del collegamento, inevitabile ma raramente indagato, fra le scelte già compiute e quelle ancora da compiere. Non abbiamo, in altri termini, un modello che consenta di andare oltre la ricostruzione della scelta come una ponderazione procedimentalizzata fra diversi interessi riconosciuti come meritevoli di tutela da parte dell'ordinamento».

²² Ancora di recente M. RAMAJOLI, *Regulation by information: diffusione della conoscenza del rischio e incertezza scientifica*, in *Giorn. dir. amm.*, 2, 2020, p. 203, nell'esaminare la capacità di *direct regulation* per le sostanze chimiche, alimentari, farmaceutiche, osserva che «la decisione finale sul rilascio o meno dell'autorizzazione (tipico strumento di comando e controllo) dipende non solo dalla valutazione scientifica del rischio legato ad una certa sostanza chimica, ma anche da altri fattori non strettamente tecnici, che entrano nella ponderazione degli interessi in gioco», spiegando così l'attribuzione della relativa competenza alla Commissione europea (anziché ad agenzie, insomma ad uffici amministrativi). Ma assai prima, C. MARZUOLI, *Principio di legalità e attività di diritto privato della pubblica amministrazione*, Milano, Giuffrè, 1982, p. 28 ss., rilevava come sia possibile «separare una amministrazione avente legittimazione democratico-rappresentativa da una amministrazione, l'amministrazione-apparato, intesa come l'insieme di forme organizzative prive di rappresentatività politica... poste al servizio di obiettivi rispetto ad essa totalmente predeterminati»; per la verità già V. BACHELET, *L'attività di coordinamento nell'amministrazione pubblica dell'economia*, Milano, Giuffrè, 1957, p. 73, osservava la tendenza dell'epoca «a trasformare gli uffici tecnici (con competenza solo istruttoria o esecutiva) in organi tecnici (con competenza decisionale ed operativa piena)».

essi vengono trattati, non è prendersene cura in termini amministrativi, è questione politica²³, così come, non per caso, lo è “bilanciare”²⁴. Insomma è proprio qui, quando cioè si tratta di *definire* obiettivi e finalità, ma anche di *comparare* e *bilanciare* nel senso di dover *privilegiare* interessi, che si palesa la rilevanza del *nucleo politico* che già da tanto tempo è stato osservato e rilevato nella decisione amministrativa²⁵; ed è perciò proprio qui che, piaccia o non piaccia, agisce il principio di distinzione tra politica ed amministrazione, la cui essenza, una volta

²³ Vale ricordare la originale intuizione di G. PASTORI, *La procedura amministrativa*, Vicenza, 1964, p. 66, che auspicava la possibilità per il Ministro di modificare la decisione amministrativa del dirigente, per chiari ed espliciti motivi (moventi) politici; e la posizione di A.M. SANDULLI, *Governo e amministrazione*, in *Riv. trim. dir. pubbl.*, 1966, p. 760 ss., che riteneva la opportunità di alcuni correttivi ai poteri di indirizzo degli organi di Governo, quali la possibilità del riesame, ed un generale potere sostitutivo.

²⁴ M. LUCIANI, *Avvisi ai naviganti del Mar pandemico*, in *Questione Giustizia*, 2020, 2, p. 3: «Se bilanciamento ha da essere, poi, è bene chiarire ch'esso spetta esclusivamente al legislatore. Le autorità amministrative che, in concreto, lo esercitano nei singoli casi pratici in realtà non bilanciano, ma applicano la decisione legislativa. E lo stesso fanno (dovrebbero fare) i giudici, anche costituzionali, perché il loro compito è controllare il bilanciamento effettuato dal legislatore, non pretendere di pesare essi stessi le grandezze poste a raffronto». D'altro canto, la Corte Cost., sent. 20 giugno 2013, n. 143, rinviene un «principio per cui, nelle operazioni di bilanciamento, non può esservi un decremento di tutela di un diritto fondamentale se ad esso non fa riscontro un corrispondente incremento di tutela di altro interesse di pari rango». Ma si veda anche la diatriba giurisprudenziale in merito al potere connesso all'autorizzazione paesaggistica: accanto ad alcune sentenze secondo cui l'amministrazione preposta alla tutela deve motivare l'autorizzazione «in modo tale che emerga l'apprezzamento di tutte le rilevanti circostanze di fatto e la non manifesta irragionevolezza della scelta effettuata sulla prevalenza di un valore in conflitto diverso da quello tutelato in via primaria» (così Cons. Stato, sez. VI, 24 ottobre 2008, n. 5267, ma si vedano anche tra altre, TAR Sicilia, sez. II, 4 maggio 2007, n. 1252, con nota di P. LOMBARDI, *La realizzazione degli impianti di produzione di energia eolica tra ponderazione degli interessi e cooperazione istituzionale*, in *Riv. giur. edilizia*, 2007, I, p. 1639; TAR Sicilia, sez. II, 4 febbraio 2005, n. 150, con nota di P. CARPENTIERI, *Paesaggio "contro" ambiente*, in *Urbanistica e appalti*, 2005, p. 931), ve ne sono altre che negano che ciò sia compito dell'amministrazione precedente: si v. ad es. Cons. Stato, sez. VI, 9 novembre 2011, n. 5921; Id., 7 ottobre 2008, n. 4823, con nota di R. MORZENTI PELLEGRINI, *Impugnabilità dei provvedimenti in materia urbanistico-ambientale tra onere di notifica, obbligo di motivazione e sindacabilità dell'esercizio di discrezionalità tecnica*, in *Foro amm.-Cds*, 2008, p. 3443.

²⁵ M.S. GIANNINI, *Diritto amministrativo*, Milano, Giuffrè, 1988, II, p. 760, che ritiene che la discrezionalità amministrativa «ha, o quanto meno spesso può avere, un suo nucleo che è strettamente politico, ed è quindi soggetto alle variabili dell'indirizzo politico e della direttiva politico-amministrativa»; più di recente, per una descrizione delle differenze tra ponderazione e bilanciamento, S. COGNETTI, *Principio di proporzionalità. Profili di teoria generale e di analisi sistematica*, Torino, Giappichelli, 2010, p. 32 ss.

scomposta la “decisione pubblica” in un flusso a più tratti²⁶, sta proprio nel riservare alle postazioni decisionali politiche ciò che afferisce al rilievo degli interessi in quanto definizione delle finalità, e perciò di non pretendere che questo divenga, impropriamente, terreno decisionale per chi (o cosa, nel caso di macchine amministrative che decidono, dell’amministrazione algoritmica) non è addestrato, non è legittimato, non è chiamato insomma a farlo, e non sarebbe nemmeno giusto, perciò, pretendere che lo facesse; si tratta di un verso della distinzione tra politica ed amministrazione non sempre considerato a sufficienza²⁷, dato che in genere se ne guarda più il lato con cui si cerca di limitare l’invasione del bisogno politico in quello amministrativo, mentre tutto si tiene se, e solo se, entrambe le funzioni interpretino la propria parte, e non quella altrui: la funzione amministrativa è chiamata a perseguire finalità collettive poste altrove, non più – oggi – in via esclusiva in un ambito propriamente politico, e nemmeno, forse, prevalente mediante strutture e forme pubbliche, ma senza finalità già poste la funzione amministrativa non è se stessa, da chiunque venga tenuta.

La conciliazione ed una certa gerarchia²⁸ fra interessi pubblici molteplici è ben possibile ed anzi necessaria nelle società contemporanee²⁹, ma a patto che questi siano stati già identificati come tali con una deliberazione che è inevitabilmente politica (nel nostro sistema, basata sulla legge – art. 97 co. 2 Cost.), e che la preferenza politica non sia compiuta

²⁶ Descritto con eccellente sintesi da A. PIOGGIA, *La competenza amministrativa. L'organizzazione fra specialità pubblicistica e diritto privato*, Torino, Giappichelli, 2001, p. 254 ss.: «dalla legge che pone le finalità generali, all'atto dell'organo politico che lo traduce in obiettivo, dal responsabile dell'ufficio dirigenziale generale che lo trasforma in programma di azione al dirigente di base che lo realizza».

²⁷ E tuttavia si v. E.N. FRAGALE, *Studio sul principio di distinzione tra politica e amministrazione*, cit., p. 108 ss., con la dottrina ivi citata.

²⁸ V. PARISIO, *Interessi forti e interessi deboli: la natura degli interessi come limite alla semplificazione del procedimento amministrativo nella l. 7 agosto 1990 n. 241*, in *Diritto e processo amministrativo*, 2014, p. 839 e ss.; A. MOLITERNI, *Semplificazione amministrativa e tutela degli interessi sensibili: alla ricerca di un equilibrio*, in *Dir. Amm.*, 2017, p. 703, rileva «l'operatività di un “regime amministrativo speciale”, tendenzialmente insensibile ai fenomeni di semplificazione e destrutturazione dei processi decisionali, e prevalentemente caratterizzato dall'applicazione dei principi e delle categorie tradizionali dell'azione amministrativa».

²⁹ G. GARDINI, *L'imparzialità amministrativa tra indirizzo e gestione*, Milano, Giuffrè, 2003, spec. p. 89 ss.

da un decisore amministrativo³⁰, il quale possa da sé imporla cioè unilateralmente e in via definitiva³¹; afferendo a fenomeni di complessità, tale operazione ben può conoscere formule propriamente amministrative di coordinamento³², come ad esempio accade oggi – oltre che nel procedimento – soprattutto in conferenza di servizi, nella quale, come è noto, se non si riesce a definire un assetto appropriato in via amministrativa³³, non per caso va trovata una soluzione che viene affidata al livello decisionale di governo, con una responsabilità inevitabilmente di tipo politico³⁴.

³⁰ Si tratterebbe infatti di interessi a protezione *necessaria*: cfr. G. Rossi, *Potere amministrativo e interesse a soddisfazione necessaria*, Torino, Giappichelli, 2011.

³¹ Cons. Stato, sez. VI, 23 luglio 2015, n. 365: «alla tutela del paesaggio (che il MIBAC esercita esprimendo il suo obbligatorio parere nell'ambito del procedimento di compatibilità ambientale) è estranea ogni forma di attenuazione della tutela paesaggistica determinata dal bilanciamento o dalla comparazione con altri interessi, ancorché pubblici, che di volta in volta possono venire in considerazione», con la conseguenza che «il parere del MIBAC in ordine alla compatibilità paesaggistica non può che essere un atto strettamente espressivo di discrezionalità tecnica»; e ad un'amministrazione non è consentita «una attività di comparazione e di bilanciamento dell'interesse affidato alle sue cure (la tutela del paesaggio) con interessi pubblici di altra natura e spettanza».

³² G. MARONGIU, *Il coordinamento come principio politico di organizzazione della complessità sociale*, in G. AMATO, G. MARONGIU (a cura di), *L'amministrazione della società complessa*, Bologna, il Mulino, 1982, p. 143 e ss.; D. D'ORSOGNA, *Conferenza di servizi e amministrazione della complessità*, Torino, Giappichelli, 2002, p. 124; F. CORTESE, *Il coordinamento amministrativo. Dinamiche e interpretazioni*, Milano, Franco Angeli, 2012, p. 46 e ss.; M. CAFAGNO, *Principi e strumenti di tutela dell'ambiente. Come sistema complesso, adattativo, comune*, Torino, Giappichelli, 2007.

³³ Cons. Stato, Sez. V, 27 agosto 2014, n. 4374. assume che all'amministrazione procedente tocca «esercitare un potere discrezionale bilanciando le ragioni manifestate in seno alla conferenza, verificando in che termini si delinea la prevalenza del soddisfacimento degli interessi in gioco. Pertanto, il ruolo assunto dall'amministrazione procedente non è meramente notarile, ma di sintesi delle ragioni emerse, dovendone ponderare l'effettiva rilevanza per come sono state in concreto prospettate, al fine di esprimere un giudizio di prevalenza»; tuttavia, nelle *Linee guida operative* della Presidenza del Consiglio dei ministri del 10 gennaio 2013, si indica che per «posizioni prevalenti» devono considerarsi quelle aventi «un peso specifico superiore alle altre per l'importanza degli interessi tutelati in relazione al caso concreto e al risultato collegato del procedimento in esame», dunque non per effetto di un giudizio, di una valutazione compiuta dall'amministrazione procedente medesima, che possa così «imporla» alle altre.

³⁴ L'amministrazione dissidente, è noto, può oggi sollevare un vero e proprio ricorso, peraltro – se statale – ad opera del Ministro, che, oltre a sospendere ogni determinazione (art. 14-*quinquies*, co. 3, l. n. 241/1990), comporta un intervento della Presidenza del Consiglio e, in caso di contrasto persistente, una delibera di Governo che autorizza la determinazione finale in coerenza; questo schema, peraltro, può incidere anche sui lavori della conferenza di servizi, come nota S. BATTINI, *La trasformazione della conferenza di servizi e il sogno di Chuang-Tzu*, in ID. (a cura di), *La nuova disciplina della conferenza di servizi*, Torino, Giappichelli, 2016, p.

Si discute, poi, di attività che sembrano comprendere, nelle medesime operazioni, politica ed amministrazione, un po' dell'una e un po' dell'altra; la questione è troppo grossa per essere trattata qui con l'attenzione che merita, ma va rilevato che in seguito alla distinzione tra politica ed amministrazione l'attività «politica e amministrativa» (per usare il lessico dell'art. 95 Cost.) è non per caso intestata ad organi di Governo, a persone, gruppi, insomma luoghi decisionali dove si compiono le valutazioni e le scelte riferibili agli interessi che abbiamo visto essere afferenti all'area della politica. E che ciò desti funzioni peculiari³⁵, persino di rilievo costituzionale³⁶, e denominazioni variegata (come «alta amministrazione», «indirizzo politico-amministrativo»³⁷, «indirizzo politico minore»³⁸, e simili), cambia poco il discorso che qui si conduce: ai nostri fini, insomma, non rileva che effettivamente possano compiersi attingimenti di finalità politiche mediante attività molto contigue a quelle amministrative, e che ciò possa avvenire, come è normale in ambiti politici, anche ricorrendo direttamente a serbatoi sociali³⁹; quando ciò avviene, a compiere tali operazioni deve essere un decisore dotato di responsabilità politica diretta o indiretta⁴⁰, e altrimenti, se si tratta di un decisore amministrativo, può giungere a prospettare, a dispiegare le medesime finalità, ma traendole

25, il quale osserva che così si «ne esce rafforzata la posizione dell'amministrazione precedente: quanto più i potenziali "dissenziati" sanno che l'eventuale decisione adottata senza il loro consenso può essere ribaltata solo con l'esperimento vittorioso del rimedio oppositivo, tanto più essi saranno indotti ad accettare il compromesso per raggiungere una decisione unanime in sede di conferenza di servizi».

³⁵ V. CERULLI IRELLI, *Politica e amministrazione tra atti «politici» e atti «di alta amministrazione»*, in *Dir. pubbl.*, 2009, p. 101 ss.

³⁶ G. FERRARA, *Gli atti costituzionali*, Torino, Giappichelli, 2000.

³⁷ E. PICOZZA, *L'attività di indirizzo della pubblica amministrazione*, Padova, Cedam, 1988; C. TUBERTINI, *Atti politici e di alta amministrazione*, in *Dizionario di diritto pubblico*, S. CASSESE (diretto da), Milano, Giuffrè, 2006, I, p. 516 ss.; M.P. GENESIN, *L'attività di alta amministrazione fra indirizzo politico e ordinaria attività amministrativa. Riflessioni critiche su un sistema di governo multilivello*, Napoli, Jovene, 2009.

³⁸ C. MORTATI, *Istituzioni di diritto pubblico*, Padova, Cedam, 1962, p. 189.

³⁹ Si veda ad es. G. BERTI, *Amministrazione come responsabilità*, in *Scritti in onore di Sergio Galeotti*, I, Milano, Giuffrè 1998, p. 119 ss.

⁴⁰ A. ZITO, *Atti di indirizzo politico-amministrativo e proposte di riforma delle pubbliche amministrazioni: problemi e prospettive*, in AA.VV., *Studi in onore di Leopoldo Mazzaroli*, I, Padova, Cedam, 2007, p. 321.

dai presupposti giuridici della sua funzione, insomma attuando indirizzi, perseguendo obbiettivi, rispettando o al massimo interpretando disposizioni normative (anche a livello di principi e norme fondamentali)⁴¹. La decisione amministrativa deve rivelarsi coerente con le norme, ma ancor più con valori e principi che, a partire dalle disposizioni costituzionali, esse recano; siamo abituati a vedere in ciò un principio di legalità, ma è ben noto che è possibile rinvenirvi un valore di coerenza, non contraddizione, congruenza, compatibilità⁴², che ben potrebbe essere l'unica condizione possibile di verità, e dunque il gran merito, del “discorso” giuridico⁴³, in grado così di farsi paradigmatico per altri tipi di argomentazioni⁴⁴.

Divengono cioè importanti la forma, la forza, il valore della istruzione impartita in sede politica all'amministrazione. Per fare un esempio, un diritto fondamentale prevale, deve prevalere su un qualsiasi altro atto di indirizzo che fosse con esso contrastante, e la decisione amministrativa ha tutti gli strumenti giuridici per riconoscere e realizzare quella prevalenza, soprattutto considerando che il diritto è definito dalla Costituzione come *inviolabile*⁴⁵; ma per la medesima ragione, quando vi sia equivalenza tra le istruzioni politiche, come ad esempio nel caso del cd. diritto alla salute e dell'interesse della collettività (entrambi notoriamente indicati dalla medesima istruzione politica recata dall'art. 32 Cost.), non ci si

⁴¹ Come nella ricostruzione dogmatica della «sovranità trattenuta» ricostruita da L.R. PERFETTI, *L'azione amministrativa tra libertà e funzione*, in *Riv. trim. dir. pubbl.*, 2017, 99; ID., *Sull'ordine giuridico della società e la sovranità*, in *Scritti per Luigi Lombardi Vallauri*, Padova, 2016, 1153; ID., *I diritti sociali. Sui diritti fondamentali come esercizio della sovranità popolare nel rapporto con l'autorità*, in *Dir. pubbl.*, 2013, 61; d'altro canto, «la socialità, se assunta al di fuori delle regole, non può che essere arbitrariamente presunta»: così C. MARZUOLI, *Le privatizzazioni fra pubblico come soggetto e pubblico come regola*, in *Dir. pubbl.*, 1995, p. 393.

⁴² N. D. MACCORMICK, O. WEINBERGER, *Il diritto come istituzione*, trad. it. Giuffrè, Milano, 1990, spec. p. 339 ss.

⁴³ Anche perché, secondo Dworkin, capace di mantenere l'integrità, valore fondamentale per l'individuo e la comunità: cfr. R. M. DWORKIN, *L'impero del diritto*, trad. it. Mondadori, Milano, 1989, p. 219.

⁴⁴ In quanto forma di ragionamento pubblico: N.D. MACCORMICK, *Legal Reasoning and Legal Theory*, Oxford, Clarendon Press, 1978, p. 7.

⁴⁵ Da ultimo, cfr. L.R. PERFETTI, *Eguaglianza vs. disuguaglianze. L'eguaglianza come «compito della Repubblica», la fondazione dell'eguaglianza nei diritti e le contrastanti evoluzioni dell'ordinamento repubblicano*, in *PA Persona e Amministrazione*, 2021, spec. p. 47.

può aspettare dall'amministrazione pubblica la soluzione dell'eventuale contrasto nell'attuazione di quei due indirizzi, è la politica che deve intervenire al riguardo⁴⁶.

Con il che possiamo sottoporre a prova di sforzo un assunto, che sa di assioma: l'attività amministrativa, almeno quella che possiamo definire ora "pura", non caricata più cioè dell'opzione politica che oggi è collocata intorno ad essa, prima come scopo, regola, missione, obbiettivo, e poi come verifica, e reazione per adeguarla ai risultati del controllo⁴⁷, non è tra quelle chiamate a definire finalità⁴⁸, e diventa per ciò stesso

⁴⁶ La questione ha avuto una enorme rilevo in relazione alla pandemia in corso; il decreto legge n. 19/2020 ha stabilito (art. 2, comma 5), che «il Presidente del Consiglio dei ministri o un Ministro da lui delegato riferisce ogni quindici giorni alle Camere sulle misure adottate ai sensi del presente decreto», e, in sede di conversione, a tale disposizione è stata anteposta la previsione in forza della quale «Il Presidente del Consiglio dei ministri o un Ministro da lui delegato illustra preventivamente alle Camere il contenuto dei provvedimenti da adottare ai sensi del presente comma, al fine di tenere conto degli eventuali indirizzi dalle stesse formulati (art. 2, comma 1)»; si è trattato insomma della cd. "parlamentarizzazione", non differente dalla procedura prevista dalla legge n. 234/2012 per la partecipazione a momenti deliberativi dell'Unione europea. La Corte costituzionale, con la sentenza 12 marzo 2021, n. 37, ha dapprima rilevato che «fin dal decreto-legge 23 febbraio 2020, n. 6 (Misure urgenti in materia di contenimento e gestione dell'emergenza epidemiologica da Covid-19), convertito, con modificazioni, nella legge 5 marzo 2020, n. 13, il legislatore statale si è affidato ad una sequenza normativa e amministrativa che muove dall'introduzione, da parte di atti aventi forza di legge, di misure di quarantena e restrittive, per culminare nel dosaggio di queste ultime, nel tempo e nello spazio, e a seconda dell'andamento della pandemia, da parte di decreti del Presidente del Consiglio dei ministri. Allo stato, il quadro normativo vigente si articola soprattutto sul d.l. n. 19 del 2020 e sul d.l. n. 33 del 2020, con i quali una tale sequenza ha trovato ulteriore specificazione». E poi, con la recentissima sent. 22 ottobre 2021, n. 198, la Corte ha chiarito, con riguardo al rapporto tra fonte primaria e d.P.C.M., che «la fonte primaria, pertanto, non soltanto ha tipizzato le misure adottabili dal Presidente del Consiglio dei ministri, in tal modo precludendo all'autorità di Governo l'assunzione di provvedimenti *extra ordinem*, ma ha anche imposto un criterio tipico di esercizio della discrezionalità amministrativa, che è di per sé del tutto incompatibile con l'attribuzione di potestà legislativa ed è molto più coerente con la previsione di una potestà amministrativa, ancorché ad efficacia generale». M. CAVINO, *La natura dei d.P.C.M. adottati nella prima fase di emergenza COVID. Lettura di Corte cost. n.198/2021*, in *Federalismi.it*, 2021, p. 85, rileva come «non è chi non veda che la possibilità per le Camere di formulare indirizzi rispetto alla adozione dei d.P.C.M., senza intervenire sul contenuto della normativa primaria che la consentiva, vale a dimostrare l'esistenza di un margine di discrezionalità politica che lo stesso legislatore ha ritenuto utile affidare alla cura del Parlamento».

⁴⁷ C. PINELLI, *Politica e amministrazione: una distinzione per l'ordine convenzionale*, in *Giur. cost.*, 1990, p. 2723.

⁴⁸ D. SORACE, *Atto amministrativo*, cit., p. 49: «non può essere dimenticato che l'attività puramente amministrativa, che cioè, per definizione, non implica scelte politiche, può però implicare scelte di altro tipo cioè riguardanti gli aspetti tecnici, economici, organizzativi inerenti all'attività di amministrazione».

essenzialmente una decisione già dotata di una destinazione, insomma ha a che fare con i *mezzi*⁴⁹.

3. *La decisione amministrativa non è politica*

Abbiamo menzionato il fatto, talmente noto da non dover venire troppo giustificato, che la decisione amministrativa sia una parte di una più ampia fattispecie, che qui chiameremo convenzionalmente *decisione pubblica*, composta da attività e da statuizioni, oltre che amministrative, di tipo politico, anche di governo e, se sussistenti, giurisdizionali⁵⁰; se insomma uno storico dovesse descrivere quale sia lo stato di qualcosa, deciso in termini pubblici in un determinato momento, specialmente se l'indagine fosse rivolta all'epoca presente, dovrebbe tener conto appunto di tutti questi lati della decisione pubblica, per ricavarne l'assetto effettivo, e compiuto, che cercava.

È ben noto che far parte di un circuito così complesso non impedisce a quella amministrativa, quando c'è, di essere una decisione⁵¹; e perciò è utile tener conto del fatto che una decisione è essenzialmente frutto di una scelta, dunque interviene in un contesto in cui c'è possibilità di opzione per il decisore⁵², il quale ovviamente dispone di un certo grado

⁴⁹ M.S. GIANNINI, *Corso di diritto amministrativo*, Milano, Giuffrè, 1965, p. 84, per il quale la funzione amministrativa, come ogni altra funzione, è «la rilevanza giuridica non del solo atto, ma dell'intera attività sotto il profilo dell'attitudine dei mezzi scelti al fine giuridico da conseguire».

⁵⁰ Assunto difficilmente discutibile; per es. cfr. F. SATTA, *Responsabilità della pubblica amministrazione*, in *Enc. Dir.*, XXXIX, Milano, Giuffrè, 1988, p. 1376: «la dottrina più avvertita ha da tempo rilevato che l'attività amministrativa è qualche cosa di profondamente diverso dagli atti in cui si esprime; e che essa è costituita, si potrebbe dire, da un lato dal complesso di finalità e scopi affidati all'amministrazione, dall'altro, da un *continuum* di iniziative, di attività materiali, organizzative, decisorie certamente, esecutive, la cui considerazione soltanto consente di individuare un rapporto tra organizzazione, attività, fini e scopi affidati»; G. MARONGIU, *Funzionari e ufficio nell'organizzazione amministrativa dello Stato*, in *Id.*, *La democrazia come problema*, Bologna, Il Mulino, 1994, p. 270: «la parola "funzione" assolve al compito essenziale di mettere innanzi a tutto il fine, lo scopo dell'attività, quella *deputatio ad finem* rispetto alla quale chi sia, poi, ad agire poco importa».

⁵¹ Per tutti, si vedano gli studi radunati in AA.Vv., *Decisioni amministrative e processi deliberativi*, Annuario AIPDA 2017, Napoli, Editoriale Scientifica, 2018.

⁵² L'assunto mi sembra appropriato con qualsiasi funzione si voglia riconoscere nella decisione, anche in quelle più estremamente «transattive» e «compositive», come illustrate, ad esempio, da F. MERUSI, G. TOSCANO, *Decisioni amministrative*, in *Enc. giur.*, X, Roma, Treccani, 1988, e M. BOMBARDELLI, *Decisioni e pubblica amministrazione. La determinazione procedimentale dell'interesse pubblico*, Torino, Giappichelli, 1996.

di autonomia, in taluni casi persino di arbitrio, ma per la pubblica amministrazione, è noto, tale capacità non può avere ampiezza illimitata e perciò qualifichiamo tale condizione con l'espressione "discrezionalità", un sostantivo che viene perciò usato in termini gergali, dato che nel linguaggio corrente, non specialistico, la parola ben può significare altro; la funzione amministrativa è infatti per sua stessa natura fisiologicamente circoscritta, almeno, da finalità⁵³ che non sono poste dal decisore, e che nella impostazione più teorica che si può immaginare sono determinate, essenzialmente, da istruzioni che possono essere remotamente condotte ad un sovrano⁵⁴.

Secondo alcuni orientamenti, ciò sarebbe ricompreso anche nella chiara riserva di legge operata dal secondo comma dell'art. 97 Cost., che tuttavia è percepita unanimemente come relativa: ciò può significare, per un verso, che stando entro l'«organizzazione dei pubblici uffici», la fissazione delle finalità dovrebbe rimanere trattenuta entro la norma di legge dal vincolo costituzionale, ma a causa della relatività di questo non si può del tutto escludere che, almeno in parte ed in via di integrazione, possano parteciparvi anche gli esecutivi (e le Autorità amministrative indipendenti, per i settori che le riguardano). Il punto è controverso, specie in relazione all'ampiezza di questa capacità integrativa⁵⁵, ma mi

⁵³ Cfr. M.S. GIANNINI, *Attività amministrativa*, in *Enc. Dir.*, III, Milano, Giuffrè, 1958, p. 989, parla di «attività resa idonea ad un fine» e, in questo senso, una *funzione*, e anche per lui una «*deputatio ad finem*».

⁵⁴ E ciò anche quando le finalità siano generalissime, come in chi ritiene che «nello Stato costituzionale la posizione dell'amministrazione non è caratterizzata più soltanto dal semplice rispetto delle libertà, ma innanzitutto dal compito positivo di realizzare determinati risultati di rilievo per tutta la collettività generale (art. 3, secondo comma, Cost.):» così E. FERRARI, *I principi dell'azione amministrativa nel DDL Senato XIV – 1281*, in S. CIVITARESE MATTEUCCI, G. GARDINI (a cura di), *Dal procedimento amministrativo all'azione amministrativa*, Bologna 2004, p. 7 ss.

⁵⁵ In particolar modo in relazione alla sussistenza di un vero e proprio interesse pubblico in capo a tali autorità; tra molti, cfr. M. RAMAJOLI, *Attività amministrativa e disciplina antitrust*, Milano, Giuffrè, 1998; M. ANTONIOLI, *Mercato e regolazione*, Milano, Giuffrè, 2001; il tema si è poi allargato allorché la legge ha preso a legittimare le autorità ad agire in giudizio (si v. ad es. l'art. 21-bis della l. n. 287/1990, e di recente l'art. 211 del d.lgs. n. 50/2016), con il che la questione si è estesa anche alla natura della giurisdizione al riguardo: cfr. S. TORRICELLI, *Per un modello generale di sindacato sulle valutazioni tecniche: il curioso caso degli atti delle autorità indipendenti*, in *Dir. Amm.*, 2020, p. 97 ss.; F. GOISIS, *L'efficacia di accertamento autonomo del provvedimento AGCM: profili sostanziali e processuali*, in *Dir. Proc. Amm.*, 2020, p. 45 ss.; N. PICA, *La tutela processuale dell'interesse pubblico: considerazioni a partire dalla legittimazione ad agi-*

sembra abbastanza chiaro che ad essa, comunque, non siano chiamati a partecipare gli organi propriamente amministrativi⁵⁶, se non per ausili e sostegni, oltre che per la “micro organizzazione” (che però ne è già una prima attuazione), ed insomma con apporti strumentali⁵⁷ anche in confronto alla *performance*⁵⁸.

Per quanto sia difficile negare che l'indirizzo politico abbia origine e parte del proprio sviluppo, e persino della sua formazione, in una realtà che non è necessariamente un ambiente giuridico⁵⁹, tuttavia non abbiamo bisogno di addentrarci in quella questione per rilevare che il Diritto non si manifesta solo in codici, pandette, norme prodotte cioè da fonti formali, ma giace a dire così nella dinamica del tessuto sociale, cui partecipa a pieno titolo⁶⁰. E non è il caso di discutere qui quanto

re dell'AGCM, in *Dir. Proc. Amm.*, 2019, p. 807 e ss.; S. TUCCILLO, *La legittimazione processuale delle Autorità Indipendenti. Il caso Anac*, in *P.A. Persona e Amministrazione*, 2019, p. 197 e ss.

⁵⁶ Ad es., in ordine alla cd. “regolazione”, cfr. S.A. FREGO LUPPI, *L'amministrazione regolatrice*, Torino, Giappichelli, 1999, p. 113 ss., a mente dalla quale deve fornire «la garanzia che in quel determinato settore venga assicurata l'operatività di principi e valori indicati nel momento legislativo, rispetto al quale l'amministrazione si pone in una posizione di neutralità».

⁵⁷ Si vedano le competenze elencate, ad esempio, nell'art. 16, co. 1, lett. a) e a-bis), d. lgs. n. 165/2001: cfr. L. TORCHIA, *La responsabilità dirigenziale*, Padova, Cedam, 2000, p. 69 ss.

⁵⁸ Questione ben spiegata in E.N. FRAGALE, *Studio sul principio di distinzione tra politica e amministrazione*, cit., p. 113 ss.

⁵⁹ Sulle correnti “esistenzialiste” dell'indirizzo politico, si veda A. PREDIERI, *Pianificazione e costituzione*, Milano, Edizioni di Comunità, 1963, p. 108; S. D'ALBERGO, *Direttiva*, in *Enc. dir.*, Giuffrè, Milano, 1964, XII, p. 603 ss.

⁶⁰ C. MORTATI, *La Costituzione in senso materiale* (1940), rist. Giuffrè, Milano, 1998, p. 74 ss.; più di recente, P. GROSSI, *Ritorno al diritto*, Roma-Bari, Laterza, 2015, p. 28, nota la tendenza «ad ampliare i confini della giuridicità fino a ricomprendervi tutti quei fatti che, muniti di forza interiore, sono capaci di incidere sulla realtà circostante»; G. ZAGREBELSKY, *Il giudice delle leggi artefice del diritto*, Napoli, 2007, p. 53, a proposito della giurisprudenza costituzionale osserva che «se essa, così spesso, ci appare creativa di diritto, è solo perché il nostro punto di vista è, malgrado tutto, un punto di vista parziale che coincide con l'identificazione del diritto con la legge. Una volta che la prospettiva cambi e si arricchisca, la creatività, sempre sospetta agli occhi del positivista legalista, cederebbe il passo alla più adeguata idea della costruzione del diritto come realtà complessa». Si può forse dire che oggi ad essere in discussione, al riguardo, più di quella amministrativa è la funzione giurisdizionale, che viene non di rado percepita come capace di agire senza legge (e ciò a maggior ragione in confronto al giudice costituzionale, ritenuto da alcuni ormai in grado di “riscrivere” la Costituzione): tra molti altri, si v., ad es., C. PANZERA, *Sentenze «normative» della Corte costituzionale e forma di governo*, in A. RUGGERI (a cura di), *La ridefinizione della forma di governo attraverso la giurisprudenza costituzionale*, Napoli, ESI, 2006, p. 497 ss.; G. SILVESTRI, *Le sentenze normative della Corte costituzionale*, in *Scritti su la giustizia costituzionale in onore di V. Crisafulli*, I, Cedam, Padova 1985, p. 755 ss.; più di recente,

sia vero che tra i compiti della (autorità) politica vi sia la creazione di Diritto⁶¹, né appurare quanto indirizzo politico possa ancora darsi in ambito nazionale per gli Stati che compongono l'Unione europea⁶², né affermare che qualunque attività dello Stato sia fisiologicamente giuridica (e dunque che non ve ne sia, ad esempio, di propriamente politica, sia pure giuridicamente regolata)⁶³: ai nostri fini è sufficiente notare che in questo complesso compito, comunque lo si guardi, chiunque lo svolga e dovunque si maturi, sta la definizione di scopi, obbiettivi, finalità, in una certa epoca ed in un certo luogo, qualunque denominazione, e qualunque forma espressiva, a loro volta assumano⁶⁴.

Senza negare, insomma, che vi siano funzioni ulteriori e più strumentali degli indirizzi politici e delle norme che ne vengono generate⁶⁵, credo sia indiscutibile che la legalità, intesa in senso ampio⁶⁶, consista anche

si vedano al riguardo L. FERRAJOLI, *Contro la giurisprudenza creativa*, in *Questione giustizia*, 4, 2016, 13 ss.; A. MORELLI, *I diritti senza legge*, in *Scritti in onore di G. Silvestri*, Torino, Giappichelli, 2016, II, p. 1452 ss.; G. MOSCHELLA, *Ruolo dei giudici e ruolo del legislatore a tutela dei diritti fondamentali*, *ibidem*, p. 1486 ss.; i contributi pubblicati nel fasc. 2, 2016 della rivista *Diritto pubblico*; P. BONINI, *Brevi considerazioni sul rapporto tra la legislazione per omissione e decisione giurisdizionale*, in *Federalismi.it*, 14, 2017; A. RUGGERI, *Linguaggio del legislatore e linguaggio dei giudici, a garanzia dei diritti fondamentali*, in *Consulta online, Studi*, 2015, III, p. 769 ss.

⁶¹ M. DOGLIANI, *Indirizzo Politico. Riflessioni su regole e regolarità nel diritto costituzionale*, Napoli, Jovene, 1985, p. 211.

⁶² Molto utile, per il dibattito al riguardo, il numero 3, 2017 della *Rivista AIC*, che riporta i contributi al XXXI Convegno annuale dell'Associazione Italiana dei Costituzionalisti, il cui tema era «Di alcune grandi categorie del diritto costituzionale: Sovranità – Rappresentanza – Territorio».

⁶³ V. CRISAFULLI, *Per una teoria giuridica dell'indirizzo politico*, in *Studi urb.*, 1939, p. 178 ss.

⁶⁴ T. MARTINES, *Indirizzo politico*, in *Enc. Dir.*, XXI, Milano, Giuffrè, 1971, p. 134 ss., che individua come «essenziale e preminente» la fase «teleologica» nell'attività di indirizzo politico, oltre a quelle strumentale ed effettuale, nella quale «si operano le scelte primarie e si conduce ad unità la multiforme realtà politica espressa dalla comunità statale»; a sua volta, G. SILVESTRI, *Potere dello Stato (divisione dei)*, in *Enc. Dir.*, XXXIV, Milano, Giuffrè, 1985, p. 697, assume che «la nozione stessa di indirizzo non possa esistere indipendentemente dalla essenziale normatività della fase fondamentale dell'individuazione dei fini».

⁶⁵ A parte le norme che presiedono alla produzione di altre (secondarie, o sulla normazione, o metanorme), quelle di condotta, quelle di struttura, saranno qui rilevanti quelle «performative», che «fanno quel che dicono»: su tutto ciò si v. i classici argomenti di H.L.A. HART, *Il concetto di diritto*, trad. it. Torino, Einaudi, 1965, p. 88 ss.; N. BOBBIO, *Teoria dell'ordinamento giuridico*, Torino, Giappichelli, 1960, p. 36 ss.; R. GUASTINI, *Norma giuridica (tipi e classificazioni)*, in *Dig. disc. civ.*, XII, Torino, 1995, p. 158.

⁶⁶ Ne fa un eccellente sintesi F.G. SCOCA, *Attività amministrativa*, cit., nt. 64: «La disciplina previa dell'attività amministrativa può essere contenuta in fonti di natura legislativa o rego-

nel fissare indirizzi⁶⁷, nel predisporre e perseguire tutele e mutamenti⁶⁸, e che ciò avvenga abbastanza indiscutibilmente in relazione alla pubblica amministrazione⁶⁹ ambientata in un contesto di sovranità popolare, limitata e, al contempo, orientata dai diritti⁷⁰, e comunque tenuta a rispettare quel principio, e vincoli di bilancio, imparzialità, buon andamento.

Ed anche se l'indirizzo politico non si può trovare tutto nella legge, e nemmeno tutto in norme⁷¹, e più in generale è assai discutibile che vi sia un il monopolio dell'autorità pubblica rispetto a tutto ciò che sia di pubblico interesse⁷², ancora una volta ai fini del nostro discorso tutto ciò rileva poco: ci basta convenire sulla circostanza che l'amministrazione pubblica è attività che trova già dispiegato un indirizzo, e che in esso vengono definiti (oltre che standard di comportamento⁷³) obbiettivi,

lamentare, eteronome od autonome: può accrescersi e specificarsi in più atti normativi o programmatici di diversa natura, ordinati dal più astratto al più concreto, e può (ed anzi in qualche misura deve) contenere anche i criteri obbiettivi per consentire che le scelte discrezionali siano oculate ed imparziali».

⁶⁷ C. MARZUOLI *Principio di legalità e attività di diritto privato della pubblica amministrazione*, Milano, Giuffrè, 1982.

⁶⁸ Si riferisce alle *rules of change* H.L.A. HART, *Il concetto di diritto*, cit., p. 89 ss.

⁶⁹ G. BERTI, *Figure del diritto amministrativo: procedura, controllo, responsabilità*, in L. LANFRANCHI (a cura di), *Garanzie costituzionali e diritti fondamentali*, Roma, Istituto della Enciclopedia Italiana, 1997, p. 149, rileva che quando «le leggi hanno per bersaglio l'amministrazione, esse mutano radicalmente la loro funzione», che non è più quella di garanzia e il principio di legalità diviene in tale ambito «un rafforzamento, ottenuto appunto per legge, del legame di suditanza dell'amministrazione verso il potere politico». Parlava al riguardo di «indirizzo politico minore» C. MORTATI, *Istituzioni di diritto pubblico*, Cedam, Padova, 1952, p. 189.

⁷⁰ La stessa sovranità popolare è soggetta a «limiti» (art. 1 Cost.): L. FERRAJOLI, *La sovranità nel mondo moderno*, Roma-Bari, Laterza, 1997, p. 34: «neppure il popolo è sovrano nel vecchio senso di "superiorem non recognoscens" o di "legibus solutus" (...) tanto meno lo è la maggioranza, essendo la garanzia dei diritti di tutti – anche contro la maggioranza – il tratto caratteristico dello Stato democratico di diritto». Per una complessa lettura della sovranità popolare, trattenuta entro i diritti e le libertà, si v. la ricostruzione operata da L.R. PERFETTI, nelle opere indicate *supra* in nt. 41.

⁷¹ C. MARZUOLI *Principio di legalità e attività di diritto privato*, cit., p. 28. Ma si v. anche Corte cost. 14 ottobre 1997, n. 309, che parla di organizzazione che, come «nucleo essenziale, resta necessariamente affidata alla massima sintesi politica espressa dalla legge».

⁷² Così molto efficacemente L.R. PERFETTI, *L'organizzazione amministrativa come funzione della sovranità popolare*, in *Il diritto dell'economia*, 2019, p. 60.

⁷³ M. TRIMARCHI, *Decisione amministrativa di secondo grado ed esaurimento del potere*, in *PA. Persona e Amministrazione*, 2017, p. 204, fa notare che «nel rapporto tra norma e potere non si danno due momenti staccati, quello dell'attribuzione (o della fondazione) e quello della

scopi, orientamenti, in una parola finalità⁷⁴. Con la conseguenza che si può affermare che nella pubblica amministrazione odierna il decisore non è autore, né dispone, della finalità per cui deve agire, la quale viene assegnata *ab externo*, ed è perciò (e non solo per un rapporto dell'atto amministrativo con la legge) che la capacità di scelta, se c'è, è limitata, e proprio per questo dunque appare come peculiare *discrezionalità*, e la decisione che la esprime appartiene alla famiglia di quelle che non devono contemplare anche l'elaborazione delle finalità: l'amministrazione non è funzione delle finalità⁷⁵.

Ciò non significa affatto che la finalità sia *estranea* alla decisione amministrativa, ma anzi, al contrario, che essa – fissata altrove – ne è come insita, interna, in qualche modo implicita⁷⁶; in effetti non bisogna mai

disciplina; ma un momento solo: quello della disciplina legale del potere, che riguarda i profili soggettivi e quelli oggettivi della validità degli atti con i quali esso viene esercitato». Il fatto che il principio di imparzialità, in concorso con quello di legalità, comporta che l'attribuzione di poteri venga accompagnato da criteri di esercizio è stabilito da tempo risalente: cfr. C. cost., 12 marzo 1962, n. 14; 9 dicembre 1968, n. 123; 29 maggio 1995, n. 209; 26 giugno 1996, n. 225; n. 325/2011; A. CERRI, *Imparzialità ed indirizzo politico nella pubblica amministrazione*, Padova, Cedam, 1973, p. 125.

⁷⁴ Parla di «parte di attività in quanto ordinata a un fine» M.S. GIANNINI, *Istituzioni di diritto amministrativo*, Milano, 1981, p. 27; e di organizzazione che «appare primariamente nel suo profilo di attività per la cura di finalità e scopi obiettivati nella stessa Costituzione e poi nelle leggi» G. PASTORI, *Feliciano Benvenuti e il diritto amministrativo del nuovo secolo*, in *Jus*, 2008, p. 325. Insomma, «pur con importanti differenze, i dati della ipostatizzazione in una persona giuridica che partecipa della sovranità e della funzionalizzazione ai fini pubblici sono elementi caratterizzanti di entrambe le concezioni», quella istituzionista e quella normativista: così L.R. PERFETTI, *L'organizzazione amministrativa come funzione della sovranità popolare*, cit., p. 49.

⁷⁵ Per A. ORSI BATTAGLINI, *Gli accordi sindacali nel pubblico impiego*, Milano, Giuffrè, 1982, p. 59 ss., «accanto al profilo garantistico del principio di legalità si pone (...) quello istituzionale, relativo alla posizione complessiva dell'amministrazione e al suo rapporto con gli organi rappresentativi, ai modi cioè in cui la prima, sia come attività che come organizzazione, può essere indirizzata verso il conseguimento degli obiettivi costituzionali e degli indirizzi politici: e ciò indipendentemente dal carattere autoritativo o meno degli strumenti da essa utilizzati»; F.G. SCOCA, *Attività amministrativa*, in *Enc. dir.*, agg. VI, Milano, Giuffrè, 2002, p. 95 ss. ha sostenuto la necessità dell'assoggettamento degli atti privatistici di organizzazione a vincoli funzionali, e a sua volta A. PIOGGIA, *Giudice e funzione amministrativa. Giudice ordinario e potere privato dell'amministrazione datore di lavoro*, Milano, Giuffrè, 2004, p. 274 ss., nota, come altri, che «l'impiego delle clausole generali di correttezza e buona fede nel giudizio sugli atti esercizio di poteri privati dell'amministrazione sembra (...) aprire la via ad una se pure indiretta ricaduta sul singolo atto privatistico delle norme di principio che orientano l'attività amministrativa ai fini di interesse generale».

⁷⁶ R. VILLATA, M. RAMAJOLI, *Il provvedimento amministrativo*, Torino, Giappichelli, 2017, p. 70 ss.; R. CAVALLO PERIN, *Atto autoritativo e diritto amministrativo*, in S. PERONGINI (a cura di), *Al di*

trascurare la circostanza che l'ufficio amministrativo agente esiste ed agisce proprio perché c'è quella finalità di cui prendersi cura, insomma la finalità è tra le ragioni genetiche, tra l'essenza stessa della sua vita, e dunque anche della decisione: senza quella, non ci sarebbe nemmeno questa⁷⁷.

4. *Decidere amministrativamente è determinare*

Potrebbe però ostare all'assunto appena proposto il variegato volto con cui si presenta da ormai molto tempo ciò che si riassume con le formule che si rifanno alla "crisi" (della legge⁷⁸, della sovranità⁷⁹, dello Stato⁸⁰, dei partiti⁸¹, della rappresentanza politica⁸², e così via⁸³), perché in quel molteplice mutamento in corso possono trovarsi anche le tentazioni della politica di rinunciare ad alcuni, a molti o a tutti i propri compiti

la del nesso autorità/libertà: tra legge e amministrazione, Torino, Giappichelli, 2017, p. 22 ss.

⁷⁷ B.G. PETERS, *La pubblica amministrazione*, trad. it. Bologna, Il Mulino, 1999, p. 237 ss.; R.W. SCOTT, *Istituzioni e organizzazioni*, trad. it. Bologna, Il Mulino, 1998, p. 173.

⁷⁸ Tra tanti, L. FERRAJOLI, *Antigone e Creonte, entrambi sconfitti dalla crisi della legalità*, in *Giust. civ.*, 1, 2014, p. 27 ss.; M. AINIS, *La legge oscura*, Roma-Bari, Laterza, 2010; F. MODUGNO, A. CELOTTO, M. RUOTOLO, *Considerazioni sulla crisi della legge*, in *Studi parlamentari e di politica costituzionale*, 1999, p. 7 ss.; M. LUCIANI, *La crisi del diritto nazionale*, in *Storia d'Italia. Legge, diritto e giustizia*, Vol. 30, ed. Il sole 24 Ore, Milano, 2006, p. 1005 ss.; F. MODUGNO, D. NOCILLA, *Crisi della legge e sistema delle fonti*, in *Dir. Soc.*, 1989, p. 411 ss.

⁷⁹ R. BIN *La sovranità nazionale e la sua erosione*, in A. PUGIOTTO (a cura di), *Per una consapevole cultura costituzionale. Lezioni magistrali*, Napoli, Jovene, p. 369 ss.; A. CARRINO, *Il problema della sovranità nell'età della globalizzazione. Da Kelsen allo Stato-Mercato*, Soveria Mannelli, Rubbettino, 2014; nega che la sovranità sia concetto sensato in termini giuridici L. FERRAJOLI, *La sovranità nel mondo moderno. Nascita e crisi dello Stato nazionale*, Roma-Bari, Laterza, 1997, spec. p. 43 ss.

⁸⁰ P. GROSSI, *Il diritto tra potere e ordinamento*, Napoli, 2005, p. 54 ss., legge insieme «la crisi dello statalismo e dello sclerotico sistema delle vecchie fonti».

⁸¹ Fra tanti, si possono vedere, di recente, i lavori radunati in F. BIONDI, G. BRUNELLI, M. REVELLI, *I partiti politici nella organizzazione costituzionale*, Napoli, Editoriale Scientifica, 2016.

⁸² M. LUCIANI, *La massima concentrazione del minimo potere. Governo e attività di governo nelle democrazie contemporanee*, in *Teoria pol.*, 2015, p. 113 ss.; ma si veda già ID., *Il paradigma della rappresentanza di fronte alla crisi del rappresentato*, in N. ZANON, F. BIONDI (a cura di), *Percorsi e vicende attuali della rappresentanza e della responsabilità politica*, Giuffrè, Milano 2001, p. 109 ss.

⁸³ Molto utile per una rassegna ampia di questi temi sono i contributi al Seminario su *Crisi della rappresentanza e nuove dinamiche della regolazione. Le prospettive della democrazia pluralista in Europa*, svoltosi a Catania il 3 ed il 4 aprile del 2017, per gran parte riportati sul numero 3,2017 della rivista *Osservatorio sulle Fonti*.

tradizionali, che ricadrebbero, *in parte qua*, sull'amministrazione che diverrebbe, così, quantomeno un effetto delle tante facce di quella crisi; ed in tal caso la tesi che si sta delineando crollerebbe miserevolmente, dato che, appunto, sulla funzione amministrativa ricadrebbe anche il grave della fissazione delle finalità, compresa la selezione degli interessi, sia pure in supplenza.

Ebbene, a parte il fatto che la tenuta di un compito in forma vicaria e precaria non smentisce che esso sia intestato ad altri, ed altrove perciò andrebbe svolto, e come l'eccezione conferma la regola, così la supplenza non potrebbe che ribadire l'assunto teorico che l'amministrazione non è funzione di finalità; ma poi sarebbe ingenuo pensare oggi ad una politica che, ritraendosi in quanto in crisi⁸⁴, lasci completamente sguarnito il perimetro delle finalità, dato che negli ordinamenti contemporanei vi è tale densità e ampiezza di disposizioni⁸⁵ che appare davvero difficile immaginare uno spazio vuoto, non occupato da valori che abbiano assunto nemmeno la forma di principio codificato in alcun modo, e disponibile perciò, per intero, all'appropriazione amministrativa.

Più realistico è ammettere che, al massimo, la funzione amministrativa trovi le proprie finalità già espresse ma in termini *vaghi*⁸⁶, *indetermina-*

⁸⁴ Addirittura, in forma «capricciosa»: cfr. A. PACE, *L'assoluzione del legislatore capriccioso*, in *Giur. cost.*, 1985, p. 1147 ss.

⁸⁵ M. BOMBARDELLI, *Semplificazione normativa e complessità del diritto amministrativo*, in *Dir. pubbl.*, 2015, p. 1020 ss., rinvia tre macro-aree di complessità normativa (dei centri di produzione, degli interessi regolati, del sistema delle fonti), dopo aver individuato sei tipologie di «complicazione» (qualità, densità, frammentazione, mancata attuazione, eccessivo tecnicismo, pollicentrismo della produzione). A loro volta P. GROSSI, *Il diritto tra potere e ordinamento*, Napoli, 2005, p. 54 ss., legge, oggi, insieme «la crisi dello statalismo e dello sclerotico sistema delle vecchie fonti», e R. BIN, *A discrezione del giudice. Ordine e disordine: una prospettiva «quantistica»*, Milano, Franco Angeli, 2013, p. 72, rileva un «sub-sistema legislativo»; F. CORTESE, S. PANASA, *Dalla bioetica al biodiritto: sulla giuridificazione di interessi scientificamente e tecnologicamente condizionati*, in *Riv. AIC*, 5, 2015, p. 14 e 16, rilevano forme di «co-partecipazione (...) all'esercizio della funzione normativa», e di «sussidiarietà della fonte legislativa»; ed in giurisprudenza si parla di «formanti (e meta-formanti) normativi», come in Cons. Stato, V, 11 marzo 2005 n. 102.

⁸⁶ C.S. PEIRCE, *Vague*, in J.M. BALDWIN (a cura di), *Dictionary of Philosophy and Psychology*, New York-London, II, 1902, p. 748: «A proposition is vague when there are possible states of things concerning which it is intrinsically uncertain whether, had they been contemplated by the speaker, he would have regarded them as excluded or allowed by the proposition. By intrinsically uncertain we mean not uncertain in consequence of any ignorance of the interpreter, but because the speaker's habits of language were indeterminate; so that one day he would regard the proposition as excluding, another as admitting, those states of things. Yet this must be under-

*tr*⁸⁷ (accanto, non bisogna mai trascurarlo, a disposizioni semplicemente generali, astratte⁸⁸, e a istruzioni di comportamento, che a loro volta possono essere strutturate come tutele in favore di chi subisca l'azione amministrativa⁸⁹); orbene, poiché viviamo in un mondo che ho provato a definire «a complessità aumentata»⁹⁰, anche la politica, perciò, può essere complessa, e può esprimersi in modi variegati, plurimi, eterodossi⁹¹, e dunque disporre istruzioni per la pubblica amministrazione non solo con più forme (dai diritti fondamentali alle direttive di governo, agli obiettivi di *performance*), ma anche in termini generali, di principio, e dunque vaghi, indeterminati, e ciò può anche essere conseguenza non già di una crisi, ma, al contrario, di una fisiologia della complessità⁹², e persino una struttura se ci riferiamo alle costituzioni contemporanee,

od to have reference to what might be deduced from a perfect knowledge of his state of mind; for it is precisely because these questions never did, or did not frequently, present themselves that his habit remained indeterminate.

⁸⁷ Oltre che equivoci o ambigui, incapaci cioè di determinare il proprio riferimento a causa di omonimia, polisemia, ampiezza di contesto, «vaghezza di grado», «vaghezza combinatoria»: C. LUZZATI, *La vaghezza delle norme. Un'analisi del linguaggio giuridico*, Milano, Giuffrè 1990, p. 46; W.P. ALSTON, *Filosofia del linguaggio*, trad. it. Bologna, 1971, p. 139 e ss.

⁸⁸ C. LUZZATI, *La vaghezza delle norme*, cit., p. 305 ss., avvisa sul rischio di confusione della vaghezza «con la generalità e/o con la genericità».

⁸⁹ Si veda la osservazione teorica di F.G. SCOCA, *Attività amministrativa*, cit., p. 97: «vanno tenuti separati due profili, rispecchianti le due fondamentali esigenze positivamente affermate nell'attuale ordinamento: da un lato l'esigenza della soddisfazione degli interessi assegnati all'amministrazione (interessi pubblici); dall'altro l'esigenza del trattamento corretto ed imparziale dei soggetti che con l'amministrazione vengono giuridicamente in contatto», cfr. anche B. TONOLETTI, *Testi giuridici ed efficienza della pubblica amministrazione*, in AA.VV., *Le parole giuste. Scrittura tecnica e cultura linguistica per il buon funzionamento della pubblica amministrazione e della giustizia*, Senato della Repubblica, 2017, p. 266: «la legge amministrativa instaura sempre, implicitamente, una sorta di tensione tra tendenza espansiva e tendenza limitativa dell'azione amministrativa».

⁹⁰ P. FORTE, *Complessità e situazioni giuridiche. Notazioni teoriche*, in AA.VV., *Scritti per Franco Gaetano Scoca*, III, Napoli, Editoriale Scientifica, 2021, p. 2143 ss.

⁹¹ G. CLEMENTE DI SAN LUCA, *Il sindacato giurisdizionale sulle valutazioni tecniche in materia ambientale*, in *Giustamm.it*, 7, 2016, par. 3.

⁹² Cfr. Cass., sez. un., 25 novembre 2013, n. 26283, che a proposito del «principio di ordine generale» che «occorre l'intervento del legislatore per l'istituzione di un ente pubblico», ai sensi dell'art. 4, l. n. 70 del 1975, afferma che «può ammettersi che un siffatto riconoscimento sia desumibile anche per implicito da una o più disposizioni di legge», ancorché «occorre nondimeno che la volontà del legislatore in tal senso risulti da quelle disposizioni in modo assolutamente inequivoco».

viste come documenti politici di lunga durata⁹³, processi⁹⁴, insomma oggetti evolutivi⁹⁵.

Per molti concetti indeterminati si può dire anche che costituiscano un distillato astratto da casi concreti accaduti, costruito dunque in base ad enorme esperienza ed addestramento, anche in funzione dei casi non ancora accaduti, ma prevedibili, e vi è poco dubbio che, nonostante le apparenze, ciò costituisca uno straordinario strumento di definizione e operatività, verrebbe da dire di effettività⁹⁶, per una sorprendente disciplina del caso concreto⁹⁷.

La pluralità dei significati potenziali è un carattere indiscutibile di concetti indeterminati e clausole generali, ma si può discutere che questo sia un difetto, ed in ogni caso il compito del Diritto è, al riguardo, proprio quello di trovare i modi per determinare quelli e concretizzare queste il più possibile, e questo difficile impegno, per quanto non possa aspirare ad una soluzione assoluta, ma forse *probabile*⁹⁸, non è una missione impossibile, come sarebbe se i significati fossero infiniti, in continuo e inarrestabile rinnovamento; dunque nei casi più complessi abbiamo un

⁹³ M. LUCIANI, *Dottrina del moto delle Costituzioni e vicende della Costituzione repubblicana*, in *Rivista AIC*, 1, 2013.

⁹⁴ A. SPADARO, *Dalla Costituzione come «atto» (puntuale nel tempo) alla Costituzione come «processo» (storico). Ovvero della continua evoluzione del parametro costituzionale attraverso i giudizi di costituzionalità*, in *Quad. cost.*, 3, 1998, p. 343 ss.

⁹⁵ M.S. GIANNINI, *La libertà dall'ignoranza e dal bisogno. I diritti sociali*, ora in Id., *Scritti*, 1963-1969, V, Milano, Giuffrè, 2004, p. 62, fa l'esempio del principio di uguaglianza, considerata dapprima una libertà (dal privilegio, dall'arbitrio dell'autorità) o un frammento (di libertà) accessorio ad altra in cui si realizzava, e in seguito via via specificato come "principio istituzionale", come tale capace di investire virtualmente ogni istituto giuridico, tanto da valere in materia tributaria, di ordini di polizia, di requisizioni, in materia di canoni di concessioni ecc.

⁹⁶ A. CATANIA, *Diritto positivo ed effettività*, Napoli, 2009; N. IRTI, *Significato giuridico dell'effettività*, Napoli, 2009; M. D'ALBERTI, *L'effettività e il diritto amministrativo*, Napoli, 2011.

⁹⁷ F. DI MARZIO, *Ringiovanire il diritto? Spunti su concetti indeterminati e clausole generali*, in *Giust. Civ.*, 2014, p. 339 ss.; si v. al riguardo anche L.R. PERFETTI, *Per una teoria delle clausole generali in relazione all'esercizio dei pubblici poteri. Il problema dell'equità*, in *Giur. it.*, 2012, p. 1213.

⁹⁸ A. GIULIANI, *La controversia: contributo alla logica giuridica*, Pavia, Tip. del libro, 1966, p. 88; G. TERRACCIANO, A.M. COLARUSSO, *L'indizio nella decisione amministrativa. Teoria e prassi dell'inferenza probatoria nell'esercizio della funzione amministrativa e del potere giurisdizionale*, Napoli, Editoriale scientifica, 2021, p. 36, assumono che «la norma imprecisa (...) può essere definita come una primordiale definizione della discrezionalità tecnica».

pugno di significati possibili⁹⁹, e ad eleggere tra essi quelli che vanno usati con maggiore probabilità di appropriato funzionamento, e soprattutto di validità giuridica, diviene decisivo contemplare la finalità per la quale si sta agendo, qualunque denominazione assuma, per ogni operazione di determinazione¹⁰⁰.

Insomma, se può apparire che «la chiarificazione del concetto indeterminato non segue un moto progressivo e la indeterminatezza del concetto stesso è destinata a conservarsi nel tempo, attraverso la evoluzione degli usi linguistici e giurisprudenziali»¹⁰¹, ciò tuttavia è vero sino ad un certo punto, giacché i casi umani non sono infiniti, le opinioni morali non sono tante quante sono le persone, e affermare oggi che «ogni testa è un tribunale» come ieri «*tot capita, tot sententiae*» è un efficace modo per rappresentare la varietà, la pluralità e la difficoltà dell'esperienza umana, ma non si può dire che sia esatto, che sia più di un enfatico motto popolare e vada cioè preso alla lettera, anzi al numero. Ogni descrizione di un concetto nasce infatti socialmente indeterminata¹⁰², e subisce un

⁹⁹ G.U. RESCIGNO, *Il giurista come scienziato*, in *Dir. pubbl.*, 2003, p. 846: «vale la pena di notare che nella pratica la tesi spesso enunciata dai filosofi del diritto secondo cui in principio il numero di enunciati che interpretano il medesimo enunciato di partenza sono infiniti si rivela falsa: sono molto frequenti i casi in cui gli enunciati interpretativi sono due, sono presenti casi in cui sono tre, molto rari i casi in cui sono quattro, non ricordo nessun caso in cui sono cinque».

¹⁰⁰ «è sull'interprete che grava per intero il compito di riportare a coerenza l'insieme delle disposizioni legislative, onde ricavarne la norma del caso, norma che deve necessariamente essere reperita (nonostante le lacune della legislazione) e deve essere necessariamente univoca e non smentita da altre norme concorrenti»: R. BIN, *Il sistema delle fonti. Un'introduzione*, in *forumcostituzionale.it*, p. 3.

¹⁰¹ F. DI MARZIO, *Ringiovanire il diritto?*, cit., p. 366, che lo spiega nel senso che «già la definizione del significato del concetto indeterminato in quanto tale, ma soprattutto l'utilizzo dello stesso nei casi concreti che si presentano, e dunque l'applicazione della disposizione che contiene il concetto indeterminato al fatto della vita, se per un verso esemplifica una determinazione del concetto, per altro verso contribuisce all'oscuramento della nozione nei limiti in cui l'ultima concretizzazione si distanzia o confligge con concretizzazioni precedenti e nei limiti in cui la concretizzazione è combattuta da altre interpretazioni alternative»; ma come si vedrà subito nel testo, questo non è un processo che si protrae all'estremo, o all'infinito, e che si rinnova sempre, e continuamente, invariabilmente, costringendoci a cominciare sempre, periodicamente, da zero.

¹⁰² Tutti i concetti giuridici sono originariamente (necessariamente) indeterminati: K. ENGISCH, *Introduzione al pensiero giuridico*, trad. it. Milano, Giuffrè, 1970, p. 171; T. ASCARELLI, *Giurisprudenza costituzionale e teoria dell'interpretazione*, in *Riv. dir. proc.*, 1957, p. 352 ss.; C. LUZZATI, *La vaghezza delle norme*, cit., p. 4 ss.; S. COGNETTI, *Profili sostanziali della legalità amministrativa*, cit., p. 242; sulla vaghezza fisiologica del linguaggio cfr. poi R. GUASTINI, *Interpretare e argomentare*, Milano, Giuffrè, 2011, p. 59 ss.

processo progressivo di determinazione, una *emersione* che tuttavia trova un meccanismo e dunque poi un momento, un processo ed un punto di *fissazione*¹⁰³, e ce ne consente un utilizzo, a questo punto sì, sociale¹⁰⁴, così come ogni parola, ogni espressione, ogni opera rappresentativa; se così non fosse, infatti, ciò renderebbe impossibile non solo il fenomeno giuridico, ma il linguaggio, la comprensione, la musica, l'arte, la convivenza stessa tra gli umani.

Senza dunque negare che la questione dell'indeterminatezza sia notoriamente di grandissimo rilievo in Diritto, ancora una volta possiamo dire che lo sia meno ai nostri fini: se l'indirizzo rivolto all'amministrazione è vago o indeterminato, non significa che non ci sia, e per quanto è complesso, sono disponibili diversi strumenti per contemplare anche le finalità definite in termini vaghi e utilizzarle in quanto tali; e ciò vale sia per i concetti giuridici indeterminati, sia per le clausole generali, se si intende queste connotate diversamente da quelli¹⁰⁵: insomma, considerato che è difficile distinguere indeterminato così da indeterminato cosà, vago colì da vago colà¹⁰⁶, e persino ciò che lo sia

¹⁰³ M. FERRARIS, *Documentalità. Perché è necessario lasciare tracce*, Roma-Bari, 2009, spec. p. 232 ss.; A. REINACH, *Sulla fenomenologia*, in Id., *La visione delle idee*, a cura di S. BESOLI, A. SALICE, trad. it. Macerata, Quodlibet, 2008, p. 183; J. SEARLE, *La costruzione della realtà sociale*, trad. it., Torino, 2006, p. 34, che lo spiega con il fenomeno dell'intenzionalità collettiva: «l'idea è che se noi intendiamo fare qualcosa insieme, allora ciò consiste nel fatto che intendo farlo con la credenza che anche tu intenda farlo; e tu intendi farlo con la credenza che anch'io intenda farlo. E ciascuno crede che l'altro abbia queste credenze, e ha queste credenze riguardo a queste credenze, e riguardo a queste credenze, ecc., in una gerarchia potenzialmente infinita di credenze»; e tuttavia, egli stesso non riesce a sfuggire all'idea che in questo meccanismo vi sia «un elemento di magia, il comparire di un trucco, un gioco di prestigio»: *ibidem*, p. 55.

¹⁰⁴ Sulle «mutevoli regole socialmente tipiche cui rinvia la metaregola giuridica che contiene la clausola generale», e al contempo sulla «mera indeterminatezza delle regole staticamente intesa» cfr. C. LUZZATI, *Le metafore della vaghezza*, in *Analisi e diritto*, 1999, p. 117 ss. e p. 128 ss. Si veda al riguardo anche A. ROMANO TASSONE, *Sulla vicenda del concetto di «merito»*, in *Direttoriale*, 2008, p. 547.

¹⁰⁵ Questione difficile in termini teorici e assai dibattuta: cfr., ad es., G. D'AMICO, *Clausole generali e ragionevolezza*, in *La Corte costituzionale nella costruzione dell'ordinamento attuale. Principi fondamentali*, I, Napoli, 2007, spec. p. 436 ss.; S. PATTI, *Clausole generali e discrezionalità del giudice*, in *Riv. Notar.*, 2010, p. 303 ss.

¹⁰⁶ Cfr., in termini assai più rigorosi, e consoni, V. VELLUZZI, *Le clausole generali. Semantica e politica del diritto*, Milano, 2010, p. 62 ss.; a loro volta, G. TERRACCIANO, A.M. COLARUSSO, *L'indirizzo nella decisione amministrativa*, cit., p. 61, richiamano «l'operatività di distinte linee guida di natura legislativa o logico-argomentativa».

volontariamente da ciò che lo sia senza intenzione¹⁰⁷, per quanto si possa comprendere che sulle prime ci si trovi in difficoltà con qualunque indeterminatezza e qualsiasi vaghezza, dopo un po' di pratica, di precedenti, di esperienza, e forse di connessioni logiche ed analogiche con principi e persino norme¹⁰⁸, quella indeterminatezza e quella vaghezza possono essere se non eliminate, ridotte senz'altro, ad esempio nelle operazioni di *concretizzazione* della clausola generale¹⁰⁹, di *determinazione* dei concetti¹¹⁰, e più in generale di valutazione e di identificazione di una vera e propria regola di condotta di qualsiasi natura, che si compie per applicare un concetto indeterminato o una disposizione vaga.

Decidere significa in effetti stabilire quale tra diverse opzioni è preferita, dunque *determinare*; ed è per questo che una decisione può sembrare necessaria anche di fronte alle interpretazioni¹¹¹, e si è avanzata l'ipotesi che la discrezionalità sia in fin dei conti un'operazione di comprensione delle norme da applicare¹¹²; ma poi si può trarre la conseguenza che anche di fronte all'indeterminatezza dovuta all'opinabilità tecno-scientifica, si tratta pur sempre di condurre la medesima operazione, determinare,

¹⁰⁷ S. RODOTÀ, *Le clausole generali*, in G. ALPA, M. BESSONE, *I contratti in generale*, I, Torino, 1991, p. 403.

¹⁰⁸ M. LIBERTINI, *Clausole generali, norme di principio, norme a contenuto indeterminato. Una proposta di distinzione*, in *Riv. crit. dir. priv.*, 2011, p. 365 ss.

¹⁰⁹ V. ad es. S. PATTI, *Ragionevolezza e clausole generali*, Milano, Giuffrè, 2013, spec. p. 34 ss., con ampi richiami di letteratura; G. TERRACCIANO, A.M. COLARUSSO, *L'indizio nella decisione amministrativa*, cit., p. 40.

¹¹⁰ R. GUASTINI, *Interpretare e argomentare*, cit., p. 202 ss.; V. ITALIA, *I concetti giuridici*, Milano, Giuffrè, 2010, spec. p. 96 ss.; G. TERRACCIANO, A.M. COLARUSSO, *L'indizio nella decisione amministrativa*, cit., p. 60 ss., individuano quattro fasi di concretizzazione dei concetti indeterminati.

¹¹¹ G.U. RESCIGNO, *L'ultima lezione. Come ho pensato di poter conciliare la politica rivoluzionaria e la scientificità della professione di giurista*, in *Costituzionalismo.it*, 1, 2011: «l'attività di interpretazione sta proprio nel ragionamento in base al quale chi interpreta formula (o esibisce) sia A che B, come possibili riscritture del testo originario. Stabilire però che la interpretazione corretta è A e non B, o viceversa, è una decisione, giustificata quanto si vuole dalla interpretazione svolta, ma distinta dalla attività di interpretazione: viene infatti dopo la interpretazione, e sceglie una riformulazione (una interpretazione) e scarta l'altra (che pure è stata formulata).

¹¹² L. BENVENUTI, *La discrezionalità amministrativa*, Padova, Cedam, 1986; ID., *La discrezionalità amministrativa e i suoi interpreti*, in ID., *Interpretazione e dogmatica nel diritto amministrativo*, Milano, Giuffrè, 2002, spec. p. 64 ss.; si vedano gli argomenti al riguardo addotti da D. DE PRETIS, *Valutazione amministrativa e discrezionalità tecnica*, cit., p. 135.

che non a caso è il sintagma usato dalla legge (l'art. 3, l. n. 241/1990) per descrivere l'evoluzione decisionale, la meccanica di ogni decisione, nella pubblica amministrazione: «i presupposti di fatto e le ragioni giuridiche che hanno *determinato* la decisione dell'amministrazione, in relazione alle risultanze dell'istruttoria».

Per quanto normalmente gli osservatori giuridici riconducano le operazioni di determinazione alla funzione giurisdizionale¹¹³, (forse per tutti, ma certamente) in confronto alla pubblica amministrazione (e perciò nel Diritto amministrativo) è importante che esse siano condotte già nell'esercizio dell'attività amministrativa¹¹⁴, fuori dall'aula giudiziaria, prima del giudice¹¹⁵ ed anzi possibilmente senza di esso¹¹⁶.

Ed è poco discutibile che il ventaglio di strumenti determinativi (chiamiamoli così per brevità) debba stare nel bagaglio tecnico, professionale, nell'addestramento e nella esperienza accumulata di un funzionario decisore nella pubblica amministrazione, sotto forma di precomprensione¹¹⁷,

¹¹³ Sulla «centralità del (ruolo e del) potere attribuito dalla legge al giudice: natura, limiti e controllabilità in sede di impugnazione» si v. E. FABIANI, *Clausola generale*, in *Enc. Dir., Ann. V*, Milano, Giuffrè, 2012, p. 249 ss.; V. MARINELLI, *Studi sul diritto vivente*, Napoli, Jovene, 2008, p. 7 «l'obbligo del giudice di decidere le controversie che gli vengono sottoposte ha come naturale corrispettivo il suo potere di stabilire la regola giuridica applicabile, e ciò anche quando manchi una chiara ed univoca disposizione. In altre parole, il dover rendere comunque il giudizio trova il suo necessario complemento nella competenza del giudice a risolvere i casi di oscurità, ambiguità, vaghezza, imprecisione, lacunosità, antinomicità del dettato normativo». R. BIN, *Il sistema delle fonti. Un'introduzione*, cit., p. 2, ritiene che quanto più un ordinamento è disordinato e complesso tanto più diventa necessaria l'attività di interpretazione dei giudici per ricondurlo ad unità, coerenza e completezza.

¹¹⁴ Sulla necessità intrinsecamente fattuale dell'amministrazione cfr. da ultimo M. RAMAJOLI, *A proposito di codificazione e modernizzazione del diritto amministrativo*, in *Riv. trim. dir. pubbl.*, 2016, p. 353 ss.

¹¹⁵ Cfr. F. CINTIOLI, *Discrezionalità tecnica (dir. amm.)*, cit., «l'utilizzo da parte del legislatore di concetti indeterminati, elastici o generali non è vicenda che appartenga in esclusiva al diritto amministrativo. In esso, però, acquista un connotato particolare. Ciò perché il concetto giuridico indeterminato dev'essere, in prima battuta, interpretato e applicato dall'autorità amministrativa titolare del potere pubblico. Solo in seconda battuta, in occasione del sindacato compiuto sull'atto di esercizio del potere, viene all'attenzione del giudice».

¹¹⁶ A. FALZEA, *Standards giuridici*, in *Id.*, *Ricerche di teoria generale del diritto e di dogmatica giuridica*, I, Milano, Giuffrè, 1999, p. 416 ss.

¹¹⁷ A. KAUFMANN, *Filosofia del diritto ed ermeneutica*, trad. it. Milano, Giuffrè, 2003, p. 160 ss.

predeterminazione¹¹⁸, stati intenzionali di funzione¹¹⁹, nei quali sono compresi i doveri d'ufficio, gli obblighi ed i principi che presiedono alla validità giuridica della sua condotta amministrativa: la completezza di istruttoria, la ragionevolezza, la logicità, l'uso di *standard* e prassi, insomma l'insieme di elementi riferiti al fatto o a precedenti; ma è normale attendersi che l'amministrazione, anche quando trova finalità ed indirizzi vaghi, debba, prima di procedere, disporre ed utilizzare una «base enunciativa»¹²⁰, un *bouquet* di principi che concorrono al suo orientamento ma che non sono da essa costituiti; e perciò se vi sono opzioni anche ad un livello amministrativo, e per esercitarle ai fini di una decisione si maneggiano principi, le scelte amministrative non finiscono comunque per avere perciò anche un proprio rilievo politico, e non debbono averlo¹²¹.

Questi connotati non cambiano quando la decisione amministrativa sia basata su inferenze tecno-scientifiche; anche in quel caso è connotata dal principio della completezza istruttoria, combinato con obblighi di accessibilità, trasparenza sostanziale, motivazione, e ciò può condurre a ritenere necessaria la giustificazione cd. esterna, e cioè la esplicitazione comprensibile tra i motivi che hanno determinato la decisione, anche di quelli che hanno fatto escludere le altre soluzioni disponi-

¹¹⁸ A. FALZEA, *Prassi giuridica*, in Id., *Ricerche di teoria generale del diritto e di dogmatica giuridica*, cit., I, p. 443 ss., secondo cui «le regole dei sistemi culturali esterni al diritto costituiscono (...) criteri di determinazione delle regole giuridiche».

¹¹⁹ È il linguaggio descrittivo usato da J. SEARLE, *La costruzione della realtà sociale*, cit., p. 147 ss.

¹²⁰ R. GUASTINI, *Produzione di norme a mezzo di norme. Un contributo all'analisi del ragionamento giuridico*, in L. GIANFORMAGGIO, E. LECALDANO (a cura di), *Etica e diritto. Le vie della giustificazione razionale*, Laterza, Roma-Bari, 1986.

¹²¹ Cfr., al riguardo G. PINO, *Coerenza e verità nell'argomentazione giuridica. Alcune riflessioni*, in *Rivista Internazionale di Filosofia del Diritto*, 1998, p. 103 ss.: «si potrebbe sostenere che per giudicare del maggiore o minore peso e importanza di un principio rispetto ad un altro dobbiamo possedere una visione a sua volta coerente dell'ordinamento nel suo complesso, e in tal senso si potrebbe anche parlare di una sorta di coerenza di ritorno, che opera a livelli più generali, in apparenza neanche troppo dissimile dalla *integrity* dworkiniana. Ma la differenza fondamentale è che la coerenza anche a questi livelli più generali, ammesso che ci si debba arrivare, rimane sempre un valore strumentale alla realizzazione di altri valori, non diventa esso stesso un valore politico indipendente».

bili¹²², in ragione delle circostanze del caso concreto, ma, soprattutto, in relazione alle finalità perseguite: l'interesse pubblico *in concreto*, cioè, anche nelle inferenze tecno-scientifiche dipende dall'interesse pubblico *in astratto*, nel senso che da esso deve procedere, come una elaborazione di tipo sillogistico, in cui vi è bisogno di una coerenza complessa¹²³, in cui *omnis determinatio est (etiam) negatio*¹²⁴, per far emergere l'assetto più appropriato, che può apparire perciò anche come «norma singolare»¹²⁵.

Il decisore amministrativo ha così la possibilità di usare la proporzionalità per la verifica della «necessità» di una certa decisione¹²⁶, come risultato del confronto con ipotetiche scelte alternative, che si compie attraverso misurazioni che non implicano solo apprezzamenti circa l'accettabilità

¹²² Cfr. al riguardo (anche per una comparazione tra decisione amministrativa e giudiziaria) R. GUASTINI, *Interpretare e argomentare*, cit., p. 235 ss.; per L. DEL CORONA, *Le decisioni pubbliche ai tempi del Coronavirus: la tutela dei diritti tra fondatezza scientifica, trasparenza e principio di precauzione*, in *Biolaw Journal*, 1, 2020, p. 72, è «essenziale l'ascolto di più voci, tramite l'instaurazione di un serio contraddittorio tra esperti, in cui siano rispettate in modo fedele le posizioni presenti della comunità scientifica».

¹²³ G. PINO, *Coerenza e verità nell'argomentazione giuridica*, cit., p. 118.

¹²⁴ Principio mai espresso da Spinoza, ma attribuitogli da Hegel: cfr. G.W.F. HEGEL, *Scienza della logica*, trad. it. Bari, Laterza, 1968, p. 108.

¹²⁵ F. DI MARZIO, *Ringiovanire il diritto?*, cit., p. 352: «ogni classificazione, e dunque anche questa, va considerata con grande prudenza. Non soltanto perché difficilmente potrebbe essere veramente esaustiva, e ancor più difficilmente potrebbe aspirare a durare apprezzabilmente nel tempo (in considerazione della evoluzione della materia che ne costituisce oggetto); ma anche perché, se consente un guadagno esplicativo, questo risultato è ottenuto sacrificando in parte la effettiva complessità del fenomeno (...) L'opera di valutazione, il giudizio, realizza non solo una specificazione del significato potenziale della regola generale applicata al caso concreto, ma anche una integrazione della regola medesima: che da disposizione generale diventa norma singolare, destinata a disciplinare uno specifico fatto storico. Norma costruita anche in ragione delle caratteristiche del fatto medesimo». Si rammenti anche H.L.A. HART, *Il concetto di diritto*, cit., p. 154: «il potere legislativo stabilisce criteri molto generali e poi delega ad un organo normativo amministrativo, che sia a conoscenza dei vari casi, il compito di foggare norme adatte alle loro particolari esigenze».

¹²⁶ Parla di «una risposta proporzionale al rischio potenziale (...) inopportuna, inutilmente dispendiosa, se non sostanzialmente improduttiva» Cons. Stato, III, sent. 19 settembre – 3 ottobre 2019 n. 6655, che rileva come «la costante giurisprudenza ha ritenuto che il principio di precauzione, i cui tratti giuridici si individuano lungo il segnalato percorso esecutivo fondato sul binomio analisi dei rischi – carattere necessario delle misure adottate, presuppone l'esistenza di un rischio specifico all'esito di una valutazione quanto più possibile completa, condotta alla luce dei dati disponibili che risultino maggiormente affidabili e che deve concludersi con un giudizio di stretta necessità della misura».

del sacrificio in relazione al valore degli interessi implicati¹²⁷, conducendo l'istruttoria in termini adeguati e completi, fornendo ampia e compiuta motivazione, adottando scelte attendibili, ragionevoli, logiche in relazione ai fatti rilevati¹²⁸.

Se a questi canoni di imparzialità e buon andamento, agli elementi della ragionevolezza e della logicità, della proporzionalità, e alle loro declinazioni operative, si aggiungono gli argomenti dello sviluppo evolutivo, procedimentale della decisione¹²⁹, i fattori di contesto, le ragioni di coerenza con le finalità, si conferma la visione della decisione amministrativa che altro non è se non una "determinazione", una scelta fisiologicamente frutto di un'opzione che non dipende dall'opinione personale del decisore, la cui qualità dipende dagli elementi che vengono in rilievo al decisore al fine di porre termini, dare un percorso alla volizione, muoverlo verso un'opzione, e dalle modalità per la loro valutazione, sia in termini assoluti, che in comparazione, in relazione gli uni agli altri.

Si tratta, insomma, di una pretesa a che la decisione amministrativa abbia una forma di "ragionevolezza", di seguire un percorso di formazione progressiva della determinazione, appunto, e secondo uno schema che, mano a mano che le decisioni debbano affrontare stati di complessità maggiori, diventa sempre più *multicriteriale*¹³⁰, conosce la cd. «riduzione

¹²⁷ F. TRIMARCHI BANFI, *Canone di proporzione e test di proporzionalità nel diritto amministrativo*, in *Dir. Proc. Amm.*, 2016, p. 390 ss.

¹²⁸ F. TRIMARCHI BANFI, *Ragionevolezza e razionalità delle decisioni amministrative*, in *Dir. Proc. Amm.*, 2019, p. 321.

¹²⁹ Sulla funzione come «processo formativo di una decisione» cfr. per tutti F. LEDDA, *La concezione dell'atto amministrativo e dei suoi caratteri*, in Id., *Scritti giuridici*, Torino, Giappichelli, 2002, p. 242; e più in generale A. POLICE, *La predeterminazione delle decisioni amministrative. Gradualità e trasparenza nell'esercizio del potere discrezionale*, Napoli, Edizioni scientifiche italiane, 1996, p. 81 ss.

¹³⁰ Ho illustrato «la sovrapposizione abbastanza evidente tra la logicità, la proporzionalità, la ragionevolezza come canoni giuridici e i percorsi utilizzabili dall'AI per la formazione delle decisioni algoritmiche» in P. FORTE, *Diritto amministrativo e Data Science. Appunti di Intelligenza Amministrativa Artificiale (AAI)*, spec. p. 284 ss., cui si permetta il rimando; e si v. anche al riguardo V. BRIGANTE, *Evolving pathways of administrative decisions. Cognitive activity and data, measures and algorithms in the changing administration*, Napoli, ES, 2019, spec. p. 161.

progressiva della discrezionalità amministrativa»¹³¹, gli auto-vincoli¹³², ed anche il giudicato *a formazione progressiva*¹³³, che rileva in confronto alla decisione amministrativa come «fatto» e non come «atto»¹³⁴, capace di addurre limiti alla capacità decisionale dell'amministrazione in sede

¹³¹ Che oggi trova anche un importante appiglio gius-processuale (nel quadro dell'ampio discorso teorico della *full jurisdiction*), laddove il codice del processo amministrativo sostanzialmente equipara l'attività vincolata a quella, pur originariamente connotata in termini discrezionali, in cui «non residuano ulteriori margini di discrezionalità» (art. 31, comma 3, del Codice del processo amministrativo); Al riguardo, M. CLARICH, *Manuale di diritto amministrativo*, Bologna, Il Mulino, 2017, p. 128, ne parla come una «vincolatezza in concreto»: «all'esito dell'attività istruttoria operata dall'amministrazione per accertare i fatti e acquisire gli interessi e gli altri elementi di giudizio rilevanti e all'esito della ponderazione di interessi può darsi che residui, secondo criteri di ragionevolezza e proporzionalità, un'unica scelta legittima tra quelle consentite in astratto dalla legge. Nel corso del procedimento la discrezionalità può cioè ridursi via via fino ad annullarsi del tutto (secondo la dottrina tedesca *Ermessensreduzierung auf Null*); secondo N. PAOLANTONIO, *La dicotomia tra giurisdizione soggettiva e oggettiva nella sistematica del codice del processo amministrativo*, in *Dir. Proc. Amm.*, 2020, p. 265, «l'art. 31, comma 3, c.p.a. va interpretato nel senso che s'impone al giudice il divieto di adottare pronunce di condanna per l'ipotesi in cui residui un margine "ulteriore" di sola discrezionalità amministrativa o "pura"»

¹³² P.M. VIPIANA, *L'autolimita della pubblica amministrazione. L'attività amministrativa fra coerenza e flessibilità*, Milano, Giuffrè, 1990; A. POLICE, *La predeterminazione delle decisioni amministrative*, cit., spec. p. 233 ss.; C. CUDIA, *Funzione amministrativa e soggettività della tutela*, Milano, Giuffrè, 2008, spec. p. 269 ss.; in giurisprudenza, si v. cfr. per tutte Cons. Stato, Sez. III, 22 dicembre 2020, n. 8209: «la garanzia dell'autovincolo, nelle procedure concorsuali, è fondamentalmente finalizzata alla *par condicio*: conoscere in via anticipata i criteri valutativi e decisionali della commissione valutatrice, in un contesto in cui le regole di partecipazione sono chiare e predefinite, mette in condizione i concorrenti di competere lealmente su quei criteri, con relativa prevedibilità degli esiti». Per le strutture di base nei procedimenti pianificatori urbanistici (pur nelle loro peculiarità), ed in particolare sul ruolo dei documenti «preliminari», cfr. P.L. PORTALURI, *Poteri urbanistici e principio di pianificazione*, Napoli, Jovene, 2003, p. 283.

¹³³ Cfr. Cons. Stato, A.P., 9 giugno 2016, n. 11: «l'esecuzione del giudicato amministrativo (sebbene quest'ultimo abbia un contenuto poliforme), non può essere il luogo per tornare a mettere ripetutamente in discussione la situazione oggetto del ricorso introdotto di primo grado, su cui il giudicato ha, per definizione, conclusivamente deciso; se così fosse, il processo, considerato nella sua sostanziale globalità, rischierebbe di non avere mai termine, e questa conclusione sarebbe in radicale contrasto con il diritto alla ragionevole durata del giudizio, all'effettività della tutela giurisdizionale, alla stabilità e certezza dei rapporti giuridici (valori tutelati a livello costituzionale e dalle fonti sovranazionali alle quali il nostro Paese è vincolato); da qui l'obbligo di esecuzione secondo buona fede e senza che sia frustrata la legittima aspettativa del privato alla stabile definizione del contesto procedimentale».

¹³⁴ Il linguaggio e gli spunti sono tratti dalla sent. Cons. Stato, sez. VI, 25 febbraio 2019, n. 1321, che opera al riguardo un richiamo «alla combinazione di ordinanze propulsive e motivi aggiunti avverso l'atto di riesercizio del potere, ma anche alle preclusioni istruttorie e alla regola di giudizio fondata sull'onere della prova» che consentirebbe al giudice di concentrare «in un solo episodio giurisdizionale tutta quella attività di cognizione che prima doveva necessariamente essere completata in sede di ottemperanza».

di ottemperanza, di modo che non possa pregiudicare impropriamente l'effetto favorevole per il ricorrente¹³⁵, e che oggi viene trattato come principio del *one shot* temperato¹³⁶ in chiara funzione ancillare al principio di effettività della tutela¹³⁷. E su tutto incombe il serbatoio determinativo degli indirizzi, degli obbiettivi, insomma degli orientamenti che provengono dalla politica e dalle sedi di governo, che si aggiungono ed anzi fanno come da guida al resto del lavoro¹³⁸.

Tutto ciò ci fa finalmente giungere alla tesi che qui si propone, tanto semplice da essere banale: quando la scelta della decisione riguarda opzioni tecno-scientifiche, effettivamente c'è poco di diverso da ogni altra ipotesi di discrezionalità propriamente amministrativa, non per le ragioni che, un tempo, sostenevano quella tesi¹³⁹, ma paradossalmente per motivi del tutto opposti.

Il difetto della prima omologazione tra “discrezionalità amministrativa” e “tecnica” stava nel fatto che, appunto, si assimilavano operazioni che importavano nell'un caso opzioni politiche, nell'altro tecno-scientifiche¹⁴⁰,

¹³⁵ M. CLARICH, *Giudicato e potere amministrativo*, Padova, Cedam, 1989, *passim*.

¹³⁶ In base al quale, in sede di riesame di una vicenda controversa, sussiste un dovere per l'amministrazione di procedere alla verifica di tutti i profili rilevanti, dunque non soltanto di quelli investiti dalla sentenza che la induce al riesame, «allo scopo di evitare che la realizzazione dell'interesse sostanziale possa essere frustrato dalla reiterazione di provvedimenti, basati sempre su inediti supporti motivazionali»: così Cons. Stato, IV, 4 marzo 2011, n. 1415; ma si vedano anche Cons. Stato sez. III, 14 febbraio 2017, n. 660; Cons. Stato, sez. V, 13 settembre 2018, n. 5371.

¹³⁷ U. GRAZIANO, *Contributo sull'effettività del giudicato amministrativo*, Torino, Giappichelli, 2020, p. 111 ss.

¹³⁸ Cfr. tra molti altri, R. ALEXY, *Teoria dei diritti fondamentali*, trad. it. Bologna, il Mulino, 2012, spec. p. 621 ss.; G. SCACCIA, *Gli «strumenti» della ragionevolezza nel giudizio costituzionale*, Milano, Giuffrè, 2000, p. 270 ss.

¹³⁹ O. RANELLETTI, *Principii di diritto amministrativo*, Napoli, Pierro, 1912, p. 365 ss.: «la discrezionalità, sia l'apprezzamento puramente amministrativo, sia tecnico-amministrativo, è sempre amministrativa, e quella distinzione non ha alcuna importanza giuridica».

¹⁴⁰ Lo dice molto bene S. TORRICELLI, *Per un modello generale di sindacato sulle valutazioni tecniche: il curioso caso degli atti delle Autorità Indipendenti*, in *Dir. Amm.* 2020, p. 101: «Frammentare il tema dell'incertezza riportandolo a due categorie generali (quella della discrezionalità e quella della valutazione tecnica) e ipotizzare che la distinzione tra ciò che è discrezionale e ciò che non lo è dipenda dal fatto di presupporre o meno un bilanciamento di interessi, non significa postulare che compiere una “mera” valutazione tecnica non incida sugli interessi in gioco. Vi incide, come vi incide ogni scelta amministrativa, ma si distingue perché è fatta non sulla base della prerogativa (politica) di decidere quanto soddisfare ciascun interesse a vantaggio o detrimento di ciascuno degli altri, ma del dovere (tecnico) di decidere come si possa assicu-

con la migliore comprensione del primo fenomeno, e con la conseguente definizione della distinzione tra politica ed amministrazione¹⁴¹, oggi siamo in grado di comprendere meglio che la discrezionalità amministrativa è anch'essa sostanzialmente "tecnica"¹⁴², conduce apprezzamenti in cui la politica – lo abbiamo visto – c'è ma è tutt'intorno, orienta, indirizza, induce e verifica la decisione amministrativa, ma non ne è parte¹⁴³.

Il decisore amministrativo, si potrebbe dire, in effetti si comporta razionalmente, in fin dei conti prima come uno scienziato, e poi come un tecnico: procede per acquisizione accumulativa di elementi cognitivi che vengono a poco a poco a formare il quadro del fenomeno del fatto che viene indagato e permetterà la sua comprensione¹⁴⁴, e a differenza dello scienziato, che normalmente ha il grande privilegio di non esservi tenu-

rare, a ciascun interesse, il massimo grado di soddisfazione possibile nel caso concreto, nel rispetto dei vincoli ordinamentali (a partire dalle direttive politiche che eventualmente modulino il peso dei valori coinvolti, definendone un ordine di priorità). In questa prospettiva, insomma, la misura dell'impatto sugli interessi nella valutazione tecnica non è nella disponibilità del valutatore, come è invece nella disponibilità del titolare di un potere discrezionale; il conseguente impatto in concreto non è il criterio della scelta, ma la sua ricaduta.

¹⁴¹ A riprova, si vedano gli argomenti usati da C. MARZUOLI, *Potere amministrativo e valutazioni tecniche*, Milano, Giuffrè, 1985, *passim*, circa la maggiore idoneità della pubblica amministrazione rispetto al giudice a scegliere tra diverse soluzioni opinabili, proprio perché ha «moltiplici, diretti e sistematici canali di raccordo con la società nel suo insieme attraverso la rappresentanza politica e attraverso altre forme di rappresentanza e partecipazione» (*ivi*, p. 217).

¹⁴² Le attività discrezionali lo sarebbero «in quanto esprimendosi nell'applicazione di regole dell'arte della «buona amministrazione», costituenti, a loro volta, in un certo angolo visuale, regole «tecniche» o «specialistiche» afferenti alla c.d. scienza dell'amministrazione»: così D. DE PRETIS, *Valutazione amministrativa e discrezionalità tecnica*, cit., p. 233.

¹⁴³ Ed è perciò che se il lavoro da svolgere ha un «contenuto» tecnico, occorre pretendere che la struttura che ne sia incaricata sia dotata in conseguenza, e disponga di adeguate capacità tecniche in grado di essere *standing* col problema da affrontare: D. DE PRETIS, *Valutazione amministrativa e discrezionalità tecnica*, cit., p. 332; da ultimo, si vedano le notazioni di F. MERLONI, *Le attività conoscitive e tecniche delle amministrazioni pubbliche. Profili organizzativi*, in *Dir. pubbl.*, 2013, p. 481 ss.; C. CUDIA, *Pubblica amministrazione e valutazioni tecniche: profili organizzativi*, in *Dir. pubbl.*, 2016, p. 1 ss.; ma già in precedenza si v. C. MARZUOLI, *Potere amministrativo e valutazioni tecniche*, cit., spec. p. 215 ss.; sulla crisi dell'organizzazione tecnica, da ultimo, cfr. L. SALTARI, *Che resta delle strutture tecniche nell'amministrazione pubblica italiana?*, in *Riv. trim. dir. pubbl.*, 2019, p. 249 ss.

¹⁴⁴ G. TERRACCIANO, A. M. COLARUSSO, *L'indizio nella decisione amministrativa*, cit., p. 42 ss. rilevano «la differenza concettuale tra l'accertamento del fatto (delle premesse di fatto del potere amministrativo), secondo il metodo probatorio, la qualificazione e sussunzione dello stesso nella norma, attività tutte non involgenti valutazioni di interesse pubblico e la distinta fase del momento valutativo e volitivo in cui si manifesta la volontà amministrativa con la scelta discrezionale».

to¹⁴⁵, deve poi usare questa comprensione per decidere, se ha opzioni, cosa fare alla luce delle sue conoscenze, come un tecnico, appunto, e qui non può che usare le finalità che gli sono assegnate¹⁴⁶.

Con questo approccio, sembra forse più semplice affrontare, per un verso, anche le vicende più apparentemente vincolate, e cioè quelle in cui, in sostanza, le qualificazioni o le incertezze siano risolte per intero dalla legge, e mediante misurazioni mere o soluzioni indiscutibilmente tecniche¹⁴⁷, anche se sussistesse, come alcuni autori fermamente ritengono, un elemento discrezionale¹⁴⁸, non afferente cioè ad una ragione tecnica di prevalenza di una soluzione, non si vede quale altra motivazione po-

¹⁴⁵ K. POPPER, *Logica della scoperta scientifica*, trad. it. Torino, Einaudi, 1970, p. 311, l'impegno della scienza è «la ricerca critica, persistente e inquieta della verità», ed in ciò non vi è margine per la decisione.

¹⁴⁶ Cfr. F. TRIMARCHI BANFI, *Ragionevolezza e razionalità delle decisioni amministrative*, cit., p. 319: «chi agisce individua lo scopo dell'azione e i mezzi che considera adeguati allo scopo, impiegando gli strumenti conoscitivi dei quali dispone»; cfr. in termini più generali F.G. SCOCA, *Contributo sul tema della fattispecie precettiva*, Perugia, 1979, p. 53, che distingue una «realtà rilevante» nella quale «troviamo i fatti, tratti a giuridico rilievo in quanto valutati normativamente nella loro conformità morfologica alla fattispecie», e poi una «realtà regolata», quella che si riferirebbe agli «interessi (o, comunque entità diverse dai fatti), dei quali la giuridicità esprime il loro essere regolati da una norma di diritto». Ma forse già M.S. GIANNINI, *Il potere discrezionale della pubblica amministrazione*, cit., p. 74 ss., aveva colto il punto, allorché asseriva che «l'esercizio del potere discrezionale è, insieme, giudizio e volontà, come scelta della soluzione imposta da tale valutazione».

¹⁴⁷ Ad es., si v. S. TORRICELLI, *Per un modello generale di sindacato sulle valutazioni tecniche*, cit., p. 101 ss.: «considerare in modo unitario la discrezionalità tecnica, in cui la scelta ha una base tecnica ma è risolta attraverso il criterio dell'interesse pubblico, e la valutazione tecnica, in cui invece il criterio finale che risolve l'incertezza è la perizia tecnica (quindi un fatto proprio del decisore, la sua perizia, e non ad esso esterno, l'interesse pubblico), porta con sé il rischio di introdurre limiti di sindacabilità standardizzati che però si attagliano all'una e non all'altra: per esempio, se può avere una sua giustificabilità applicare lo *standard* della manifesta irragionevolezza, rispetto alla discrezionalità tecnica, non appare giustificato limitare il controllo ad essa per le mere valutazioni tecniche, come invece lo *standard* della attendibilità tecnica, che si può agevolmente applicare alle valutazioni tecniche, può risultare più problematico quando la scelta abbia una coloritura politica». In effetti, ad esempio, la giurisprudenza dominante continua ad affermare l'insindacabilità del parere medico legale delle commissioni mediche ospedaliere: Cons. Stato, V, 3 ottobre 1995, n. 1391; IV, 9 aprile 1999, n. 601; 16 marzo 2004, n. 1341; 4 maggio 2011, n. 2683; 15 maggio 2008, n. 2243; VI, 23 settembre 2009, n. 5664; 11 dicembre 2013, n. 5936. Su ciò si v. G. FERRARI, *Il procedimento amministrativo per l'accertamento della dipendenza dell'infermità da causa di servizio e la liquidazione dell'equo indennizzo*, in *Foro amm.-CdS*, 2011, p. 1972.

¹⁴⁸ Per tutti, si v. F.G. SCOCA, *L'interesse legittimo. Storia e teoria*, Torino, Giappichelli, 2017, p. 442.

trebbe addursi per eleggere una decisione piuttosto che un'altra se non ragioni connesse alle finalità per le quali si agisce, soprattutto quando abbiano forma di diritti fondamentali¹⁴⁹.

5. *Partecipazione procedimentale tecno-scientifica*

Abbiamo potuto qui prestare poca attenzione alla questione del principio personalista, che invece rileva per tanti aspetti, ed anche per un profilo organizzativo, di cui qui ci occuperemo solo per quanto attiene all'aspetto funzionale, nel quale emerge, anzitutto, il metodo dialogico della decisione amministrativa, che come è noto oggi comprende nel processo della sua formazione fenomeni di partecipazione e dunque forme di comunicazione che, con le più recenti evoluzioni, si sono fatte bidirezionali, più rispettose se non propriamente paritarie, con una sostanziale potenzialità di «contraddittorio sulla decisione»¹⁵⁰.

Il discorso non può prescindere tuttavia dagli ultimi ritocchi apportati alla disciplina vigente durante il periodo pandemico, non solo per l'ovvia considerazione del Diritto vigente, e dunque per una irrinunciabile attenzione dello studioso del Diritto alla positività delle disposizioni, ma anche perché le innovazioni recate dal nuovo comma 2-*bis* dell'art. 1 della legge n. 241/1990¹⁵¹, secondo cui «i rapporti tra il cittadino e la pubblica amministrazione sono improntati ai principi della collaborazione e della buona fede», sono stati introdotti in reazione al periodo pandemico, in un contesto nel quale il mondo intero ha sperimentato,

¹⁴⁹ Senza tuttavia trascurare l'evoluzione del fenomeno dell'interesse pubblico, e dunque cadere nella trappola logica di una superata visione che vorrebbe distinguere i casi in cui la «finalità perseguita dalla norma primaria (...) tutelati in via diretta l'interesse pubblico», allorché «la situazione vantata dal privato non può che essere protetta in via mediata, assumendo così consistenza di interesse legittimo», e in conseguenza sussisterebbe la giurisdizione del giudice amministrativo (così, per tutte, Cons. Stato, A.P., 24 maggio 2007, n. 8); per una critica a tale impostazione, si v., tra altri, D. SORACE, *Diritto delle amministrazioni pubbliche. Una introduzione*, Bologna, Il Mulino, V ed., 2010, p. 470; il «grado di certezza» di soddisfazione che l'ordinamento assicura alla pretesa del cittadino», e dunque una differenza tra *dovere* ed *obbligo* di provvedere, potrebbe tuttavia scorgersi nella norma, secondo l'impostazione proposta da F.G. SCOCA, *La teoria del provvedimento dalla sua formulazione alla legge sul procedimento*, in *Dir. amm.*, 1995, § 14; F. FOLLIERI, *Decisione amministrativa e atto vincolato*, in *Federalismi.it*, 2017, spec. p. 26.

¹⁵⁰ L'espressione è di F. MERUSI, *Diritti fondamentali e amministrazione (o della «demarchia» secondo Feliciano Benvenuti)*, in *Dir. amm.*, 2006, p. 550;

¹⁵¹ D.L. 16 luglio 2020, n. 76, conv. in L. 11 settembre 2020, n. 120.

in prima persona ed in miliardi di persone, come cavie di un immenso laboratorio, una sorta di prova generale della civiltà delle macchine¹⁵²; una prova ancora iniziale, senza dubbio, ma che – proprio come all’avvio di una ricerca applicata, quando dalla definizione teorica si passa alla verifica operativa, che aiuterà ad implementare al meglio la raffinazione del prodotto – consente di testare buona parte della fenomenologia e delle relazioni umane in ogni ambito, siccome dominate dalla mediazione attiva ed irrinunciabile, o persino dal governo, di macchine.

Il dialogo partecipativo nel procedimento amministrativo, perciò, letto alla luce dei principi resi espliciti dal medesimo art. 1 co. 2-bis e della particolarissima atmosfera in cui lo sono stati, oltre a poter essere ormai condotto anche in forme diverse da quella scritta, può indurre approcci che in letteratura non si esita a definire «costruttivi», oltre che «collaborativi»¹⁵³.

I doveri riguardanti l’appropriatezza, la completezza, la veridicità degli antecedenti cognitivi¹⁵⁴, potremmo dire i *dati* da considerare nelle valutazioni istruttorie e nella decisione provvedimento, ad esempio, gravano in questa ottica da tempo su tutti coloro che ne siano implicati, e non solo sull’amministrazione procedente e il responsabile del procedimento: si pensi alle dichiarazioni o istanze e alla loro rettifica se erronee o incomplete (art. 6, comma 1, *lett. b*), l. n. 241/1990), e la conseguente pratica del «soccorso istruttorio» (art. 83, comma 9, d.lgs. 18 aprile 2016, n. 50, recante il Codice dei contratti pubblici); o alle recenti soluzioni giurisprudenziali inerenti la cd. “autotutela tardiva”, che può intervenire cioè, senza necessità di esternare alcuna particolare ragione di pubblico

¹⁵² Basti pensare che si stima che lo smart working abbia coinvolto il 94% dei dipendenti della pubblica amministrazione: cfr. D. CORONA, *Lo Smart Working oltre il Covid-19: qual è il futuro del lavoro dopo l'emergenza sanitaria?*, in Osservatori.net, 16 novembre 2020, <https://blog.osservatori.net/itit/smart-working-emergenza-covid>; per una rassegna delle accelerazioni durante il periodo pandemico, cfr. F. MUSELLA, *Amministrazione 5.0*, in *Rivista di Digital Politics*, 2021, p. 101 ss..

¹⁵³ S. TARULLO, *Il principio di collaborazione procedimentale. Solidarietà e correttezza nella dinamica del potere amministrativo*, Torino, 2008; S. CASSESE, *La partecipazione dei privati alle decisioni pubbliche. Saggio di diritto comparato*, in *Riv. Trim. Dir. Pubbl.*, 2007, 13; M. D'ALBERTI, *La «visione» e la «voce»: le garanzie di partecipazione ai procedimenti amministrativi, ibidem*, 2000, p. 1 ss..

¹⁵⁴ V. BACHELET, *L'attività tecnica della Pubblica Amministrazione*, Milano, Giuffrè, 1967, *passim*.

interesse, ed anche oltre i termini fissati in base a legge, quando il provvedimento sia stato adottato in base ad una falsa, o comunque erronea, rappresentazione della realtà materiale¹⁵⁵.

Va notato che questa impostazione del rapporto pre-decisionale, una volta immerso in un contesto ad eminenza tecno-scientifica, consente un confronto che non è più necessariamente legato alla dimensione degli interessi in gioco, come era un po' scontato in passato pure in relazione ai fenomeni partecipativi, ma anche proprio alle questioni tecniche o scientifiche involte, che ben possono costituire oggetto delle «memorie scritte e documenti» di cui all'art. 10 l. n. 241/1990, e ovviamente dare consistenza alle reazioni di buona fede e collaborative richieste – s'è visto, per tutte le “parti” del procedimento – dal nuovo comma 2-bis dell'art. 1 della legge medesima.

Ciò significa che ci possa essere piena possibilità di usare consulenti di parte già in ambito procedimentale, e dunque il dialogo con l'amministrazione può vertere già in sede pre-decisionale su argomenti tecno-scientifici, ma proprio perché sussistono doveri di buona fede, collaborazione, e pur sempre imparzialità, nella sua declinazione di specializzazione del principio di eguaglianza, occorre che la pubblica amministrazione si procuri comunque il panorama compiuto e completo delle opzioni tecno-scientifiche disponibili per la decisione in questione¹⁵⁶.

Il confronto pre-decisionale (art. 10-bis l. n. 241/1990, anch'esso modificato dal medesimo d.l. n. 76/2020, sul modello del *notice and comment*¹⁵⁷), è a sua volta strumento che può generare tra gli interessati

¹⁵⁵ P. CERBO, *Brevi note sul potere di autotutela tardivo*, in *Giur. it.*, 2020, n. 3; in giurisprudenza si v. T.A.R. Calabria, Reggio Calabria, 12 marzo 2019, n. 155; TAR Calabria, Catanzaro, Sez. II, 25 settembre 2018, n. 1604; T.A.R. Campania, Napoli, Sez. III, 7 novembre 2016, n. 5141; in tali casi d'onere motivazionale gravante sull'amministrazione potrà dirsi soddisfatto attraverso il documentato richiamo alla non veritiera prospettazione di parte»: così Cons. Stato, Ad. Plen., 17 ottobre 2017, n. 8.

¹⁵⁶ E. CARDI, *La manifestazione di interessi nel procedimento amministrativo*, I, *Lo schema teorico e le qualificazioni*, I, Rimini, Maggioli, 1983, p. 17; G. MORBIDELLI, *Il procedimento amministrativo*, in L. MAZZAROLI, G. PERICU, A. ROMANO, F.A. ROVERSI MONACO, F.G. SCOCA (a cura di), *Diritto amministrativo*, Milano, Monduzzi, 2005, p. 570 ss.; S. CONFORTIN, *Principio di completezza dell'istruttoria ed onere di cooperazione privata nel procedimento amministrativo (nota a Tar Veneto, sez. III, 14 aprile 2006, n.ri. 1015 e 1018)*, ne *Il Foro amm./TAR*, 2007, p. 459 ss.

¹⁵⁷ Modello largamente usato presso alcune Autorità amministrative indipendenti; per AGCOM, ad esempio, si veda N. SPADARO, *AGCOM e procedura di notice and comment*, in *Riv. della Rego-*

che ne siano parte contestazioni, ma anche adesioni, rinunce, persino caute forme di conciliazione¹⁵⁸, insomma costituisce uno strumento di potenziale collaborazione procedimentale capace di esaminare, discutere, accogliere opzioni modificative o alternative; e va considerato, più in generale, quanto sia ormai diffusa la «logica della soluzione alternativa», in luogo del mero diniego: si pensi al cd. dissenso costruttivo e a quello qualificato in conferenza di servizi, ed alle formule usate per il permesso di costruire (art. 20, d.P.R. 6 giugno 2001, n. 380) e per l'autorizzazione all'insediamento di attività produttive (cd. procedimento unico: art. 25, d.lgs. 31 marzo 1998, n. 112, presso lo sportello unico di cui all'art. 6, d.P.R. 20 ottobre 1998, n. 447)¹⁵⁹, o alla logica degli accordi integrativi (art. 11, l. n. 241/1990)¹⁶⁰.

6. Sovranità umana

Viviamo un tempo connotato dall'esponenziale aumento delle conoscenze in ogni ambito dello scibile, e da una notevole percezione di affidabilità nel loro utilizzo, con la conseguenza che una decisione pubblica oggi quasi sempre deve dispiegarsi utilizzando cognizioni tecno-scientifiche, saperi, *expertise*, conoscenze e consapevolezze, fondandovi le ragioni

lazione dei Mercati, 2014, p. 375 ss.

¹⁵⁸ M. BROCCA, *Il preavviso di diniego e la costruzione della decisione amministrativa (nota a Tar Campania, Napoli, sez. III, 7 gennaio 2021, n. 130)*, in *giustiziainsieme.it*, 25 febbraio 2021, e dottrina e giurisprudenza ivi indicata.

¹⁵⁹ G. DE GIORGI CEZZI, *Il procedimento semplificato mediante autocertificazione per la realizzazione di impianti produttivi nel regolamento sullo sportello unico*, in E. STICCHI DAMIANI, G. DE GIORGI CEZZI, P.L. PORTALURI, F.F. TUCCARI, *Localizzazione di insediamenti produttivi e semplificazione amministrativa. Lo sportello unico per le imprese*, Milano, 1999, p. 17; G. GARDINI, *Un nuovo modello di azione pubblica: il procedimento di autorizzazione all'insediamento di attività produttive in base al d.P.R. 20 ottobre 1998, n. 447*, in *Dir. amm.*, 1998, p. 572.

¹⁶⁰ La tendenza si rinviene anche in ambito giurisdizionale, come ad es. quando la giurisprudenza giunge ad affermare che il parere paesaggistico «non possa limitarsi ad un giudizio di segno negativo, ma debba rendere esplicite le effettive ragioni di contrasto tra l'intervento progettato ed i valori paesaggistici oggetto della tutela, e in particolare spiegare con quale tipo di accorgimento tecnico o di modifica progettuale l'intervento potrebbe essere invece assentito (...). Diversamente, infatti, qualunque vincolo paesaggistico non si differenzerebbe, nei risultati ultimi, da un vincolo di inedificabilità assoluta, imposto oltretutto senza indennizzo alcuno»: così Cons. Stato, VI, 19 giugno 2017, n. 2968; in termini: Id., 24 marzo 2014 n. 1418; 15 dicembre 2014 n. 6149; in dottrina, v. E. BOSCOLO, *Motivazione dell'autorizzazione paesaggistica e attuazione del giudicato*, in *Urbanistica e appalti*, 2014, p. 930.

della scelta decisionale e l'attendibilità dell'atto conseguente¹⁶¹. Ciò spiegherebbe la fatica che si fa oggi a trovare decisioni amministrative che effettivamente siano dovute a comparazioni pure, dirette ed esaustive di interessi in gioco: persino gli atti un tempo considerati talmente discrezionali da essere tuttora rimessi alla competenza di organi elettivi, quelli dotati di responsabilità politico elettorale dei soggetti pubblici, come i piani urbanistici¹⁶², nei quali si verificano confronti di interessi che per la loro dimensione sono apparsi persino *misteriosi*¹⁶³, sono oggi tenuti ad essere trattati come decisioni amministrative, e dunque vanno adottati dopo analisi e studi che forniscano set di conoscenze adeguate a consentire una consapevole determinazione (pur avendo, comprensibilmente, un proprio modo di esplicitarsi¹⁶⁴ e di venire motivati¹⁶⁵).

In fin dei conti il Diritto amministrativo ha sempre avuto a che fare con la questione della appropriata considerazione della perizia¹⁶⁶; se ben ci si

¹⁶¹ F. CINTIOLI, *Tecnica e processo amministrativo*, in *Dir. proc. amm.*, 2004, p. 983.; A. GIUSTI, *Contributo allo studio di un concetto ancora indeterminato: la discrezionalità tecnica della pubblica amministrazione*, Napoli, 2007, spec. p. 178 ss.

¹⁶² Per tutti v. L. MAZZAROLI, *Piano regolatore generale*, in *Dig. disc. pubbl.*, Torino, 1996, p. 223 ss.

¹⁶³ E. CARDI, *La ponderazione di interessi nei procedimenti di pianificazione urbanistica*, in *Foro amm.*, 1989, p. 865.

¹⁶⁴ C. CUDIA, *La partecipazione ai procedimenti di pianificazione territoriale tra chiunque e interessato*, in *Dir. Pubbl.*, 2008, p. 263 ss.

¹⁶⁵ Si v. Cons. Stato, IV, 22 gennaio 2013, n. 361; in dottrina, da ultimo, lo studio di F. SAITTA, *Governo del territorio e discrezionalità dei pianificatori*, in *Riv. Giur. Edil.*, 2018, p. 421 ss., con ampi riferimenti giurisprudenziali e dottrinari; ma si veda già M. MONTEDURO, *Interpretazione e violazioni delle prescrizioni degli strumenti urbanistici*, in *Riv. giur. urban.*, 2010, p. 243 ss.; secondo F. TRIMARCHI BANFI, *Ragionevolezza e razionalità delle decisioni amministrative*, cit., p. 313 ss., la giurisprudenza in argomento «mostra come la verifica di legittimità possa assumere una portata diversa, a diritto invariato, secondo il livello dell'analisi cui è sottoposta l'istruttoria amministrativa nel suo collegamento con la motivazione: un'analisi approfondita consente di mettere in discussione la sostanza di scelte che, ad un esame superficiale, parrebbero sottratte al sindacato di legittimità, in quanto pertinenti al merito».

¹⁶⁶ P. ROSANVALLON, *La legittimità democratica. Imparzialità, riflessività, prossimità*, trad. it. Torino, Rosenberg & Sellier, 2015, pos. 899/3261, nota che «il riconoscimento di una tecnocrazia ammantata delle virtù della razionalità e del disinteresse ha così perduto la sua evidenza in una società più lucida e più educata», e che va distinta «una legittimità per imparzialità dalla legittimità elettorale» (*ibidem*, pos. 1085/3260, corsivi originali), giacché «il paese, divenuto adulto, non sopporta più che gli si dica dall'alto quello che deve fare o non fare» (*ibidem*, pos. 947/3260). Negli studi giuspubblicistici italiani è ormai chiaro che non valga più la legittimazione, l'attendibilità di una decisione per il solo fatto che sia rimessa alla competenza di un'ammi-

pensa, infatti, la discrezionalità dell'amministrazione, ad un certo punto della storia, ne è divenuta anche la forma di legittimazione, dacché si è considerato preferibile un decisore professionale addestrato come un dirigente di un ufficio pubblico ad un politico non solo quando si trattasse di dare attuazione meramente esecutiva ad impostazioni normative, ma anche quando vi fosse un necessario margine di discrezionalità¹⁶⁷. E questa preferenza è stata prevalentemente giustificata proprio dall'essere esperta, professionale, perita appunto, non tanto in ordine alla valutazione politica della situazione su cui intervenire, quanto sul modo con cui darvi orientamento di interesse pubblico, una sorta di *tecnica del fatto singolare* che come abbiamo visto presuppone l'indirizzo politico; quasi a dire che dovunque vi fosse opzione la scelta dovesse essere affidata ad una figura addestrata a fare proprio quello, e accompagnata da uno statuto giuridico coerente con questa peculiare *expertise*. Ma se è vero

nistrazione pubblica: non per mera attribuzione di potere, se non è accompagnata da «capacità tecnica di scegliere e di decidere [che] viene in genere data per scontata, quasi che fosse una conseguenza necessaria dell'attribuzione del potere di scegliere, mentre dovrebbe essere trattata come un presupposto, da verificare *ex ante* rispetto alla allocazione del potere di scelta»: L. TORCHIA, *Teoria e prassi delle decisioni amministrative*, in *Dir. amm.*, 2017, p. 1 ss.; né per il solo intervento dell'autorità, per quanto tecnicamente attrezzata, in ragione della moltiplicazione delle conoscenze e dei dati disponibili, dell'aumento del novero di soggetti attrezzati per valutarli e discuterli, delle varianti scientifiche, delle opinabilità proprie delle scienze, ed in particolare della crescente consapevolezza della necessità di acquisire ed usare saperi sempre più intrecciati, e provenienti da ambiti disciplinari in cui la distinzione tra duro ed umanistico regge a malapena. A sua volta, con considerazioni ancora più ampie, L.R. PERFETTI, *L'organizzazione amministrativa come funzione della sovranità popolare*, cit., p. 59: «sul versante delle relazioni in senso soggettivo ed oggettivo, per conseguenza, occorre prendere atto del superamento della centralità della persona giuridica pubblica (dell'ente pubblico), non tanto per ragione dell'affermazione dell'organizzazione pubblica come realtà oggettiva ed obiettivata, quanto piuttosto, perché l'organizzazione appare per tratti essenziali esterna all'autorità». Su tutto ciò si vedano, giusto per menzione, E. CARLONI, *Le verità amministrative. L'attività conoscitiva tra procedimento e processo*, Milano, 2011; A. ROMANO TASSONE, *L'amministrazione tra «ricerca della verità» e «produzione di certezza»*, in AA.VV., *Scritti in onore di Franco Bassi*, Napoli, 2015, p. 17 ss.; S. TARULLO, *Discrezionalità tecnica e sindacato giurisdizionale: l'ottica comunitaria ed i profili evolutivi*, in *Riv. it. dir. pubbl. com.*, 2002, p. 1385; A. FERA, *Discrezionalità tecnica e della c.t.u. nel processo amministrativo, in giustizia-amministrativa.it*; V. VILLA, *Il diritto come modello per le scienze naturali*, in *Diritto & questioni pubbliche*, 5, 2005, p. 31 ss.

¹⁶⁷ E. FORSTHOFF, *Trasformazioni strutturali della democrazia moderna* (1964), trad. it. in A. MANGIA, *L'ultimo Forsthoff*, Padova, Cedam, 1995, p. 156: nella «moderna società industriale» si danno «compiti che non possono più essere assolti con la scelta di volontà democratica di vecchio stampo (...) per il soddisfacimento di questi compiti non c'è più bisogno di una decisione sostanzialmente politica, ma piuttosto di una scelta tecnica fondata su dati di fatto».

l'assioma che abbiamo fissato in precedenza, la specificità professionale, l'*expertise* di legittimazione per il funzionario amministrativo, anche quando sia decisore nelle scelte discrezionali, non contempla, in sé, la possibilità di fissare le finalità, ma solo di scegliere i mezzi, e dunque di farlo *alla luce*, in vista delle finalità che gli sono assegnate.

Lungi perciò dall'aver imboccato una fatale conseguenza del declino, l'area della politica si rivela quella della decisione pubblica che non solo si staglia nell'epoca in cui la scienza e la tecnica dominano, ma per di più appare l'unica ad essere irriducibile dalla tecnologia, per la semplice, evidente ragione che è l'arte delle finalità, la *basiliké téchne* platonica¹⁶⁸, la tecnica regale che fornisce all'amministrazione fini ed obbiettivi, indirizzi ed orientamenti, rendendo quest'ultima, perciò, in fin dei conti una *téchne* senza aggettivi, che non deve dirci se e perché, a quale scopo qualcosa vada fatto, ma come vada fatto, e deve piuttosto dimostrare il modo in cui quel *come* aderisca e sia fedele a quel *perché* e a quel *se*. In ciò sta l'*expertise* specifico del decisore amministrativo pubblico.

Queste considerazioni potrebbero apparire abbastanza scontate, se non fossero collocate, si ripete, in un'epoca in cui scienza e tecnologia appaiono dominanti¹⁶⁹; aderendo ad alcune teorie, infatti, la sovranità non potrà mai essere tecnologica perché le macchine non hanno finalità proprie, e non possono averne qualunque sia la loro sofisticatezza¹⁷⁰. Dunque, anche qualora si riuscisse a dotarle di programmi, codici o altre strutture che fornissero loro una simil-coscienza, ed una simil-coscienza della propria simil-coscienza, e in definitiva riuscissero insomma a generare scopi della propria vitalità¹⁷¹, questi non potrebbero che essere presi a nolo dalle finalità umane, e dunque non sarebbero mai loro

¹⁶⁸ PLATONE, *Politico*, a cura di P. ACCATTINO, Roma-Bari, Laterza, 2010, p. 311: la politica è «capace di far trionfare ciò che è giusto attraverso il coordinamento e il governo di tutte le attività che si svolgono nella città» (304 a).

¹⁶⁹ È come si vedrà una eminenza, e non un dominio, una signoria: per le ragioni che si spiegheranno, non si concorda con le ricostruzioni che ritengono la tecnica divenuta il soggetto della storia, e che l'umano ne sia ormai il funzionario: cfr. U. GALIMBERTI, *Psiche e tecnica. L'uomo nell'età della tecnica*, Feltrinelli, Milano, 2000.

¹⁷⁰ È una delle tesi di M. FERRARIS, *Documanità. Filosofia del mondo nuovo*, Roma-Bari, Laterza, 2021, p. 243 e ss., e *passim*.

¹⁷¹ E. SEVERINO, *La tendenza fondamentale del nostro tempo*, Milano, Adelphi, 1988, p. 40 «qualunque possa essere il fine assegnato dall'esterno all'Apparato, quest'ultimo possiede di per sé

proprie, delle macchine. Possiamo arguire da tale spunto che ciò che definisce e preserva la sovranità umana in un mondo di macchine (cioè in cui gran parte del valore produttivo, economico, industriale, dei beni e dei servizi, ed anche la pubblica amministrazione in quanto *tekné*, sia generato e gestito, anche in maniera estremamente intelligente, efficace, preferibile, da macchine, da automatismi tecnici) sia la capacità di definire la finalità ultima di ogni azione, e perciò di disporre dei moventi e, se necessario, anche degli indirizzi e degli obbiettivi che inducono le valutazioni, le decisioni e i comportamenti delle intelligenze artificiali e dei meccanismi automatici.

Nell'azione amministrativa, insomma, anche quando siano implicate basi scientifiche o tecniche, e persino quando esse siano determinanti, rimane comunque rilevante un valore profondo: ciò che chiamiamo "politica" (che potrebbe avere anche la complessa forma del "costituente", in un ambito giuridico¹⁷²), ovvero la capacità umana di avere, riconoscere e darsi finalità, scopi, obbiettivi, orientamenti, e valori cui ispirarsi, tutti elementi dei quali anche la più elevata scienza o la tecnica più sofisticata non sono, non possono, non vogliono essere dotate.

Certo, la politica oggi non può essere più basata – se mai lo sia stata – esclusivamente su una libera, irrelata definizione delle proprie scelte, e deve a sua volta tener presente conoscenze ed evidenze scientifiche¹⁷³,

stesso un fine supremo: quello di riprodursi e di accrescere indefinitamente la propria capacità di realizzare fini» (che, come affermato nel testo, non sono tuttavia propri dell'apparato medesimo).

¹⁷² Come per esempio in D. ZANONI, *Razionalità scientifica e ragionevolezza giuridica*, cit., p. 149, a mente del quale «la ragionevolezza strumentale, non toccando l'ambito dei fini, preserva una sfera di merito governata non dalla "ragione" ma dalla volontà della politica o del costituente». Ma già prima si v. G. GUARINO, *I tecnici e i politici nello Stato contemporaneo, Prolusioni e conferenza*, Milano, Giuffrè, 1966, p. 202: «spetta ai politici adottare le decisioni ultime e procurare ad esse nel maggior grado possibile l'adesione della collettività; tra tecnici e comunità essi operano come cerniera»; di recente, si v. l'argomento di S. CASSESE, *Mezzo secolo di trasformazioni del diritto amministrativo*, in AA.Vv., *Diritto amministrativo e società civile*, I, Bologna, Bonomia University Press, 2018, p. 5, circa la «superlegalità»: «(non basta la legge a legittimare l'azione amministrativa, perché anche la legge deve, a sua volta, essere legittima, e per esserlo deve essere conforme alla Costituzione: in tal modo, Costituzione e amministrazione stabiliscono un legame diretto e la seconda acquisisce una legittimazione democratica). Tutto questo è opera delle Corti costituzionali che, attivate dalle ordinanze di rimessione dei giudici amministrativi, fanno scendere la Costituzione nel corpo del diritto amministrativo».

¹⁷³ Corte cost. sent. n. 274 del 2014 e n. 282 del 2002; U. ADAMO, *Materia «non democratica» e ragionevolezza della legge*, in *Consulta online*, I, 2018, p. 296 ss.; sulla «tendenza dei rappre-

possibilità tecniche, oltre che (quando non è “costituente”) le finalità e le limitazioni stabilite in Costituzione. E dunque anche il politico può avere struttura discrezionale¹⁷⁴: si può pretendere un legislatore «tecnico»¹⁷⁵, o un legislatore «scienziato»¹⁷⁶, o nessun legislatore, allorché cioè in talune circostanze deve perciò lasciare il passo¹⁷⁷, perché non è in questione un

sentanti di governo a richiamare le indicazioni scientifiche a fondamento delle proprie scelte» si veda A. BARONE, *Brevi riflessioni su valutazione scientifica del rischio e collaborazione pubblico-privato*, in *Federalismi.it*, 2020; a sua volta A. IANNUZZI, *Leggi «science drive» e Covid-19. Il rapporto fra politica e scienza nello stato di emergenza sanitaria*, in *Biolaw Journal*, 2020, p. 119 ss., convinto che «la politica basata sulla scienza può rivelarsi un antidoto potente proprio contro i rischi di derive populistiche o antidemocratiche» e «misura di legittimazione delle istituzioni rappresentative», cita al riguardo un'intervista rilasciata al Corriere della Sera (M. Galluzzo, Coronavirus, Conte: «Blocco totale e chiusura delle scuole saranno prorogati. Tutela per le aziende strategiche», 16.3.2020) in cui il Presidente del Consiglio del tempo dichiarava che «abbiamo in qualche modo, doverosamente, ceduto il passo alla comunità scientifica, che in alcuni momenti della storia può anche guidare le decisioni politiche». L'argomento è ovviamente molto commentato in pandemia, e secondo F. FRACCHIA, *Coronavirus, senso del limite, deglobalizzazione e diritto amministrativo: nulla sarà più come prima?, ne il diritto delleconomia.it*, l'emergenza coronavirus rilancia l'esigenza di configurare correttamente i rapporti tra scienza, politica e amministrazione.

¹⁷⁴ A maggior ragione al livello di Governo; si pensi al caso, affrontato da Corte cost., sent. 5 aprile 2012, n. 81, della nomina degli assessori della Giunta regionale della Campania, in violazione dei vincoli statutori scaturenti dalla disciplina sulla parità di genere, con l'affermazione della piena sindacabilità dell'atto di nomina: «quando il legislatore predetermina canoni di legalità, ad essi la politica deve attenersi, in ossequio ai fondamentali principi dello Stato di diritto»; M. SPASIANO, *Profili di organizzazione della pubblica amministrazione in cinquanta anni di giurisprudenza della Corte costituzionale*, in G. DELLA CANANEA, M. DUGATO (a cura di), *Diritto amministrativo e Corte costituzionale*, Napoli, 2006, p. 200 ss., rileva nella giurisprudenza della Corte che «l'obiettivo del buon andamento può essere conseguito mediante strumenti e modalità differenti, magari di pari efficacia, l'opzione fra i quali non può che rientrare nelle prerogative esclusive del legislatore».

¹⁷⁵ Cfr. Corte cost. 11 dicembre 1989, n. 531.

¹⁷⁶ Cfr. Corte Cost., sent. n. 151/2009: «la giurisprudenza costituzionale ha ripetutamente posto l'accento sui limiti che alla discrezionalità legislativa pongono le acquisizioni scientifiche e sperimentali, che sono in continua evoluzione e sulle quali si fonda l'arte medica: sicché, in materia di pratica terapeutica, la regola di fondo deve essere la autonomia e la responsabilità del medico, che, con il consenso del paziente, opera le necessarie scelte professionali (sentenze n. 338 del 2003 e n. 282 del 2002)»; la stessa Corte costituzionale nella sentenza n. 96/2015 rimette all'opera di «un legislatore “scientificamente informato”, per così dire, o a un legislatore che in qualche modo recepisca quanto emerge in sede di organi tecnico-scientifici, o a essi direttamente rimetta, la individuazione (...) delle patologie che possano giustificare l'accesso alla PMA di coppie fertili».

¹⁷⁷ Cfr., ad es., Corte cost. 26 giugno 2002, n. 282, con riferimento alla scelta delle modalità terapeutiche: «non è, di norma, il legislatore a poter stabilire direttamente e specificamente quali siano le pratiche terapeutiche ammesse, con quali limiti e a quali condizioni».

“problema democratico”, di preferenze popolari¹⁷⁸, non v'è da stabilire finalità e orientamenti *politici*.

Ma se l'argomento regge, se la politica rimane cosciente della propria, essenziale funzione nell'essere arte delle finalità, la rilevanza dell'indirizzo politico serve anche a orientare il comportamento amministrativo nell'ambito dell'opinabile tecno-scientifico, quell'area della scelta in cui essa deve manifestarsi come *attendibile*, in cui cioè l'opzione, se è consentita dall'opinabilità tecno-scientifica, non può che essere da quello attratta. L'essere una tecnica del fatto singolare, che deve saper cioè contemplare diversi criteri di peculiarità delle situazioni specifiche con cui viene a contatto, consente all'attività amministrativa di ammortizzare un rischio evidente nell'ampio ricorso alla tecno-scienza nelle decisioni umane, ovvero la standardizzazione, l'irrilevanza dello spazio¹⁷⁹, la scomparsa del territorio, della comunità, della casistica, delle circostanze, del caso singolo¹⁸⁰; il modo *tecnico* con cui, abbiamo provato a descriverlo, la decisione amministrativa combina il passato col presente, il fatto con l'indirizzo, il diritto col bisogno, il collettivo col singolare, la tecnica con la politica, autorizza l'opinione che essa debba avere perciò un'area decisionale riservata, proprio per preservare questi margini operativi connessi alla conoscenza ed all'adeguamento della decisione alle peculiarità del particolare¹⁸¹. A sua volta l'indirizzo politico, se fa bene il

¹⁷⁸ S. PAJNO, *Considerazioni su principio democratico e principio di legalità*, in *Dir. pubbl.*, 2005, p. 499.

¹⁷⁹ N. IRTI, *Diritto senza verità*, Roma-Bari, Laterza, 2011, spec. p. 104 ss.; interessanti al riguardo le sentenze della Corte costituzionale che hanno cassato i tentativi di leggi regionali di utilizzare comunità scientifiche, per dir così, territoriali: si vedano i riferimenti da una presunta «Comunità scientifica toscana» recati dalla sent. n. 338 del 2003, o al caso pugliese trattato nella sent. n. 137 del 2019.

¹⁸⁰ M. LUCIANI, *Dal cháos all'ordine e ritorno*, in *Riv. fil. dir.*, 2019, p. 349 ss.: «*tópos e téchne* stanno in rapporto di non sormontabile polarità. Se il luogo è ancorato alla propria fissità spaziale, la tecnica è disancorata da qualunque determinazione territoriale. Se il luogo è geograficamente incatenato (...) la tecnica passa impunemente attraverso le maglie forgiate dalle pre-determinazioni di spazio (...) Nel momento stesso in cui il pensiero politico tocca il mondo della tecnica, il suo aggancio al luogo, al quale è antonomasticamente legato (*pólis!*) si sfilaccia, si indebolisce, si perde».

¹⁸¹ Che sembra rilevante anche in epoca tecno-scientifica ed algoritmica, almeno a giudizio di A. GIUSTI, *Tramonto o attualità della discrezionalità tecnica?*, in *Dir. Proc. Amm.*, 2021, p. 346, il quale, forse un po' riducendo le capacità dell'intelligenza artificiale, ritiene che «un'amministrazione ridotta totalmente all'applicazione di un mero algoritmo, inteso come “qualsiasi

proprio mestiere, resiste in maniera sorprendente ad ogni tecnocrazia¹⁸², e può ritrovare enormi ambiti di influenza, dato che può orientare le scelte amministrative, rafforzando la loro attendibilità e riducendo la loro discutibilità sul piano giuridico, anche laddove vi sia opinabilità tecno-scientifica¹⁸³.

metodo speciale per risolvere un certo tipo di problema” tradisce la funzione costituzionalmente affidata: il compito più difficile per l’amministrazione è infatti scegliere la soluzione tecnica da applicare al problema particolare, valutare i fattori implicati nella decisione, gli elementi di fatto e gli interessi coinvolti». Sulla questione (secolare, ormai) della «riserva di amministrazione» si vedano, tra altri, D. VAIANO, *La riserva di funzione amministrativa*, Milano, Giuffrè, 1996; N. PAOLANTONIO, *Interesse pubblico ed apprezzamenti amministrativi*, in *Dir. amm.*, 1996, p. 413 ss.; G.U. RESCIGNO, *Rinasce la distinzione-opposizione tra legge in senso formale e legge in senso materiale?*, in *Giur. cost.*, 1999, p. 2013 ss.; M. DOGLIANI, *Riserva di amministrazione?*, in *Dir. pubbl.*, 2000, p. 673 ss.; F. CINTIOLI, *Posizioni giuridicamente tutelate nella formazione della legge provvedimento e «valore di legge»*, in *Dir. proc. amm.*, 2001, p. 33 ss.; S. SPUNTARELLI, *L’amministrazione per legge*, Milano, Giuffrè, 2007; e, non solo perché recentissimo, si v. il vol. 1 di *The Lawyer Quarterly*, 2020, p. 2 ss., interamente dedicato ad un’osservazione sovranazionale del tema delle «*tailor-made Laws*», ed in particolare L.R. PERFETTI, *Tailor-made law and emergency powers in contemporary public law*, p. 23 ss.; P. FORTE, *Global and local, general and particular, rules and measure: a post-modern reflection*, p. 11 ss.; J. HANDRICA, L. FERRARA, «*Tailor-made laws* in public law – Introductory note, p. 2 ss.

¹⁸² Si vedano le conclusioni dello studio di A. CARDONE, «*Decisione algoritmica*» vs. *decisione politica? A.I. legge democrazia*, Napoli, Editoriale scientifica, 2021, spec. p. 176 ss., e *passim*.

¹⁸³ Cfr. le considerazioni finali del Presidente Giovanni Maria Flick sulla giurisprudenza costituzionale del 2008, svolte in occasione dell’Udienza straordinaria del 28 gennaio 2009, in *costituzionale.it*: «solo con la legge può raggiungersi un ponderato equilibrio dei valori in gioco, soprattutto di fronte alla “esplosione” dei nuovi diritti determinata, in particolare, dalle incessanti conquiste della scienza e della tecnica. Allo stesso modo, solo la enunciazione di un preciso dettato normativo è in grado di circoscrivere l’impiego di un “diritto giurisprudenziale” che altrimenti, secondo alcuni, correrebbe il rischio di spingersi oltre il limite dell’interpretazione; ma che al tempo stesso si giustifica in qualche modo con l’esigenza – fortemente avvertita dalla collettività – di non lasciare aree dell’ordinamento (specie se particolarmente “sensibili”) prive di garanzia e tutela giurisdizionale».

Il difficile equilibrio tra tecnica, politica e regolazione nella campagna vaccinale anti Covid

Fabrizio Figorilli

Dopo aver analizzato le competenze degli organi regolatori in materia di immissione in commercio di nuovi farmaci, l'articolo si sofferma sui procedimenti e sui provvedimenti autorizzatori che hanno permesso il rapido impiego dei vaccini anti Covid. Da tale ricostruzione emergono alcune contraddizioni che hanno accompagnato le scelte operate all'interno del nostro ordinamento, rispetto alle indicazioni fornite da EMA. L'indagine si concentra inoltre sulla natura delle soluzioni adottate per condurre una efficace campagna vaccinale, sottolineando la difficoltà di classificare gli interventi delle autorità competenti come decisioni di natura tecnico-discrezionale, di merito e regolatoria, affidandosi a strumenti di soft law, in luogo dei tradizionali provvedimenti dotati di contenuti immediatamente precettivi.

1. *Premessa*

Le recenti vicende che ci hanno accompagnato in quasi due anni di pandemia ripropongono all'attenzione dei giuristi numerosi interrogativi, alcuni dei quali di estrema delicatezza ed importanza. È questo il caso dei vaccini c.d. anti Covid, al momento rivelatisi l'unica arma a nostra disposizione per prevenire e contenere al massimo il contagio e gli effetti negativi sulla nostra salute.

La novità rappresentata dal virus Sars-CoV-2 sul piano scientifico, unitamente all'urgenza di individuare i rimedi in grado di contrastarne l'aggressività, ha comportato delle conseguenze estremamente rilevanti sul piano giuridico sia con riferimento alle modalità di azione dei soggetti competenti ad autorizzare l'impiego di nuovi farmaci; sia riguardo all'individuazione delle cautele necessarie per ridurre al minimo i rischi (connessi all'utilizzazione di sostanze per forza di cose sperimentate in via di estrema urgenza), tenuto

conto dei tempi molto ridotti rispetto a quelli previsti per l'immissione in commercio di medicinali in tempi per così dire ordinari.

Per queste ragioni il lavoro cercherà di tracciare un quadro sintetico degli strumenti a disposizione dei soggetti pubblici chiamati a svolgere un ruolo di primaria importanza in un settore particolarmente delicato come quello farmaceutico in generale ed in particolare la somministrazione dei vaccini in tempi di pandemia. Trattandosi di una tematica per forza di cose non circoscrivibile alle discipline vigenti all'interno delle singole nazioni, particolare attenzione verrà dedicata al rapporto tra il procedimento autorizzatorio centralizzato, di competenza dell'Autorità europea attributaria di tale funzione (EMA) e l'esercizio di non meno penetranti poteri in tema di farmacovigilanza da parte dell'Agenzia ministeriale italiana (AIFA). Di qui la successiva ricostruzione dei passaggi seguiti in conseguenza della diffusione in termini pandemici del virus e dei percorsi, sul piano giuridico formale, per pervenire alle decisioni concretamente adottate per contrastare la diffusione del virus.

Una volta delineata la cornice all'interno della quale è stato possibile sperimentare e autorizzare l'impiego dei nuovi vaccini, sarà necessario soffermarsi sulla difficile qualificazione delle determinazioni assunte da parte degli organi competenti in materia. Ed invero, l'analisi che si intende proporre avrà ad oggetto la natura tecnico-discrezionale ovvero di merito e regolatorio delle scelte che hanno caratterizzato l'azione del Governo centrale, del Ministero della salute, sulla scorta del contributo offerto dagli organi tecnici chiamati ad esprimere pareri, verificando fino a che punto questi ultimi abbiano condizionato le scelte in ordine alle modalità di somministrazione dei nuovi sieri.

Tutto questo impone una sintetica riflessione anche sugli strumenti giuridici utilizzati ai vari livelli, in particolare quelli riconducibili alla nuova categoria rappresentata dalla c.d. *soft law*, laddove il ricorso a mere raccomandazioni sembra aver assunto un ruolo primario rispetto ai ben più tradizionali e conosciuti provvedimenti amministrativi, con tutto ciò che ne deriva anche in termini di precettività delle correlate decisioni nei riguardi dei destinatari.

Infine, si proverà a trarre qualche considerazione finale desunta dall'esperienza maturata in questo ultimo anno, dalla quale è possibile ricavare indicazioni utili per una possibile rivisitazione – sia pure nell'economia

del presente lavoro – di un tema denso di implicazioni, drammaticamente riportato all'interesse di noi tutti dall'emergenza che stiamo attraversando, con riferimento all'influenza delle conoscenze tecnico-scientifiche sulle modalità di formazione delle scelte effettuate dai vertici degli organi politici e amministrativi preposti dall'ordinamento alla tutela della nostra salute.

2. L'autorizzazione in commercio dei farmaci tra regole interne e comunitarie

Come noto, l'immissione in commercio di nuovi farmaci è sottoposta al rilascio di un provvedimento di natura autorizzatoria (di seguito AIC) che permette all'impresa che ne faccia richiesta di potere distribuire e trarre profitto dalla vendita del proprio prodotto¹.

Tale passaggio, imprescindibile perché una sostanza possa essere impiegata per uso umano, è venuto assumendo una rilevanza decisiva in questo momento storico, tenuto conto dell'esigenza di utilizzare nuovi vaccini in grado di contenere e, possibilmente, arrestare la trasmissione del virus che dal gennaio 2020 ha rivoluzionato la vita di tutti noi. In questa prospettiva occorre prendere le mosse da una sintetica ricostruzione della disciplina interna e comunitaria che regola questo specifico settore allo scopo di verificare l'efficacia dell'intero modello attualmente vigente, all'interno del quale non poche contraddizioni sembrano emergere e su cui merita soffermarsi.

2.1 Le competenze di AIFA

È proprio in tale settore che vengono in evidenza i rilevanti poteri che il legislatore interno ha ritenuto di dover affidare all'Agenzia italiana del farmaco (di seguito AIFA), istituita nel 2003 proprio per assolvere a finalità di primaria importanza, non solo sul piano tecnico scientifico ma anche in grado di incidere sulla politica del farmaco, tenuto conto delle conseguenze derivanti dal contenuto delle decisioni adottate².

¹ Tale principio è rinvenibile nell'art. 6, d.lgs. 219/2006, laddove si afferma, al co. 1, che «nessun medicinale può essere immesso in commercio sul territorio nazionale senza aver ottenuto un'autorizzazione dell'AIFA o un'autorizzazione comunitaria a norma del regolamento (CE) n. 726/2004 in combinato disposto con il regolamento (CE) n. 2 1394/2007».

² Le finalità per le quali è stata attivata l'AIFA (riassorbendo al proprio interno anche le competenze fino a quel momento assegnate alla Commissione Unica del Farmaco e dalla Dire-

Si è già incidentalmente sottolineato come, tra le competenze attribuite all'Agenzia, particolare rilievo assuma lo svolgimento delle attività volte a consentire la produzione e l'immissione in commercio di nuovi farmaci³. Si tratta, in buona sostanza, di procedimenti articolati e complessi attivati su istanza delle imprese che producono le sostanze destinate ad essere impiegate nella cura della salute umana. In seguito all'allegazione di rapporti contenenti elementi molto dettagliati che il legislatore ha individuato come assolutamente necessari perché l'istanza di autorizzazione possa essere presa in considerazione⁴, la domanda dell'impresa interessata viene sottoposta all'esame del Comitato Tecnico Scientifico (CTS) chiamato ad esprimersi in via consultiva⁵.

Quanto alle modalità di svolgimento dell'istruttoria, oltre ad una verifica (prevalentemente formale) dei requisiti di ammissibilità della domanda presentata dall'istante, l'Agenzia può decidere – qualora lo reputi necessario – di sottoporre ad un ulteriore controllo dell'Istituto Superiore di Sanità il medicinale da inserire nel mercato⁶, ovvero disporre «verifiche ispettive» volte ad accertare «la veridicità dei dati sperimentali, la conformità alle norme di buona fabbricazione del processo di produzione, l'eticità delle sperimentazioni cliniche effettuate e la conformità delle sperimentazioni alle norme vigenti»⁷.

zione generale dei farmaci e dei dispositivi medici del Ministero della Salute) sono contenute nell'art. 48, d.lgs. n. 269/2003 che le assegna espressamente il compito di «garantire l'unitarietà delle attività in materia farmaceutica ... nonché di garantire l'unitarietà dell'intervento specialistico e, pertanto, del sistema farmaceutico nella sua interezza e, con esso, i livelli essenziali di assistenza farmaceutica nel rispetto della Costituzione»; sulla polivalenza delle funzioni di AIFA cfr., nella stessa prospettiva indicata nel testo, M. MONTEDURO, *Modelli organizzativi e funzione. Il caso dell'agenzia italiana del farmaco*, Torino, 2018, p. 65.

³ Su questi aspetti v. diffusamente e con approfondimenti meritevoli di essere segnalati M. CALABRÒ, *Linee evolutive del sistema di assistenza farmaceutica. Ipotesi di valorizzazione dell'art. 32 Cost. in senso pro-concorrenziale*, Milano, 2015.

⁴ Per una disamina precisa di tutti gli elementi che necessariamente deve contenere l'istanza si rinvia agli artt. 8-15, d.lgs. 219/2006, cit.

⁵ Sul ruolo e sulle competenze del CTS si rinvia alla disciplina dettata dall'art. 19, d.m. 245/2004.

⁶ È questa l'indicazione contenuta nell'art. 30, co. 1, lett. b), d.lgs. n. 219/2006 che individua l'ISS quale «laboratorio ufficiale di controllo dei medicinali, per accertare che i metodi di controllo impiegati dal produttore e descritti nella documentazione, conformemente all'articolo 8, comma 3, lett. i), sono soddisfacenti».

⁷ Così, testualmente, art. 30, cit., co. 1, seconda parte lett. b), cit.

All'esito di quanto fin qui ricostruito, AIFA redige il «rapporto di valutazione»⁸ che andrà a costituire il nucleo centrale (in caso di esito positivo del procedimento) del decreto ministeriale che formalmente sancisce l'immissione in commercio del nuovo farmaco. Parimenti meritevole di attenzione il caso in cui «in circostanze eccezionali» è consentito il rilascio di un'autorizzazione condizionata, di fatto subordinando l'efficacia del titolo abilitativo richiesto all'osservanza degli obblighi imposti dall'organo valutatore «attinenti alla sicurezza del medicinale, alla notifica all'AIFA di qualsiasi evento avverso collegato all'uso del medicinale e a particolari misure da adottare»⁹.

Dall'analisi, sia pure fugace, delle disposizioni contenute all'interno del d.lgs. n. 219/2006, si percepisce agevolmente come l'accoglimento, ovvero l'eventuale diniego, dell'istanza presentata dai soggetti interessati ad ottenere l'AIC, sia la diretta conseguenza di un'attenta valutazione da parte degli uffici e degli organi preposti dalla disciplina vigente ad assolvere questa delicatissima funzione, connotata da verifiche molto precise da parte di organi dotati della necessaria professionalità.

Solo a conclusione di questo *iter* complesso il soggetto richiedente potrà produrre e/o commercializzare, limitatamente all'interno del territorio italiano, il farmaco oggetto di autorizzazione.

2.2 *Le competenze di EMA*

Il modello da ultimo rappresentato non esaurisce il ventaglio di possibilità per ottenere un titolo idoneo a consentire la messa in commercio di un medicinale. Ed invero, mai come in questa materia, è possibile rinvenire una netta linea di separazione tra regole di rango comunitario e regole di rilevanza interna. È evidente che la disciplina farmaceutica è *in re ipsa* difficilmente circoscrivibile in un determinato ambito territoriale;

⁸ Secondo quanto sancito dall'art. 32, co. 1, d.lgs n. 219/2006, cit., dette valutazioni sono affidate (ancorché in veste di organo consultivo AIFA) al CTS al quale è consentito, se necessario di formulare «... osservazioni sulla documentazione presentata a corredo della domanda per quanto riguarda i risultati delle prove farmaceutiche, precliniche e delle sperimentazioni cliniche»; ed ancora, trattasi di giudizi non definitivi in quanto il rapporto predisposto «è aggiornato ogniqualvolta si rendano disponibili nuove informazioni rilevanti ai fini della valutazione della qualità, e sicurezza o efficacia del medicinale di cui trattasi».

⁹ È questa la prescrizione dettata dall'art. 33, co. 1, d.lgs. n. 219/2006, cit.

pertanto, lo sforzo del legislatore comunitario nell'ultimo ventennio è consistito nell'intervenire ripetutamente in una materia che necessita di prescrizioni comuni all'interno dell'Unione europea. E ciò sul piano sia organizzativo che funzionale.

Quanto al primo profilo, già dal 1995 l'ordinamento europeo ha ritenuto di dover istituire la *European Medicines Agency* (EMA), allo scopo di dare vita ad uno stretto «coordinamento delle risorse scientifiche messe a sua disposizione dagli Stati membri per la valutazione, la sorveglianza e la farmacovigilanza dei medicinali»¹⁰. Un risultato, questo, frutto della scelta contenuta nella Direttiva 65/65/CEE dove per la prima volta veniva affermato un principio cardine del diritto farmaceutico, consistente nella necessità di sottoporre ad autorizzazione, presso l'autorità competente di ciascuno Stato membro della UE, la commercializzazione dei medicinali¹¹ per uso umano e veterinario. In questa prospettiva va valutata con estremo interesse la progressiva affermazione, nell'ambito dell'ordinamento comunitario, di un modello integrato tra l'Agenzia europea dei medicinali e le autorità nazionali, favorendo la creazione di strumenti che si sono rivelati sicuramente efficaci nell'affrontare le enormi difficoltà causate dalla pandemia¹².

È per questa ragione che merita soffermarsi sulla procedura centralizzata che costituisce una delle competenze più rilevanti dell'EMA, appositamente

¹⁰ Così, testualmente, l'art. 55 del Regolamento CE n. 726/2004 che ha sostituito il precedente regolamento n. 2309/1993 con il quale era stata originariamente istituita l'*Agency for the Evaluation of Medical Products* (EMEA). Per una ricostruzione interessante dell'evoluzione normativa che ha caratterizzato la funzione di vigilanza si rinvia a G. MASSARI, *La sicurezza dei farmaci in Italia tra vincoli sopranazionali e riparto interne di competenze*, in *questa Rivista*, 2014, p. 141 ss.

¹¹ Per una efficace sintesi della disciplina che dal 1965 ad oggi ha rappresentato la base normativa del settore qui preso in considerazione, si rinvia a al recente lavoro di R. ROLLI, M. MAGGIOLINI, *Authorities e gestione dei farmaci. La rete amministrativa del farmaco tra AIFA e EMA*, in *DPCE online*, 2021, pp. 2265-2266.

¹² Sul ruolo delle agenzie europee il rinvio è d'obbligo a E. CHITI, *Le agenzie europee. Unità e decentramento nelle amministrazioni comunitarie*, Padova, 2002, *passim.*; Id., *Tendenze e problemi nel processo di agencification nell'ordinamento europeo*, in B. MARCHETTI (a cura di), *L'amministrazione comunitaria. Caratteri, accountability e sindacato giurisdizionale*, Padova, 2009, pp. 30-33 ss., dove l'A. nel descrivere le tecniche principali che hanno consentito l'instaurazione di rapporti stabili tra agenzie europee e amministrazioni nazionali mette in evidenza come quello di stampo più tradizionale incentrato sulla «procedimentalizzazione della funzione e la previsione di relazioni organizzative tra uffici».

mente introdotta proprio in funzione dell'armonizzazione delle normative nazionali¹³.

Fedele allo schema tradizionalmente riconosciuto a tutte le attività proceduralizzate (interne e comunitarie), anche in questo caso l'azione amministrativa prende avvio su iniziativa del soggetto interessato all'immissione nel mercato di un nuovo prodotto al fine di ottenere un'autorizzazione unica, come tale valida in tutti i Paesi che aderiscono alla UE. A norma del Regolamento del Consiglio n. 726/2004, l'istanza deve essere corredata di una cospicua serie di documenti, sui quali gli organi tecnici EMA saranno chiamati a confrontarsi in sede di stesura definitiva del parere. In definitiva, la fase istruttoria (ancorché di fatto quasi decisoria, per i motivi che meglio verranno esplicitati più avanti) è principalmente finalizzata alla verifica dei dati contenuti nei rapporti che attestano le sperimentazioni cliniche condotte dagli aspiranti produttori¹⁴. Allo stesso tempo non va dimenticato come in realtà la competenza al rilascio dell'AIC centralizzata sia della Commissione UE, la quale redige un progetto di decisione. Possono tuttavia presentarsi due ipotesi: nel caso di condivisione del parere formulato da EMA non vi è alcun problema in quanto la decisione finale si limita a recepire quanto valutato in sede istruttoria; nell'eventualità di una diversa e motivata presa di posizione della Commissione, quest'ultima trasmette agli Stati membri e al richiedente tale determinazione al fine di instaurare un reale contraddittorio nei successivi ventidue giorni, decorsi i quali verrà emanata la decisione finale da parte della Commissione, ovvero rinviare al Comitato

¹³ Tale conclusione trae fondamento dal Regolamento del Parlamento europeo e Consiglio europeo del 31 marzo 2004, n. 726, allorché al considerando n. 7 viene esplicitata «la necessità di istituire una procedura comunitaria centralizzata di autorizzazione obbligatoria dei medicinali ad alta tecnologia, in particolare quelli derivati dalle biotecnologie, per conservare l'alto livello di valutazione scientifica di tali medicinali nella Comunità e per perseverare di conseguenza la fiducia dei pazienti e degli operatori sanitari in tale valutazione. Ciò è particolarmente importante nel contesto dell'emergenza di nuove terapie, quali la terapia genica e le terapie cellulari associate».

¹⁴ Per un'analisi dettagliata dei requisiti necessari per la compilazione dei dossier allegati alla domanda per il rilascio dell'AIC c.d. centralizzata, si rinvia al testo dell'art. 6 il quale stabilisce anche un termine (ai sensi del co. 3), fino a un massimo di «210 giorni, successivi al ricevimento di una domanda valida». Nei successivi artt. 7-8 e 9 del Regolamento n. 726/2004, cit. è possibile rinvenire la disciplina dettagliata della fase istruttoria, ivi compresa l'indicazione della documentazione da allegare alla Commissione per il rilascio dell'autorizzazione, nel caso di parere favorevole da parte di EMA.

tecnico EMA (sulla scorta delle osservazioni formulate dai destinatari della predecisione) per un supplemento di istruttoria alla luce delle osservazioni formulate¹⁵.

La validità dell'AIC centralizzata è di cinque anni, dopodiché l'impresa produttrice deve obbligatoriamente sottoporre ad un nuovo esame il prodotto fino a quel momento immesso nel mercato, aggiornando i dati originariamente allegati con quelli prodotti in questo arco di tempo. Se valutato positivamente, la possibilità di produrre e commercializzare il medicinale è illimitata in assenza di controindicazioni tali da doverne imporre il ritiro¹⁶.

Dalla breve ricostruzione delle fasi che connotano tale particolare procedimento di autorizzazione, emergono alcuni aspetti che merita qui soltanto accennare.

In primo luogo, la netta cesura tra la fase consultiva (attribuita ad EMA) e la fase più propriamente decisoria (spettante alla Commissione) non deve trarre in inganno. Ed invero trattasi di una divisione di competenze puramente formale, come si evince anche dal fatto che solo in rarissimi casi si è verificata l'ipotesi di una decisione diversa dalla proposta avanzata dal Comitato dei medicinali per uso umano. Di qui la pressoché totale assenza di margini per esercitare poteri di natura discrezionale, tenuto conto del giudizio esclusivamente tecnico formulato da EMA¹⁷, nei confronti del quale alla Commissione è demandato, di fatto, un semplice controllo sulla regolarità del procedimento in ossequio a quanto disciplinato dalle disposizioni regolamentari in precedenza ricordate¹⁸. Per altro verso, merita sottolineare come un ruolo centrale nel parere reso dal Comitato EMA – oltre che in ordine alla sicurezza e all'affida-

¹⁵ La descrizione dettagliata di tali passaggi è contenuta all'art. 9, Regolamento n. 726/2004, cit.

¹⁶ Questo, in estrema sintesi, il contenuto dell'art. 14, Regolamento n. 726/2004, cit.

¹⁷ Di questo avviso è anche M. FILICE, *L'accountability della European Medicines Agency*, in *Riv. it. dir. pubbl. comunitario*, 2018, pp. 1020-1021.

¹⁸ Sottolinea questo aspetto M. FILICE, *op. loc. cit.*, che qualifica il rilascio dell'AIC da parte della Commissione come una sorta di «controllo tecnico-procedurale»; anche secondo E. CHITI, *Tendenze e problemi nel processo di agencification nell'ordinamento europeo*, cit., p. 28 ss., tale schema si giustifica in quanto ci troviamo in presenza di un procedimento volto all'emanazione di un'autorizzazione, nell'ambito del quale appare naturale assicurare il principio di libertà di iniziativa economica, trattandosi di uno dei pilastri dell'ordinamento comunitario.

bilità – sia attribuito alla valutazione del rapporto rischio/beneficio che il nuovo prodotto può rappresentare per la tutela della salute umana. Si tratta, in buona sostanza, di un principio guida per le attività svolte da tutte le autorità che agiscono in questo specifico settore, non solo con riferimento al procedimento di immissione in commercio, ma anche per l'altrettanto delicata attività di farmacovigilanza¹⁹. Non a caso, è proprio in tale ultima prospettiva e sulla corretta applicazione di questa impegnativa indicazione del legislatore comunitario che si sono venute determinando le incertezze e le contraddizioni che tuttora condizionano la campagna vaccinale in corso per contenere entro limiti accettabili e, possibilmente, sconfiggere la diffusione del virus Sars-CoV-2 e sulle quali avremo modo di ritornare.

2.3 Le deroghe al procedimento ordinario

Non meno importanti risultano le deroghe, previste dall'ordinamento vigente, al procedimento ordinario finalizzato al rilascio dell'AIC. Ed infatti, proprio in considerazione dell'eccezionalità che ha connotato il diffondersi della pandemia, la stessa EMA ha ritenuto di dover introdurre degli strumenti attuativi delle prescrizioni contenute nel regolamento n. 726/2004 per contenere al minimo indispensabile i tempi per consentire l'impiego di nuovi vaccini contro il coronavirus.

Due, sostanzialmente, le alternative al procedimento centralizzato sopra descritto.

Una prima possibilità è rappresentata dall'autorizzazione c.d. condizionata (CMA - *Conditional Marketing Approval*), rilasciata da EMA sul presupposto che ulteriori dati verranno presentati dal soggetto produttore richiedente in un momento successivo. Ciò non si traduce nella commercializzazione di un farmaco in carenza di elementi sufficienti ad attestare l'efficacia e la sicurezza del nuovo prodotto perché questo corrisponderebbe ad un azzardo in totale spregio delle regole previste

¹⁹ Emblematico in tal senso il considerando n. 14 del Regolamento n. 726/2004, cit., laddove si sottolinea come «Per i medicinali autorizzati dalla Comunità, occorrerebbe applicare i criteri di qualità, sicurezza ed efficacia previsti dalle direttive 2001/83/CE e 2001/82/CE e prevedere che la valutazione del rapporto rischio/beneficio di tutti i prodotti medicinali avvenga tanto all'atto della loro immissione in commercio quanto al momento del rinnovo dell'autorizzazione e in qualsiasi altro momento ritenuto appropriato dalla competente autorità».

per il procedimento ordinario²⁰. Al contrario, tale soluzione è stata disciplinata sia nell'ambito di una sperimentazione ancora in corso – dalla quale però siano già emersi elementi tali da permettere un impiego anticipato – ovvero in presenza di dati così incoraggianti da suggerire un avvio di nuovi studi sulla base delle certezze già maturate fino a quel momento. Di qui la validità per un solo anno della CMA, sottoponibile a rinnovo annuale, fermo restando il diritto del produttore di chiederne la conversione in AIC ordinaria (con validità quinquennale e successiva trasformazione a tempo indeterminato all'esito della verifica positiva)²¹. Una diversa prospettiva è quella della c.d. AIC *Under Exceptional Circumstances* (UEC), tendenzialmente utilizzata nel caso delle malattie rare, attraverso la quale è consentito l'uso del farmaco in assenza di una raccolta dei dati per un giudizio completo sul criterio rischi/benefici, in quanto tale valutazione non sarebbe comunque formulabile tenuto conto della peculiarità della malattia ritenuta curabile mediante il ricorso al nuovo prodotto. Pur avendo una validità quinquennale, l'autorizzazione in parola viene annualmente rivalutata da EMA ad opera del Comitato dei medicinali per il consumo umano²².

La via prescelta da EMA in occasione della pandemia in corso per favorire una procedura accelerata per i vaccini anti Covid è stata quella dell'autorizzazione condizionata²³. Tale scelta ha comportato delle conseguenze sul piano sia funzionale che organizzativo.

²⁰ La conferma di quanto evidenziato del testo è oggi rinvenibile in una recente sentenza del Consiglio di Stato, sez. III, 20 ottobre 2021, n. 7045, con la quale è stato respinto l'appello proposto avverso l'imposizione da parte dell'Azienda sanitaria di appartenenza, ritenendo infondata la censura prospettata dagli appellanti volta a contestare la validità dell'autorizzazione condizionata rilasciata da EMA per i vaccini contro il virus Sars-CoV-2. Più in particolare, i giudici di Palazzo Spada hanno puntualizzato come la CMA non possa ritenersi «... una scorciatoia incerta e pericolosa escogitata ad hoc per fronteggiare irrazionalmente un'emergenza sanitaria, ma una procedura di carattere generale, presidiata da particolari garanzie e presidiata a specifici obblighi in capo al richiedente e peraltro già applicata negli anni passati (anche recenti, soprattutto in campo oncologico) a fronte di necessità contingenti».

²¹ Sul punto cfr. F. VILLA e al., *Accesso precoce al mercato: dalle approvazioni condizionate di EMA agli accordi negoziati particolari di AIFA*, in *Global & Regional Health Technology Assessment*, vol. 2018: 1-10, 2.

²² Anche su questi aspetti v. ancora F. VILLA e al., *op.loc.cit.*

²³ Negli Stati Uniti, la *Food and Drug Administration* ha ampiamente fatto ricorso alla c.d. *Emergency Use Authorization* (EUA); per una ricostruzione anche in chiave storica di questo

Con riferimento al primo aspetto, la contrazione dei tempi del procedimento (ridotto a centocinquanta giorni rispetto ai duecentodieci previsti per le AIC ordinarie) non ha minimamente influito sull'attendibilità delle verifiche dei requisiti richiesti dalla normativa vigente in materia. Ed invero – come già incidentalmente accennato – l'esperienza fin qui condotta ed i risultati raggiunti non hanno evidenziato un abbassamento della qualità e dell'intensità degli standard richiesti per ottenere la validazione da parte dell'Agenzia europea.

Lo sforzo maggiore, tuttavia, è sembrato essere quello concernente l'aspetto organizzativo in quanto il contenimento della tempistica si è reso possibile anche grazie all'attivazione, da parte della stessa EMA, di una *task force* multidisciplinare (c.d. Covid-ETF), formata da un gruppo di esperti, provenienti da tutti gli Stati membri dell'UE, in grado di sostenere le imprese produttrici nella predisposizione del *dossier* da allegare alla domanda di commercializzazione²⁴.

Tutto questo facendo leva su due strumenti: da un lato, come si è appena visto, un'attività di consulenza scientifica a sostegno dei test eseguiti dal soggetto promotore del nuovo vaccino, con il chiaro obiettivo di evitare che possibili errori commessi nel corso (o nell'impostazione) della sperimentazione possano indurre i valutatori finali a sollevare delle obiezioni tali da impedire la conclusione favorevole dell'*iter* autorizzatorio.

Ed ancora, la stessa modalità di svolgimento della verifica dei requisiti richiesti per poter immettere il vaccino nel mercato è stata improntata al criterio della c.d. revisione ciclica (*rolling review*), che consente di esaminare immediatamente i dati elaborati nel corso della sperimentazione, senza attendere la conclusione di tutte le sue fasi, aggiornando detta valutazione ogni due settimane.

Le considerazioni da ultimo svolte permettono di evidenziare come, in questa vicenda, sia lo stesso soggetto competente a formulare il parere

strumento regolatorio, cfr. le interessantissime considerazioni in J. IWRY, *FDA Emergency Use Authorizations: A brief history from 9/11 to Covid-19*, in *Food and Drug Administration Law Institute Magazine*, Fall 2021.

²⁴ Per una descrizione più dettagliata delle fasi del procedimento che ha condotto all'impiego autorizzato dei vaccini contro il Covid si rinvia all'efficace descrizione contenuta nella scheda predisposta da D. CORIGLIANO, *EMA: procedura centralizzata e procedure accelerate anti Covid-19*, 7 giugno 2021, in <https://www.infarmati.it>.

decisivo per l'emanazione da parte della Commissione del provvedimento finale, ad attivarsi già prima dell'avvio formale del relativo procedimento, stante l'esigenza di individuare quanto prima i vaccini utili a debellare l'infezione da Sars-CoV-2.

In altre parole, lo schema appena descritto pare preludere a una possibile evoluzione della nozione di procedimento amministrativo così come da sempre l'abbiamo sperimentata. Ed invero, pur tenendo conto della peculiarità della fattispecie qui presa in considerazione, sembra potersi rinvenire una sorta di "istruttoria preparatoria" che precede l'emanazione del provvedimento finale. Si tratterebbe, in buona sostanza, di un'ulteriore fase che, sebbene collocata prima dell'avvio formale del procedimento autorizzatorio, risulta comunque strettamente connessa allo svolgimento dell'azione amministrativa necessaria per verificare i presupposti per la messa in commercio dei nuovi farmaci²⁵. La velocità ed il breve lasso di tempo impiegati per individuare i vaccini anti Covid, unitamente al loro pronto impiego, dimostrano come queste nuove tecniche di verifica abbiano valorizzato al massimo i principi di semplificazione ed economia procedimentale, mai come in quest'occasione risultati decisivi per il conseguimento dei risultati fin qui raggiunti.

3. Le incertezze sulla somministrazione del vaccino AstraZeneca come conseguenza delle contraddizioni e sovrapposizioni che tuttora influenzano le scelte in materia di farmacovigilanza

Una volta delineato il quadro, sia pure sintetico, delle competenze distribuite tra l'Agenzia europea e quella italiana in materia di AIC, occorre ora verificare quanto il modello dell'autorizzazione centralizzata si sia rivelato efficace nell'esperienza italiana in seguito all'immissione nel mercato, nelle ultime settimane del 2020, dei vaccini fin qui utilizzati per portare a compimento quella che a tutti gli effetti ha dato luogo ad una complicata somministrazione di massa.

²⁵ Il procedimento amministrativo utilizzato in questo specifico settore verrebbe pertanto ad essere integrato da un'ulteriore attività rispetto a quelle tradizionalmente studiate e descritte dalla dottrina fin dal suo apparire (per una prima teorizzazione delle fasi del procedimento amministrativo, il riferimento è d'obbligo alla ben nota monografia di A.M. SANDULLI, *Il procedimento amministrativo*, Napoli 1940).

Pertanto, se il rilascio del titolo abilitativo richiesto definisce per un verso la fase relativa alla sperimentazione e validazione del nuovo farmaco, per altro verso ne apre un'altra non meno impegnativa consistente nel monitoraggio delle conseguenze derivanti dall'impiego dei nuovi farmaci immessi nel mercato. L'utilizzazione dei vaccini anti Covid ha dunque rappresentato il momento di maggiore tensione proprio su questo specifico aspetto, tenuto conto della rapidità dei tempi di sviluppo e di sperimentazione per i ben noti motivi.

Ed invero, la stessa attività di farmacovigilanza (oggetto di una profonda ed incisiva disciplina nel 2010²⁶) ha funzionato da detonatore delle aporie di un sistema che ha visto entrare in crisi alcuni passaggi del modello incentrato sulla autorizzazione in commercio gestita da EMA. Si è già avuto modo di rilevare che proprio l'affidamento ad un'Agenzia europea della competenza ad emanare il provvedimento in grado di utilizzare un farmaco in tutti i Paesi aderenti alla UE avesse rappresentato lo strumento più efficace per assicurare una uniformità di comportamenti sulla base di una comune base scientifica e regolatoria.

Tuttavia, non va dimenticato come anche ai singoli Stati nazionali (così è in Italia) spetti il potere/dovere di esercitare forme di controllo stringenti sugli effetti indesiderati che possono determinarsi in conseguenza della somministrazione del vaccino, unitamente alla «valutazione dei segnali, dei rapporti periodici di aggiornamento sulla sicurezza, degli studi sulla sicurezza post-autorizzazione e dei piani di gestione dei rischi»²⁷.

Allo stesso tempo, non proprio secondario si rivela l'adempimento imposto dall'UE alle aziende produttrici, una volta divenute titolari di AIC, consistente nell'eseguire il «monitoraggio continuativo della sicurezza dei vaccini, a comunicare le segnalazioni di eventi avversi gravi, ad aggiornar-

²⁶ Intendiamo fare riferimento alla Direttiva 2010/84/UE (che ha modificato la Direttiva 2001/83/CE) e del successivo Regolamento n. 1235/2010/UE, attuativo della Direttiva da ultimo richiamata, contenenti una disciplina articolata dei medicinali autorizzati attraverso la procedura centralizzata; su questi aspetti v. anche il quadro ricostruttivo di M. VENEGONI, *La nuova legge europea sulla farmacovigilanza*, in *Giornale Italiano di Farmacoeconomia e Farmacoutilizzazione*, 2013, 5(3), p. 5 ss.

²⁷ Così, testualmente l'efficace scheda esplicativa predisposta dalla COMMISSIONE EUROPEA - Domande e risposte, *Autorizzazione all'immissione in commercio condizionata dei vaccini anti Covid-19 nell'UE*, in <https://ec.europa.eu> (aggiornata al 27 gennaio 2021), dove peraltro vengono individuate con esattezza le responsabilità di EMA rispetto a quelle dei singoli Stati membri.

nare le informazioni sul prodotto, nonché inviare relazioni periodiche ad EMA aventi ad oggetto il rapporto rischi/benefici e la sicurezza del vaccino prodotto»²⁸.

L'attenzione massima per questi profili è da ultimo testimoniata dall'istituzione, a livello europeo, di una rete integrata di soggetti proprio per favorire uno scambio di informazioni in grado di fornire dati e indicazioni sulle scelte da assumere ovvero sulla correzione di quelle già effettuate. Più precisamente, l'osservazione e l'analisi delle reazioni avverse rappresenta l'obiettivo principale che ha spinto l'UE a dare vita a un *database* europeo (denominato *Eudravigilance*) che vede impegnate in prima linea EMA, le Autorità nazionali competenti in tale materia e le aziende farmaceutiche, con lo scopo precipuo di segnalare quanto più tempestivamente (in funzione della relativa gravità) ogni effetto indesiderato per poterne valutare le ricadute e adottare i necessari correttivi. Sono sufficienti queste brevi riflessioni per comprendere come negli scorsi mesi si sia venuta a creare una diversità profonda di opinioni e di scelte che hanno pesantemente condizionato l'andamento della campagna vaccinale, con riferimento all'utilizzazione del vaccino principale su cui grandi aspettative erano state riposte tanto a livello interno che comunitario, come si evince facilmente dal contratto di acquisto concluso dalla stessa Commissione europea del vaccino prodotto da AstraZeneca (divenuto, nel corso dei mesi, Vaxzevria).

I fatti sono ampiamente noti e ritorneremo più avanti sulla ricostruzione di alcuni passaggi. Basti sommariamente ricordare come in un primo tempo il siero anglosvedese fosse stato prescritto per la fascia di età compresa tra i diciotto e i sessantacinque anni²⁹. Tale scelta è stata adottata anche da altri Paesi UE aprendo così la discussione – non priva di polemiche anche aspre – sul fatto che a fronte di una valutazione positiva fornita da EMA (ancorché basata sui dati allora conosciuti) in ordine alla sicurezza

²⁸ Cfr., ancora, COMMISSIONE EUROPEA - Domande e risposte, cit. alla nt. precedente. Sulla qualificazione dei vaccini, al pari di tutti i farmaci, come prodotti c.d. *unavoidably unsafe*, si rimanda a A. CIONI, *La corsa al vaccino contro il Covid-19. Qualche considerazione fra requisiti per l'autorizzazione e regole di responsabilità*, in *Resp. Civ. e Previdenza*, 2020, p. 2017 ss.

²⁹ Ciò non di meno, nel marzo di quest'anno l'autorità nazionale danese per la salute ha deciso di sospendere, in via precauzionale, la somministrazione, dopo aver riscontrato casi di trombembolia in persone con età ricompresa nella fascia sopra ricordata.

di AstraZeneca, le autorità nazionali hanno manifestato opinioni diametralmente opposte, alimentando forme di disorientamento che hanno rischiato di compromettere seriamente la campagna vaccinale avviata con successo dal nuovo Governo appena insediatosi nel febbraio scorso. Non va dimenticato come l'intera vicenda sia riconducibile a un dato che deve essere tenuto presente, in linea con le prescrizioni di rango comunitario più volte ricordate, consistente nella valutazione, da parte dell'Agenzia europea, del rapporto rischi/benefici con riferimento alla somministrazione dei nuovi vaccini. Ed infatti, come ampiamente dimostrato in tutte le sedi scientifiche più accreditate, il numero e la gravità delle reazioni avverse è stato di così contenute proporzioni da indurre l'Autorità regolatoria europea a mantenere i giudizi favorevoli che avevano portato ad autorizzare, in via condizionata, l'impiego di detti vaccini. Ciò non di meno, AIFA, nell'esercizio delle proprie competenze in tema di farmacovigilanza³⁰, ha ritenuto di dover intervenire, sospendendo alcuni lotti prima e ridefinendo, in un secondo momento, le fasce di età cui inoculare il vaccino AstraZeneca. Ed è proprio su queste decisioni che merita spendere qualche riflessione, sia pure nell'ambito ristretto della presente indagine.

Prima di tutto, è di palmare evidenza come nella materia di cui ci stiamo occupando la scelta tra le diverse opzioni possibili sia il frutto dell'uso che viene fatto di due principi cardine dell'azione amministrativa quali quello di precauzione³¹ e di proporzionalità. Entrambi possono far propendere la decisione in un senso o nell'altro, soprattutto quando si tratta di ridurre al minimo il rischio che l'impiego di un farmaco possa

³⁰ Il collegamento tra i vari livelli in cui viene ad essere distribuita la funzione di farmacovigilanza viene efficacemente descritto come una "matrioska" da G. MASSARI, *La sicurezza dei farmaci in Italia*, cit., p. 159. Allo stesso tempo, come sottolineato anche da M. CLARICH, B.G. MATTARELLA, *L'Agenzia italiana del farmaco*, in G. FIORENTINI (a cura di), *I servizi sanitari in Italia*, Bologna, 2004, p. 280, non va sottaciuto come il legislatore nazionale non si sia sufficientemente posto il problema di regolare, fin dalla istituzione di AIFA, i necessari raccordi con la rete europea di amministrazioni del settore.

³¹ Per una riflessione interessante sull'applicazione del principio di precauzione ai profili che qui rilevano si rinvia ai lavori di N. VETTORI, *Le decisioni in materia di salute tra precauzione e solidarietà. Il caso delle vaccinazioni*, in *Dir. pubbl.*, 2018, p. 181 ss.; G. MANFREDI, *Vaccinazioni obbligatorie e precauzione*, in *Giur. it.*, 2017, p. 1418 ss.; B. BERTARINI, *Tutela della salute, principio di precauzione e mercato del medicinale. Profili di regolazione giuridica europea e nazionale*, Torino, 2016.

produrre danni gravi e, in alcuni casi, irreparabili alla salute – se non addirittura alla vita – di ciascuno di noi. Per tale motivo non è banale l'approccio seguito dalle autorità competenti nell'affrontare situazioni di emergenza di rilevanza eccezionale come nel caso della pandemia nella quale ancora ci dibattiamo.

Senza dimenticare che, in tutto questo, un ruolo decisivo sembra essere stato svolto dalla non uniformità di vedute sulle varie strategie da intraprendere, rendendo così più arduo il compito dei soggetti chiamati ad assumere determinazioni rilevanti (anche in termini di responsabilità personale e collettiva) in ordine alle azioni migliori da adottare.

Per queste ragioni può risultare di una qualche utilità un breve approfondimento per cercare di comprendere se le opzioni esercitate a livello ministeriale, ovvero nell'ambito delle competenze regionali, siano imputabili all'esercizio di un potere tecnico-discrezionale, ovvero siano la risultante di decisioni di natura più marcatamente politica.

4. Segue: Dalla decisione tecnica-discrezionale alla decisione politica: le vicende della campagna vaccinale

La prospettiva da ultimo indicata appare sicuramente stimolante e pone alcuni interrogativi in quanto il caso dei vaccini contro il virus Sars-CoV-2 ha assunto dei contorni particolari, sia pure nell'ambito delle coordinate teoriche dalle quali hanno preso le mosse le presenti riflessioni.

È interessante notare come nel corso degli ultimi mesi, in seguito alle incertezze emerse sul piano scientifico all'esito della manifestazione di alcune reazioni avverse gravi dopo la somministrazione, le autorità istituzionalmente chiamate ad adottare le misure prescrittive in materia abbiano seguito un *iter* procedurale molto particolare.

A ben vedere, sembra di poter rintracciare, nelle vicende che hanno caratterizzato la lotta contro la pandemia, uno schema decisorio che si è venuto sviluppando nel tempo (soprattutto riguardo alla campagna vaccinale), rispetto a quello che sul piano teorico da sempre accompagna la riflessione teorica sui rapporti tra tecnica e politica³². In altre parole, nonostante il tema della salute parrebbe rappresentare per eccellenza

³² Sempre valide le intuizioni di V. BACHELET, *L'attività tecnica della pubblica amministrazione*, Milano, 1967, *passim*; per un'attenta ricostruzione di questi aspetti si rinvia, *ex multis*, a C.

il terreno su cui la gran parte delle scelte operate dovrebbe basarsi su valutazioni prettamente tecnico-discrezionali³³, nel nostro caso abbiamo assistito ad una sorta di rimpallo tra soggetti pubblici chiamati ad emanare i provvedimenti in grado di vincolare i comportamenti dei cittadini e gli organi tecnici (già esistenti o di nuova formazione) le cui analisi sono state poste a fondamento delle decisioni concretamente adottate in assenza di qualsivoglia ponderazione da parte dell'autorità di volta in volta competente³⁴.

Si è già accennato a quanto accaduto nella scorsa primavera, riguardo alla sospensione, per qualche giorno, dell'inoculazione del prodotto AstraZeneca, in conseguenza delle prime reazioni avverse segnalate (prevalentemente in donne di giovane età). A tale primo incidente di percorso è poi seguito l'improvviso *revirement*, di fatto imposto dal Ministero della salute con riferimento alla fascia di età alla quale somministrare detto vaccino, ribaltando completamente il criterio seguito fino a giugno 2021. Più precisamente, la campagna vaccinale ha preso avvio sulla base dell'autorizzazione rilasciata da EMA nei confronti di alcuni vaccini, in origine prodotti da Pfizer, Moderna e AstraZeneca. Sono altrettanto note le vicende che hanno indotto la Commissione europea a concludere con quest'ultima industria farmaceutica contratti per i Paesi aderenti all'UE facendo probabilmente affidamento su prezzi molto vantaggiosi rispetto a quelli praticati dalle aziende americane e tedesche.

VIDETTA, *L'amministrazione della tecnica: la tecnica fra procedimento e processo amministrativo*, Napoli, 2008, p. 259 ss., nonché *infra*.

³³ La bibliografia su queste tematiche è sterminata; per una rivisitazione recente dei problemi qui solo sinteticamente indicati v. A. MOLITERNI, *Le disavventure della discrezionalità tecnica tra dibattito dottrinario e concrete dinamiche dell'ordinamento*, in A. MOLITERNI (a cura di), *Le valutazioni tecnico-scientifiche tra amministrazione e giudice. Concrete dinamiche dell'ordinamento*, Napoli, 2021, p. 5 ss.; per una ricostruzione attenta dell'attività tecnico-discrezionale nel settore farmaceutico, si rinvia al saggio di A. FALCHI DELITALA, *Il sindacato giurisdizionale sulle valutazioni tecniche della pubblica amministrazione nel settore farmaceutico*, *ivi*, p. 93 ss.; A. GIUSTI, *Tramonto o attualità della discrezionalità tecnica? Riflessioni a margine di una "attenta riconsiderazione" giurisprudenziale*, in *Dir. amm. proc.*, 2021, p. 336 ss.

³⁴ Con riferimento alla normativa sui farmaci, G. PASTORI, *La normativa comunitaria in tema di autorizzazione e vigilanza sui medicinali dalla direttiva n. 65/65 al regolamento n. 2309/1993*, in *Riv. it. dir. pubbl. com.*, 1996, p. 331, aveva sottolineato come contribuisse a concretizzare «un'amministrazione di per sé a carattere vincolato ... dotata di quella che si denomina correntemente, per quanto impropriamente, discrezionalità tecnica».

Al riguardo, di una qualche utilità può rivelarsi una rapida analisi delle circolari emanate nell'arco di tre mesi da parte della Direzione Generale, attraverso le quali si sono venute precisando le posizioni assunte dagli organi competenti in ordine alle categorie di persone cui somministrare il vaccino AstraZeneca.

Ed infatti, in un primo momento, ci si è limitati ad affermare l'utilizzazione di quest'ultimo anche in persone che hanno compiuto il sessantacinquesimo anno di età³⁵, motivando tale scelta non solo sul piano della sicurezza del vaccino impiegato, ma anche della necessità di utilizzare il maggior numero di dosi possibile, stante la scarsità di prodotti vaccinali in quel momento a disposizione nella nostra nazione.

Al di là della decisione presa in tale circostanza, preme sottolineare come l'impianto motivazionale della nota-circolare contenga al proprio interno delle valutazioni che vanno ben oltre il mero dato scientifico (in questo caso il parere reso dal Consiglio Superiore di Sanità). Ed invero, dalla lettura di detta circolare si percepisce la volontà di decidere anche alla luce di un elemento decisivo all'epoca, per cui è di tutta evidenza come la scelta di estendere il vaccino prodotto da AstraZeneca anche agli ultrasessantacinquenni sia stata adottata nella «prospettiva di sanità pubblica connotata dalla disponibilità limitata di dosi vaccinali»³⁶. Una scelta, questa, che trascende il mero dato tecnico, contenente pertanto una valutazione puntuale del pubblico interesse secondo lo schema tipico delle decisioni politico-amministrative che tradizionalmente caratterizzano l'attività dei pubblici poteri³⁷.

Ben diverso, invece, l'approccio contenuto in altre circolari emanate dalla medesima Direzione Generale del Ministero della salute, volte ad aggiornare le indicazioni sull'impiego del vaccino anglo-svedese in relazione al quale, pur confermando il relativo impiego a partire dai diciotto anni di età «si rappresenta che è raccomandato un suo uso preferenziale

³⁵ Questa, in estrema sintesi, la posizione espressa nella circolare della Direzione Generale della Prevenzione Sanità Ministero della salute dell'8 marzo 2021, n. 8811

³⁶ Così, testualmente, circolare n. 8811/2021, cit.

³⁷ Significativa la precisazione di J. IWRY, *op. cit.*, 8, laddove dove afferma che «*Even when making decision without overt political interference, FDA has confronted difficult decisions in exercising its discretion*».

nelle persone di età superiore ai 60 anni³⁸. Ed infatti, in questo caso, la scelta si è basata unicamente sul contenuto del parere fornito dal CTS di AIFA, sentito il Presidente del Consiglio Superiore di Sanità. In tale occasione, tra l'altro, si precisa che «chi già aveva ricevuto una prima dose di Vaxzevria, può completare il ciclo vaccinale col medesimo vaccino». Ma il passaggio che induce a più di una perplessità è rappresentato dalle circolari dell'11 e 14 giugno scorso, allorché la stessa Direzione generale della Prevenzione sanitaria del Ministero della salute ha fornito degli aggiornamenti sui vaccini Vaxzevria e Janssen, sancendo la somministrazione del primo alle persone che abbiano compiuto o superato il sessantesimo anno di età. Nel primo caso, tale conclusione viene formulata sulla scorta di quanto affermato dal CTS nominato con ordinanza del Capo del Dipartimento della Protezione Civile³⁹, specificando che quanti non avessero ancora compiuto i sessant'anni e avessero ricevuto una prima dose del prodotto anglo-svedese, avrebbero dovuto completare nelle successive otto/dodici settimane il ciclo di vaccinazione con gli altri vaccini (Comirnaty o Moderna), di fatto imponendo lo schema di vaccinazione c.d. eterologa⁴⁰.

Nel caso della seconda circolare, invece, il Direttore Generale del Ministero si è limitato semplicemente ad integrare quanto già disposto solo tre giorni prima con riferimento alle modalità di impiego di due dosi di vaccini diversi nei termini da ultimo ricordati, allegando la determinazione del Direttore generale AIFA del 13 giugno 2021 e del supplemento di parere reso in pari data dal CTS (di nomina governativa)⁴¹. Tuttavia, dalla lettura del provvedimento emanato da uno dei vertici dell'Agenzia

³⁸ Così, espressamente, circolare del 7 aprile 2021, n. 14158.

³⁹ Cfr. Circolare Direzione Generale della Prevenzione Sanità Ministero della salute dell'11 giugno 2021, n. 26246, nella quale è contenuta un'estratta del verbale della seduta tenutasi in pari data del CTS, nominato con Ordinanza del Capo della Protezione Civile n. 751/2021.

⁴⁰ Tale conclusione è facilmente verificabile dalla lettura del testo della circolare che così si esprime: «Per persone che hanno ricevuto la prima dose di tale vaccino e sono al di sotto dei 60 anni di età, il ciclo *deve essere completato* con una seconda dose di vaccino a mRNA (Comirnaty o Moderna) da somministrare a una distanza di 8-12 settimane dalla prima dose» (corsivo ns.)

⁴¹ Sul ruolo del CTS istituito dal Governo italiano anche in una prospettiva comparata, soprattutto con l'analogo *Conseil Scientifique presso il Ministère des Dolidarités et de la Santé* nominato dal Governo francese, v. G. MINGARDO, *Il ruolo del comitato tecnico-scientifico in Italia e Francia nell'emergenza Covid-19*, in *BioLaw Journal*, 1, 2020, p. 89 ss.

nazionale, emergono due elementi che meritano di essere presi attentamente in considerazione quale premessa per le considerazioni che più avanti verranno prospettate.

In primo luogo, dalle affermazioni contenute nell'atto emanato dall'AIFA si ricavano cose abbastanza diverse rispetto a quanto specificato nella circolare dell'11 giugno 2021, laddove la vaccinazione eterologa viene in pratica degradata a mera possibilità, discostandosi sensibilmente dall'obbligo sancito nel precedente atto di provenienza ministeriale⁴².

Sotto altro profilo, non del tutto persuasivo si rivela il passaggio utilizzato tanto nel provvedimento AIFA quanto nell'integrazione del parere da parte del CTS, laddove l'impiego dei medicinali Comirnaty e Covid-19 Vaccine Moderna, sono stati inseriti «nell'elenco dei farmaci di cui alla legge n. 648/1996»⁴³ allo scopo precipuo di consentire la vaccinazione eterologa. A ben vedere la normativa di riferimento subordina la possibilità di impiegare medicinali «... per un'indicazione diversa da quella autorizzata, purché tale indicazione sia nota e conforme a ricerche condotte nell'ambito della comunità medico-scientifica nazionale-internazionale, secondo parametri di economicità e appropriatezza»⁴⁴. Ed ancora, preme ricordare come all'epoca della decisione di ammettere il ricorso alla vaccinazione eterologa – in conformità al contenuto della disposizione da ultimo richiamata – non fossero disponibili dati scientifici in grado di confermare una simile scelta, soprattutto in assenza di determinazioni di natura analoga da parte di EMA. Ciò non di meno, la decisione è stata adottata e solo in un secondo momento si è rivelata corretta (sulla base dei dati nel frattempo raccolti).

⁴² Così si afferma nell'art. 2 del dispositivo predisposto dal DG AIFA nella determinazione del 13 giugno 2021: «I medicinali di cui all'art. 1 possono essere somministrati come seconda dose per completare un ciclo vaccinale misto, nei soggetti di età inferiore ai 60 anni che abbiano già effettuato una prima dose di vaccino Vaxzevria. La seconda dose di vaccino può avvenire a distanza di 8-12 settimane dalla somministrazione di Vaxzevria» (corsivo ns.).

⁴³ Cfr. art. 1, determinazione del DG AIFA, cit.

⁴⁴ Senza dimenticare, inoltre, che la somministrazione del vaccino, in linea con quanto previsto per la somministrazione dei farmaci in regime c.d. *off-label*, è sempre subordinata all'acquisizione del consenso informato; su tale specifica problematica, ancorché non con riferimento alla campagna vaccinale di cui si discute, cfr. M. SIRACUSA, *Il diritto "informato" ed economicamente condizionato di accesso al farmaco: l'AIFA e la farmacovigilanza*, Trento, 2015.

Ne discende, pertanto, che la rapida inversione del protocollo originariamente previsto da parte degli organi coinvolti nel procedimento del tutto atipico che ha indirizzato la campagna vaccinale, sia avvenuta sulla base di valutazioni articolate dell'interesse pubblico sotteso a detta determinazione, frutto di approfondimenti non solo di natura tecnica, ma anche di criteri strettamente correlati all'applicazione del principio di precauzione. Ed è molto singolare che una scelta così importante sia stata di fatto demandata ai soli organi tecnico-scientifici⁴⁵, senza che tutto questo implicasse minimamente il coinvolgimento del Ministro della salute, quale principale centro di riferimento sul piano politico istituzionale. Da ultimo, non si può fare a meno di sottolineare come in una situazione per molti aspetti analoga a quella fin qui esaminata, ancorché in una prospettiva del tutto rovesciata rispetto all'*iter* seguito per la somministrazione eterologa dei vaccini anti Covid, il Governo non abbia esitato a consentire la ripresa di una consistente serie di attività nonostante il parere avverso del CTS⁴⁶. In buona sostanza, il decreto c.d. "riaperture", emanato in considerazione dell'«evolversi della situazione epidemiologica» e della «straordinaria necessità e urgenza di integrare il quadro delle vigenti misure di contenimento alla diffusione del predetto virus» ha consentito tutto questo limitandosi a richiamare «l'avviso espresso dal Comitato tecnico-scientifico» di espressione governativa⁴⁷. È dunque evidente come gli orientamenti manifestati da quest'ultimo siano stati

⁴⁵ Confermando con ciò quanto già evidenziato dalla dottrina più attenta, secondo cui in talune fattispecie la potestà decisionale non sempre è frutto di un'attribuzione formale, al punto che alcuni organi istituiti con finalità prevalentemente istruttoria (è questo il caso del CTS di nomina governativa) di fatto assumono delle decisioni che (sebbene collocate all'interno di fasi endoprocedimentali) sono in grado di influire in modo consistente sul contenuto della decisione finale. Sul punto si rinvia alle condivisibili considerazioni di W. GIULIETTI, *Tecnica e politica nelle decisioni amministrative "composte"*, in *Dir. amm.*, 2017, p. 327 ss. ed in part. nt. 21.

⁴⁶ Questa, in estrema sintesi, la *ratio* del d.l. 22 aprile 2021, n. 52.

⁴⁷ Cfr., sul punto, le premesse contenute nel d.l. n. 52/2021, cit.; sul ruolo che gli organismi tecnici sono chiamati a svolgere e sulla rilevanza che la scelta effettuata in ordine alla relativa istituzione comporta non solo sul piano organizzativo ma anche su quello politico in quanto «la decisione di prevedere un "momento tecnico" presuppone infatti che sia stata effettuata una opzione tra interessi nella misura in cui, appunto, il perseguimento di determinati valori viene agganciata a un'attività tecnico valutativa», si rinvia alle interessanti considerazioni di C. CUDIA, *Pubblica amministrazione e valutazioni tecniche: profili organizzativi*, in *Dir. pubbl.*, 2016, p. 3, ma anche pp. 13 e 20 ss.

lasciati in secondo piano allorché l'attenzione è stata spostata su aspetti non riferibili unicamente ai profili di sanità pubblica, privilegiando quegli interessi (*in primis* quelli di natura economica) fino a tale momento ritenuti recessivi rispetto alla protezione della salute.

In altre parole, è di tutta evidenza come nell'arco di oltre un anno sia possibile registrare una duplice tendenza alla base delle scelte adottate durante la campagna vaccinale: da un lato, il rapporto tra sapere tecnico-scientifico e valutazioni discrezionali (o se si preferisce politiche, nel senso cioè di scelte adottate in sede politica-amministrativa all'esito di una ponderazione comparativa tra più interessi secondo il ben noto insegnamento gianniniano) è sembrato riconoscere al primo un ruolo di preminenza; dall'altro, stante l'incertezza e la non univocità delle soluzioni prospettate dagli organi tecnici, le determinazioni assunte dal Governo hanno di fatto rovesciato tale prospettiva⁴⁸, realizzando così un sostanziale condizionamento da parte della massima espressione del potere politico sulle indicazioni avanzate dal CTS anche sulla scorta di considerazioni di natura precauzionale⁴⁹.

Di qui la sensazione, sia pure a livello subliminale, di una fuga dalla responsabilità (non solo politica) del decisore che ha ritenuto di delegare le scelte più importanti agli organismi tecnici⁵⁰, probabilmente in

⁴⁸ Secondo G. MINGARDO, *Il ruolo del comitato tecnico-scientifico in Italia e Francia...*, cit., p. 92, tale conseguenza potrebbe spiegarsi muovendo dalla considerazione, mutuata dalla lettura di alcune pronunce della Corte costituzionale, che tanto maggiore è l'incertezza sul piano scientifico, tanto più ristretto risulterà lo spazio discrezionale del legislatore e viceversa.

⁴⁹ I contributi che hanno affrontato approfonditamente questi temi sono molto numerosi, e per questa ragione non è possibile (e tanto meno utile) procedere in questa sede ad una loro puntuale elencazione. Senza alcuna pretesa di esaustività, oltre agli Autori già indicati alle precedenti note nn. (30) e (31) facendo rinvio all'altrettanto ampia bibliografia ivi presente, merita richiamare, con riferimento agli aspetti illustrati nel testo, le sempre illuminanti considerazioni di D. DE PRETIS, *Valutazione amministrativa e discrezionalità tecnica*, Padova, 1995 e C. MARZUOLI, *Potere amministrativo e valutazioni tecniche*, Padova, 1985. Per quanto attiene poi il profilo specifico del rapporto tra tecnica e potere altrettanto fondamentale è il saggio di F. LEDDA, *Potere, tecnica e sindacato giudiziario sull'amministrazione pubblica*, in *Scritti in memoria di V. Bachelet*, vol. II, Milano, 1987, p. 419 ss.; più in generale, parimenti significative appaiono le considerazioni di N. IRTI, E. SEVERINO, *Dialogo su diritto e tecnica*, Roma-Bari, 2001 *passim* e sp. pp. 10, 13-14, dove entrambi gli AA. si confrontano nel tentativo di attribuire la prevalenza dell'uno sull'altra rimanendo, tuttavia, ognuno della propria opinione. Su tali passaggi, cfr. ancora W. GIULIETTI, *Tecnica e politica nelle decisioni amministrative "composte"*, cit., p. 314 ss.

⁵⁰ Mette in guardia dal rischio di delegare alla scienza la guida della società, con la conseguenza di annacquare il regime della responsabilità, civile, penale e politica del decisore poli-

conseguenza della complessità della situazione determinata dalla diffusione del virus, salvo poi riappropriarsi di un ruolo di primo piano al momento di affrontare l'emergenza provocata dalla pandemia sul piano più strettamente economico. Fermo restando l'insegnamento impartitoci da autorevole dottrina, secondo cui «... i dubbi di carattere scientifico non si risolvono con lo strumento del potere, come pur si pensava in altri tempi: per questo aspetto, la bilancia del giudice vale quanto la spada dell'amministratore»⁵¹.

5. Dal modello provvedimentale allo schema regolatorio. Alcune considerazioni finali

Le tendenze fin qui esaminate pongono tuttavia un ulteriore interrogativo che merita solo accennare, non essendo questa la sede per affrontare *funditus* un aspetto di così rilevante spessore, con riferimento alla qualificazione delle scelte adottate in materia di somministrazioni vaccinali anti Covid nell'arco di oltre un anno. Più in particolare, da un'attenta lettura degli atti con i quali si è proceduto ad indirizzare le modalità di impiego dei vaccini per arrestare (o quanto meno contenere) la diffusione del contagio da Sars-CoV-19, sembra potersi ricavare la convinzione secondo cui tutto questo è avvenuto al di fuori dello schema che caratterizza il rapporto tra cittadino e pubblici poteri, tradizionalmente costruito sulla decisione amministrativa di natura provvedimentale.

Si è già fatto cenno all'assenza di un procedimento amministrativo all'interno del quale ricondurre la ricerca delle soluzioni ritenute più idonee a tutelare la salute di noi tutti da parte delle autorità sanitarie. Non è da escludere che le divergenze da ultimo rappresentate siano prevalentemente riconducibili al percorso seguito da tutte le autorità coinvolte nel difficile compito di arginare la pandemia con ogni mezzo possibile, ricorrendo a strumenti diversi rispetto a quelli comunemente impiegati per raggiungere un assetto degli interessi coinvolti, tenuto conto delle varie posizioni coinvolte.

tico a fronte di colpevoli errori e di macroscopiche sviste», A. IANNUZZI, *Leggi "science driven" e Covid 19. Il rapporto fra politica e scienza nello stato di emergenza sanitaria*, in *BioLaw Journal*, 1, 2020, p. 129.

⁵¹ È questo, testualmente, il giudizio espresso da F. LEDDA, *op.cit.*, p. 433.

Ne è scaturito un modello – come si è visto – a tutti gli effetti regolatorio, prevalentemente basato su atti dal contenuto sfumato, contenenti mere raccomandazioni in luogo di comportamenti precettivi come probabilmente ci si sarebbe potuti attendere dai vertici della autorità tecnico-scientifiche e politiche.

Ed ancora, quello delle misure tese a contrastare la pandemia in atto ben può rappresentare uno dei settori privilegiati per l'impiego della c.d. *soft-law* attraverso la quale indirizzare, mediante la formula della raccomandazione, i comportamenti delle amministrazioni che esercitano delle competenze in materia sanitaria (*in primis* le Regioni e le Aziende sanitarie) e degli amministrati. Come già evidenziato dalla riflessione teorica più sensibile, la normativa dell'emergenza, così come il diritto amministrativo dell'emergenza, sono dovuti ricorrere a strumenti molto differenti da quelli di norma utilizzati, di fatto ponendo le basi per un incisivo ripensamento del «principio di tipicità delle fonti»⁵².

Per altro aspetto, la disciplina della somministrazione dei farmaci – ed ancor più l'impiego di vaccini di ultima generazione volti a contenere gli effetti devastanti della pandemia – ben si presta ad essere una specie di coacervo di disposizioni interne, eurounitarie, generali e puntuali aventi ad oggetto, da un lato, l'individuazione del miglior metodo di prevenzione possibile contro l'infezione; dall'altro, la presa in considerazione di una pluralità di interessi messi seriamente a rischio dal diffondersi del virus Sars-CoV-2. Per tale motivo, forse, il ricorso agli strumenti offerti dalla *soft regulation* è sembrato più adatto per affrontare problemi così rilevanti⁵³, e per certi aspetti diversi rispetto ai temi che da anni hanno attratto l'attenzione della riflessione teorica, anche alla luce delle ricadute operative affrontate in sede giurisdizionale dai giudici amministrativi interni e della Corte di Giustizia⁵⁴.

⁵² È questa l'indicazione formulata da M. CLARICH, *Manuale di diritto amministrativo*, Bologna, 2019, p. 97.

⁵³ Meritevole di attenzione per la funzione che negli ultimi anni è sembrata assumere il ricorso a questa nuova tipologia di regole lo studio svolto dal *Conseil d'État* francese, *Le droit souple*, 2013, consultabile *online*.

⁵⁴ Per un'analisi puntuale degli orientamenti giurisprudenziali più recenti nel settore qui preso in considerazione cfr. A. MOLTERRI, *Il sindacato giurisdizionale sulle valutazioni tecnico-scientifiche e l'instabile confine tra amministrare e giudicare*, in *Dir. Proc. Amm.* 2021, p. 399 ss.

Infine, non va sottovalutato come le incertezze e la pluralità di opinioni emerse in seno alla comunità scientifica sulla natura dei vaccini, sulla praticabilità delle soluzioni proposte, sulla diversità di somministrazione prospettate dai vari *teams* di esperti (virologi o presunti tali) che in più di un'occasione si sono dimostrati dubbiosi (anziché fornire certezze)⁵⁵, abbiano sicuramente messo in seria difficoltà tanto i vertici degli organi tecnico-scientifici istituzionalmente preposti a fornire le rispettive consulenze, quanto le autorità politico-amministrative chiamate ad effettuare le scelte concrete in un settore così sensibile. Di qui l'opzione per quegli strumenti che tendono per definizione ad informare e consigliare l'impiego dei vari vaccini (ivi compreso il numero di dosi con relativi richiami) attraverso lo strumento della raccomandazione, la cui principale valenza, una volta maturato il convincimento di non procedere nel senso della vaccinazione obbligatoria, è rappresentata dal fatto che proviene da soggetti pubblici⁵⁶.

L'assenza di un contenuto precettivo in una materia nella quale i cittadini, stante la gravità dei problemi provocati dalla pandemia, si aspettano certezze che la riflessione scientifica non è in grado di assicurare per le ragioni in precedenza accennate, ha pertanto favorito il ricorso a una singolare forma di *moral suasion*, tenuto conto della peculiarità della fattispecie concreta. Più in particolare, a differenza di altri settori in cui le linee guida hanno assunto un ruolo più che rilevante al punto da determinare veri e propri vincoli per l'azione amministrativa (come nei contratti pubblici), nel nostro caso i primi destinatari dei suggerimenti forniti da EMA, AIFA e Direzione generale per la Prevenzione del Ministero della salute, sono sicuramente i medici, cui spetta la scelta se e come vaccinare i pazienti che lo desiderano. Allo stesso tempo, però, l'aver ampiamente utilizzato la deroga rappresentata dalla disciplina dei farmaci c.d. *off-label* ai sensi della l. n. 648/1996, ha necessariamente compor-

⁵⁵ Anche in questo caso giovi richiamare l'insegnamento di V. BACHELET, *L'attività tecnica della pubblica amministrazione*, cit., p. 61, laddove l'Illustre A. mette in guardia dalla difficoltà di rinvenire, in ambito scientifico, soluzioni inattuabili, come tali in grado di indirizzare in maniera univoca l'attività dei pubblici poteri.

⁵⁶ Sottolinea questo specifico aspetto M. RAMAJOLI, *Self regulation, soft regulation e hard regulation nei mercati finanziari*, in *Riv. regolazione dei mercati*, 2016, p. 56.

tato il coinvolgimento degli stessi pazienti attraverso la sottoscrizione di moduli contenenti la manifestazione del relativo consenso informato. In conclusione, gli spunti in questa sede per forza di cose appena tratteggiati sono sufficienti per affermare la necessità di proseguire nella riflessione teorica avviata su tali specifiche questioni, prendendo atto che molte cose sono cambiate⁵⁷ e che le fonti tradizionali contenenti le regole di condotta sia per l'amministrazione che per il cittadino dovranno essere profondamente riviste⁵⁸, con tutto ciò che ne deriva in ordine alle forme di tutela tanto in sede sostanziale che giurisdizionale⁵⁹.

⁵⁷ Ed invero, dalle considerazioni prospettate nel testo discende un quadro variegato e complesso in cui alcune categorie fondamentali del diritto amministrativo dovranno essere aggiornate e rilette alla luce degli elementi emersi nel corso di questo periodo di emergenza sanitaria ma che potrebbero favorire l'introduzione di elementi di novità consistenti nel nostro ordinamento.

⁵⁸ Per un primo tentativo di affrontare in questa prospettiva gli interrogativi sorti proprio in conseguenza dell'emergenza sanitaria, cfr. V. DESANTIS, *Covid-19, Dialogo di hard e soft law le trasformazioni della normazione*, in *questa Rivista*, Numero speciale 2020, p. 121, dove si sottolinea come «i confini tra raccomandazioni e regole possano essere molto più mobili di quanto si possa pensare».

⁵⁹ Sull'autonoma impugnabilità delle disposizioni che contribuiscono a formare la c.d. regolazione flessibile (nel caso di specie le raccomandazioni formulate dalla Regione Veneto), si rinvia alle interessanti e condivisibili considerazioni svolte da Cons. Stato, sez. III, 29 settembre 2017, n. 4546.

The contribution of science to government in the UK: Untangling and updating constitutional ‘fault lines’ in the light of the Covid-19 Pandemic?*

Peter Leyland

Nella cornice della recente pandemia da Covid-19, questo articolo riflette sul meccanismo costituzionale di accountability e sul ruolo della scienza nell’ambito della pubblica amministrazione del Regno Unito. I consulenti scientifici ebbero un impatto significativo in tempo di guerra, ma negli anni ‘60 il Rapporto Fulton ne rilevò una grave sottovalutazione nel sistema amministrativo. Il saggio illustra quindi come l’emergenza pandemica abbia rilanciato le competenze degli scienziati ai massimi livelli di governo, con lo scienziato del Governo e l’ufficiale medico più esperti che appaiono regolarmente al fianco del Primo Ministro e di altri alti Ministri in TV. Si sostiene che un simile cambiamento di status non solo abbia comportato la perdita dell’anonimato per i consulenti scientifici, ma abbia anche sottratto al Governo il ruolo di principale artefice delle politiche pubbliche. Allo stesso tempo, questa evoluzione ha avuto un impatto sul riparto delle responsabilità per il contrasto alla pandemia tra la politica e i consulenti scientifici governativi.

1. *Introduction*

It will be argued in this article that the role of scientists, and professional experts more generally as part of the government service in the UK, have been transformed as a result of the government response to the Covid-19 pandemic. Such changes not only illustrate the importance of scientific involvement in the policy process, but have also profound implications for the government’s constitutional accountability. In relation to this discussion it is important to remember that the Covid emergency prevented Parliament from

meeting, except in virtual form, for months at a time in 2020¹. This meant that the opposition were unable to fully exercise their constitutional right of reply, and that Parliament was in danger of being side lined². As a practical alternative to the established protocol of announcements in Parliament the government used regular televised press conferences over a prolonged period from March 2020 to July 2021 to not only make policy announcements, but also to set out some of the most repressive laws imposed on UK citizens since the end of the second world war³. The politicians representing the government (PM and Secretary of State for Health most frequently, but including other senior ministers) were nearly always supported by senior scientific figures in the guise of the Government Chief Scientist, the Chief Medical Officer, Deputy Chief Medical Officer or other leading experts⁴. In assisting the government in presenting its policy the scientists responded directly to questions relating to the pandemic itself, and the rules which were set in place in response to it. In view of the extreme threat to public health posed by the pandemic the re-assurance provided by the stamp of scientific and/or medical authority is understandable but this practice carried with it further consequences relating to constitutional accountability. However, the study is not presented in the form of a continuous narrative describing the handling of the Covid-19 emergency, but rather the main objective is to probe beneath the surface to investigate the relationship between government decision-making, the role of the civil service and how scientific advice fed into the policy-making process. The first section considers the gradual integration of scientists as specialists within government as this increased profile highlights the clash with the traditional civil service ethos. The uppermost echelons of the service advising ministers has been dominated by an elite body of 'generalists' with little or no

* I would like to thank Professor Andrew Harding for detailed comments on an earlier draft of this paper.

¹ See eg <https://commonslibrary.parliament.uk/coronavirus-mps-use-of-virtual-participation-and-proxy-voting-by-gender>.

² P. LEYLAND, *The Constitution of the United Kingdom*, 4th edn, Oxford, Hart Publishing, p. 6ff.

³ C. HARLOW, R RAWLINGS, *Law and Administration*, Cambridge, Cambridge University Press, 2021, p. 80ff.

⁴ A similar approach was followed at the level of devolved government in Scotland, Wales and Northern Ireland.

grounding in science, statistics, medicine and more recently, information technology. Reviewing the lineage of the contribution of scientists as part of the civil service leads us into an evaluation of the effectiveness of the mechanisms assembled for inputting scientific advice to high level decision-making bodies. In particular, the role of COBRA and SAGE governmental panels (explained below) which have been tasked with responding to the pandemic. The second half of the article develops the argument that the changes in the day to day handling of the Covid crisis by the government in policy presentation impacts upon the traditional channels of constitutional accountability applying to the main actors.

2. *Scientists and the Civil Service*

Since the implementation of the Northcote Trevelyan reforms⁵ in the mid to late nineteenth century governments of all political persuasions have been served by a permanent body of public servants⁶. A hierarchical civil service emerged and it has been led by a mandarin class of mainly Oxbridge educated graduates, recruited at an elite level by examination, most of whom, once appointed, were and still are destined for a career of public service. As the highest ranking officials within the department, the permanent secretary and assistant secretaries have played a key part behind the scenes in advising ministers, and in the task of policy formulation more generally. In view of the crucial significance of scientific data during the pandemic, it is worth noting that the Civil Service code requires that in performing their duties civil servants must: 'provide information and advice, including advice to ministers, on the basis of the evidence, and accurately present the options and facts; take decisions on the merits of the case; take due account of expert and professional advice'⁷. Although senior officials take their cue from ministers who also

⁵ Northcote-Trevelyan Report on the Organisation of a Permanent Civil Service, 1854. See P. HENNESSEY, *Whitehall*, London, Pimlico, 2001, p. 36ff; D. CANNADINE, *Victorious Century: The United Kingdom, 1800-1906*, London, Viking Books, 2017, p. 296.

⁶ Civil Service Code requires that CS '...serve the government, whatever its political persuasion, to the best of your ability in a way which maintains political impartiality and is in line with the requirements of the code'.

⁷ The code sets out standards of behaviour for officials under the headings of: integrity, honesty, objectivity, impartiality, political impartiality, rights and responsibilities.

draw upon the expertise of special advisers and scientists, the highest echelons of the service have come to make a substantial contribution to the development of policy. For example Professor King observes that: 'The new relationship between ministers and civil servants is thus strikingly unlike the old one. The senior civil servants of the twenty-first century are by no means dogsbodies, waiting patiently to hear their master's voice. Far from it: they are frequently, indeed typically, activists, can-do men and women, intimately involved with ministers in developing policy as well as implementing it'⁸. This elite class of civil servants with accumulated experience and departmental expertise advising ministers on the formulation of policy undoubtedly exercise considerable power and influence in the process of government with lines of communication extending to other departments and to interest groups in the wider community⁹.

It would not be correct, however, to conclude that the importance of scientific advice in government was not recognised by earlier generations. To take an example relevant to this discussion, the post of Chief Medical Officer was introduced in 1855. One of the office holders prime responsibilities has always been advising the government of the day on the spread of epidemics while also having a role establishing a liaison between government and the medical profession¹⁰. Nevertheless, the modernisation of the civil service to face contemporary challenges has been a constant concern for critics of the internal workings of government. The traditional ethos of the civil service based, as it has been, on the 'generalist' tended to ignore the complexity of dealing with the scientific and other technical issues which confront governments in grappling with many of the most sensitive decisions. While the contribution of scientists in government may have been prominent for generations, their institutional status as part of the process has depended on the

<https://www.gov.uk/government/publications/civil-service-code/the-civil-service-code>. The current version 6 March 2015.

⁸ A. KING, *The British Constitution*, Oxford, Oxford University Press, 2007, p. 227.

⁹ C. TURPIN, *Ministerial Responsibility*, in J. JOWELL, D. OLIVER (eds.), *The Changing Constitution*, 3rd edn, Oxford, Oxford University Press, 1994, pp. 120, 124.

¹⁰ *Science advise in a crisis*, Institute for Government, December 2020, p. 10.

politicians at the helm. PM's have appointed special advisers based in Downing Street with their own particular brief, with the second World War witnessing the introduction of a profusion of talented outsiders into the service¹¹. Turning to one famous example, as PM, Winston Churchill, recognising the need to understand statistical information and to grasp the full implications of technical developments in conducting the war effort created a Statistical Section within 10 Downing Street reporting directly to him. He was in regular contact with its head, Frederick Lindemann, referred to as 'The Prof'. Lindemann had vast scientific knowledge and a pedagogic talent which enabled him to sum up (in two page memos) any scientific question for Churchill¹². As one of the PM's close confidantes Lindemann did not merely provide explanations and supply technical information, but he frequently expressed forthright and sometimes perverse opinions on the wider geopolitical implications¹³. In turn, such views drew attention to rivalries and disagreements (reminding us of the current debates between scientists discussed below) with other government scientists, including for instance Sir Henry Tizard, Chairman of the Aeronautical Research Committee and RV Jones¹⁴. According to one of his biographers Churchill was 'accessible, imaginative, decisive and suggestible about technological innovation' enabling him to differentiate between the scientific options presented to him¹⁵.

The Fulton Report commissioned by PM Harold Wilson in 1968 to modernise public administration was intent on creating '... a civil service that is truly professional - expert both in the subject-matter and in the methods of public administration'¹⁶. Although, as we have just noted, the post of Chief Medical Officer (CMO) had long been established the

¹¹ V. BOGDANOR, *The Civil Service*, in V. BOGDANOR (ed.), *The British Constitution in the Twentieth Century*, Oxford, Oxford University Press, p. 251.

¹² T. DOWNING, *Churchill's War Lab*, London, Abacus, 2010, p. 154.

¹³ A. BLICK, G. JONES, *At Power's Elbow*, London, Biteback Publishing, 2013, p. 180.

¹⁴ R. JONES, *The Wizard War: British Scientific Intelligence 1939-1945*, Coward, McCann & Geoghegan, New York, 1978. See in particular chapter 12 which gives a vivid insiders account of the contribution of senior government scientists during World War Two.

¹⁵ M. HASTINGS, *Finest Years: Churchill as Warlord*, London, Harper Press, 2009, p. 84ff.

¹⁶ Fulton Report, 46 para 134.

report recommended that many departments needed to appoint a chief scientist or chief engineer to be in charge of these operations¹⁷. The Fulton critique called into question the culture at the highest level, not so much whether the mandarin generalist, lacking technical knowledge should contribute in some way to the policy process, but rather it pointed to a general problem arising from the structure itself. This was a deficiency that meant that the contribution of experts tended frequently to be marginalised. This was because their status within the service was not sufficiently recognised. The report noted that scientists, engineers and members of other specialist classes were frequently given neither full responsibilities and opportunities, nor the corresponding authority they ought to have exercised and it further recommended that ‘for promotions to posts at the level of Assistant Secretary, Under Secretary ... the Permanent Secretary should be assisted by a small committee [which] should always include one of the specialists in the department’¹⁸.

Indeed, a Fulton inspired approach to professionalization has continued to resonate in Whitehall. An internal report compiled in 2019 recommends that: ‘Every department should have a clearly defined science system. A central role here is leadership in the articulation of the entire range of a department’s science needs in a single document which is endorsed by the department’s Executive Committee. This should form an integral part of overall business planning within departments: unlike Areas of Research Interest ... it should address the whole range of science activity conducted within the department and at arm’s length from it. Further, it should include mechanisms for how non-government funded R&D (Research and Development) will be used and incentivised’¹⁹. The report also concludes that ‘a core part of the departmental Chief Scientific Adviser’s role is to be made accountable for the existence of such a plan’²⁰. A policy involving the appointment of expert scientists at senior level has been pursued by most civil service departments and there are still

¹⁷ Fulton Report, 60 para 185.

¹⁸ Fulton Report, 41, para 120.

¹⁹ *Realising Our Ambition Through Science: A Review of Government Science Capability*, Government Office for Science, November 2019, 20.

²⁰ *Ibid.*, *Accountability within the department?*

issues related to recruitment and the retention of experts, including scientists and doctors. There is also a chronic lack of skills in a number of other fields such as mathematics, statistics, procurement science and engineering. Within the service there is a Modernisation and Reform team and a new Skills and Curriculum Unit²¹. It is further noted that the Functions Initiative launched in 2013 to address this problem has been ‘frustratingly slow’²². The problem often boils down to possessing sufficient pay flexibility for the government service to compete in a market place of available talent.

In sum, the appointment of a chief scientist within a government department impacts on the input to the decision-making process. The Chief Scientific Advisers (CSAs) work alongside the other analytical disciplines and with ministers and senior teams. In the field of medicine, which concerns us here, the Chief Medical Officer has published a report of the state of the public’s health in England for more than 150 years using statistical data and scientific evidence to inform this assessment²³. The intention is to ensure that joined-up evidence is at the core of decisions within departments and across government. To this end, a vast quantity of health statistics are constantly generated by a range of organisations across government, academia, industry and the third sector. The surveillance of this information allows for the monitoring of progress and the prioritisation of areas for action to improve policy making and thereby also improve the nation’s health.

3. The Covid Pandemic and the Framework of Crisis Management

Turning to the current administration of PM Johnson, the Covid-19 pandemic has provided a rigorous test for the system in place at the heart of government to deal with emergencies²⁴. While the events surrounding

²¹ B. GUERIN, A. THOMAS, R. CLYNE, S. VIVRA, *Finding the right skills for the civil service*, Institute for Government, April 2021.

²² *Specialist Skills in the civil service*, Report House of Commons, Public Accounts Committee, Thirty-Second Report of Session 2019-21, 11 December 2020, HC 686, p. 5ff.

²³ Chief Medical Officer’s Annual Report 2020, Health trends and variation in England.

²⁴ Johnson took office in July 2019 and then won the general election called in December 2019 obtaining an overall majority of 77 seats in the House of Commons.

the development of policy reveal that government was ill prepared for a crisis of this magnitude, the pandemic has shone a spotlight on the operation of decision-making mechanisms and the contribution of science in reaching such decisions. From the moment that signs of a pandemic manifested themselves politicians were heavily reliant on scientific evidence supplied by experts in many fields, and it is therefore useful to consider how the status of scientific advice impacted on the efficacy of the existing policy-making mechanisms. Crisis management is conducted by Civil Contingencies Committee (COBRA)²⁵ which is convened as a high-level government committee supported by the National Security Secretariat in the Cabinet Office to co-ordinate decision-making during national emergencies. As such, this committee is usually chaired by the PM or other senior minister. During the initial stages (January/February 2021) the PM and his chief political adviser did not attend COBRA in person because Covid-19 was regarded as no more than a scare story from Asia²⁶. The alert was only fully sounded with the whirlwind spread of the disease in other European nations such as Italy in March 2020. The composition of COBRA will include relevant ministers and officials from the UK government and, if applicable, the devolved administrations in Edinburgh, Cardiff and Belfast, officials, police, military, as well other experts, in particular, during this emergency the Government Chief Scientific Advisor (CSA) and the Government Chief Medical Officer (CMO) made an important contribution.

Once COBRA was specially activated to deal with this national emergency it drew upon scientific data and advice supplied by the Scientific Advisory Group for Emergencies (SAGE). SAGE is an official governmental structure conceived in 2009 as a forum for government scientists (and other experts) to prepare a response to national emergencies. The main task before it is to coordinate peer reviewed scientific and technical advice to inform decision-making²⁷. SAGE is dormant except in emergencies,

²⁵ COBR(A) is also an acronym for Cabinet Office Briefing Room where its meetings are held.

²⁶ *Coronavirus: Lessons learnt*, Health and Social Care Committee and Science and Technology Committee, 26 May 2021, House of Commons HC 95, Q1000.

²⁷ *Enhanced SAGE Guidance: A strategic framework for the Scientific Advisory Group for Emergencies (SAGE)*, Cabinet Office, October 2012.

and it has only been activated on nine occasions since its inception. In respect to Covid-19, it met for the first time on 22 January 2020 but it has operated on a continual basis since, dealing with a vast workload. It was not foreseen that it would operate in permanent session for such a long period of time and this prolonged timespan introduces related questions of sustainability and support²⁸. SAGE seeks to ensure the full range of issues are considered as it is recognised that advice needs to stem from a range of disciplines, including the scientific, technical, economic and legal. This guidance focuses on the coordination of scientific and technical advice to inform strategic UK cross-government-decision making during the emergency response and recovery phases²⁹.

Before attempting any sort of evaluation of the contribution of SAGE a number of preliminary points are worth mentioning. The first concerns the composition of SAGE itself and who has the right to attend its meetings. SAGE is usually chaired by the Government Chief Scientific Adviser who represents SAGE at COBRA meetings, but in response to the pandemic it has been co-chaired by the CMO. Although it comprises core participants, the attendees will vary according to the nature of the emergency and the subject matter under consideration at any particular meeting. In this instance, the main players have included: epidemiologists, clinicians, therapeutics and vaccine experts, public health experts, virologists, environmental scientists, data scientists, mathematical modellers and statisticians, genomic experts and behavioural and social scientists. More than 80 doctors and scientists are recorded as having attended group meetings of Sage and related sub-groups during the course of the first year³⁰. In order to manage a diverse array of expertise the group may divide down into sub-groupings, reporting back on particular issues. In gathering expertise from such a range of scientists and experts SAGE is well equipped with expertise to perform the function assigned to it.

²⁸ *The UK response to covid-19: use of scientific advice*, House of Commons Science and Technology Committee, First Report of Session 2019-21, 8 January 2021, HC 136, 75.

²⁹ SAGE explainer 5 May 2020.

³⁰ There are a plethora of sub-groups including: New and Emerging Respiratory Virus Threats Advisory Group, Scientific Pandemic Influenza Group on Modelling, Independent Scientific Pandemic insights Group on Behaviours, COVID-19 Genomics UK, Health Data Research UK.

Clearly, the CSA and CMO occupy a pivotal role as conduits for presenting the evidence from SAGE to COBRA and also at Cabinet level. The dichotomy between political decision-making and the scientific evidence on which decisions are based is reflected in the differences in composition between COBRA and SAGE (see above). However, as the Covid emergency unfolded it became apparent that the PM's office at Number 10 was represented at some SAGE meeting by Dominic Cummings³¹, the PM's senior political adviser (despite being a non-scientist) and by Ben Warner, a special adviser to the PM with a scientific background and thoroughly versed in statistical modelling. Warner was delegated to report back to Number 10 on the implications of the evidence brought before SAGE³².

Second, it is important to stress that feeding back any advice to COBRA (the Cabinet and other government departments) is a daunting task³³. This is, in part, because of the sheer volume of information in some areas, and the lack of reliable 'peer reviewed' information and data modelling in others, but also because the evidence may have conflicting implications, not to mention the fact that the experts might disagree over the interpretation of the data under consideration.

Third, SAGE meets in secret and the identity of those attending meetings is not officially revealed, although the anonymity of SAGE membership during the pandemic has not been maintained. The confidentiality element has been justified for the usual reasons such as the need to ensure there is a safe space in which the group can provide – and ministers can consider – free and frank advice. Equally, there may be national security reasons or operational considerations for non-disclosure of the group's deliberations. However, the minutes of SAGE meetings and supporting documentation (scientific data and analysis used to inform SAGE discussions) are typically published at the conclusion of the relevant emergency. During the unexpectedly long running pandemic minutes of meetings

³¹ *Who's who on secret scientific group advising UK Government*, *The Guardian*, 24 April 2020. SAGE mainly consists of eminent scientists from inside and outside government.

³² *Coronavirus: Lessons learnt*, Health and Social Care Committee and Science and Technology Committee, 26 May 2021, House of Commons HC 95, Q 977.

³³ *Science Advice in a Crisis*, Institute for Government 2020, 6.

have been published at regular intervals, with sensitive information redacted from the documentation³⁴. As will be apparent later in our discussion the confidentiality element is difficult to reconcile with an emerging 'informational' function performed by SAGE and its co-chairs during the pandemic, associated with updating and explaining the latest scientific information. In view of the controversies surrounding Covid-19, its containment and its treatment, there is a danger of government scientists straying beyond debunking falsehoods into the domain of providing justification for policy choices which are ultimately made by ministers at a political level.

Finally, in relation to the accountability framework discussed below, it is important to remember that SAGE is not a body that has any direct accountability for operational aspects, whether that be testing, PPE, NHS delivery more generally, vaccination policy etc³⁵. As stated above, in formulating policy relating to Covid-19 it is the PM and Cabinet that have had to weigh into the balance the political input from government ministers, the views of independent experts and the input from political advisers (SPADS). In line with policy-making at the Cabinet level it was envisaged that SAGE would work behind the scenes in national emergencies of various kinds in order to provide the Government with high quality independent advice.

4. Independent Advice and the avoidance of 'Group Think'

Lessons may well be learned from the experience of managing Covid and specifically from the evolution of government policy over the course of a few months from January to April 2020. Some critics have claimed that the initial policy response to Covid demonstrated a near break down of the advice system with the result that government was very close to being committed to a fatally flawed policy based on the acceptance of herd immunity, rather than deciding in favour of the introduction of a rigor-

³⁴ <https://www.gov.uk/government/publications/scientific-advisory-group-for-emergencies-sage-coronavirus-covid-19-response-membership/list-of-participants-of-sage-and-related-sub-groups>; <https://www.gov.uk/government/organisations/scientific-advisory-group-for-emergencies>.

³⁵ Sir Patrick Vallance, Chief Scientific Adviser, *Sunday Telegraph*, 31 May 2020.

ous lockdown strategy designed to prevent the spread of the disease³⁶. In consequence, a drastic policy reversal occurred with the decision to introduce the first lockdown without a plan to implement a lockdown. Of course, the lockdown had many economic and social implications for the entire population, including the need to formulate supporting laws and regulations and to co-ordinate policy with the devolved governments across the United Kingdom³⁷.

How had such a complete reversal of policy occurred? The government's chief scientific adviser admits that 'SAGE is not an infallible body of experts ... *nor is there cosy group think*. Rather [t]here is a range of opinions in all of discussions and there is wide reading of the latest research, but what SAGE endeavours to do is come down to a position or a range of positions, to provide options ministers could consider and explain the uncertainties and assumptions inherent in that science and evidence'³⁸. However, faced with this health crisis of unprecedented proportions, it appears to have been particularly difficult for SAGE to avoid elements of what has come to be identified as 'Group Think'. This term refers to the drift towards a locked in mindset where the experts end up talking to each other, each with their own particular take on the situation from their technical standpoint. In consequence, Sage as an expert body may lack the capacity to not only question basic assumptions but also to formulate their advice taking account of the bigger picture and the wider implications for any options under consideration.

Dominic Cummings in his select committee evidence maintained that SAGE reflected a form of uncritical 'group think' encouraged by secrecy: 'There is absolutely no doubt at all that the process by which SAGE [operated] was secret, and overall the whole thinking around the strategy (which included at least the partial acceptance of herd immunity) was secret, [it] was an absolutely catastrophic mistake, because it meant that there was no proper scrutiny of the assumptions and the underlying

³⁶ See generally *Coronavirus: Lessons learnt*, Health and Social Care Committee and Science and Technology Committee, 26 May 2021, House of Commons HC 95.

³⁷ See eg G. EVANS, *Devolution and Covid-19: towards a 'new normal' in the territorial constitution*, PL 2021, Jan, pp. 19-27.

³⁸ Sir Patrick Vallance, Chief Scientific Adviser, *Sunday Telegraph*, 31 May 2020.

logic³⁹. Furthermore he claimed that ‘One of the critical things that was completely wrong in the whole official thinking in SAGE and the department of Health in February/March was first of all the British public would not accept a lockdown and secondly the British public would not accept what was thought of as an east Asian style track and trace-type system⁴⁰. Another independent report observes that: ‘In the initial months, ministers put too much weight on SAGE – relying on it to fill the gap in government strategy and decision making that it was not its role to fill. At times the PM and ministers waited until the scientific evidence was overwhelming rather than using it alongside other inputs to make their own judgments. This was captured in the government’s rhetoric, which wrongly suggested that science could simply be “followed” – and appears to have been a big factor behind the costly delay to the first lockdown⁴¹. A central problem is that ministers as decision-makers like to maintain that their actions are justified by scientific advice, but as we have just noted, the use of such evidence is not entirely free from bias, and the scientific advice selected from the options available may have profound political implications with very different outcomes (depending on the advice followed). A leading epidemiologist, Professor Neil Ferguson⁴², has argued that the positions of Chief Scientific Adviser (CSA) and Chief Medical Officer (CMO) should be made independent of government, as is the practice in some other nations⁴³. Currently, the office holders are, at least partly, constrained in what they are permitted to say and do in public by their positions within government⁴⁴. The duty to serve the government and promote the policy adopted (recently involving personal appearances before the TV cameras at news conferences) po-

³⁹ *Coronavirus: Lessons learnt*, Health and Social Care Committee and Science and Technology Committee, 26 May 2021, House of Commons HC 95, Q1000.

⁴⁰ *Ibid.*

⁴¹ *Science advice in a crisis*, *Institute for Government*, December 2020, p. 12ff.

⁴² Ferguson was a member of the Department of Health’s advisory group on emerging respiratory virus threats (NERVTAG) but resigned from SAGE in May 2020 after breaching social distancing guidelines.

⁴³ *Government Advisers: Independence urged for Vallance-Whitty roles*, *Financial Times*, 7 August 2021.

⁴⁴ <https://www.gov.uk/government/publications/civil-service-code/the-civil-service-code>.

tentially interferes with the complex task of interrogating and processing scientific advice from a relatively neutral standpoint. Moreover, any open criticism of government policy by a government scientist might result in dismissal from post or forced resignation. It is further argued that more direct access is important to allow a wider range of scientists direct communications with politicians and ministers rather than having their views filtered through SAGE and/or the intervention of the CSA or CMO. In fact, Sir David King, a former government Chief Scientific Adviser has set up an (distinct) Independent Sage of experts unaffiliated with Whitehall to take on this role.

On the other hand, the evidence relating to the handling of the Covid pandemic indicates that senior scientific advisers and SAGE perform a pivotal role within government decision-making at the highest level. As mentioned earlier, on occasion the density of information which is presented to SAGE might raise the issue of the quality of the advice it is able to supply to government. However, as insiders with direct access to the decision-makers at the highest level of government, the most senior government scientists perform an invaluable function as advocates for the incorporation of the best possible scientific advice. In turn, they perform a role in seeking to ensure that defensible policies are put in place by politicians and civil servants, and that catastrophes will thereby be averted. Nevertheless, the task of reaching decisions prompted by Covid-19, for example to impose lockdowns, were inevitably challenging as such decisions involved calibrating complex data and weighing unsavoury options, with the medical implications for the NHS given a high priority. At the same time, many conflicting considerations have to be taken into account across government, including allowance for the commercial impact and the impact on the wider community. Faced with the Covid-19 pandemic it will be obvious that none of the available options offered anything like an ideal outcome.

5. Ministerial Responsibility and Constitutional Accountability

This section examines the implications for constitutional accountability of exposing the civil service and in particular, government experts to the public gaze during the Covid-19. The civil service assists in the formulation of policy, and it is primarily responsible for the implementation

policy⁴⁵, but according to constitutional orthodoxy (however discredited and mythical) ministers are identified as the authors of government policy⁴⁶. In theory at least, they not only take the credit and the blame for it, but also explain or account for the actions of their department. In order to perform this function all ministers must be a Members of Parliament. The policy or action taken will be defended by the minister in formal debates in Parliament, at Question Time and before Departmental Select Committees. The orthodox view of ministerial responsibility reflected in the Ministerial Code unequivocally recognises that ‘The Minister in charge of a department is solely accountable to Parliament for the exercise of the powers on which the administration of that department depends’⁴⁷. This adds up to ministers being held responsible before Parliament for the actions of their departments in a formal and procedural sense but it also unsatisfactory and rather simplistic in identifying a ‘chain of accountability’ in which officials answer to ministers, who answer to Parliament, which, in turn, answers to the electorate⁴⁸. While accountability in the sense used here refers to the procedural requirements of answerability before Parliament⁴⁹ no clear guidance is offered on the vexed question, much debated by constitutional commentators, of ultimate responsibility for policy failure when one or more ministerial resignations might be expected or when a general election might be triggered⁵⁰. A more detailed assessment of the numerous accountability issues thrown up by the government response to the pandemic is well beyond the

⁴⁵ This might be directly, through executive agencies or by contractual arrangements with the private or independent sector. See e.g. A. DAVIES, *Beyond New Public Management: Problems of Accountability in the Modern Administrative State*, in N. BAMFORTH, P. LEYLAND (eds.), *Accountability in the Contemporary Constitution*, Oxford, Oxford University Press, 2013.

⁴⁶ D. WOODHOUSE, *Ministerial responsibility*, in V. BOGDANOR (ed.), *The British Constitution in the Twentieth Century*, Oxford, Oxford University Press, 283.

⁴⁷ Ministerial Code 2019, para 4.6.

⁴⁸ C. TURPIN, *Ministerial Responsibility*, in J. JOWELL, D. OLIVER (eds.), *The Changing Constitution*, 3rd edn, Oxford, Oxford University Press, 1994, 127.

⁴⁹ See *Giving Evidence to Select Committees: Guidance for Civil Servants*, Cabinet Office, October 2014 (Osmotherly Rules). Evidence is given to Select Committees on behalf of ministers and under their directions.

⁵⁰ For detailed up-to-date discussion of political responsibility for departmental actions see ALISON L. YOUNG, 2021, p. 684ff.

scope of an article focusing on the deployment of scientists and scientific advice within the government service⁵¹. However, it should already be apparent that the orthodox constitutional position of ministers simply taking the credit and the blame for policy has been heavily qualified. Moreover, the ministerial codes as an effective mechanism for control have also been called into question once again by the pandemic. During the initial stages of the crisis medical staff were being exposed to the virus as a result of the absence of supplies of Personal Protective Equipment (PPE) which were fit for purpose and fresh supplies needed to be obtained with immediate effect. At the same time, the elderly in care homes were particularly susceptible to fatal infection unless steps were taken to protect them. The personal conduct of the Health Secretary appears to have fallen well short of ‘maintaining high standards of behaviour or behav[ing] in a way that upholds the highest standards of propriety’ as set out in the Ministerial codes of practice⁵². Evidence from the PM’s former Senior Adviser before the combined select committees on Science and on Health indicates that highly misleading information had been repeatedly presented to COBRA and to the Cabinet by Health Secretary in respect to the availability of PPE and the efficacy of arrangements for the shielding of patients in care homes for the elderly (with catastrophic results)⁵³. The Public Accounts Committee of the House of Commons following an investigation by the National Audit Office reported on the procurement policy adopted for the supply of PPE and found a lack of transparency and a lack of adequate documentation of decisions surrounding the way the Department of Health and the Secretary of State had identified and managed potential conflicts of interests in

⁵¹ See for example, R. GIRARD, *Accountability, populism and expertise: the UK Government’s response to COVID 19*, in *Public Law*, 2021, pp. 707-726 at 719ff.

⁵² Ministerial Code, Cabinet Office, August 2019, para 1.1. See also the linked Seven Principles of Public Life under Annex A which provides that ‘Holders of public office must avoid placing themselves under any obligation to people or organisations that might try inappropriately to influence their work. They should not act or take decisions in order to gain financial or other benefits for themselves, their family and their friends. They must declare and resolve any interests and relationships’.

⁵³ *Coronavirus: Lessons Learnt*, Science and Technology Committee, Health and Social Care Committee Joint Inquiry, Oral Evidence 26 May 2021, Q1087.

the awarding procurement contracts⁵⁴. Further questions have been raised over the appointment of Health Secretary's mistress as a non-executive director at the Department of Health and the use of his personal email to negotiate government contracts. A high level ministerial resignation or re-shuffling of ministers at the height of crisis would have had a disruptive impact for the government, but, nevertheless, it is striking and ironic that in contrast the Secretary of State's eventual resignation was triggered by a relatively trivial intimate encounter with his mistress. Matt Hancock was obliged to resign as Secretary of State for Health in June 2021 after being caught on camera kissing his mistress who was also a special adviser in his departmental office⁵⁵. This liaison had been in clear breach of the government's own Covid-19 rules and his position rapidly became politically untenable through the loss of support of MPs from his own party as well as those from opposition parties⁵⁶.

6. Scientific advice, 'open' government and the loss of anonymity

This article addresses the evolving contribution of scientific advice supplied to government in the light of the Covid-19 pandemic, and the starting point for us is to note that a corollary to the convention of individual ministerial responsibility just outlined (as it applies to ministers) is that civil servants remain anonymous and are not held formally accountable for the advice they provide to government ministers. The latest version of the Ministerial Code, further requires that ministers must uphold the political impartiality of the Civil Service, and not ask civil servants to act in any way that would conflict with the Civil Service Code⁵⁷. Ministers are further placed under a duty to give due weight to informed and impartial advice from civil servants, as well as to the considerations and advice in

⁵⁴ *Initial lessons from the government's response to the COVID-19 pandemic, Committee of Public Accounts*, Thirteenth Report of Session 2021-22, HC 175, 25 July 2021; Investigation into government procurement during the Covid-19 pandemic, NAO, November 26, 2020.

⁵⁵ *Matt Hancock resigns as health secretary after day of humiliation, The Guardian*, 26 June 2021.

⁵⁶ Further lockdown breaches associated with the 'Partygate' affair in 2021 led to the resignation of a number of high ranking officials and robust criticism of the Prime Minister.

⁵⁷ Constitutional Reform and Governance Act 2010, section 5.

reaching policy decisions, and should have regard to the Principles of Scientific Advice in Government⁵⁸.

It has just been explained in the previous section that this is because, according to the constitutional convention of individual ministerial responsibility, ministers, as the visible architects of policy and nominal decision-makers, take the credit and also the blame. The blanket confidentiality which shrouded government in a veil of secrecy⁵⁹ meant that officials of earlier generations appearing before departmental select committees were able to refuse to reveal the advice given to ministers⁶⁰. However, well before the introduction of the Freedom of Information Act 2000 we can identify a trend towards a limited form of direct accountability, prompted by the introduction of the parliamentary ombudsman and the reform of departmental select committees investigating the inner workings of government. In the follow up to the Sachsenhausen case it was already recognised that the complete anonymity of the civil servants forms no part of the current doctrine of ministerial accountability⁶¹. The revision of the Osmotherly Rules and the adoption of a code of practice for civil servants⁶² provided that the central principle to be followed is that it is the duty of officials to be as helpful as possible to select committees and that any withholding of information should be limited to reservations that are necessary in the public interest⁶³. The relaxation of the rules allowing officials to give evidence directly suggests that civil servants are answerable to Parliament through select committees where they provide a form of explanatory accountability. This should not mean that blame for any policy pursued is routinely apportioned between ministers and

⁵⁸ Ministerial code 2019, para 5.1, 5.2.

⁵⁹ See e.g. Official Secrets Act 1911 and 1989.

⁶⁰ Current version of the *Osmotherly rules Giving Evidence to Select Committees: Guidance for Civil Servants*, Cabinet Office, October 2014 reflects this change.

⁶¹ G. MARSHALL, *Constitutional Conventions*, Oxford, Oxford University Press, 1984, 71.

⁶² *Giving Evidence to Select Committees: Guidance for Civil Servants*, Cabinet Office, October 2014.

⁶³ A. TOMKINS, *The Constitution After Scott: Government Unwrapped*, Oxford, Oxford University Press, 1998, 109.

civil servants⁶⁴. However, in defiance with the convention recently senior civil servants rather than the Secretary of State have been blamed and dismissed for conspicuous policy failures⁶⁵.

Over roughly the same time-frame, civil service re-organisation under the Thatcher government (1980-90) went further in undermining the principle of civil service anonymity. The New Public Management (NPM) initiative involved hiving off parts of departments into executive agencies, each responsible for delivering particular areas of policy⁶⁶. This was often in controversial fields (prison service) and an almost inevitable consequence was the promotion of the public profile of the agency chief executive who was required to defend the actions of the agency in public to the media and before parliamentary committees⁶⁷.

The David Kelly affair drew attention to issues of constitutional importance regarding the visibility of political actors, special advisers (SPADS), civil servants, and in particular expert advisers in decision-making at the highest levels of government⁶⁸. As one of the most senior government scientific advisers the job description of Dr David Kelly included communicating issues to the media over the threat posed by Iraq at the time of the invasion by the Americans and British in 2002. Of course, this was under the assumption that any disclosures would be approved at the highest level. But Kelly had leaked information to BBC journalists in unofficial briefings and the prospect of disclosure of his identity as the source of the leak appears to have prompted his suicide⁶⁹. Kelly had claimed that scientific data supplied by him had been doctored on orders

⁶⁴ ALISON L. YOUNG, *Turpin and Tomkins' British Government and the Constitution*, 8th edn, Cambridge, Cambridge University Press, 2021, 696.

⁶⁵ One such example concerned the Chief Executive of Ofqual in 2020 forced to resign over the adoption of defective algorithms to calculate examination results during Covid. See C. HARLOW, R. RAWLINGS, *Law and Administration*, 4th edn, Cambridge, Cambridge University Press, 2021, 254

⁶⁶ *Civil Service Management Reform: The Next Steps*, Cm 524, (1988).

⁶⁷ V. BOGDANOR, *The Civil Service*, in V. BOGDANOR (ed.), *The British Constitution in the Twentieth Century*, Oxford, Oxford University Press, p. 269.

⁶⁸ S. ROGERS (ed.), *The Hutton Inquiry and its impact*, London, Guardian Books, 2004.

⁶⁹ See *The Decision to go to War in Iraq*, House of Commons, Foreign Affairs Committee, Ninth Report of Session 2002-03, 7 July 2003, HC 813, 77 and *Evidence from Mr Andrew Gilligan to the Committee's Inquiry into the Decision to go War with Iraq*, House of Commons Foreign Affairs Committee, First Report of Session 2002-3, 17 July 2003, HC 1044.

from 10 Downing Street. These amendments included prominent reference to weapons of mass destruction (WMDs) in the form of chemical and biological weapons capable of being activated within 45 minutes. This intervention was political dynamite as the ‘dossier’ of intelligence information was deployed by the Blair government to justify the legality of the invasion of Iraq⁷⁰. The conclusions of the Hutton inquiry into the circumstances surrounding his death have been criticised for too readily exonerating the PM and 10 Downing Street in relation to the compilation of the dossier itself⁷¹, however, the fallout is directly relevant to this discussion. The first point of note concerned the willingness of the government to ignore the principle of civil service anonymity by consenting to Kelly’s appearance as a principal witness before the parliamentary Foreign Affairs Committee and Intelligence and Security Committee and the decision to unmask the identity of Kelly as the source of the leak⁷². Rather than preserving confidentiality at all costs, the government was revealing sensitive and, in this case, highly secret, information on a selective basis to suit its political needs⁷³.

The second point concerns the open manner in which the subsequent inquiry into the heart of government was conducted. As a follow up to his death, the Hutton Inquiry not only subjected officials and scientists to detailed questioning opening a window on the inner working of government⁷⁴ but nearly all the material placed before the Hutton Inquiry was published on the inquiry website. The Freedom of Information Act 2000 provides that the formulation of government policy is an exempt category ‘if in the reasonable opinion of a qualified person disclosure

⁷⁰ P. LEYLAND, *The Westminster Parliament and Executive Accountability: the oversight function of departmental select committees with reference to the Millennium Dome and the David Kelly Affair*, in E. ROSSI (ed.), *Studi pisani sul Parlamento*, Edizioni Plus, Pisa University Press, 2008, p. 423.

⁷¹ See chapters 12 and 13; and R. NORTON-TAYLOR, *Introduction*, in S. ROGERS (ed.), *The Hutton Inquiry and its impact*, London, Guardian Books, 2004, p. 8.

⁷² *Iraqi Weapons of Mass Destruction – Intelligence and Assessments*, in *Intelligence and Security Committee*, September 2003, Cm 5792, p. 8.

⁷³ Report of the Inquiry into the Circumstances Surrounding the Death of Dr David Kelly by Lord Hutton, HC 247, 28 January 2004.

⁷⁴ Chapter 6 and chapter 9 of the Hutton report features evidence from senior civil servants, government scientists and special advisers to the PM and other ministers.

would otherwise prejudice or would be likely to prejudice, the effective conduct of public affairs'. However, it should be noted that under section 2 in restricting disclosure of factual information used in the formulation of policy the onus will be on those justifying secrecy⁷⁵. In the words of one commentator: 'Essentially the ... Inquiry showed how the Freedom of Information Act could work in practice. Virtually all documents and emails, including those headed confidential and restricted, were regarded as public information'⁷⁶. The upshot is that the Hutton approach to disclosure established an important precedent for future public inquiries but also a more general movement towards disclosure by governmental bodies has been discernible since⁷⁷.

Despite the obvious trend towards greater openness across the civil service alluded to in this discussion supported by the passage of the Freedom of Information Act 2000, the latest version of the Ministerial Code continues to reflect an orthodox interpretation of the convention of individual ministerial responsibility suggesting that the entire process is conducted in secret. For example, it states that: 'The internal process through which a decision has been made, or the level of committee by which it was taken should not be disclosed. Neither should the individual views of ministers or advice provided by civil servants as part of that internal process be disclosed'⁷⁸.

7. *A redirection of avenues of accountability?*

Returning to the present, it has already been pointed out that the management of the Covid-19 emergency by the UK government and the devolved administrations prompted a radical departure from previous practice. The traditional approach to policy-making not only places great

⁷⁵ Freedom of Information Act 2000 Section 35 and 36 cover 'Formulation of government policy' and 'Prejudice to the effective conduct of public affairs'; P. BIRKINSHAW, M. VARNEY, *Government and Information Rights*, 5th edn, Haywards Heath, Bloomsbury Professional, 2019, pp. 79-81.

⁷⁶ D. HENCKE, T. HAPPOLD, *The Inquest Begins*, in S. ROGERS (ed.), *The Hutton Inquiry and its impact*, London, Guardian Books, 2004, p. 85.

⁷⁷ See Report of the Inquiry into the Circumstances Surrounding the Death of Dr David Kelly by Lord Hutton, HC 247, 28 January 2004. The Scott Report is a comparable example of a public inquiry of this type in recent times but without a supporting website. See HARLOW and RAWLINGS.

⁷⁸ Ministerial Code 2019, para 2.3.

emphasis on the confidentiality of the policy process, but it also supports the impression that ministers are responsible for the presentation of that policy before Parliament and to the public. The appearance on national media of the senior government scientists and the publication of minutes from SAGE has departed from routine practice in regard to the presentation of policy and many of the assumptions relating to the accountability of ministers and government officials. In particular, the capacity of select committees to interrogate the executive during lockdowns was reduced⁷⁹.

As noted in the introduction, the channel of communication between the Westminster Government and the general public from the imposition of the first lockdown in March 2020 was marked by daily televised news conferences, typically featuring ministers and scientists as the main performers in presenting and explaining the complex implications of Covid and the rules designed to control the disease⁸⁰. Their formal presentations were followed up by taking detailed questions from the press and from members of the public. The multiple appearances of the ‘experts’, lifted a veil of confidentiality concerning key aspects of the question of policy formulation and the advice provided on the application of the resulting policy.

The change brought about by this visibility has constitutional implications which are at extreme variance with the notion of ministerial responsibility where individual civil servants and scientific advisers are shielded from the attention of the public. To the contrary, the Chief Medical Officer, Chris Whitty was landed ‘... in an impossible position during this pandemic: he [represents] the face of “the science”, the deliverer of bad news and hard facts, and one of the only people who could be made a scapegoat for unpopular decisions [and the irony is] ... that since the pandemic began he has reportedly urged the government to do the exact opposite to what it ended up doing and yet Boris Johnson always has

⁷⁹ *The constitution under Covid-19, Constitution Unit, Monitor* 75/July 2020, p. 4.

⁸⁰ C. HARLOW, R. RAWLINGS, *Law and Administration*, 4th edn, Cambridge, Cambridge University Press, 2021, pp. 79/80. ‘Reflecting and reinforcing the resurgence of executive power, the sheer scale and fast-moving character of the regulations cannot go unremarked. Extending through the various “tiers” of restriction and successive “lockdowns”, ministers laid some 330 coronavirus-related statutory instruments before the UK Parliament in 2020 ...’.

the excuse of saying that he isn't an expert, merely a politician doing his best to follow doctor's orders⁸¹. Another critic puts it slightly differently, suggesting that the 'hugging of experts by politicians is a future blame avoidance tactic involving blame-sharing and blame displacement'⁸². In a different sense, any limitations of a policy supposedly underpinned by science is liable to be used to question the credibility of scientific advice more generally. In turn, any debasement of reputable science appears to strengthen the hand of those peddling pseudo-science and misinformation⁸³. This phenomenon manifested in 'anti-vax' movements in many nations on social media has the potential of undermining policy delivery to the detriment of the wider community. Moreover, the exposure of the nation's leading government medical expert on nationwide TV and social media had far reaching personal implications⁸⁴. As a result of these appearances Chris Whitty was identified and then assaulted in St Jame's Park on the 27 June 2021 by a group of thugs reacting to the effects of government policy relating to lockdown conditions and vaccination strategy (Ostensibly reached on the basis of scientific advice)⁸⁵. This incident indicates that some experts might now require personal protection as the 'shoot the messenger' syndrome applies increasingly to high profile civil servants and, in particular, to government scientists.

8. Conclusion

As the shockwaves caused by the pandemic are still reverberating it is re-assuring that the Science and Technology Committee of the House of Commons reported that: "The public had benefitted from seeing and hearing directly from scientists advising the Government, and overall trust in science has remained high despite the inevitability that scientific

⁸¹ *How the internet dehumanised Chris Whitty*, in *New Statesman*, 29 June 2021.

⁸² M. FLINDERS, *Democracy and the Politics of Coronavirus: Trust, Blame and Understanding*, in *Parliamentary Affairs* (2021) 74, pp. 483-502, 493.

⁸³ For further discussion of issues to populism and science see: R. GIRARD, *Accountability, populism and expertise: the UK Government's response to Covid-19*, in *Public Law*, 2021, pp. 707-726.

⁸⁴ The intrusion into personal life of a government official caused by public exposure has some affinity with the David Kelly predicament alluded to earlier.

⁸⁵ *Chris Whitty's attacker given suspended jail sentence*, in *The Times*, 30 July 2021.

advice has often been associated with restrictions on people's activities and sometimes the focus of contention⁸⁶. On a more critical note this discussion has underlined the fact that the orthodox concept of ministerial responsibility⁸⁷ which underpins the current Codes of Practice applying to ministers and civil servants is now seriously outmoded. The handling of the Covid pandemic has exposed the identity of the main actors whether ministers, officials or scientists reflecting a wider trend towards more open government. This new style of government calls for a comprehensive revision of these codes of practice and also to the manner of their enforcement⁸⁸.

An independent public inquiry into Covid-19 has been promised for 2022 by the PM to learn the lessons at every stage of the pandemic. In view of the scale of the crisis it will be challenging even to establish terms of reference sufficiently self-contained for any such inquiry. However, the task will be to endeavour to analyse the mistakes that were made as the crisis unfolded by calling upon the main players to provide evidence. It has been argued in some quarters that there is an obsessional focus on «policy failures, catastrophes and disasters» and Professor Flinders further maintains that an obsessive culture of blame potentially undermines trust in the political process. In addition, it is suggested this excessive emphasis on blame tends to neglect the celebration of 'structural successes, policy achievements and democratic innovations'⁸⁹. It will be apparent from this discussion that in the contemporary world policy delivery is placed under relentless 24 hour scrutiny from the mass media, online chat, as well as having to face established parliamentary scrutiny, and that this exposure has stressful consequences for the individual politicians, civil servants and special advisers – all as policy contributors in different ways. At one

⁸⁶ *The UK response to Covid-19: use of scientific advice*, House of Commons, Science and Technology Committee, First Report of Session 2019-21, 8 January 2021, 5.

⁸⁷ The root of the problem is that there is no alternative or supplementary theory of the responsibility to Parliament which has yet been devised to secure proper accountability. See C. TURPIN, *Ministerial Responsibility*, in J. JOWELL, D. OLIVER (eds.), *The Changing Constitution*, 3rd edn, Oxford, Oxford University Press, 1994, p. 120.

⁸⁸ There are serious deficiencies in the way the codes are enforced and relating to the role of the PM *vis à vis* the codes.

⁸⁹ FLINDERS, p. 499.

level such a critique overlooks the capacity of high profile politicians to boast about government achievements (for example in this instance the relative success of the vaccination programme). At another, the fear of a «veritable tsunami of complex and aggressive blame games» resulting from Covid-19 grossly underplays the importance of the various accountability mechanisms. As well as where necessary apportioning blame, the investigations which have followed offer different forms of constitutional oversight in order to obviate the repetition of previous failures. Finally, the government has declared its commitment to a civil service which places ‘... data at the heart of decision-making, learning explicitly from the approach we have taken in responding to Covid-19 The Government will set a presumption in favour of openness and a requirement to share data across departments and to championing innovation and harness[ing] science, engineering and technology to improve policy and services’⁹⁰. The question now is whether this commitment to openness will be implemented in practice?

⁹⁰ See Declaration on Government Reform, para 9 and 10. <https://www.gov.uk/government/organisations/modernisation-and-reform>.

Discursos sobre la relación entre la ciencia y el Derecho. Esbozo de una cartografía

M. Mercè Darnaculleta Gardella

In un contesto storico in cui i progressi della scienza e della tecnologia modellano il mondo che conosciamo, le decisioni giuridiche – del legislatore, dell'amministrazione o anche dei tribunali – non possono essere adottate senza prendere in considerazione le conoscenze scientifiche disponibili. Questa osservazione, che spiega la riduzione della discrezionalità dei poteri pubblici quando la scienza offre certezza, non giustifica l'attuale deriva scienziata del diritto in contesti di incertezza. Per dare una risposta adeguata alle molteplici questioni sollevate dal rapporto tra scienza e diritto, è necessario prima tracciare una cartografia, di cui queste pagine vogliono offrire solo un abbozzo, che tenga conto della diversità delle scienze esistenti e dell'evoluzione delle conoscenze scientifiche.

1. Transformaciones de la relación entre ciencia y Derecho en la sociedad del riesgo

En un contexto histórico en el que los avances de la ciencia y la técnica conforman el mundo que conocemos, muchas de las decisiones jurídicas – por parte del legislador, de la administración o incluso de los tribunales – no pueden adoptarse sin tomar en consideración el conocimiento científico disponible. Esta elemental constatación no es ninguna novedad en términos históricos, sino que ha venido afianzándose con la evolución y desarrollo de la modernidad¹. La integración del conocimiento en el seno de la administración mediante la creación de una burocracia profesional, la incorporación de trámites específicos para la

¹ P. COLLIN, T. HORSTMANN, *Das Wissen des Staates: Geschichte, Theorie und Praxis (Rechtspolitologie)*, Nomos, Baden-Baden, 2004.

petición de informes en el procedimiento administrativo o la regulación de la prueba científica en el proceso judicial responden a la necesidad que tienen los poderes públicos de acceder a la información, los datos y el conocimiento científico necesario para adoptar sus decisiones². El cientifismo propio de la modernidad³ no impidió, pues, que las decisiones relacionadas con el riesgo tecnológico se adoptasen por parte de los órganos constitucionalmente legitimados para ello.

Los rasgos característicos de esta tradicional relación de confianza y de distribución de poderes sufrieron una importante transformación en el último tercio del siglo XX con el desarrollo de la tecnociencia⁴. Los daños causados por el desarrollo tecnológico pusieron fin a la ecuación previa entre los avances científicos y la seguridad, dando entrada a la sociedad global del riesgo⁵. El aumento de la concienciación social sobre los riesgos derivados del desarrollo tecnológico, la expansión del ámbito de incertidumbre científica, junto a la progresiva pérdida de control y acceso directo por parte de los poderes públicos al conocimiento experto han conducido a una nueva reconfiguración de la relación entre la ciencia y el Derecho, que ha sido calificada con acierto como una deriva cientifista del Derecho⁶.

El estudio de estos fenómenos desde una perspectiva interdisciplinar⁷ está dando lugar a nuevos discursos, articulados en torno a la difusa noción de gobernanza⁸, que han demostrado tener una notable capacidad de

² I. SPIECKER GEN, DÖHMANN, P. COLLIN (Coords.), *Generierung und Transfer staatlichen Wissens im System des Verwaltungsrechts*, Mohr Siebeck, Tübingen, 2008.

³ A. J. DIEGUEZ LUCENA, *Cientifismo y modernidad. Una discusión sobre el lugar de la ciencia, en Philosophica Malacitana. Suplemento I "El Giro Posmoderno"*, 1993, pp. 81-102.

⁴ J. ECHEVARRÍA, *La revolución tecnocientífica*, Fondo de Cultura Económica, México, 2003.

⁵ U. BECK, *La sociedad del riesgo. Hacia una nueva modernidad*, Paidós, Barcelona 1998.

⁶ J. ESTEVE PARDO, J. TEJADA PALACIOS, *Ciencia y Derecho: La nueva división de poderes*, Fundación Coloquio Jurídico Europeo, Madrid, 2013.

⁷ Destacan en particular los estudios de Ciencia y Tecnología de la Sociedad (CTS, conocidos también por sus siglas en inglés, STS, *Science, Technology and Society* o, alternativamente, *Science and Technology Studies*), sobre los que puede consultarse M.I. GONZÁLEZ GARCÍA, J.A. LÓPEZ CEREZO, J.L. LUJÁN LÓPEZ, *Ciencia, Tecnología y Sociedad. Una introducción al estudio social de la ciencia y la tecnología*, Tecnos, Madrid, 2000.

⁸ A. IRWIN, *STS Perspective on Scientific Governance*, en E. HACKETT (ed.), *The Handbook of Science and Technology Studies*, Hardcover, USA, 2007.

influencia sobre las organizaciones responsables de diseñar el contexto en el que debe desarrollarse la innovación tecnológica en la sociedad del conocimiento⁹. Particularmente significativa resulta la decidida apuesta de la Unión Europea por diseñar un modelo de gobernanza de la ciencia y la innovación basada en el fomento de la participación de la sociedad, que introduce una nueva variable en la compleja relación entre la ciencia y el Derecho¹⁰.

Como evidencian con especial claridad los retos derivados del cambio climático, en un momento en el que las condiciones de supervivencia futura de la especie humana y del planeta dependen de las decisiones que se adopten en el presente, la cuestión acerca de *quién* debe decidir *qué* se torna especialmente controvertida¹¹.

Esta contribución no pretende ofrecer una alternativa a los diversos modelos institucionales previstos para la gestión de los riesgos en ámbitos dominados por la incertidumbre científica, sino que tiene por objeto señalar algunos de los factores que deberían ser tomados en consideración en el diseño institucional del reparto de poder de decisión entre la ciencia, el Derecho y, en su caso, la sociedad. Entre tales factores destacan la vinculación de la decisión a los derechos fundamentales, el poder público al que corresponde adoptar la decisión, sus destinatarios, así como el origen y del grado de incertidumbre de la que estemos hablando. En concreto, resulta necesario atender en cada caso a la diversidad

⁹ H. BATHIEN, M. JASPERS, A. RENNER, *Governance of the European Research Area: The Role of Civil Society*, European Commission, 2003; A. STIRLING, *From Science and Society to Science in Society: Towards a Framework for Co-operative research, Report from a European Commission Workshop Governance and Scientific Advice Unit of DG RTD*, Directorate C2. SPRU, 2006; Z. OZOLIŅA, C. MITCHAM, J. STILGOE, *Gobernanza global de la ciencia*, Informe del Grupo de expertos sobre gobernanza global de la ciencia, Dirección de Ciencia, Economía y Sociedad, Dirección General de Investigación, Comisión Europea, 2009.

¹⁰ Este aspecto, sobre el que volveremos más adelante, ha encontrado su plasmación en el modelo *Responsible Research & Innovation* (RRI), empleado en la configuración de los Programas Horizonte 2020 y, en concreto, en el Reglamento (UE) 2021/695 del Parlamento Europeo y del Consejo, de 28 de abril de 2021 por el que se crea el Programa Marco de Investigación e Innovación «Horizonte Europa», se establecen sus normas de participación y difusión, y se derogán los Reglamentos (UE) 1290/2013 y (UE) 1291/2013.

¹¹ L. PAREJO ALFONSO, *El Derecho ante la innovación y los riesgos derivados del cambio climático*, Tirant lo Blanch, Valencia, 2015; J. ESTEVE PARDO, *Estrategias ante los riesgos del cambio climático. Del Protocolo de Kioto a los Acuerdos de París*, en *Cuadernos de derecho local*, 46, 2018, pp. 158-168.

de ciencias existentes y a la evolución del conocimiento científico, con el objeto de identificar si la decisión jurídica se adopta en un entorno de innovación dominado todavía por la ignorancia, en un contexto de incertidumbre o en el ámbito de verdades científicamente demostradas que, por descontado, pueden ser sustituidas por otras mediante un cambio de paradigma científico.

2. La deriva cientifista del Derecho frente a la incertidumbre

La revolución tecnocientífica vino a consolidar el paulatino alejamiento que venía produciéndose desde la modernidad tardía entre los poderes del Estado y el conocimiento experto. La rapidez, la especialización y la mercantilización de la tecnociencia, que se produce principalmente en laboratorios y centros de investigación vinculados a la industria, condicionan la libertad científica¹² al tiempo que dificultan el acceso directo de los poderes públicos al conocimiento disponible. Los legisladores, las administraciones públicas y los jueces deben lidiar con los riesgos del desarrollo tecnológico en un contexto en el que tales riesgos desbordan tanto su ámbito territorial de competencias como el conocimiento del que disponen¹³. Los riesgos derivados del desarrollo tecnológico son riesgos globales sobre los que los Estados, aisladamente considerados, no tienen ni conocimiento directo ni capacidad de control inmediato. Los órganos constitucionalmente legitimados para adoptar decisiones en la sociedad global del riesgo no poseen los conocimientos necesarios para establecer las reglamentaciones y controles adecuados para evitarlos. Esta constatación ha conducido a que, junto a las tradicionales fórmulas de acceso a la información, el Derecho ceda cada vez mayor capacidad de decisión y control sobre los riesgos a los sujetos que los generan – ya sea la industria, los laboratorios de investigación y desarrollo o la comunidad científica.

¹² M.M. DARNACULLETA GARDELLA, *Libertad de investigación científica y promoción de la ciencia en beneficio del interés general*, en F. LOPEZ RAMÓN, F. VILLAR ROJAS (Coords.), *Organización de la Universidad y la Ciencia. Actas del XIII Congreso de la Asociación Española de Profesores de Derecho Administrativo*, INAP, Madrid, 2019, pp. 337-379.

¹³ Este decalaje fue tempranamente señalado por J. ESTEVE PARDO, en *Técnica, riesgo y derecho: tratamiento del riesgo tecnológico en el derecho ambiental*, Ariel, Barcelona, 1999.

Las fórmulas a través de las cuáles se manifiesta el traslado del poder de decisión jurídica en manos de los sujetos que poseen el conocimiento experto son diversas. Los legisladores ceden su poder de decisión a la ciencia cuando incorporan referencias a la mejor tecnología disponible en la regulación de actividades potencialmente nocivas para el medio ambiente o ceden su poder de decisión a los organismos de normalización industrial cuando renuncian a fijar los estándares de seguridad industrial, incorporando remisiones a normas técnicas. La administración cede capacidad de decisión cuando atribuye funciones de inspección y control en materia de seguridad industrial a organismos de certificación y control, o cuando sustituye los controles públicos por el autocontrol empresarial en la gestión de riesgos alimentarios. Los jueces y tribunales ceden su capacidad de decisión a los expertos cuando recurren a ellos en materia de prueba o cuando utilizan normas y estándares técnicos para delimitar la *lex artis*, en aras a fijar los límites de la responsabilidad. Los poderes públicos, en suma, ceden también su poder de decisión a la ciencia cuando fían la evaluación y el análisis de los riesgos que deben gestionar a autoridades y agencias independientes, formadas por científicos y expertos (como la Agencia Europea de Seguridad Alimentaria, la Agencia Europea del Medicamento, la Agencia Europea de Sustancias y Preparados Químicos o la Agencia Europea del Medio Ambiente). El desconocimiento de los poderes públicos es sin embargo solo una, entre otras muchas de las razones -entre las que destacan la globalización y la europeización del Derecho público y el correspondiente impacto de la desregulación y la privatización de funciones públicas- que han influido en el diseño institucional de relación entre el poder de decisión de los expertos y el de las instancias democráticamente legitimadas para decidir¹⁴. Este nuevo reparto poderes entre la ciencia y el Derecho, esta deriva cientifista del Derecho, que se concreta en una cesión del poder de decisión en manos de quien ostenta el conocimiento experto, no sólo plantea importantes problemas jurídicos, derivados de la falta de legitimidad democrática de los subsistemas expertos, sino que parte de

¹⁴ He procurado dar cuenta de ello en M.M. DARNACULLETA GARDELLA, *Rasgos del Derecho administrativo contemporáneo*, en J.M. RODRÍGUEZ SANTIAGO, G. DOMÉNECH PASCUAL, L. ARROYO JIMÉNEZ (Coords.), *Tratado de Derecho Administrativo*, vol. I, Marcial Pons, Madrid, 2021, pp. 377-441.

premisas epistemológicas obsoletas¹⁵. La fe ciega en las bondades y en las certezas de la ciencia se ha desvanecido en la actualidad como consecuencia de los riesgos inherentes al desarrollo tecnológico y del reconocimiento explícito de los límites del conocimiento científico¹⁶. En la actualidad, más ciencia no significa necesariamente más seguridad ni mayor certeza. El paradigma moderno de ciencia y su promesa casi teológica de acceder a la verdad objetiva y alcanzar un conocimiento cierto de la realidad está siendo sustituida por un paradigma científico posmoderno, relativista, asentado en los principios de indeterminación y de incertidumbre. Los avances de ciencias como la Física Cuántica, la Astrofísica, la Genética o la Biología Molecular han supuesto sin duda una profunda revolución epistemológica, pero han puesto de manifiesto también la persistencia de extensas zonas de ignorancia. La ciencia se ha visto obligada a reconocer no sólo el carácter conjetural del conocimiento, sino también la incertidumbre que rodea a su producción y a sus procesos, acercando en cierto modo las ciencias naturales a las ciencias sociales¹⁷.

La reducción de la incertidumbre es una preocupación fundamental para los poderes públicos¹⁸, pero no para la ciencia¹⁹. La ciencia no está en condiciones de liberar al Derecho de la responsabilidad de tener que decidir en contextos de incertidumbre. Ante este panorama se han formulado diversas propuestas de reconfiguración de la relación entre la ciencia y el Derecho. José Esteve Pardo, atendiendo al reparto constitucional de poderes, al principio democrático y a la responsabilidad de los poderes públicos frente a las generaciones futuras, ha defendido

¹⁵ Sobre ello véase, por todos, J. ESTEVE PARDO, *El desconcierto del Leviatán. Política y Derecho ante las incertidumbres de la Ciencia*, Marcial Pons, Madrid, 2009.

¹⁶ Un repaso detallado de los principales hitos que han conducido al paradigma posmoderno de ciencia puede consultarse en: M. MARTÍNEZ MIGUÉLEZ, *El paradigma emergente: hacia una nueva teoría de la racionalidad científica*, Trillas, México, 1997.

¹⁷ I. WALLERSTEIN (Coord.), *Abrir las ciencias sociales. Informe de la Comisión Gulbenkian para la reestructuración de las ciencias sociales*, Siglo XXI, México, 2006.

¹⁸ M.J. SMITHSON, *Ignorance and Uncertainty. Emerging Paradigms*, Springer, New York, 1989.

¹⁹ En realidad, la mejor ciencia es la que produce mayor incertidumbre, la que abre nuevos ámbitos de investigación insospechados, nuevos campos de ignorancia, la que lleva estudios en curso hacia horizontes y perspectivas inesperadas e inacabables: S. FIRESTEIN, *Ignorance How it drives Science*, Oxford University Press, Oxford, 2012.

con acierto la necesidad de recuperar la capacidad y el modelo de decisión característicos del Derecho²⁰. Ulrich Beck, poniendo el acento en la desconfianza del individuo moderno hacia la ciencia, justifica la participación de la sociedad en la adopción de las decisiones en materia de gestión de riesgos, proponiendo modelos de gobernanza alternativos a la tradicional división de poderes entre la ciencia y del Derecho²¹.

Esta propuesta ha sido desarrollada por diversos autores, vinculados a los estudios de Ciencia Tecnología y Sociedad (CTS), que abogan por la creación de un modelo de gobernanza de la ciencia, basado en la autorregulación, el compromiso ético y la participación social²².

3. La gobernanza de la ciencia

La creación de un modelo de gobernanza de la ciencia, que permita que las decisiones vinculadas a la innovación y desarrollo sean adoptadas por la comunidad científica, tomando en consideración los riesgos asociados y la opinión de los sujetos afectados, es una solución acorde con la importancia que otorgan organizaciones internacionales como la OCDE, la UNESCO y la Unión Europea a la sociedad del conocimiento²³. Ello explica la favorable acogida que han tenido las propuestas formuladas desde los estudios de CTS en la estrategia europea de investigación e innovación Horizonte 2020²⁴. En la medida en que el crecimiento económico y el progreso social se vinculan al desarrollo científico y tecnológico, resulta necesario prever un marco que permita anticiparse a los riesgos que conlleva la innovación, con el objetivo de

²⁰ J. ESTEVE PARDO, *El desconcierto del Leviatán*, cit., p. 156; J. ESTEVE PARDO, J. TEJADA PALACIOS, *Ciencia y Derecho*, cit., p. 142.

²¹ U. BECK, en *La sociedad del riesgo*, op. cit.

²² Entre otros véase: A. IRVIN, *STS Perspective on Scientific Governance*, cit.; M. CALLON, P. LASCOUMES, Y. BARTHE, *Acting in an Uncertain World: An Essay on Technical Democracy*, MIT Press, Cambridge, 2009; E. FISHER, A. RIP, *Responsible innovation: Multi-level dynamics and soft intervention practices*, E. OWEN, J. BESSANT, M. HEINTZ, (Eds.), *Responsible Innovation: Managing the Responsible Emergence of Science and Innovation in Society*, Wiley, London, 2103, pp. 165-183.

²³ OCDE, *The knowledge-based economy*, Paris, 1996; OCDE, *Innovation in the Knowledge Economy: Implications for Education and Learning*, Paris, 2004; UNESCO, *Hacia las sociedades del conocimiento*, 2005; COMISIÓN EUROPEA, *Una estrategia para un crecimiento inteligente, sostenible e integrador. Estrategia Europa 2020* [COM (2010) 2020 final].

²⁴ COM (2010) 2020 final; Reglamento (UE) 2021/695.

que la sociedad los acepte, al tiempo que la ciencia se compromete a lidiar con la incertidumbre y a garantizar el principio de sostenibilidad y el respeto a los derechos fundamentales de las generaciones presentes y futuras. Este marco es el que pretende ofrecer el modelo de investigación e innovación responsable (conocido por sus siglas en inglés, RRI, *Responsible Research & Innovation*), empleado en la configuración de los Programas Horizonte 2020. La Unión Europea pretende que la investigación se oriente a dar respuesta a los retos formulados por la Comisión²⁵ en un marco de gobernanza basado en la participación de la sociedad en la ciencia, la corresponsabilidad y el compromiso ético. En concreto, se promueve la participación de todos los actores sociales (desde la comunidad investigadora, los responsables de las políticas públicas, la comunidad educativa, el sector empresarial e industrial, y las entidades de la sociedad civil) en los procesos de investigación e innovación, desde las fases más iniciales de cualquier proyecto, con el fin de alinear el proceso y sus resultados con los valores, necesidades y expectativas de la sociedad europea. El enfoque RRI se materializa en diversos instrumentos, entre los que destacan el compromiso y la participación, la igualdad de género, la educación científica, la ética, el acceso abierto y la gobernanza²⁶. La Unión Europea no concreta, sin embargo, cómo debe articularse en cada caso el modelo de gobernanza por el que apuesta y, por su parte, los estudios de CTS en los que se basa dicho modelo presentan importantes divergencias terminológicas y conceptuales que dificultan su operatividad²⁷.

A modo de *slogan*, se afirma que: «la innovación responsable significa cuidar el futuro mediante la gestión colectiva de la ciencia y la innovación

²⁵ Los siete grandes retos sociales formulados por la Comisión son: salud, cambio demográfico y bienestar; alimentación, agricultura y silvicultura y agua; energía segura, limpia y eficiente; transporte inteligente, ecológico e integrado; acción climática, medio ambiente y recursos; sociedades inclusivas, innovadoras, reflexivas; y sociedades seguras.

²⁶ Para más información véase: <https://rri-tools.eu/>.

²⁷ La falta de una definición compartida sobre la RRI y el desacuerdo epistémico de base se encuentra particularmente bien descrito en D. RUGGIU, *Anchoring European governance: two versions of Responsible Research and Innovation and EU fundamental rights as 'normative anchor points'*, en *Nanoethics*, 9(3), 2015, p. 217-235; y J. STILGOEA, R. OWEN, P. MACNAGHTEN, *Developing a framework for responsible innovation*, en *Research Policy*, 42, 2013, pp. 1568- 1580.

en el presente»²⁸. Para ello se propone que todos los programas de investigación y desarrollo que tengan por objeto una innovación, tecnológica o social, faciliten la participación de todos los actores potencialmente afectados, con el objeto de facilitar una reflexión colectiva, desde etapas muy tempranas, sobre sus potenciales riesgos, sobre los conflictos éticos que plantean y sobre las soluciones a los problemas que se puedan anticipar. Los principales elementos sobre los que pivota la RRI son: a) la participación, que incluye -junto a la comunidad científica, la industria y los responsables de las políticas públicas implicadas-, la colaboración y la educación de los ciudadanos en el proceso de reflexión colectiva sobre la innovación; b) la anticipación, que supone centrarse en los procesos de innovación y no sólo en sus resultados, evaluando en cada fase de la investigación los riesgos que puede conllevar su implementación; c) la capacidad de respuesta, para adaptarse tanto a la evolución de los nuevos conocimientos generados durante el proceso de investigación como a las nuevas perspectivas, opiniones y normas acordadas mediante la autorregulación; y d) la reflexividad, entendida en este caso como una proceso de reflexión y autocrítica sobre la aceptabilidad ética y sostenibilidad social de la investigación²⁹.

En mi opinión, entre los principales puntos fuertes de este tipo de propuestas destacan la ambición de los objetivos de la RRI, la lógica de la responsabilidad anticipada – calificada también como lógica del cuidado – y la indiscutible llamada a la participación y la educación ciudadana, con el objeto, no sólo de alcanzar la aceptabilidad social de la innovación sino también de combatir el impacto de las pseudociencias. Entre los puntos débiles es necesario señalar, por un lado, las dificultades prácticas que tiene la implantación de este tipo de propuestas – por el momento las experiencias más exitosas se limitan a la colaboración entre científicos y filósofos en los laboratorios de investigación – y, por otro lado, el riesgo latente de que su implantación pueda llegar a subvertir

²⁸ «Responsible innovation means taking care of the future through collective stewardship of science and innovation in the present»: J. STILGOEA, R. OWEN, P. MACNAGHTEN, *Developing a framework*, cit., p. 1570.

²⁹ J. STILGOEA, R. OWEN, P. MACNAGHTEN, *Developing a framework*, cit., pp. 1570-1572.

definitivamente el sistema de valores y el reparto de poderes constitucionalmente establecido.

La difusa y controvertida noción de gobernanza puede contribuir a dotar a la ciencia de una apariencia de legitimidad democrática de la que carece y que no puede ser sustituida por la participación y la reflexividad en la que se basan los sistemas de autorregulación propuestos³⁰. Para evitar que la deriva cientifista del Derecho acabe fondeando sin matices en cualquier puerto, reduciendo la capacidad decisoria de los poderes públicos, incluso en contextos de ignorancia o de incertidumbre científica, es necesario articular nuevos discursos, capaces de establecer distinciones, en función de los bienes jurídicos afectados, los poderes legitimados para adoptar las decisiones, los niveles de riesgo y, destacadamente, del grado de certeza que pueda aportar la ciencia en cada caso.

*4. La necesidad de esbozar una cartografía básica de la relación entre ciencia y Derecho*³¹

La instauración de mecanismos de gobernanza de la ciencia puede contribuir decididamente a alinear la investigación y la innovación con las preferencias de la sociedad y con el marco jurídico vigente, pero no puede pretender sustituir ni el sistema axiológico incorporado al ordenamiento jurídico ni la función decisoria que corresponde al Derecho. La concreción del modelo de RRI aplicable a cada caso y el margen de discrecionalidad de los poderes públicos frente a sus resultados depende de muchos factores, que sería necesario cartografiar con detalle. En las siguientes páginas se ofrece un esbozo de los elementos que deberían tomarse en consideración en la elaboración de esta cartografía, confeccionado al hilo de reflexiones inconclusas, que tiene por objeto servir de base a posteriores desarrollos.

³⁰ J. OBRACAJ, *La despolitización de la legitimación. Democracia entre sustitución y deliberación*, M.M. DARNACULLETA GARDELLA, J. ESTEVE PARDO, I. SPIECKER GEN. DÖHMANN (Eds.), *Estrategias del Derecho ante la incertidumbre y la globalización*, Marcial Pons, Madrid, 2015, pp. 331-353.

³¹ Tuve la ocasión de exponer y discutir las reflexiones contenidas en este epígrafe en el marco del *Workshop* internacional *online* sobre gobernanza de riesgos tecnológicos y ambientales, organizado por la Universidad Carlos III de Madrid, que tuvo lugar los días 25 a 27 de mayo de 2021.

4.1 *La relación de la gobernanza de la ciencia con los derechos fundamentales*

Un primer aspecto que debe tomarse en consideración es el relativo al necesario respeto por el sistema de valores positivizado, ya sea en el ámbito nacional, europeo o internacional. Como señala Daniele Ruggiu³², existe una corriente doctrinal que sostiene que, en el modelo de gobernanza de la ciencia diseñado por la Unión Europea, el debate y la reflexión constituyen valores en sí mismos, que no deben verse constreñidos por ningún tipo de consideración jurídica. En esta versión de la RRI los valores en los que anclar la gobernanza de la ciencia se generan mediante el debate y la deliberación de los actores que participan en el modelo³³.

Otra corriente sostiene, en cambio, que la adopción de decisiones en el marco de la RRI debe anclarse en algunos principios jurídicos básicos, como los establecidos en los Tratados fundacionales de la UE, con el fin de producir su aceptabilidad ética, sostenibilidad y deseabilidad social³⁴. Las dos propuestas mencionadas resultan insatisfactorias, en mi opinión, por su falta de anclaje en una concepción ética compatible con los derechos fundamentales implicados en la gobernanza de la ciencia. Esto es, la RRI no puede dejar de tomar en consideración el bien o los bienes jurídicos que deben ser objeto de protección en cada caso, así como su reconocimiento jurídico a nivel nacional, europeo o internacional. En relación con ello, desde una perspectiva material, debe ponderarse adecuadamente el reconocimiento de la libertad de investigación científica con otros derechos constitucionalmente protegidos, como la dignidad humana, la salud y la integridad física o el medio ambiente y, desde una perspectiva formal, debe garantizarse el respeto al principio de reserva de ley para el desarrollo de los derechos fundamentales y la competencia de los tribunales encargados de garantizar el respeto de tales derechos.

³² D. RUGGIU, *Anchoring European governance: two versions*, cit., p. 217.

³³ R. OWEN, P.M. MACNAGHTEN, J. STILGOE, *Responsible research and innovation: from science in society to science for society with Society*, en *Science and Public Policy*, 39, 2012, pp. 751-760.

³⁴ J. VAN DEN HOVEN, K. JACOB, L. NIELSEN, F. ROURE, R. LAIMA, J. STILGOE (Eds.), *Options for strengthening Responsible Research and Innovation, Report of Experts Group on the state of the art in Europe on responsible research innovation*, European Commission, Luxemburgo, 2013.

Es cierto que la dimensión global de la ciencia conecta más fácilmente, en apariencia, con una concepción discursiva de la ética, basada en la autorregulación y plasmada en códigos y otros instrumentos de *soft law* con vocación global, que con la distribución de competencias territorialmente compartimentada propia del Derecho³⁵. Sin embargo, la complejidad propia de un sistema jurídico multinivel no puede reducirse eludiendo su existencia ni confundiendo la ética con el Derecho y menos todavía si no se explicita qué concepción de la ética subyace en estas propuestas. La necesidad de adecuación del ámbito territorial de aplicación de las normas con el ámbito global propio de la ciencia – o de cualquier otro de los sectores de referencia necesitados de una regulación supranacional, como los mercados financieros, la industria, la energía, o la alimentación – ha venido acompañada del surgimiento de sistemas normativos, basados en muchos casos en la autorregulación, que compiten por imponerse sobre el Derecho y que están siendo legitimados por un amplio sector doctrinal, que describe la formación de un Derecho administrativo global. Como he señalado en ocasiones anteriores, el discurso dominante acerca de este fenómeno favorece innecesariamente la confusión entre las normas técnicas, las normas éticas y las normas jurídicas³⁶.

Obsérvese además que, cuando se apela a la reflexión sobre la ética y los valores en el marco de la RRI, nada se dice sobre si quienes la promueven son relativistas éticos, se basan en teorías deontológicas de base kantiana o en teorías teleológicas³⁷. En algunos casos, las referencias doctrinales incorporadas en los trabajos de CTS permiten deducir que el marco teórico de la innovación y la investigación responsable se fundamenta en la ética discursiva de Karl-Otto Apel y Jürgen Haber-

³⁵ M. RUFFERT, S. STEINECKE, *The Global Administrative Law of Science*, Springer, Heidelberg, 2011.

³⁶ M.M. DARNACULETA GARDELLA, *El Derecho Administrativo Global: ¿un nuevo concepto clave del Derecho Administrativo?*, en *Revista de Administración Pública*, 199, 2016, pp. 11-50.

³⁷ Esta tendencia se reproduce en otros ámbitos en los que se promueve la ética desde organizaciones internacionales, como he señalado, en M.M. DARNACULETA GARDELLA, *Ética pública y Derecho Administrativo en la era de la posverdad*, en *Revista de Derecho Público: Teoría y Método*, vol. 1, 2020, pp. 41-74.

mas³⁸. De ser así, tengo algunas dudas sobre la solidez de la propuesta, que considero incompleta. En concreto, no me parece razonable ceder a los investigadores, a la industria, a los políticos y a los ciudadanos el poder de decidir sobre los límites de la tecnociencia mediante un diálogo reflexivo, si quienes participan en el debate comparten una visión posmoderna de la ética, que defiende que la verdad puede alcanzarse mediante el pensamiento grupal.

Con ello no pretendo negar el valor de la participación y de la reflexión ética en los procesos de investigación e innovación. Lo que pretendo es distinguir adecuadamente el ámbito de competencia de la ciencia, la ética y el Derecho. Por un lado, es necesario poner en valor la autoridad del Derecho en la adopción de decisiones y la autoridad del conocimiento experto en la explicación de los procesos de causalidad. Los procesos de reflexión dialógica articulados entorno al desarrollo y la innovación científica no pueden pretender sustituir las competencias decisorias encomendadas a los poderes públicos, pero no deben tampoco permitir la penetración de discursos pesudocientíficos. Por otro lado, la gobernanza de la ciencia debe anclarse en una concepción jurídica fundamentada en el iuspositivismo y en una sólida concepción ética sólida, como puede ser la del nuevo realismo, difundido con notable éxito por autores como Markus Gabriel³⁹, que permite trazar una equivalencia entre la existencia de hechos morales universalmente válidos y los derechos humanos – o con los derechos fundamentales en cada territorio –, de acuerdo con la noción de ética mínima teorizada por la profesora Adela Cortina⁴⁰.

4.2 *El entorno institucional de la ciencia*

La vocación universalista de la ciencia en la que se enmarcan las reflexiones precedentes no debe impedir tomar en consideración el concreto entorno institucional en el que se proyecta y desarrolla la investigación. En relación con este aspecto es necesario señalar que el entorno

³⁸ J. HABERMAS, *Conciencia moral y acción comunicativa*, Península, Barcelona, 1985; K.O. APEL, *Teoría de la verdad y ética del discurso*, Paidós, Barcelona, 1991.

³⁹ M. GABRIEL, *Ética para tiempos oscuros: valores universales para el siglo XXI*, Pasado & Presente, 2021.

⁴⁰ A. CORTINA, *Ética mínima*, Tecnos, Madrid, 2020.

institucional de la ciencia no es ya el taller del científico en el que se desarrolló con notable éxito la ciencia moderna durante la vigencia de lo que gráficamente se ha descrito como el “paradigma de Galileo”⁴¹. En la actualidad, la ciencia – en concreto, la ciencia con capacidad de producir innovaciones que den respuesta a los retos que tiene planteada la sociedad – es una actividad que solamente pueden ejercer quienes se dedican a ella de forma profesional, en instituciones capaces de invertir importantes cantidades económicas en esta finalidad⁴². Las universidades y los equipos de investigación que trabajan en proyectos financiados por los Estados o por la Unión Europea juegan un papel relevante en la producción de conocimiento científico. Sin embargo, desde la aparición del modelo de *Big Science*, *Gran Ciencia* o *macrociencia*⁴³ en la que se basa el actual modelo de desarrollo tecnocientífico, la investigación y la innovación han salido de las universidades para recalar en los departamentos de I+D de la industria o en los grandes laboratorios, mayoritariamente privados⁴⁴.

La macrociencia se caracteriza por su acelerado ritmo de crecimiento y viene acompañada, entre otros factores, de: una enorme inversión económica, de origen público o privado; una concentración de recursos en un número muy limitado de centros de investigación; la especialización de la fuerza de trabajo en los laboratorios; el desarrollo de proyectos relevantes desde una perspectiva económica, política y social; la intensificación de la relación entre ciencia y tecnología y el trabajo interdisciplinar⁴⁵. Todo ello tiene como consecuencia que el grado de mercantilización de la ciencia – y el consiguiente riesgo de contaminación del proceso de autorregulación propio de la RRI por criterios económicos – así como

⁴¹ J. ESTEVE PARDO, *El ocaso del paradigma Galileo. El nuevo y desatendido entorno de la libertad de investigación científica*, en L. MARTÍN REBOLLO (Dir.), *Derechos Fundamentales y otros estudios en homenaje al profesor Dr. Lorenzo Martín-Retortillo*, Vol. II, Facultad de Derecho Universidad de Zaragoza, 2008 pp. 1613-1633.

⁴² M.M. DARNACUILLETA GARDELLA, *Libertad de investigación científica*, cit., p. 233.

⁴³ La distinción conceptual entre Pequeña Ciencia y Gran Ciencia fue introducida por D.J. SOLLA PRICE, en su libro, publicado en 1963, *Big Science, Little Science*, Columbia University Press [traducido al español en 1973 con el título *Hacia una ciencia de la ciencia*].

⁴⁴ J. ECHEVARRÍA, *La revolución tecnocientífica*, cit.

⁴⁵ M.M. DARNACUILLETA GARDELLA, *Libertad de investigación científica*, cit., p. 246.

su capacidad de impacto – y el riesgo de generar consecuencias indeseadas – sea mucho mayor en ámbitos dominados por la macrociencia que en el ámbito estrictamente universitario.

El deber de cuidado⁴⁶ al que se vincula la gobernanza de la ciencia debe ser modulado, pues, en función de las concretas características del entorno institucional en el que se desarrollan los proyectos de investigación e innovación. Asimismo, deben tomarse en consideración, el carácter público o privado de la financiación, las dimensiones del centro de investigación, los ámbitos de conocimiento implicados, el ámbito territorial afectado o las dimensiones del impacto previsto por la innovación proyectada.

4.3 *Innovación tecnológica versus innovación social*

El diseño de la gobernanza de la ciencia también debería modularse también en función de si el objeto de investigación pretende dar como resultado una innovación tecnológica o una innovación social⁴⁷.

Las prácticas calificadas como innovaciones sociales son crecientes y, en la mayoría de los casos, pretenden testar en entornos controlados los efectos de una determinada política pública con el objeto de evitar las externalidades de su implantación. La incertidumbre sobre los efectos de una determinada decisión política puede conducir a que se considere recomendable, por ejemplo, aprobar una legislación únicamente con efectos experimentales, con un ámbito de aplicación limitado a un entorno controlado, o que se acuerde una moratoria en su entrada en vigor⁴⁸. Para mejorar los resultados de los experimentos sociales y favorecer su aceptación social se propone que les sean también de aplicación

⁴⁶ C. GROVES, *Logic of Choice or Logic of Care? Uncertainty, Technological Mediation and Responsible Innovation*, en *Nanoethics*, 9 (3), 2015, pp. 321-333.

⁴⁷ Sobre la vinculación tradicional de la innovación con la innovación tecnológica y el surgimiento de nuevas prácticas calificadas como innovaciones sociales véase A. GALÁN GALÁN, *Innovación y Universidad*, en F. LOPEZ RAMÓN, F. VILLAR ROJAS (Coords.), *Organización de la Universidad y la Ciencia. Actas del XIII Congreso de la Asociación Española de Profesores de Derecho Administrativo*, INAP, Madrid, 2019, pp. 348-352.

⁴⁸ Sobre este tipo de experimentos y sus condiciones de validez científica véase G. DOMÉNECH PASCUAL, *Los experimentos jurídicos*, en *Revista de Administración Pública*, 164, 2004, pp. 145-190.

los principios propios de la RRI⁴⁹. Sin embargo, la proyección del marco propio de la RRI al ámbito de la innovación social no puede desconocer las peculiaridades de los experimentos sociales ni las particularidades de la incertidumbre que las rodea.

Los científicos sociales se han afanado por demostrar que sus métodos son asimilables a los propios de las ciencias naturales y que sus resultados no producen mayor incertidumbre que la que se proyecta sobre ámbitos de los que tradicionalmente se ha predicado su capacidad para descubrir verdades basadas en las leyes de la naturaleza. En paralelo al afianzamiento de las ciencias sociales, algunos de los avances científicos en el ámbito de la cosmología y de la física cuántica, han tenido como consecuencia una modificación de la percepción del espacio y del tiempo, han puesto de relieve la inseparabilidad entre el observador y lo observado, la sustitución de la causalidad por la multicausalidad y parece que apuntan a la existencia de descripciones complementarias de una misma realidad. Entre los cambios fundamentales que se dan en la física moderna, han tenido especial trascendencia para la epistemología la teoría de la relatividad de Einstein, la teoría cuántica de Planck, Bohr y Heisenberg, la teoría de las estructuras disipativas de Prigogine, el principio de exclusión de Pauli y el principio de complementariedad de Niels Bohr⁵⁰. Con ello, el paradigma moderno de ciencia, y su promesa casi teológica de acceder a la verdad objetiva y alcanzar un conocimiento cierto de la realidad, está siendo sustituida por un paradigma científico post-moderno, relativista, asentado en los principios de indeterminación y de incertidumbre, en el que la ciencia no ha tenido más remedio que reconocer sus propios límites⁵¹. Los científicos sociales se aferran a este cambio de paradigma no sólo para defender su estatus científico y el prestigio social alcanzado por la ciencia newtoniana, sino incluso reclaman su superioridad por su dilatada experiencia en el manejo de la

⁴⁹ En esta línea véase S. OSBORNE, T. BRANDSEN, V. MELE, J. NEMEC, M. VAN GENUGTEN, S. FLEMIG, *Risking innovation. Understanding risk and public service innovation. Evidence from a four nations study*, en *Public Money & Management*, 2020, 40(1), pp. 52-62.

⁵⁰ Sobre ello véase M. MARTÍNEZ MIGUÉLEZ, *El paradigma emergente*, cit., p. 49.

⁵¹ J. ESTEVE PARDO, *El desconcierto del Leviatán*, cit.

incertidumbre⁵². En esta línea se enmarca el surgimiento de una nueva disciplina, conocida como la Agnotología, o sociología de la ignorancia, que es una nueva rama del conocimiento que pretende ofrecer soluciones a la gestión de la ignorancia⁵³.

En este contexto, resulta acuciante que el diseño del modelo de gobernanza de la ciencia y el grado de discrecionalidad de los poderes públicos en la adopción de decisiones derivadas del mismo sea modulado en función del tipo de conocimiento científico producido. En el ámbito de las ciencias naturales podemos encontrar ámbitos de incertidumbre objetiva, debido a la falta de conocimiento disponible, y ámbitos de incertidumbre subjetiva, en los que el conocimiento existe, pero no está en manos de quien debe decidir. La incertidumbre que afecta a las consecuencias de una decisión política es siempre una incertidumbre objetiva que puede reducirse en términos probabilísticos como resultado del experimento social, pero que no puede eliminarse en ningún caso, ni tan solo con el experimento social, debido a los problemas de reproducibilidad de los resultados en este ámbito. Pero es que, incluso haciendo un esfuerzo por ocultar las diferencias de la incertidumbre en el ámbito de las ciencias naturales y de las ciencias sociales, con base en la consideración del relativismo científico que se ha apoderado de las primeras, los criterios relativos a la gestión del riesgo en uno y otro caso no son trasladables. Las reglas de la incertidumbre que se aplican al ámbito de las ciencias naturales acentúan las interpretaciones negativas del desconocimiento. En cambio, las leyes experimentales, por definición, pretenden la obtención de un resultado positivo, que mejore el statu quo previo a su implementación⁵⁴.

La aproximación entre las ciencias naturales y las ciencias sociales derivadas de razones epistemológicas no justifica que, en un contexto en el que las ciencias naturales reconocen con modestia sus límites, las ciencias sociales se aventuren a la producción de innovaciones jurídicas y sociales, con la pretensión de sustituir al Derecho en la adopción de

⁵² I. WALLERSTEIN (Coord.), *Abrir las ciencias sociales*, cit., p 13.

⁵³ R.N. PROCTOR, L. SCHIEBINGER, *Agnotology. The Making and Unmaking of Ignorance*, Stanford University Press, Stanford, 2008.

⁵⁴ G. DOMÉNECH PASCUAL, *Los experimentos jurídicos*, cit.

decisiones que legítimamente le corresponden. En este sentido me parece importante destacar que, si bien las relaciones entre la ciencia y el Derecho se plantean habitualmente como problemáticas en el ámbito de las ciencias de la naturaleza – en particular en relación con los problemas vinculados a las crisis energéticas, sanitarias, alimentarias o ambientales –, son igualmente controvertidas en el ámbito de las ciencias sociales. Los científicos sociales – economistas, politólogos, sociólogos y juristas – conquistan cada vez mayores espacios de decisión en el seno de organizaciones internacionales, particularmente en la OCDE y la UE, y presentan propuestas sobre las estrategias que deben adoptar los poderes públicos en materias nucleares, como la evaluación y control de la legislación, la evaluación de la actividad administrativa, el control de la corrupción o la dirección de la conducta. Estas propuestas recogen normalmente las conclusiones del paradigma científico dominante y, debido a la autoridad científica en la que se basan, se transforman en jurídicamente vinculantes mediante su incorporación al Derecho por parte de la legislación internacional, europea o nacional⁵⁵. Lamentablemente, la sustitución de la autoridad del Derecho por la pretendida autoridad de los científicos sociales no ha sido denunciada con la misma contundencia con la que se denuncia la limitación de la discrecionalidad de los poderes públicos derivada de la remisión al conocimiento aportado por las ciencias de la naturaleza.

4.4 El estadio de desarrollo científico y el tipo de incertidumbre implicada

Las consideraciones precedentes deben modularse, en fin, en función del estadio de desarrollo del conocimiento científico y del tipo de incertidumbre implicada en la adopción de una decisión.

En los estadios más embrionarios de un proyecto de investigación es probable que la ciencia opere en un contexto de ignorancia y desconocimiento absolutos, desconociendo incluso la extensión del terreno ignoto. En estadios más avanzados la ignorancia se traduce en un grado diverso de incertidumbre, que no permite conocer todavía las probabilidades de

⁵⁵ M.M. DARNACUILLETA GARDELLA, *Rasgos del Derecho administrativo contemporáneo*, cit.

que se produzca un determinado acontecimiento hasta que, finalmente, se alcanza un conocimiento nuevo sobre la realidad y debe operarse con parámetros propios de la gestión de riesgos⁵⁶. Estas diferencias también pueden explicarse mediante el modelo epistemológico de desarrollo científico diseñado por Thomas Kuhn, en el que se distingue la ciencia inmadura, la ciencia normal y la crisis científica que precede a un cambio de paradigma científico⁵⁷. La epistemología y los estudios de CTS han puesto de manifiesto que el conocimiento científicamente comprobado no produce verdades absolutas e inamovibles, puesto que está sometido por definición a revisión constante, pero ello no debe impedir reconocer que se trata de un conocimiento más fiable en términos probabilísticos que cualquiera de las verdades que pueda ofrecer la pseudociencia.

En otro orden de consideraciones es necesario distinguir también el tipo de incertidumbre científica implicada en la adopción de una decisión. En primer lugar, como ha destacado la doctrina⁵⁸, resulta necesario determinar si estamos ante incertidumbre fáctica – que se refiere a la falta de comprensión de las causalidades, dependencias y relaciones de los procesos naturales, técnicos o sociales – o ante una incertidumbre valorativa – que se refiere a la falta de criterios de acuerdo con los cuáles una situación de incertidumbre fáctica puede ser clasificada, sistematizada y reconducida a categorías conocidas. Y, en segundo lugar, resulta necesario identificar a los sujetos afectados por la incertidumbre, puesto que no es lo mismo manejar una situación de desconocimiento o ignorancia subjetiva que una situación de incertidumbre objetiva. A su vez, entre las situaciones de ignorancia subjetiva, la relación entre el Derecho y la ciencia deberá modularse en función del concreto poder público a quien corresponda adoptar una decisión – el legislador, la administración o el

⁵⁶ B. WYNNE, *Incertidumbre y aprendizaje ambiental: reconcebir la ciencia y la política en un paradigma preventivo*, en M.I. GONZÁLEZ GARCÍA, J.A. LÓPEZ CEREZO, J.L. LUJÁN LÓPEZ (Eds.), *Ciencia, Tecnología y Sociedad. Una introducción al estudio social de la ciencia y la tecnología*, Tecnos, Madrid, 2000, pp. 161-183.

⁵⁷ T. KUHN, *La estructura de las revoluciones científicas*, Fondo de Cultura Económica, Madrid, 1975.

⁵⁸ I. SPIECKER GEN. DÖHMANN, *Instrumentos estatales para la superación de escenarios de incertidumbre y autorregulación*, M.M. DARNACULLEA GARDELLA, J. ESTEVE PARDO, I. SPIECKER GEN. DÖHMANN (Eds.), *Estrategias del Derecho ante la incertidumbre y la globalización*, Marcial Pons, Madrid, 2015, pp. 47-66.

juez⁵⁹ – y del sujeto o sujetos que están en posesión del conocimiento científico disponible. En este aspecto será importante distinguir, a su vez, si quien ofrece asesoramiento lo hace o no a cambio de una remuneración; si el conocimiento está en manos únicamente de la industria o si está disponible para toda comunidad científica; y, en este caso, si proviene de un comité de expertos previamente identificado o de una agencia independiente creada específicamente con funciones consultivas para asesorar a los poderes públicos competentes⁶⁰.

5. *El poder de decisión del Derecho entre el cientifismo y el cinismo*

El extraordinario avance de las ciencias naturales en la época moderna, el indiscutible éxito que han demostrado en la consecución de su objetivo de dominar la naturaleza y sus procesos, así como los enormes beneficios para la salud y la mejora de las condiciones de vida de la humanidad, explican sobradamente la confianza depositada en la ciencia. El método científico ha demostrado sobradamente su fiabilidad en innumerables campos y este es un aspecto que no se discute en este artículo⁶¹. En atención a ello resulta difícil presentar objeción alguna a la promoción activa de la sociedad del conocimiento y a la confianza en la ciencia demostrada tanto por las organizaciones internacionales como por los legisladores nacionales. En la actualidad, el cientifismo y, en particular, el cientifismo de corte utilitarista promocionado por la sociedad del conocimiento es un paradigma al que resulta sumamente difícil sustraerse. Como acertadamente ha sido destacado: «El desarrollo tecnocientífico se valora por encima incluso de aquellas necesidades humanas que se supone que trata de satisfacer y no busca ya, por tanto, una justificación más allá de sí mismo. Cualquier sacrificio vale la pena en aras del

⁵⁹ En relación con ello, pueden contrastarse las aportaciones de J. ESTEVE PARDO, *El desconcierto del Leviatán*; cit.; y M. TARUFFO, *La aplicación de estándares científicos a las ciencias sociales y forenses*, en C. VÁZQUEZ-ROJAS (COORD.), *Estándares de prueba y prueba científica: ensayos de epistemología jurídica*, Marcial Pons, Madrid, 2013, pp. 203-213.

⁶⁰ Sobre ello véase: A.E. EMBID TELLO, *Retos de la relación ciencia-Derecho: la procedimentalización de la evaluación de riesgos en la Unión Europea*, M.M. DARNACULLETA GARDELLA, J. ESTEVE PARDO, I. SPIEKER GEN. DÖHMANN, (COORDS.), *Estrategias del Derecho ante la incertidumbre y la globalización*, Marcial Pons, Madrid, 2015, pp. 89-101.

⁶¹ Sobre ello véase, *in totum*, M. BUNGE, *Elogio del cientifismo*, Laetoni, Madrid, 2017.

avance de los conocimientos. La ciencia recurre como legitimación al prestigio que le concede el progreso imparable de su efectividad, del cual la prosperidad y el bienestar material serán productos deseados⁶². Existen, por descontado, muchas formas de entender el cientifismo. El cientifismo defiende «la aplicabilidad universal del método científico y la idea de que la ciencia empírica constituye la cosmovisión más acreditada o la parte más valiosa del conocimiento humano»⁶³. Pero el cientifismo describe también una forma exagerada de veneración y respeto frente a la ciencia, «una disposición excesiva a aceptar cualquier afirmación que se califique de científica»⁶⁴, una fe ciega en la ciencia. En este sentido, «la ciencia sigue manteniendo un lugar privilegiado en el imaginario de los países occidentales. El derrumbe de distintos símbolos religiosos y laicos, como Dios, la revolución o incluso el Progreso, no ha alcanzado la fe en la práctica científica»⁶⁵. Esta fe es la que parecen profesar las organizaciones que promueven activamente la sociedad del conocimiento, confiando en la capacidad de la ciencia para solucionar «los problemas esenciales de la sociedad»⁶⁶.

En el ámbito de las ciencias naturales, la fe en la ciencia se ha visto empañada, por un lado, por las consecuencias reflexivas de su propio desarrollo y, por otro lado, por el paradigma posmoderno, que ha demostrado que la ciencia no puede ofrecer todo el conocimiento que promete⁶⁷. Frente a ello han aparecido reacciones extremas, basadas en una suerte de cinismo científico que, partiendo del relativismo y del

⁶² A.J. DIEGUEZ LUCENA, *Cientifismo y modernidad*, cit., p. 84.

⁶³ M. BUNGE, *Elogio del cientifismo*, cit., p. 264.

⁶⁴ S. HAACK *Defensar la ciència dintre de la raó. Entre el científisme i el cinisme* [traducción de *Defending Science -within Reason: Between Scientism and Cynicism*, 2003], Valencia, Institut d'Estudis Catalans, Universitat de Valencia, Valencia, 2011, p. 41.

⁶⁵ OBLOMOFF, *Un futuro sin porvenir. Por qué no hay que salvar la investigación científica*, Ediciones el Salmón, 2014, p. 14.

⁶⁶ OCDE, *The knowledge-based economy*, cit.; OCDE, *Innovation in the Knowledge Economy*, cit.; UNESCO, *Hacia las sociedades del conocimiento*, cit.; COMISIÓN EUROPEA, *Una estrategia para un crecimiento inteligente*, cit.

⁶⁷ M. MARTÍNEZ MIGUÉLEZ, *El paradigma emergente*, cit.; J. ESTEVE PARDO, *El desconcierto del Leviatán*, cit.; J. ESTEVE PARDO, J. TEJADA PALACIOS, *Ciencia y Derecho*, cit.

anarquismo metodológicos, han derivado en una modalidad exagerada de sospecha frente a la ciencia y los científicos⁶⁸.

En este contexto, los poderes públicos deben encontrar alguna orientación posible, que les permita saber en qué datos pueden confiar cuando deben adoptar una decisión basada en el conocimiento científico disponible. En esta línea, debe fomentarse la institucionalización del conocimiento mediante la procedimentalización de la evaluación de riesgos, la identificación de comités de expertos existentes en cada materia, o la creación de autoridades independientes de ámbito supranacional⁶⁹. La discrecionalidad de los poderes públicos frente al conocimiento científico debe ser proporcional al nivel de riesgo previsto, así como al tipo y al grado de incertidumbre implicado. En el sector alimentario, por ejemplo, la evaluación de los riesgos en supuestos de incertidumbre científica de carácter objetivo se deja en manos de agencias alimentarias, integradas por expertos, que cumplen funciones de asesoramiento (la Agencia Europea de Seguridad Alimentaria y la red de agencias nacionales). La gestión de los riesgos alimentarios conocidos se fía en primer término a las empresas alimentarias⁷⁰. Y el establecimiento de los estándares de seguridad en materia alimentaria se deja en manos de una Comisión internacional integrada por expertos, la Comisión del Codex Alimentarius, cuyos estándares gozan de la presunción de conformidad con los acuerdos de la Organización Mundial del Comercio⁷¹.

En el caso de que el grado de incertidumbre implicada sea tan elevado que no puedan identificarse las probabilidades de riesgo, opera el principio de precaución⁷². Para evitar la activación del principio de precaución, anticipándose al conocimiento y a las posibilidades de gestión de los

⁶⁸ S. HAACK, *Defensar la ciència dintre de la raó*, cit., p. 42.

⁶⁹ A.E. EMBID TELLO, *Retos de la relación ciencia-Derecho*, cit., pp. 89-101.

⁷⁰ M. RODRÍGUEZ FONT, *Régimen jurídico de la seguridad alimentaria. De la policía administrativa a la gestión de riesgos*, Marcial Pons, Madrid, 2007.

⁷¹ M. TARRÉS VIVES, *El papel de la normalización internacional en el contexto de la seguridad y el comercio de productos*, en M.M. DARNACULETA GARDELLA, J. ESTEVE PARDO, I. SPIECKER GEN. DÖHMANN (Coords.), *Estrategias del Derecho ante la incertidumbre y la globalización*, Marcial Pons, Madrid, 2015, pp. 137-154.

⁷² C. CIERCO SEIRA, *El principio de precaución: reflexiones sobre su contenido y alcance en los Derechos comunitario y español*, en *Revista de Administración Pública*, 163, 2004, pp. 73-126.

riesgos mucho antes de que estos aparezcan, la Unión Europea propone un modelo de gobernanza de la ciencia basado en la RRI⁷³.

Estos instrumentos, junto al mapa de variables esbozado en este artículo, deberían contribuir a mejorar la relación entre la ciencia y el Derecho, permitiendo, por un lado, la imposición del conocimiento experto frente al Derecho cuando este conocimiento proceda de fuentes acreditadas y sea capaz de predecir acontecimientos con un grado de probabilidad elevado y, por otro lado, la recuperación de la capacidad y el modelo de decisión característicos del Derecho cuando la ciencia no pueda ofrecer un mínimo grado de certidumbre⁷⁴. La aplicación de esta elemental regla de razonamiento debería impedir, por ejemplo, que las ciencias sociales ofrezcan conocimientos no contrastados al Estado y al mercado, o incluso conocimientos basados en experimentos no reproducibles, sin una evaluación previa de los riesgos, como si la crítica epistemológica que ha sumido en el desconcierto a las ciencias de la naturaleza no les afectase a ellas⁷⁵. En el otro extremo, debería poder evitarse también que los poderes públicos decidan hacer caso omiso del conocimiento científico disponible, poniendo en cuestión la autoridad de la ciencia, como si cualquier dato o información pudiese ser sometido por igual a discusión, para eludir la responsabilidad que tiene la sociedad presente con las generaciones futuras.

En este sentido es necesario acoger con satisfacción algunas recientes resoluciones judiciales en las que se establece claramente que los poderes públicos tienen la obligación de motivar las decisiones que se aparten de las recomendaciones de la comunidad científica, cuando estas recomendaciones predicen acontecimientos con un elevado grado de fiabilidad. Me refiero, en concreto, a la Sentencia del Tribunal Constitucional alemán, de 24 de marzo de 2021, que insta a modificar la ley alemana de protección del clima con el fin de no condicionar la libertad de las

⁷³ T.A. HEMPHILL, *The innovation governance dilemma: Alternatives to the precautionary principle*, en *Technology in Society*, 63, 2020, 101381.

⁷⁴ J. ESTEVE PARDO, *El desconcierto del Leviatán*, cit.; J. ESTEVE PARDO, J. TEJADA PALACIOS, *Ciencia y Derecho*, cit.

⁷⁵ Como señala I. WALLERSTEIN (Coord.), *Abrir las ciencias sociales*, cit., p. 21, las ciencias sociales no solo han intentado emular a las ciencias naturales en cuanto al método, sino también en cuanto a la versión utilitarista de la ciencia, poniéndose al servicio del poder.

generaciones futuras; a la Sentencia del Tribunal Supremo holandés de 24 de junio de 2015, que obliga al gobierno a reducir las emisiones de CO₂ en un 25% respecto de 1990, de acuerdo con las recomendaciones de la comunidad científica; o a la Sentencia del Tribunal Administrativo de París, de este 14 de octubre de 2021, que ordena al Estado francés cumplir sus compromisos con el cambio climático.

Entre los razonamientos esgrimidos en estas sentencias destacan algunos que se alinean directamente con los esbozados en este trabajo y que tienen que ver con la necesidad de distinguir el grado de incertidumbre que afecta a cada concreta decisión jurídica y el origen del conocimiento experto, así como con la necesidad de garantizar la protección de los derechos fundamentales, tanto de las generaciones presentes como de las generaciones futuras. En estas sentencias se argumenta, por ejemplo, que, aunque existe incertidumbre sobre cómo se manifestará de forma precisa el cambio climático, la predicción de que el cambio climático afectará de modo grave e irreversible a la humanidad está basada en los mejores hallazgos científicos disponibles respecto al clima, respaldados por un amplio consenso internacional. En relación con la discrecionalidad de los legisladores nacionales para adoptar decisiones que no tomen en consideración los datos científicos sobre el cambio climático, sin justificación suficiente, se afirma explícitamente que los derechos fundamentales, de las generaciones presentes y futuras, «no están sometidos a votación». La complejidad que entraña decidir en contextos de incertidumbre no puede resolverse, pues, mediante una deriva cientifista del Derecho en contextos de ignorancia, pero tampoco mediante la apelación al principio democrático – ni tan solo mediante el recurso a la democracia directa mediante procesos de autorregulación basados en la participación – cuando la ciencia ha demostrado que en ello está implicada la supervivencia del planeta. De acuerdo con ello, tanto la autoridad de la ciencia, basada en el conocimiento experto, como la autoridad del Derecho, basada en el principio democrático, están sometidas por igual a los derechos fundamentales, cuyo respeto debe ser garantizado en todo caso.

En esta contribución se sostiene que el reparto de poder entre la ciencia y el Derecho y, en suma, la determinación del grado de discrecionalidad de los poderes públicos en la adopción de decisiones en contextos de incertidumbre científica solo puede resolverse caso por caso y que la

mejor herramienta para orientarse en este terreno es la elaboración de un mapa completo que tome en consideración, por lo menos, los factores señalados en las páginas precedentes. Es necesario, pues, analizar en cada caso la posible afectación a derechos fundamentales, el ámbito de competencia de quien adopta la decisión y los sujetos implicados por la misma. La apelación al conocimiento científico disponible no puede dejar de tomar en consideración el entorno institucional en el que se genera el conocimiento, el tipo de ciencia del que estamos hablando y la evolución del conocimiento, con el objeto de identificar si la decisión pública se adopta en un entorno de innovación dominado todavía por la ignorancia, en un contexto de incertidumbre o en el ámbito de verdades científicamente demostradas.

Note e commenti

Un Patto tra le città d'arte per il rilancio del turismo e la protezione del pregio storico

Edoardo Nicola Fragale

La pandemia ha fornito l'occasione per riflettere attorno al problema della terziarizzazione delle città d'arte. Di questo problema stanno cominciando ad avere consapevolezza anche i decisori pubblici. Un Patto siglato tra i Comuni di Venezia e di Firenze si propone di contrastare la terziarizzazione delle città d'arte, preservandole dagli effetti dell'aggressione turistica. L'articolo esamina le proposte contenute in questo accordo, allo scopo di verificare se le stesse risultino coerenti rispetto all'obbiettivo finale perseguito.

1. Il problema

L'avvento della crisi pandemica ha posto in evidenza i rischi derivanti dalla presenza di un modello di sviluppo a trazione esclusivamente o prevalentemente turistica.

L'adozione di misure di restrizione della mobilità, resa necessaria dall'insorgere della pandemia, ha generato nel corso dell'anno 2020 un impatto notevole sul settore turistico. I dati statistici pubblicati dall'Organizzazione mondiale del turismo rivelano che l'anno 2020 ha segnato un arretramento di ben il 74% rispetto al 2019.

La crisi del turismo si è tradotta a sua volta in una violentissima crisi economica per quei territori che avevano attraversato un profondo processo di trasformazione del proprio tessuto produttivo all'insegna della terziarizzazione. Questo fenomeno è stato avvertito in modo particolarmente evidente con riguardo alle grandi città d'arte che, come Venezia e Firenze, avevano molto puntato sulla presenza dei turisti stranieri quale fattore traino della propria economia, oramai prevalentemente incentrata sul settore della ricettività turistica, della ristorazione e delle attività commerciali e dei servizi dipendenti dal turismo. La crisi del settore ha spiazzato operatori privati e decisori pubblici, facendo emergere i limiti dell'economia monodimensionale, della scelta cioè di ancorare le sorti ed il destino economico e sociale di interi territori a forme di sviluppo non equilibrate. Come noto, un ruolo centrale nell'eziopatogenesi di questo

fenomeno è stato esercitato dalle trasformazioni tecnologiche intervenute negli ultimi anni, da ascrivere ai nuovi modelli di *business* affermatasi attraverso le piattaforme *online*. Queste hanno creato un mercato prima inesistente attorno al soggiorno turistico con caratteri di residenzialità. L'affermazione di questo nuovo paradigma ha prodotto conseguenze non limitate al settore dell'economia, campo nel quale è comunque percepibile l'effetto distruttivo generato sull'industria tradizionale alberghiera, ma estese anche ad altre dimensioni, tanto da penetrare nella vita delle città, innescando fenomeni di *gentrification* dei centri storici, specie delle grandi città d'arte.

La crisi presenta, tuttavia, una doppia anima: essa si pone non solo come fase di rottura di un precedente modello, ma anche quale momento di transizione verso l'affermazione di paradigmi del tutto nuovi. Ne costituisce riprova, a livello politico generale, la risposta delle istituzioni europee e nazionali, tramite l'ampio programma di riforme disegnato nel Piano Nazionale per la Ripresa e la Resilienza, di cui costituisce capitolo importante quello degli investimenti pubblici volti a realizzare la transizione tecnologica ed ecologica, per la prima volta realizzati anche tramite forme di mutualizzazione del debito a livello sovranazionale. Ad un livello più locale, e sul terreno che più interessa indagare in questa sede, si segnalano le iniziative assunte dalle città d'arte che più hanno sofferto della crisi pandemica, divenute promotrici di nuovi strumenti per il rilancio delle città d'arte¹. Prendendo atto degli effetti negativi generati dal blocco della mobilità europea e internazionale, Firenze e Venezia hanno siglato un Patto – Città d'arte? #NONmetterledaparte² –, recante dieci iniziative, finalizzate alla salvaguardia della filiera del turismo, ispirate anche alla «necessità di pensare ad un nuovo modello di *governance*, che restituisca alle città un ruolo primario nella promozione e nell'organizzazione del prodotto turistico, in sinergia con Regioni, Stato ed ENIT».

¹ Riflessioni più generali sul settore sono rinvenibili nello studio Cnr, A. MORVILLO, E. BECHERI (a cura di), *Dalla crisi alle opportunità per il futuro del turismo in Italia*, Napoli, Rogiosi Editore, 2020.

²https://live.comune.venezia.it/sites/live.comune.venezia.it/files/articoli/allegati/Decalogo_Firenze_Venezia_ok.pdf.

Le misure contemplate sono di diversa natura. Alcune sono rivolte al passato e pensate per ristorare gli operatori economici dei danni subiti, in una prospettiva di resilienza; altre, invece, al futuro, in una prospettiva più ancorata alla ripartenza: si va dalla previsione di forme di sostegno a favore degli operatori economici investiti dalla crisi alla programmazione di forme di incentivazione fiscale, finalizzate al rilancio del settore. Non mancano poi misure dedicate al problema della residenzialità. In effetti, quello della residenzialità costituisce, per le ragioni sopra velocemente esposte, tema di enorme importanza ai fini del governo del territorio e dei processi economici e sociali lì intessuti. V'è da dire che in passato l'interesse degli enti territoriali è sembrato incentrarsi soprattutto sul versante fiscale del fenomeno dell'economia condivisa, in considerazione della sua capacità di dar luogo a forme di concorrenza sleale in danno degli operatori alberghieri tradizionali. Leggendo il Patto sembra che tale logica non sia stata interamente superata, stante la presenza di disposizioni protese alla protezione della "vecchia" industria alberghiera. Accanto a questo primo nucleo di proposte, campeggiano anche altre misure volte a governare il fenomeno delle strutture ricettive di natura residenziale, al fine di disinnescarne le ricadute più deleterie ai fini dell'identità dei centri storici. In buona parte, il Patto si presenta come un accordo di natura politica, limitato al momento alle due sole città firmatarie, volto a sollecitare l'adozione di interventi – anche di natura normativa – rientranti nelle prerogative dei legislatori, statale e regionali. Così certamente è a dirsi con riguardo alle misure normative immaginate dal Patto con riferimento alle strutture ricettive. Di queste misure si renderà brevemente conto, cercando tuttavia di fare preliminarmente un quadro di sintesi circa lo stato dell'arte sulle attività ricettive.

2. *Lo stato dell'arte*

Chi voglia indagare lo stato dell'arte della disciplina delle attività ricettive di natura extra-alberghiera dovrà ineluttabilmente fare i conti con il variegato universo della legislazione regionale. Turismo e industria alberghiera costituiscono materie che non compaiono nel novero di quelle demandate alla competenza esclusiva statale o concorrente, sì da rimanere attratte alla potestà legislativa residuale regionale ai sensi dell'art. 117, co. 4, Cost.

Senza scendere ad una disamina analitica delle differenti scelte compiute dalle singole Regioni, per il cui esame si rinvia ad altro lavoro³, si può ben affermare che ad una visione d'assieme – si vedano per esempio l.r. Lombardia n. 27/2015 (art. 26); l.r. Emilia-Romagna n. 16/2004; l.r. Toscana n. 86/2016; l.r. Veneto n. 11/2013 (art. 27, co. 2, lett b); regolamento Regione Lazio n. 8/2015; l.r. Piemonte n. 13/2017 – la variegata legislazione regionale si segnala per la presenza di un'ampia ricchezza delle formule organizzative – *bed and breakfast*, l'esercizio gestito dall'affittacamere, casa vacanza per citarne solo alcune⁴.

Ora, se è vero che, nella gran parte dei casi, i legislatori regionali hanno anche circondato lo svolgimento dell'attività turistica di limitazioni e condizioni, è anche vero però che si tratta di discipline sostanzialmente inefficaci nel prevenire le esternalità negative del fenomeno, alle quali prima si faceva cenno. Il condizionamento impresso alle libertà economiche si attesta sovente sulla soglia delle *modalità* di svolgimento dell'attività, manifestandosi attraverso la previsione di limitazioni di tipo dimensionale – ad esempio il numero dei posti letto –, sulla cui compatibilità col principio di concorrenza possono avanzarsi seri dubbi, sembrando riflettere in certi casi la volontà di non innescare fenomeni di cannibalizzazione in danno della “vecchia” industria alberghiera. Non si può dire, però, che queste misure abbiano ben governato il fenomeno. Sembra, piuttosto, che lo abbiano conformato, se possibile, in modo ancor più deleterio per il paesaggio urbano, innescando un effetto di polverizzazione sul territorio di tantissimi piccoli esercizi, sovente ricollegabili agli stessi soggetti.

Che, dunque, la legislazione regionale abbia rivelato scarsa attitudine al governo del fenomeno, innescando forse un fenomeno di polverizzazione incontrollata, è considerazione confermata non solo dall'ampia ricchezza delle formule organizzatorie di cui prima si discorreva, ma anche dalla presenza di veri e propri incentivi e condizionamenti normativi. Oltre

³ E.N. FRAGALE, *Il problema dei centri storici tra le sfide poste dalla sharing economy e le nuove istanze di salvaguardia*, in *Munus*, 3, 2020, p. 549 ss.

⁴ Per tutti, M. GOLA; A. ZITO; A. CICHETTI, *Amministrazione pubblica e mercato del turismo*, Santarcangelo di Romagna, Maggioli, 2012, p. 305; M.P. VIPIANA, *Diritto pubblico del turismo*, Pisa, Pacini, 2020.

a quelli derivanti indirettamente dai vincoli dimensionali, basti pensare alla scelta, compiuta da quasi tutte le leggi regionali, di qualificare in termini residenziali la destinazione d'uso delle unità impiegate dalle strutture turistico-ricettive extra-alberghiere. Una scelta discutibile, siccome compiuta talvolta prescindendo dal grado di asservimento dell'immobile alla finalità ricettiva. Ciò si è tradotto in una drastica semplificazione procedimentale nell'avvio della nuova attività, dal momento che i titolari dell'immobile sono stati sollevati dall'onere di richiedere il nuovo titolo edilizio per imprimere all'immobile una nuova destinazione d'uso, come invece sarebbe teoricamente necessario, considerando che il mutamento della destinazione avverrebbe – anche senza lavori edilizi – tra le diverse categorie di cui all'art. 23-ter, d.P.R. 6 giugno 2001, n. 380.

In sintesi, sembra di poter dire che la disciplina regionale abbia regolato il fenomeno poco e male, perseguendo spesso l'obiettivo minimale, e forse neppure del tutto legittimo, di contenerne il potenziale distruttivo in danno dell'industria alberghiera.

3. Il Patto delle città d'arte: una valutazione di sintesi delle misure di protezione previste

Non v'è dubbio che anche le attività commerciali di cui trattasi, in quanto collegate alla prestazione di servizi di ricettività turistica di matrice extra-alberghiera, rientrano a pieno titolo tra quelle assoggettate al principio europeo della concorrenza e, più in particolare, alla direttiva 2006/123/CE – la c.d. direttiva *Bolkestein*. Certo, gli imperativi del mercato non precludono la possibilità di limitare la concorrenza, anche attraverso la previsione di tetti e contingentamenti. Tuttavia, affinché misure di questo tipo possano essere considerate legittime alla luce del quadro normativo europeo, occorre che le limitazioni poste alle libertà economiche trovino una propria giustificazione in motivi imperativi d'interesse generale, fra cui trovano spazio *anche quelli riferiti all'ambiente urbano*. Non qualunque misura sarà, però, giustificabile in base al diritto europeo, ma solo quella che sia rispettosa dei principi di non discriminazione, di necessità e di proporzionalità. La necessità di preservare altri settori economici danneggiati dalla concorrenza non rientra chiaramente tra gli obiettivi legittimamente conseguibili dagli Stati membri. Altro sarebbe che le misure in questione fossero, invece, preordinate a realizzare l'ob-

biiettivo della lotta all'evasione fiscale – su cui Corte di Giustizia, sentenza 8 marzo 2001, *Metallgesellschaft*, C- 397 e 410/98 –, conformemente ai principi di necessità, proporzionalità e non discriminazione sopra visti⁵. Ciò considerato in termini generali, si pone il problema di verificare se le misure di protezione dell'ambiente urbano contemplate nell'accordo citato si mostrino rispettose di questo quadro generale di regole e principi. Ora, l'impressione è che il Patto non faccia *sempre* seriamente i conti con la dimensione – anche europea – del problema. Leggendo il testo del documento, ideato in funzione del rilancio del settore turistico delle città d'arte, possono, infatti, avanzarsi seri dubbi in merito alla proporzionalità di alcune delle misure previste. Così è a dirsi a proposito della presunzione circa il carattere turistico della destinazione dell'immobile; una qualificazione, questa, che insorgerebbe automaticamente sol che l'immobile venga destinato, anche per un solo giorno, alla ricezione di turisti. Anche ammesso che una presunzione di questo tipo riesca da sola a preservare il bene oggetto della misura di tutela, il che è da dimostrare, non è dato di capire perché si renda necessario colpire in modo indiscriminato tutte le forme di ricettività extra-alberghiera, senza considerazione alcuna per il volume e la quantità dell'attività svolta.

Il Patto contempla, però, anche altre proposte, prevedendo che, con riferimento agli immobili delle città d'arte riconosciute come siti UNESCO e per le finalità di cui all'art. 23-*bis* del d.P.R. 6 giugno 2001, n. 380, sia introdotta una nuova destinazione d'uso a carattere "residenziale-turistica". Si prevede, altresì, che possano rientrare nella nuova categoria «funzionale gli immobili utilizzati in via prevalente ai fini di locazione breve» di cui all'art. 4 del d.l. 24 aprile 2017, n. 50, conv. con modif. dalla l. 21 giugno 2017, n. 96. Si propone di prevedere che, entro un anno dall'entrata in vigore della legge, i Comuni delle città d'arte adeguino i propri strumenti di pianificazione urbanistica e le norme regolamentari edilizie alla previsione di cui al comma precedente, anche procedendo alla ricognizione dello stato di fatto.

Ora, siffatta proposta pare cogliere correttamente i contorni del problema, là dove rileva un problema di *deregulation*, plausibilmente da ascrive-

⁵ Anche su questi profili rinvio a quanto più diffusamente esposto in E.N. FRAGALE, *Il problema dei centri storici*, cit.

re – anche – alle scelte compiute dalla legislazione regionale in tema di destinazioni d'uso. Per altro verso, sembra offrire, però, una risposta incoerente, e forse non del tutto esente da obiezioni, rispetto al problema che intende fronteggiare. In primo luogo, la proposta sembra contemplare una nuova destinazione d'uso a carattere «residenziale-turistica», con riferimento *alle sole città d'arte*, in vista dell'introduzione, da parte degli strumenti urbanistici comunali, di una più restrittiva disciplina dei mutamenti della destinazione d'uso degli immobili. Tuttavia, poiché una siffatta destinazione non è contemplata, neppure in astratto, per gli altri centri, sorge il sospetto che la disciplina introduca una differenziazione non molto ragionevole nella classificazione *astratta* delle destinazioni d'uso, quasi che una prevalente destinazione residenziale-turistica, espressiva di un certo carico urbanistico, possa darsi per alcune città e non per altre. Potrà anche essere che centri diversi da quelli indicati abbiano potenzialità turistiche tali da non avere immobili con quella destinazione, ma si tratterà di questione di “fatto”, che in nulla può giustificare una decisione compiuta in astratto dal legislatore volta a negare *ex ante* l'esistenza di una certa categoria o, meglio, ad ammetterne l'esistenza solo per alcune città. Dunque, se al legislatore è senz'altro consentito di introdurre delle limitazioni nei passaggi tra le diverse destinazioni, ciò che non può fare è negare o ammettere, in astratto, *l'esistenza di una astratta destinazione* dell'immobile in dipendenza del differente contesto territoriale. In altri termini mentre pare senz'altro legittimo l'obbiettivo perseguito, appare poco comprensibile il mezzo adoperato. A ciò si aggiunga che anche l'impiego di tecniche di *conformazione dell'uso della proprietà privata*, impennate sulla limitazione dei mutamenti della destinazione d'uso del bene, sembra comunque postulare la presenza di una adeguata base legale, ciò che però la proposta racchiusa nel Patto sembra non tenere in adeguata considerazione. Nel caso del Patto sussistono, dunque, molteplici obiezioni in termini di ragionevolezza in sé degli strumenti previsti. Rinviandosi ad altro lavoro per una più approfondita esposizione, si rimane convinti che per fronteggiare le criticità derivanti dall'aggressione in chiave turistica dei centri storici, specie di quelli delle città d'arte, esistono due differenti strade. Per un verso, quella che punta ad aggredire il fenomeno sotto il versante commerciale: qui l'obbiettivo è di limitare in forma diretta lo svolgimento dell'attività economica, in forma turistica. Su

altro versante si collocano quelle proposte che si propongono, invece, di incidere direttamente sul bene strumentale sottostante, vale a dire sull'immobile impiegato in funzione dello svolgimento dell'attività economica, attraverso l'introduzione, da parte degli strumenti urbanistici comunali, di una più restrittiva disciplina dei *mutamenti della destinazione d'uso degli immobili*. Soluzione questa che postula, per poter funzionare, la presenza di una adeguata base legale, trattandosi di incidere su un diritto costituzionalmente – e non solo – protetto. Norme giuridiche di questo tipo compaiono, comunque, già oggi in alcune leggi urbanistiche di ultima generazione – si veda l'art. 4, l.r. Puglia, 1° dicembre 2017, n. 48. La medesima soluzione pare ripresa anche da alcune recenti proposte di legge⁶. Si rimane, comunque, convinti della praticabilità di una terza via, sfruttando fino in fondo le potenzialità del codice dei beni culturali, là dove consente di elevare i centri storici a bene di tipo ambientale, qualificazione che permetterebbe di attivare, in modo più *pertinente e coerente*, forme di protezione anche ancorate a strumenti conformativi della proprietà⁷.

Un ultimo avviso. Tutte le misure qui esaminate richiedono per poter correttamente funzionare anche una revisione dell'ampia nozione di "destinazione residenziale" attualmente accolta dalle leggi regionali, affinché le sia restituita la capacità di riflettere la reale condizione d'uso dell'immobile.

⁶ Si tratta del progetto di proposta di legge presentato al convegno *Il diritto della città storica*, Roma, 12 novembre 2018.

⁷ C. BARBATI, M. CAMMELLI, L. CASINI, G. PIPERATA, G. SCIULLO, *Diritto del patrimonio culturale*, Bologna, Il Mulino, 2020; S. CIVITARESE MATTEUCCI, *La pianificazione paesaggistica: il coordinamento con gli altri strumenti di pianificazione*, in *Aedon*, 3, 2005.

Table of contents and abstracts

Editorial

The public decision between science and crisis (p. 919)

Jean-Bernard Auby

Essays and Articles

The legislative function between Parliament and Government: towards a physiological integration in the prism of the discipline of areas scientifically connoted (p. 931)

Simone Penasa

The essay deals with the dynamics between legislative and executive power in the face of scientifically characterised issues. After some general considerations aimed at drawing a conceptual and normative map, useful to understand the characteristics of a “physiological” relationship between Parliament and Government faced with scientifically complex issues, will propose a systematisation of the different declinations that this relationship has concretely come to assume, to highlight its potential and criticality. The aim is not to assess the order of “institutional” prevalence between the two powers, but to determine the structures - from the point of view of sources, procedures, and regulatory content - constitutionally more sustainable, in the light of the necessary guarantee of the respective functional prerogatives and the specificity of the regulatory object.

Public administration with scientific and technological eminence. Theoretical reflections (p. 965)

Pierpaolo Forte

To put it briefly, administrative discretion is commonly considered a possibility of choice that refers to the interests at stake in the decision to be taken, with a “political quota”, which thus provides an arrangement defined as public interest. This paper aims to criticise this well-established assumption concerning our difficult times, character-

ised by an enormous quantity, consistency, eminence and reliability of knowledge in every sphere of scientific mastery and the “distinction” between politics and administration. The study provides arguments and evidence to assume that the administrative activity, purified of the political quota as a result of the principle of distinction with the administrative activity, is not a function of aims, and uses, like all human activities of this type, operational and decision-making structures that bring it close to technique, a very professional and complex practice to achieve objectives established elsewhere, even when they have vague, indeterminate definitions, since it consists precisely in determining a decision, outside the courtroom, before the judge, and indeed possibly without him. It is for this reason that when the choice of decision concerns techno-scientific options, there is little that differs from any other hypothesis of properly administrative discretion, not for the reasons that, in the past, supported that thesis, but paradoxically for opposite reasons, since today’s administrative decision must unfold, one might say physiologically, using techno-scientific knowledge, know-how, expertise, and equipped awareness, founding the reasons for the decision-making choice and the reliability of the consequent act, in a sort of “technique of the singular fact”.

The difficult balance between technology, policy and regulation in vaccination campaign against Covid-19 (p. 1011)

Fabrizio Figorilli

After analysing the competencies of the regulatory bodies regarding the marketing of new drugs, the article dwells on the authorisation procedures and measures that have allowed the rapid use of Covid-19 vaccines. From this reconstruction, some contradictions emerge that have accompanied the choices made within our legal system concerning the indications provided by the EMA. The paper also focuses on the nature of the solutions adopted to conduct an effective vaccination campaign, highlighting the difficulty of classifying the interventions of the competent authorities as technical-discretionary, political and regulatory decisions, relying on soft law tools instead of traditional ones with immediately prescriptive contents.

The contribution of science to government in the UK: Untangling and updating constitutional 'fault lines' in the light of the Covid-19 Pandemic? (p. 1037)

Peter Leyland

Taking account of the recent Covid-19 pandemic this article provides a discussion of the accountability mechanism at the heart of the constitution and the role of science within the UK civil service. Scientific advisers had made a significant impact in wartime, but by the 1960's, the Fulton Report found that the contribution and status of scientists, economists and other professionals were grossly undervalued as part of the civil service hierarchy. This essay proceeds to explain how the Covid-19 emergency drew upon and promoted the expertise of scientists at the highest level of government, with the government's most senior scientist and senior medical officer appearing regularly at the side of the PM and other senior ministers on TV. It is argued that this change of status, not only involved a loss of anonymity for scientific advisers but it also shifted attention away from government ministers as the architects of policy. At the same time this development impacted on the attribution of constitutional accountability for the policies adopted and the far-reaching legal measures put in place to contain the pandemic between elected politicians on the one hand, and the scientific advisers forming part of the government service, on the other.

Discourses on the relationship between science and law. Outline of a cartography (p. 1063)

M. Mercè Darnacullela Gardella

In a historical context in which advances in science and technology shape the world we know, legal decisions - by the legislator, the administration or even the courts - cannot be adopted without considering the available scientific knowledge. This observation, which explains the reduction of the public authorities' discretion where science offers certainty, does not justify the current scientific drift of law in contexts of uncertainty. To provide an adequate response to the multiple questions raised by the relationship between science and law, it is necessary first

to draw up a cartography, of which these pages are intended to offer only an outline, which considers the diversity of existing sciences and the evolution of scientific knowledge.

Notes and Comments

A pact between the Cities of art for the revival of tourism and protecting historical value (p. 1091)

Edoardo Nicola Fragale

The pandemic has provided an opportunity to reflect on the problem of the tertiarization of art cities. Public decision-makers are also beginning to become aware of this problem. An agreement signed by the Municipalities of Venice and Florence proposes to counter the tertiarization of art cities, preserving them from the effects of tourist aggression. The article examines the proposals contained in the agreement aforementioned, in order to verify whether they are consistent with the final objective pursued.

Autori

Jean-Bernard Auby

Professeur de droit public émérite
de Sciences Po Paris

M. Mercè Darnacullea Gardella

Profesora Titular de Derecho
Administrativo presso l'Universitat
de Girona

Fabrizio Figorilli

Professore ordinario di diritto
amministrativo presso l'Università
degli Studi di Perugia

Pierpaolo Forte

Professore ordinario di diritto
amministrativo presso l'Università
degli Studi del Sannio

Edoardo Nicola Fragale

Ricercatore a tempo determinato
di tipo A in Diritto amministrativo
presso l'Università degli Studi
di Trieste

Peter Leyland

Professor of Public Law School of
Oriental and African Studies (SOAS)
presso la University of London

Simone Penasa

Ricercatore a tempo determinato
tipo B in Diritto pubblico comparato
presso l'Università di Trento

— Criteri editoriali —

Istituzioni del Federalismo pubblica contributi scientifici sulle autonomie territoriali, espressione di diverse aree disciplinari, con una naturale preferenza per l'ambito giuridico e politico. IdF accetta solo contributi originali inediti. In base a specifici accordi con l'Autore e in casi particolari potranno essere pubblicati anche lavori già editi o in corso di pubblicazione in altra sede, fatto salvo apposito richiamo in nota da parte dell'Autore. Si accettano contributi redatti su file di testo in italiano, inglese, spagnolo, francese, che verranno pubblicati in lingua originale. Una volta accettato, il lavoro è coperto dal *copyright* della Rivista e non può essere riprodotto senza autorizzazione.

Criteri di revisione. Tutti i contributi da pubblicare sono sottoposti ad una doppia revisione effettuata direttamente dai componenti del Comitato Scientifico oppure affidata a esperti esterni individuati dallo stesso Comitato Scientifico, che resta comunque l'organo competente a decidere in via definitiva sulla pubblicazione o meno di un articolo. La revisione è effettuata attraverso il metodo del referaggio anonimo a "doppio cieco" (che esclude la conoscenza reciproca tra Autore e *referees*) al termine del quale viene comunicato all'Autore l'esito della valutazione. Per i contributi redatti da Autori individuati dal Comitato scientifico almeno uno dei due referaggi sarà comunque anonimo. I principali criteri per la selezione dei contributi sono: rigore e coerenza metodologica; struttura e impianto dell'articolo; originalità e no-

vità dell'apporto scientifico; fondatezza delle argomentazioni a sostegno della tesi; correttezza/completezza delle fonti e della bibliografia.

La Rivista si divide in varie Sezioni, articolate in Saggi e articoli, Note e commenti, Osservatorio regionale, Letture e segnalazioni.

Saggi e articoli. La parte prevalente della Rivista è dedicata alla pubblicazione di saggi e articoli che pervengono spontaneamente alla Rivista oppure vengono commissionati *ad hoc* ad Autori individuati dal Comitato scientifico. Questi contributi hanno una dimensione orientativa compresa tra le 20.000 e le 70.000 battute, note a piè di pagina e spazi inclusi, e devono essere corredati da un *abstract*.

Note e commenti. In questa sezione vengono pubblicati contributi più brevi, commenti a fonti normative, note a sentenza. Ai fini della pubblicazione i contributi, di dimensione di norma non eccedente le 40.000 battute, vengono valutati secondo un criterio di attualità del tema trattato e di attinenza agli argomenti di interesse della Rivista.

Osservatorio regionale. La sezione è dedicata a rassegne di giurisprudenza, legislazione regionale, analisi di buone prassi territoriali, notizie provenienti dalla Unione europea e altre notizie tratte dai materiali pubblicati on-line sul sito della Regione Emilia-Romagna e sul sito della Rivista.

Letture e segnalazioni. In questa sezione si pubblicano recensioni a lavori monografici e segnalazioni bibliografiche.

EDITORIALE

La decisione pubblica tra scienza e crisi
Jean-Bernard Aubry

SAGGI E ARTICOLI

La funzione normativa tra Parlamento e Governo: verso una fisiologica integrazione nel prisma della disciplina di ambiti scientificamente connotati
Simone Penasa

Pubblica amministrazione ad eminenza scientifica e tecnologica. Riflessioni teoriche
Pierpaolo Forte

Il difficile equilibrio tra tecnica, politica e regolazione nella campagna vaccinale anti Covid
Fabrizio Figorilli

The contribution of science to government in the UK: Untangling and updating constitutional 'fault lines' in the light of the Covid-19 Pandemic?
Peter Leyland

Discursos sobre la relación entre la ciencia y el Derecho. Esbozo de una cartografía
M. Mercè Darnacullela Gardella

NOTE E COMMENTI

Un Patto tra le città d'arte per il rilancio del turismo e la protezione del pregio storico
Edoardo Nicola Fragale

ISBN 978-88-498-7261-3



9 788849 872613

€ 35,00

 Regione Emilia-Romagna