

SERGIO MAROTTA, ANDREA PATRONI GRIFFI*

SCIENZA, POLITICA E DIRITTO ALLA PROVA DEL COVID-19

1. *Scienza, politica, diritto: quale possibile equilibrio*

Spesso si pensa alla scienza come qualcosa di neutrale alla quale attingere quando c'è bisogno di prendere decisioni in determinate circostanze.

Quando la contingenza storica ci pone di fronte a una grave emergenza sanitaria come nel caso del Covid-19, è la medicina, la 'scienza', alla quale si rivolge l'attenzione dell'opinione pubblica e dei decisori politici. Date le particolari caratteristiche della scienza medica, costituzionalmente divisa tra le teorie della ricerca di laboratorio e le pratiche della cura dei singoli individui malati, diventa ancor più urgente domandarsi "se la scienza ci fornisca delle 'verità' (e sia magari l'unica a fornircele, come sosteneva il positivismo) oppure se sia una disciplina come tutte le altre semplicemente dotata di un suo linguaggio specifico ma senza un accesso privilegiato ai fatti"¹.

Del resto lo stesso Max Weber, all'inizio del Novecento, nella sua notissima conferenza sulla scienza come professione, più che di scienza in senso proprio preferiva parlare di tecnologia pratica "sviluppata scientificamente", chiarendo poi che anche la medicina si propone, come più in generale le scienze naturali, di dominare tecnicamente la vita senza domandarsi "quando la vita valga la pena di essere vissuta"².

* Nell'ambito di una riflessione condivisa, a Sergio Marotta vanno attribuiti i paragrafi nn. 1 e 2; i restanti paragrafi nn. 3,4,5 a Andrea Patroni Griffi.

1 P. Vineis, L. Carra, R. Cingolani, *Prevenire. Manifesto per una tecnopolitica*, Torino 2020, p. 86.

2 È utile rileggere le parole del sociologo tedesco: "Oppure prendete una tecnologia pratica così sviluppata scientificamente come la medicina moderna. Il 'presupposto' generale di questa attività è – in parole povere – che sia considerato positivo, unicamente come tale, il compito della conservazione della vita e della riduzione al minimo del dolore. E ciò è problematico. Il medico cerca con tutti i mezzi di conservare la vita al moribondo, anche se questi implora di

Da un punto di vista sociologico, proprio a proposito del rapporto tra scienza, tecnologia e politica, Luciano Gallino ci ha ricordato che siamo in debito con Niklas Luhmann perché è stato “uno dei primi a proporre di concepire la società mondo come un unico sistema sociale differenziato in sottosistemi di estensione planetaria”. Tra questi la scienza è, in condizioni normali, quello che si candida con maggiori chance di successo a costituire un riferimento oggettivo per tutti gli altri “in forza dell’universalità dei codici e delle pratiche degli scienziati”³.

In effetti è proprio l’impostazione funzionalista che ci induce a riflettere sulla prevalenza di una particolare prospettiva interpretativa della realtà sulle altre possibili, quanto meno in un periodo di emergenza sanitaria in cui si fa sentire con particolare forza la pressione, fino al limite estremo di una vera e propria ‘imposizione’, della prospettiva della scienza medica. Prendendo a prestito le parole di Aldo Schiavone, “la scienza e la tecnica sono apparse nitidamente per quello che effettivamente sono: le custodi dell’umano, le garanti della sua esistenza. I loro protocolli e le loro procedure, le loro prescrizioni sono diventate per la prima volta la misura di una globalità universalmente accettata”⁴.

Continuando a ragionare in termini di teoria funzionalista, la maggiore pressione del sottosistema della scienza medica pesa sul sistema politico e, attraverso quest’ultimo, sul sistema giuridico. Nello specifico, la produzione normativa dell’emergenza appare come una struttura condizionata dall’esterno e dipendente da mediazioni tra interessi più direttamente politici e necessità oggettive imposte dall’analisi scientifica della situazione. Ciò ha finito per mettere in crisi proprio il rapporto tra decisori e destinatari delle decisioni basato sul classico abbinamento tra sistema politico e sistema giuridico fondato su una costituzione. E ciò perché, come ha chiarito lo stesso Luhmann, “il sistema politico fa parte di quei sistemi di funzione

esser liberato dalla vita, anche se la sua morte è e dev’essere desiderata – più o meno consapevolmente – dai suoi congiunti, per i quali la sua vita non ha più valore mentre insopportabili sono gli oneri per conservarla, ed essi gli augurano la liberazione dai dolori (si tratta, poniamo il caso, di un povero folle). Ma i presupposti della medicina e il codice penale impediscono al medico di desistere. La scienza medica non si pone la domanda se e quando la vita valga la pena di essere vissuta. Tutte le scienze naturali danno una risposta a questa domanda: cosa dobbiamo fare se vogliamo dominare *tecnicamente* la vita?” (M. Weber, *La scienza come professione*, in Id. *Il lavoro intellettuale come professione. Due saggi*, Torino, 1966, 2° ed., p. 26).

3 L. Gallino, *Tecnologia e democrazia. Conoscenze tecniche e scientifiche come beni pubblici*, Torino 2007, p. 253.

4 A. Schiavone, *Progresso*, Bologna 2020, p. 140.

della società moderna il cui funzionamento quotidiano richiede e consente una grande quantità di decisioni rischiose, e anche qui alla base della tendenza al rischio crescente c'è una codificazione binaria. L'univocità di posizioni superiori e inferiori propria della struttura di uffici dello stato moderno consente di prendere e di imporre delle decisioni anche quando le loro conseguenze non possono essere previste"⁵.

Nel caso dell'emergenza da Covid-19, il legislatore democratico degli Stati costituzionali occidentali incontra difficoltà crescenti a coinvolgere nella decisione politica l'intera popolazione, dovendo fare i conti da un lato con l'opposizione diretta – ma certamente minoritaria – dei negazionisti, dall'altro, con la resistenza dei diversi sistemi sociali che vengono ad essere schiacciati nelle loro ambizioni di oggettività e, in qualche caso, nella loro stessa sopravvivenza, dalla prevalenza, sia pure temporanea, del sistema della scienza medica. Se la scienza medica – o meglio la tecnologia medica – mantiene la sua componente identitaria nel proprio ambito specifico di attività consistente nel trattamento degli individui malati e della malattia, si assiste al tentativo della particolare disciplina dell'epidemiologia, basata sostanzialmente sulla statistica e consistente nell'analisi dei fattori di rischio e della quantificazione della loro diffusione nella società, di assurgere all'oggettività interpretativa con la conseguente necessità di regolare i comportamenti sociali della generalità della popolazione. Si viene così a determinare una difficile interazione tra sistema della scienza medica come tecnica e sistema politico. In questa particolare contingenza, come chiarito anni fa da Luhmann, "il sistema politico può osservare il comportamento rischioso e, osservando, riferirsi a cause, a strutture oppure a ricorrenze statistiche. Se il comportamento umano viene identificato come causa, si può tentare di regolarlo, qualunque cosa poi accada di diverso da prima"⁶.

Si tratta dunque di trovare un difficile equilibrio tra la razionalità della tecnologia medica e la razionalità giuridica che permea di sé il risultato finale della decisione politica e che ha lo scopo di ridurre il rischio a un livello sopportabile di incertezza, tenendo presente che oggi appare in crisi profonda quello che Luhmann definiva "l'abbinamento tra sistema politico e sistema giuridico mediante la costituzione"⁷ che è l'elemento caratterizzante delle moderne democrazie liberali.

5 N. Luhmann, *Sociologia del rischio*, Milano, 1996, p. 165.

6 N. Luhmann, *Sociologia del rischio*, cit., p. 169.

7 N. Luhmann, *Sociologia del rischio*, cit., p. 173.

2. Compressione delle libertà personali ed emergenza pandemica

Si inserisce in questo quadro la riflessione critica di molti costituzionalisti sulla eccessiva compressione dei diritti di libertà in forza dell'emergenza pandemica. Il diritto dell'emergenza sanitaria trova il suo fondamento nell'eccezionalità delle circostanze contingenti e nella loro particolare natura. A ciò si aggiunga che viene sempre più estesamente condivisa l'opinione che attribuisce le cause dell'attuale pandemia alla violazione di equilibri consolidati nel rapporto tra uomo e natura che sarebbe stato determinato dall'eccessivo sfruttamento delle risorse naturali e dallo stravolgimento delle condizioni di vita dell'uomo nel suo habitat naturale.

Secondo molti studiosi, come ad esempio, Ulrich Beck, ci troviamo di fronte a una "società mondiale del rischio". Secondo il sociologo tedesco, quello di rischio è un concetto "che presuppone delle scelte e cerca di rendere prevedibili e controllabili le conseguenze imprevedibili delle decisioni della nostra civiltà"⁸. Ma accanto ai rischi dovuti al cambiamento climatico e ai conseguenti conflitti ecologici è vero anche, come non manca di sottolineare lo studioso tedesco, che fino ad oggi il problema che ci si era posti, in via principale, non era quello della salvaguardia dei diritti fondamentali come quello alla salute, quanto piuttosto quello della massimizzazione della razionalità interna del sistema economico basato sulla convinzione che la liberalizzazione dei mercati avrebbe risolto quasi automaticamente i problemi di fondo dell'umanità⁹.

Non si comprende, infatti, la situazione attuale dettata dall'emergenza pandemica e le difficoltà crescenti nell'affrontarla, senza considerare come negli ultimi trent'anni si sia giunti ad amministrare alcuni servizi essenziali, come quello sanitario, sotto la prospettiva dominante dell'efficienza economica, comprimendo la possibilità di realizzazione effettiva di un diritto fondamentale come quello alla salute sulle esigenze del mercato¹⁰. In sintesi, negli ultimi quarant'anni, anche grazie ai processi di globalizzazione, le leggi dell'economia sono state rese universali ed estese ad ogni ambito di attività, mentre non si è riusciti a garantire l'universalità dei diritti fondamentali.

La pandemia da Covid-19 dovrebbe segnare il passaggio – o piuttosto il ritorno – a un diverso paradigma fondato su una forma di razionalità che

8 U. Beck, *Un mondo a rischio*, Torino 2003, p. 10.

9 Cfr. U. Beck, *Un mondo a rischio*, cit.

10 Nel settore della sanità pubblica i processi di aziendalizzazione hanno visto un primo importante passo con il d.lgs. 502/1992 che ha trasformato le Unità Sanitarie Locali (USL) in Aziende Sanitarie Locali (ASL).

tenga conto di un più adeguato bilanciamento tra le razionalità dei diversi sistemi funzionali coinvolti.

Nel quadro generale sommariamente descritto, si iscrivono due fattori su cui si ritiene opportuno riflettere: da un lato, la progressiva accentuazione delle disuguaglianze sociali, dall'altro l'accentuarsi di alcune caratteristiche proprie dell'individualismo moderno.

Quanto al primo fattore indicato, si può dire che vi sia una consapevolezza ormai raggiunta sulla circostanza che la pandemia da Covid-19 contribuisca ad aumentare ulteriormente il livello di disuguaglianza accentuando quei processi di concentrazione della ricchezza nelle mani di pochi che erano già in corso a seguito della crisi finanziaria globale del 2008 e anche delle politiche messe in campo per uscirne. Le politiche di *austerità* che hanno caratterizzato il recente passato hanno ancor più accentuato il processo di smantellamento dello Stato sociale che è iniziato alla metà degli anni Settanta del secolo scorso. E ciò ha avuto delle conseguenze assai negative in quanto, come ha chiarito Robert Castel, "il ruolo principale dello Stato sociale non è stato quello di realizzare la funzione redistributiva che gli si attribuisce più frequentemente. Infatti, le redistribuzioni di denaro pubblico hanno intaccato solo assai debolmente la struttura gerarchica della società salariale. Il suo ruolo protettore è stato invece essenziale"¹¹. Quel sistema di protezione sociale assicurato dallo Stato sociale era sostanzialmente basato sull'idea di progresso, mentre la "società mondiale del rischio" si basa oggi sull'incertezza dell'avvenire che pesa sull'esistenza individuale e collettiva.

Lo smantellamento progressivo dello Stato sociale ha contribuito ad eliminare i principali meccanismi di protezione degli individui. E ciò è stato, dal punto di vista politico, il frutto avvelenato di una studiata campagna per l'egemonia che è iniziata proprio nella più ricca delle democrazie occidentali come gli Stati Uniti d'America¹².

Per un altro importante sociologo tedesco, Wolfgang Streeck, c'è stata una generalizzata sottovalutazione del "capitale come attore politico e come forma di potere sociale capace di adottare strategie specifiche" e, allo stesso tempo, dalla sopravvalutazione della "capacità di azione e di pianificazione della politica statale"¹³.

11 R. Castel, *L'insicurezza sociale. Che significa essere protetti?*, Torino 2004, p. 33.

12 Si veda M. D'Eramo, *Dominio. La guerra invisibile dei potenti contro i sudditi*, Milano 2020.

13 W. Streeck, *Tempo guadagnato. La crisi rinviata del capitalismo democratico*, Milano 2013, p. 22.

Lo smantellamento del welfare è stato accompagnato da una nuova narrazione che vedeva nello Stato il nemico da abbattere per tornare a una piena libertà individuale. Ciò ha permesso la trasformazione di settori economici tradizionalmente ispirati a criteri di servizio pubblico e gestiti direttamente dallo Stato in settori di quasi mercato in cui l'introduzione delle regole di concorrenza giustificata dalla necessità di riportare efficienza si è rivelata come un fattore utile all'estrazione di profitti e di riduzione del rischio d'impresa¹⁴.

Nel caso italiano, in particolare, quella logica concorrenziale ha permeato di sé lo stesso meccanismo del servizio pubblico, inserendo nella dinamica della erogazione e ancora di più del finanziamento della sanità notevoli fattori di competizione sia tra i vari livelli di governo sia tra le diverse aree del Paese. In questo senso la gestione dell'emergenza pandemica mette in crisi l'impatto, la formulazione giuridica e lo stesso impianto teorico di circa vent'anni di regionalismo 'all'italiana' che, partendo dalla riscrittura del Titolo V, si proietta fino ai più recenti tentativi di attuazione dell'art. 116 Cost. Questa spinta 'riformista' che, partendo da una presunzione di inefficienza delle Regioni meridionali e da un malcelato rifiuto delle logiche redistributive su scala nazionale, ha profondamente parcellizzato il sistema sanitario nazionale in tanti sottosistemi regionali, ha penalizzato in maniera crescente i sistemi sanitari meridionali e forse in definitiva – come dimostra il dramma lombardo – ha reso anche meno efficienti i sistemi sanitari settentrionali¹⁵.

È significativo, poi, che la società dell'economia globalizzata abbia bisogno di giustificare e anzi di esaltare le disuguaglianze con teorie "ipermeritocratiche" e "occidentolocentriche". Come sostiene Thomas Piketty, nel corso della storia le diverse società hanno mostrato "grande creatività nella strutturazione ideologica e istituzionale delle disuguaglianze sociali, e sarebbe sbagliato interpretare queste costruzioni intellettuali e politiche solo come un velo ipocrita e privo d'importanza che consente alle élite di giustificare il loro immutabile dominio. Queste costruzioni riflettono lotte e visioni contraddittorie, che hanno tutte in qualche misura un fondo di sincerità e di plausibilità, e dalle quali si possono trarre utili insegnamenti"¹⁶.

14 Cfr. Collettivo per l'economia fondamentale, *Economia fondamentale. L'infrastruttura della vita quotidiana*, Torino 2019.

15 Sul punto si veda G. Vicarelli, G. Giarelli (a cura di), *Libro Bianco. Il Servizio Sanitario Nazionale e la pandemia da Covid-19. Problemi e proposte*, Milano 2020.

16 T. Piketty, *Capitale e ideologia*, Milano 2020, p. 61.

Al progressivo smantellamento degli apparati di protezione messi in piedi dallo Stato sociale si aggiunge il fatto che alcune caratteristiche dell'individualismo contemporaneo lo rendono disfunzionale ad affrontare i rischi globali rappresentati, come nel caso del Covid-19, da una pandemia. Siamo, infatti, di fronte a un individuo che oggi appare ripiegato nella sfera privata che non riesce ad avere alcuna possibilità di controllo sulla propria sopravvivenza in un mondo in cui il pericolo del contagio si è immediatamente esteso al livello globale. Secondo Elliott e Lemert, ad esempio, l'individualismo prodotto dai processi di globalizzazione costringe l'individuo ad "affrontare la massa della società, e in modi assai più complicati della precedente idea di costruire un mondo migliore"¹⁷.

In tal senso, si potrebbe dire che la pandemia potrebbe contribuire, almeno in linea teorica, a correggere un pericolosissimo "disallineamento fra razionalità sociale e potere tecnologico"¹⁸ dal momento che essa rompe il processo di frammentazione che portava a moltiplicare e ad adattare i principi fondamentali ai diversi sistemi di attività sociale, per riproporre la classica gerarchia dei valori del costituzionalismo moderno sia pure in uno scenario profondamente stravolto dalla dimensione globale del contagio e dalla necessità di una risposta adeguata.

3. *L'attualità del pensiero di Max Weber*

Si sono da poco concluse le iniziative, non solo accademiche, che hanno ricordato la figura e l'opera di Max Weber in occasione del centenario della sua scomparsa – peraltro dovuta alle complicità della 'spagnola' nel giugno del 1920 – e il suo insegnamento torna di grande attualità dal momento che fu proprio lo studioso di Erfurt a sottolineare la "tensione irrisolta tra l'esigenza di scientificità [...] e il riconoscimento dei limiti che inevitabilmente le scienze" incontrano, quando si tratta di adottare scelte sull'organizzazione della vita degli uomini, che per definizione non possono che spettare alla politica e non certo agli scienziati¹⁹.

17 A. Elliott-C. Lemert, *Il nuovo individualismo. I costi emozionali della globalizzazione*, Torino 2007, p. 193.

18 A. Schiavone, *Progresso*, cit., p. 148.

19 P. Marsonet, *Per Weber il disincantamento del mondo era il vero male dell'Occidente*, in *loccidentale.it*, 4 marzo 2012, sottolinea che l'intera opera di Max Weber "è percorsa dalla tensione irrisolta tra l'esigenza di scientificità che egli impone al suo discorso, e il riconoscimento dei limiti che la razionalità tipica della scienza incontra quando l'uomo si accinge a specificare quali siano i significati ultimi in

Era stato lo stesso Weber, nel 1907, criticando un libro di Rudolf Stamm-ler²⁰, a identificare la differenza tra regole sociali e regole tecniche e a chiarire che, mentre le regole tecniche sono il frutto di criteri empiricamente fondati e connessi al raggiungimento di uno scopo, le regole sociali tengono conto delle interazioni sociali che determinano le condizioni dell'agire individuale e collettivo. Eppure, non era possibile per Weber risolvere il problema del diritto affidandosi alle sole regole tecniche dal momento che anche queste ultime devono fare i conti con la contingenza storica all'interno della quale devono trovare attuazione. Il diritto, infatti, è necessariamente condizionato dal contesto sociale dal quale esso viene generato e nel quale deve poi trovare la sua attuazione.

Come è noto, il pensiero di Weber è caratterizzato dalla centralità dei processi di razionalizzazione. E il diritto come archetipo di un tipo autonomo di razionalità indicata come razionalità formale in una situazione di emergenza sanitaria attinge i propri contenuti sia dalla razionalità di valore consistente nella necessità di preservare la vita umana, sia da una razionalità di scopo consistente nell'esigenza di attuare un principio di precauzione volto ad evitare il verificarsi ulteriori danni che si presuppongono ben più gravi. Insomma, se per una corretta attuazione della razionalità formale occorre tener conto delle diverse prospettive di interpretazione dei fatti sociali, non stupisce che nel processo di 'giuridificazione' possa prevalere la razionalità della scienza medica nel contesto di un politeismo moderno che proprio Max Weber aveva sistematizzato.

Peraltro quella che è sembrata cedevolezza della ragione normativa verso la razionalità della cultura scientifica è venuta dopo un lungo periodo in cui nessuno ha dubitato che il diritto dovesse cedere di fronte ad una presunta razionalità economica. Ed è significativo che oggi gli ambienti politici e culturali più preoccupati di violazioni della Costituzione siano talora gli stessi che non hanno posto alcuna resistenza all'esondazione della razionalità economica – ed anzi l'hanno giustificata – dimenticando le ra-

base ai quali organizzare la propria vita. Ne deriva, da un lato, l'ottimismo scien-
tista dei positivisti, e dall'altro l'acuta consapevolezza weberiana che il progresso
scientifico degli ultimi secoli costituisce la radice del particolare genere di razio-
nalizzazione che impronta le società dell'Occidente industrializzato. È proprio
questa consapevolezza della difficoltà dei tentativi volti a definire in modo preciso
la razionalità a rendere Weber più che mai attuale".

20 M. Weber, *Rudolf Stamm-ler e il "superamento" della concezione materialistica della storia* (1907), in P. Rossi (a cura di), *Saggi sul metodo delle scienze storico-sociali*, Torino 2001.

gioni stesse di giustizia sociale alla base del costituzionalismo del secondo dopoguerra²¹.

D'altra parte la pandemia porta naturalmente a ripolitizzare le scelte e a spingere verso una gerarchia di valori in cui il diritto alla salute dovrebbe riprendere forza²².

Peraltro, anche Santi Romano, uno dei più grandi giuristi italiani della prima metà del Novecento, aveva compreso come l'identità del diritto stia proprio nella sua capacità di mantenere un equilibrio tra le sfere del sociale. Al di là della necessaria distinzione tra diritto ed etica, che però non sono neppure delle monadi, quando è stato concepito il fortunato assunto secondo cui il diritto rappresenta il *minimum* etico, si è detto in parte il vero, ma anche un'inesattezza. Il diritto rappresenta una quantità di morale, ma anche di economia, di costume, di tecnica, di scienza. E questa quantità, che non può circoscriversi e misurarsi *a priori*, non è affatto detto che possa e debba essere semplicemente un *minimum*²³.

Per assurdo, ma neppure tanto, visto che una tale opzione era stata paventata nel Regno Unito e negli Stati Uniti d'America, la politica avrebbe potuto decidere di fronteggiare l'epidemia senza il ricorso a misure di isolamento o distanziamento. In queste democrazie d'oltremarica e d'oltreoceano, sembrava volersi inizialmente puntare sulla cosiddetta "immunità di gregge", che nella situazione data avrebbe significato accettare la morte di decine e centinaia di migliaia di persone in più, soprattutto tra i fragili maggiormente esposti al rischio mortale derivante dalla malattia. La domanda quindi non è affatto oziosa né teorica. In questo caso, avrebbe avuto antidoti adeguati una democrazia pluralista contro la scelta di una "omissione normativa" di misure di contrasto all'epidemia? Di fronte a una scelta politica, che avrebbe comportato certezza di decine e centinaia di migliaia di morti in più, gli stessi custodi, le Corti avrebbero avuto spazi di intervento per sostituirsi alla politica e imporre un più alto livello di tutela della salute e della vita umana? È altrettanto evidente, d'altro canto, che una prolungata chiusura totale delle attività risulterebbe irragionevole rispetto ad altri diritti e interessi costituzionali.

21 Si veda, se si vuole, Andrea Patroni Griffi, *Ragioni e radici dell'Europa sociale*, in *Federalismi.it*, 4, 2018.

22 Sull'inconfigurabilità della salute come sorta di diritto tiranno e la necessità invece di operare ragionevoli bilanciamenti tra diritti e interessi costituzionali, anche quando risulta coinvolto il diritto alla salute e pure in presenza di ragioni legate all'emergenza sanitaria, v. *infra*.

23 S. Romano, *L'ordinamento giuridico*, Firenze, 1977.

4. Diritto e scienza nei ragionevoli bilanciamenti dei diritti

La corrente epidemia si pone quale possibile nuovo osservatorio del tema classico del rapporto tra scienza e politica nella determinazione dei contenuti informati del fatto scientifico e nell'elaborazione stessa della regola giuridica²⁴.

In passato, non di rado, il decisore politico ha assunto in tema scelte sull'onda emotiva di un'opinione pubblica, talora distorta da una cattiva informazione sui fatti scientifici. Si pensi al caso Stamina o ad altre vicende simili, dove anche la giurisprudenza si è rapportata in modo errato con fatti scientifici sui quali alta era la pressione dell'opinione pubblica²⁵.

Di fronte alla presente crisi pandemica, la politica è apparsa talora quasi avere dismesso il proprio ruolo di decisore. Il governo ha preferito spesso rimettere le scelte fondamentali ai tecnici e agli scienziati, anche quando sono state prospettate ragioni scientifiche a fondamento di misure che hanno inciso – e continuano a incidere – in modo importante su diritti fondamentali.

Ciò pone, tra l'altro, ineludibili questioni anche relativamente alla costituzione e al funzionamento dei comitati tecnico-scientifici, alla modalità di adozione dei relativi provvedimenti su temi peraltro tecnicamente ancora controversi²⁶. Basti pensare all'incerto e altalenante dibattito nella comunità scientifica, all'inizio del picco pandemico della cosiddetta “prima ondata”, su diversi, e non secondari, profili. Incertezze scientifiche, derivanti da posizioni non chiarite, quando non errate assunte dalla stessa Organizzazione mondiale della sanità, hanno riguardato l'uso dei dispositivi di prevenzione, la stessa utilità del ricorso alle mascherine per i soggetti sani quale chiave di prevenzione del contagio, le modalità del contagio da contatto con le diverse possibili superfici infette nonché le terapie medicinali da seguire. Certo, con il passare del tempo, sono stati risolti alcuni di

24 Cfr. tra i classici G. Guarino, *Tecnici e politici nello stato contemporaneo*, in *Scritti di diritto pubblico dell'economia e di diritto dell'energia*, Milano, 1962, pp. 3 ss. V. più di recente 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 2016, in particolare il saggio di P. Carrozza, *Tecnica e politica: la necessaria complementarietà*, pp. 81-99.

25 Sia consentito rinviare per l'analisi di alcuni di questi casi a A. Patroni Griffi, *Le regole della bioetica tra legislatore e giudici*, Napoli 2016, spec. pp. 61 ss.

26 Cfr. A. Iannuzzi, *Il diritto capovolto. Regolazione a contenuto tecnico-scientifico e Costituzione*, Napoli 2018, ma anche 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 *Forumcostituzionale*, it, 2, 2020.

tali dubbi, ma su altre questioni il dibattito resta ancora vivo: sullo sviluppo degli anticorpi per i contagiati guariti, sull'efficacia temporale del vaccino, sulla contagiosità o non dei soggetti vaccinati se contraggono il virus pur non sviluppando la malattia. In tal senso, paradigmatica resta l'esempio della prescrizione, che inizialmente era anche dell'Oms, di effettuare tamponi solo ai sintomatici: prescrizione presto rinnegata dagli scienziati, pur non essendo del tutto chiaro, neppure oggi, il grado di contagiosità dei pazienti affetti dal virus in modo asintomatico²⁷.

In un quadro segnato da notevoli elementi di incertezza scientifica, il decisore politico deve comunque assumere scelte tempestive, nel bilanciamento dei diritti sottostanti.

Tali scelte, peraltro, per loro natura sono destinate ad essere mutevoli in rapporto sia al repentino evolvere degli eventi sia delle stesse conoscenze scientifiche. Nella presente emergenza pandemica, risulta in qualche modo confermato come in tutte le questioni legate alla scienza, il diritto e la connessa prescrizione normativa di condotte, obblighi e divieti devono trovare la loro razionalità giuridica nella ragionevolezza scientifica delle soluzioni. Dunque, è un bene che la politica si ponga in costante riferimento alla scienza e a comitati tecnico scientifici. Tuttavia, questo non significa che la politica debba, e possa, abdicare al proprio ruolo nell'individuazione delle misure più appropriate anche in una situazione di emergenza epidemica.

L'emergenza sanitaria rimette al decisore politico uno spazio normativo che incide inevitabilmente su questioni legate al bilanciamento di diritti e interessi costituzionali, in particolare, tra il diritto alla salute, la libertà personale, le libertà di circolazione e soggiorno, i diritti sociali ed economici, a partire dal diritto al lavoro e libertà di impresa, nonché altre libertà costituzionali²⁸.

27 Senza poi considerare certe inadeguatezze di singoli scienziati, soprattutto sul piano della comunicazione, che hanno scambiato proprie ipotesi, ancora da verificare, per verità scientifiche già acquisite.

28 Sul tema cfr. ampia dottrina recente, come ad esempio, *ex multis*, A. Ruggeri, *La garanzia dei diritti costituzionali tra certezze e incertezze del diritto*, in *Consulta on line*, 1, 2020; F. Abbondante, S. Prisco, *I diritti al tempo del coronavirus. Un dialogo*, in *Federalismi.it*, 24 marzo 2020; L. Cuocolo, *I diritti costituzionali di fronte all'emergenza Covid-19: la reazione italiana*, in Id. (a cura di), *I diritti costituzionali di fronte all'emergenza Covid-19. Una prospettiva comparata*, in *Federalismi.it, Osservatorio emergenza Covid-19*, 2020; R. Di Maria, *Il binomio "riserva di legge-tutela delle libertà fondamentali" in tempo di COVID-19: una questione non soltanto "di principio"*, in *dirittiregionali.it*, 1, 2020; G. L. Gatta, *I diritti fondamentali alla prova del coronavirus. Perché è necessaria una legge sulla quarantena*, in *Consulta on line*, 1, 2020.

La salute si pone, nella presente situazione di emergenza pandemica, nella sua natura di diritto fondamentale, con un contenuto strumentale alla stessa tutela del diritto alla vita.

Questa esigenza rafforzata di tutela potrebbe fare pensare di riproporre la discussa questione della gerarchia dei diritti. Sul punto, però, occorre essere chiari e non perdere la bussola offerta dalla Costituzione e dalla giurisprudenza del giudice delle leggi soprattutto in alcune decisioni.

La Corte, nella sentenza Ilva, ha offerto parole importanti in un'ipotesi di difficile bilanciamento. Anche le parole usate durante la prima ondata di contagi da coronavirus dalla Presidente della Corte costituzionale Marta Cartabia²⁹ sembrano molto chiare ed andare in analoga direzione a quelle già scritte dalla Consulta nel Caso Ilva, nella quale la Corte aveva evidenziato come “tutti i diritti fondamentali tutelati dalla Costituzione si trovano in rapporto di integrazione reciproca e non è possibile pertanto individuare uno di essi che abbia la prevalenza assoluta sugli altri” e che la “tutela deve essere sempre ‘sistemica e non frazionata in una serie di norme non coordinate ed in potenziale conflitto tra loro’ (sentenza n. 264 del 2012)”. Prosegue la Corte, sottolineando che “se così non fosse, si verificherebbe l'illimitata espansione di uno dei diritti, che diverrebbe ‘tiranno’ nei confronti delle altre situazioni giuridiche costituzionalmente riconosciute e protette, che costituiscono, nel loro insieme, espressione della dignità della persona”. Per tali ragioni il giudice delle leggi ritiene non potersi dunque “condividere l'assunto [...] secondo cui l'aggettivo ‘fondamentale’, contenuto nell'art. 32 Cost., sarebbe rivelatore di un ‘carattere preminente’ del diritto alla salute rispetto a tutti i diritti della persona” in quanto, come rileva la Consulta nella medesima decisione, “la Costituzione italiana, come le altre Costituzioni democratiche e pluraliste contemporanee, richiede un continuo e vicendevole bilanciamento tra principi e diritti fondamentali, senza pretese di assolutezza per nessuno di essi”³⁰.

Anche nella situazione più estrema di emergenza sanitaria, e sinanche bellica, si deve ribadire che tra i diritti e interessi costituzionalmente protetti non vi è gerarchia, ma una sostanziale concorrenza.

Tale concorrenza, però, non consente sempre di tutelare tutti i termini del bilanciamento. Si consideri l'esempio classico del bilanciamento di inizio vita³¹, il diritto alla vita e alla salute fisica o psichica della madre

29 *Coronavirus, intervista a Marta Cartabia: “Nella Costituzione le vie per uscire dalla crisi”*, in *Corriere della Sera*, 20 aprile 2020.

30 Corte costituzionale, sent. n. 85/2013.

31 S. Agosta, *Bioetica e costituzione – Tomo I Le scelte esistenziali di inizio-vita*, Milano 2012.

prevalere ragionevolmente, nelle condizioni di legge, attraverso l'interruzione volontaria di gravidanza alla soppressione della vita umana nascente, dunque, sull'interesse pur costituzionalmente riconosciuto di tutela del feto³².

La tutela della salute in una pandemia si pone come strumentale al diritto alla vita di tantissime persone, ma non in una posizione di pregiudiziale preminenza, che invece va verificata di volta in volta. Nel ragionevole bilanciamento il diritto alla salute, soprattutto nella fase di picco pandemico e in assenza di terapie adeguate, può prevalere su tutti gli altri diritti e libertà, sino ad apprestare le più penetranti limitazioni della libertà di circolazione delle persone o di altre libertà costituzionali³³.

Come evidente, si tratta di scelte che hanno come obiettivo di rallentare il contagio, cercando di mettere in condizione gli apparati al fine di predisporre misure in grado di tutelare la salute con una minore limitazione degli altri diritti in bilanciamento, quali il diritto al lavoro, le libertà d'impresa, riunione, circolazione, e non solo. Si deve anzi sottolineare come la provvisorietà di tali misure costituisce elemento essenziale nel fondamento della loro ragionevolezza.

5. *Quale futuro nel rapporto tra scienza e politica?*

La neutralità della scienza, in definitiva, talora diventa un mito, talaltra, e in modo anche più pericoloso, viene usata come alibi da una politica incapace di assumere decisioni sui fatti scientifici, assumendosene la relativa responsabilità.

La scienza in realtà pone solo i termini scientifici delle questioni giuridiche. Non si tratta tanto di sancire primati quanto un corretto rapportarsi tra scienza, politica e diritto.

Al riguardo, è vero che vi possono essere anche casi, in cui l'evidenza scientifica è acquisita e sulla stessa la scelta politica vede restringersi lo spazio di esercizio della discrezionalità legislativa, in quanto talune scelte normative appaiono come scientificamente, e quindi anche giuridicamente insostenibili. Di fronte ad evidenze scientifiche acquisite, pur dovendosi co-

32 Interesse di tutela che la giurisprudenza costituzionale, che ha "riscritto", come si suole dire, la legge 40, riconosce anche all'embrione umano.

33 Sulla libertà di culto cfr. A. Fuccillo, M. Abu Salem, L. Decimo, *Fede interdetta? L'esercizio della libertà religiosa collettiva durante l'emergenza COVID-19: attualità e prospettive*, in *Calumet – Intercultural Law and Humanities Review*, 4 aprile 2017, pp. 87 ss.

munque valutare dinamicamente il progresso sempre più rapido della scienza stessa, si riduce notevolmente il margine di apprezzamento del legislatore e, poi, dello stesso giudice nell'applicazione del diritto al caso concreto.

Normalmente però il necessario fondamento nella razionalità, che diventa "ragionevolezza scientifica" non esclude l'ambito di scelta e esercizio di discrezionalità legislativa. Ciò soprattutto, di fronte alle questioni scientifiche più controverse, anche nella pluralità degli osservatori scientifici, che pongono semmai pure dilemmi etici e che solo la politica potrà affrontare con gli strumenti di una democrazia costituzionale. Come giustamente rilevato, "le acquisizioni scientifiche [...] pongono limiti alla discrezionalità legislativa", ma al contempo "le acquisizioni tecnico-scientifiche non sono da considerarsi un dogma indiscutibile"³⁴. Tale affermazione trova conferma anche di fronte alle questioni terribili poste dall'emergenza da Covid-19.

Spetta sempre alla politica intervenire e *sapere* regolare.

Certo, in un quadro di crisi della rappresentanza, che invero riguarda eletti ed elettori, e di cattiva qualità della politica, si comprende che, di fronte alle sfide che ci pone il presente, emergono tutti i pericoli di una politica inadeguata a svolgere il proprio compito³⁵.

Scienza e politica devono essere in dialogo, ma ciascuna deve conservare il proprio linguaggio e i propri strumenti. Anche nella presente emergenza sanitaria, il biodiritto trova nella scienza una sede idonea a fondare ragionevolezza, e quindi anche legittimità, delle scelte politiche, senza che l'una possa però sostituirsi all'altra.

Le forme di legittimazione scientifica e politica, in una democrazia, sono distinte ma si devono contaminare, per assicurare una "legittimazione dall'alto"³⁶, che si giustifica nei principi costituzionali, e alla luce degli stessi, anche nella scienza. Gli stessi principi costituzionali vanno ricavati

34 R. Balduzzi, *La tensione tra il principio di indispensabilità della vita umana ed il principio di autodeterminazione*, in P. Macchia (a cura di), *Ai confini delle cure. Terapia, alimentazione, testamento biologico. Profili clinici, giuridici, etici*, Napoli 2012, p. 54.

35 Cfr. *ex multis* D. Nocilla e L. Ciaurro, (voce) *Rappresentanza politica*, in *Enciclopedia del diritto*, XXXVIII, Milano, 1987, p. 594; S. Staiano, *Rappresentanza*, in *Rivista AIC*, 3, 2017, ma anche L. Di Majo, *La rappresentanza in declino: partiti politici e gruppi di pressione nelle procedure democratiche*, in *Forumcostituzionale.it*, 25 luglio 2016.

36 A. Spadaro, *Sulle tre forme di "legittimazione" (scientifica, costituzionale e democratica) delle decisioni nello Stato costituzionale contemporaneo*, in A. D'Aloia (a cura di), *Biotecnologie e valori costituzionali. Il contributo della giustizia costituzionale*, Torino 2005, pp. 569 s.

non come risultato statico nel tempo, ma in un processo che richiede di elaborare dinamicamente nuovi e diversi contenuti normativi.

Il progresso e la ricerca scientifica sono uno straordinario strumento di tale dinamismo. Tale dinamicità del diritto paradossalmente garantisce anche un maggiore grado di accettazione dello stesso. Il fatto è che il “*deficit* strutturale degli enunciati costituzionali può, dunque, essere almeno in parte colmato attingendo in sede interpretativa alle indicazioni offerte dall’etica e dalla scienza, quali fattori di stabilizzazione e, allo stesso tempo, di rinnovamento semantico degli enunciati stessi”³⁷.

La stessa giurisprudenza costituzionale presuppone un “*legislatore scientificamente informato*”³⁸. Fondamentale distinguere, al riguardo, le ipotesi in cui dalla Costituzione, riempita di significato dal dato scientifico, si possano ritrovare rime obbligate che consentano interventi additivi oppure no.

In questi limiti, i fatti scientifici rilevano come elementi indispensabili al fine della decisione politica. Quegli stessi fatti, qualora ignorati dalla politica, emergeranno in sede di sindacato costituzionale³⁹, sul piano della ragionevolezza, proporzionalità e, dunque, in definitiva legittimità stessa della scelta. Una sfida anche per il giudice delle leggi che deve verificare che non vi siano le crisafulliane rime obbligate dalla Costituzione e che i fatti scientifici lascino spazio di azione alla scelta legislativa.

In questo ambito, peraltro, il ricorso all’*amicus curiae* si pone come utile strumento di aiuto qualificato per il giudice delle leggi sui temi tecnici e scientifici⁴⁰, rispetto anche ai loro stessi risvolti bioetici.

In contrasto con rime costituzionalmente, ma anche scientificamente, obbligate, la scelta legislativa si pone al contempo *contra scientiam* e *contra Constitutionem*, come nel caso del divieto generale di analisi genetica

37 A. Ruggeri, *Procreazione medicalmente assistita e Costituzione: lineamenti metodico-teorici di un modello ispirato ai valori di dignità e vita*, in *Rivista AIC*, 10, 2016, p. 412.

38 V., ad esempio, Corte cost., sent. n. 96/2015.

39 S. Penasa, *Il dato scientifico nella giurisprudenza costituzionale: la ragionevolezza scientifica come sintesi tra dimensione scientifica e dimensione assiologica*, in *Pol. Dir.*, 2, 2015.

40 V. T. Groppi, *Interventi di terzi e amici curiae. Dalla prospettiva comparata uno sguardo sulla giustizia costituzionale italiana*, in *Consultaonline*, 1, 2019, pp. 123 ss., nonché V. Marcenò, *La solitudine della Corte costituzionale dinanzi alle questioni tecniche*, in *Quaderni costituzionali*, 2, 2019, pp. 393 ss. e da ultimo A. Iannuzzi, *La camera di consiglio aperta agli esperti nel processo costituzionale: un’innovazione importante in attesa della prassi*, in *Rivista AIC, Osservatorio costituzionale*, 2, 2020; C. Della Giustina, *Amicus curiae: dalle origini alle modifiche delle “Norme integrative per i giudizi davanti alla Corte costituzionale”*, *Osservatorio cost.*, 3, 2020, pp. 506 ss.

preimpianto. Ma la legge n. 40/2004 è anche osservatorio di questioni dal punto di vista etico, scientifico e giuridico assai controverse⁴¹, come quella sulla sorte degli embrioni sovrannumerari o sulla maternità surrogata⁴².

In realtà, la legge n. 40 in tema di fecondazione assistita, certamente esito di un cattivo modo di regolare questioni dal forte significato etico e scientifico, dimostra comunque l'importanza che il legislatore non si sottragga dalla necessità di disciplinare le questioni scientifiche ed eticamente controverse. Egualmente potrebbe sostenersi per l'elaborazione di una legge che disciplini le situazioni di emergenza epidemica, al di là del generico stato di emergenza previsto dal codice della protezione civile.

Ogni legge che affronti temi scientifici, soprattutto in presenza di risvolti bioetici, non potrà aspirare a regolare ogni aspetto relativo alla molteplicità mutevole di situazioni che sempre potranno emergere nella prassi in un quadro particolarmente dinamico⁴³. Non occorrono, in tali ambiti, leggi quindi che regolino nel dettaglio, quanto norme in grado di delineare una "cornice" chiara delle tematiche. Sulle questioni scientifiche, ancor più in un quadro di emergenza sanitaria, occorre in definitiva una capacità di elaborazione multifattoriale, al contempo giuridica e scientifica, di regole che consentano al diritto "di reagire alle incognite del tempo"⁴⁴ e di rispondere al contempo ai canoni della razionalità scientifica e di quella normativa.

41 Anche A. Cossiri, *La l. n. 40/2004 ancora di fronte alla Corte: l'inammissibilità delle questioni sui divieti di revoca del consenso e di ricerca sugli embrioni*, in *Giurisprudenza costituzionale*, 2016, pp. 772 ss. sottolinea l'importanza della partecipazione dei portatori di interesse. V. anche G. Di Genio, *Il primato della scienza sul diritto (ma non sui diritti) nella fecondazione assistita*, in *Forumcostituzionale.it*, 20 maggio 2009.

42 Di recente sulle implicazioni costituzionali e bioetiche dell'inizio vita nella fecondazione assistita, v. L. Chieffi, *La procreazione assistita nel paradigma costituzionale*, Torino 2018.

43 Per una più ampia argomentazione di tale posizione si rinvia A. Patroni Griffi, *Le regole della bioetica tra legislatore e giudici*, cit., *passim*.

44 C. Pinelli, *Il dibattito sull'interpretazione costituzionale fra teoria e giurisprudenza*, in *Scritti in memoria di Livio Paladin*, vol. III, Napoli 2004, p. 1682.