



UNIVERSITÀ DEGLI STUDI
DI MILANO

DIPARTIMENTO DI DIRITTO PUBBLICO ITALIANO E
SOVRANAZIONALE

Corso di Dottorato in Diritto pubblico, internazionale ed europeo (Ciclo XXXII)

Curriculum in Diritto costituzionale

TESI DI DOTTORATO

LA SCIENZA TRA LIBERTÀ E POTERE: COSTITUZIONE E
VALUTAZIONI TECNICO-SCIENTIFICHE

Tesi presentata da:

Dott.ssa Lavinia Del Corona

Matricola: R11614

Settore scientifico-disciplinare:

Ius/8

Tutor:

Chiar.mo Prof. Vittorio Angiolini

Coordinatore del Corso:

Chiar.ma Prof.ssa Diana Urania Galetta

A.A. 2018-2019

Alla mia nonna Renata,

Desidero anzitutto ringraziare il mio Maestro, Prof. Vittorio Angiolini, per avermi fatta appassionare, sin dai primi anni di Università, allo studio del diritto costituzionale; per il tempo e le energie che mi ha dedicato in ogni momento, in qualità di relatore della tesi di laurea, prima, e di tutor durante gli anni di dottorato, poi; per avermi guidata nella attività di studiosa del diritto costituzionale e, soprattutto, per aver costantemente stimolato la mia attività di ricerca attraverso la straordinaria intelligenza, capacità di pensiero critico e di analisi dei fenomeni giuridici da prospettive mai scontate, che gli sono proprie.

Grazie anche al Prof. Marco Cuniberti per essere stato un costante punto di riferimento in questi anni di dottorato, per la sua generosità nel condividere con me importanti momenti di riflessione e per avermi così aiutata a maturare come persona e come studiosa.

Grazie, infine, anche alle Prof.sse Francesca Biondi, Marilisa D'amico e Lorenza Violini, per la disponibilità al confronto e per i preziosi consigli e spunti di riflessione che in ogni occasione hanno saputo offrirmi.

INDICE

INTRODUZIONE	1
CAPITOLO I: IL RAPPORTO TRA SCIENZA E POTERE POLITICO.....	3
1. <i>La scienza e il potere</i>	3
2. <i>Le disposizioni Costituzionali sulla scienza: la scienza come libertà</i>	9
2.1. <i>Analisi dei lavori preparatori</i>	9
2.2. <i>La portata precettiva dell'art. 33, comma 1, della Costituzione</i>	11
2.3. <i>Limiti alla libertà della scienza: la nozione di scienza</i>	16
2.4. <i>Limiti alla libertà della scienza: il rapporto tra la scienza e le altre libertà costituzionali</i>	25
3. <i>La scienza e il diritto</i>	32
3.1. <i>Valutazioni tecniche e norme tecniche</i>	33
3.2. <i>Valutazioni tecniche e discrezionalità tecnica</i>	41
CAPITOLO II: LE VALUTAZIONI TECNICO-SCIENTIFICHE E IL POTERE LEGISLATIVO	51
1. <i>La legge a contenuto tecnico-scientifico</i>	51
1.1. <i>La scienza come limite alla discrezionalità legislativa</i>	51
1.2. <i>Gli obblighi di accertamento del fondamento tecnico-scientifico della legge</i>	53
1.3. <i>Gli obblighi di aggiornamento del testo legislativo</i>	68
2. <i>Il rapporto tra potere legislativo e libertà della scienza</i>	72
2.1. <i>La portata dei limiti alla discrezionalità legislativa</i>	79
3. <i>Il procedimento di formazione delle leggi a contenuto tecnico scientifico</i>	82
4. <i>Il principio di precauzione</i>	107
5. <i>Il sindacato delle leggi a contenuto tecnico scientifico e i poteri istruttori della Corte costituzionale</i>	123
CAPITOLO III: LA SCIENZA E LA PUBBLICA AMMINISTRAZIONE	133
1. <i>Inadeguatezza della legge come strumento di disciplina di questioni tecnico-scientifiche: un corollario</i>	133
2. <i>La delega alla pubblica amministrazione della valutazione tecnico-scientifica e il principio di riserva di legge</i>	135
2.1. <i>La posizione della Corte costituzionale sulla riserva di legge: in particolare l'assunto della neutralità della tecnica</i>	136
2.2. <i>La neutralità della tecnica come fondamento dei poteri di regolamentazione delle autorità amministrative indipendenti: osservazioni critiche</i>	143
3. <i>Il procedimento come elemento di legittimazione della valutazione amministrativa</i> ...	154
3.1. <i>Le condizioni di "adeguatezza" procedimentale</i>	159
3.2. <i>Le autorità amministrative indipendenti come laboratorio di modelli procedurali per la normazione tecnico-scientifica</i>	161

3.3. <i>Segue</i>	167
4. <i>La tutela giurisdizionale</i>	185
CONCLUSIONI.....	192
BIBLIOGRAFIA	204

INTRODUZIONE

Nel presente lavoro si intende partire dall'analisi del rapporto, complesso e mutevole, sussistente tra scienza e potere politico al fine precipuo di verificare sotto quali aspetti e in che termini il modo d'essere di tale rapporto possa incidere sulla tutela dei diritti fondamentali.

Il diritto, quale strumento tramite cui le interazioni tra scienza e potere politico trovano disciplina e formalizzazione, assume a riguardo rilevanza centrale, tanto che i rapporti tra scienza e diritto possono dirsi "specchio" dei rapporti sussistenti tra scienza e potere politico. In particolare, il modo d'essere dei rapporti tra scienza e potere politico risulta strettamente correlato ad aspetti formali e procedurali – dai rilevanti risvolti sostanziali – come, in primo luogo, la ripartizione nell'ordinamento della competenza allo svolgimento di valutazioni tecnico-scientifiche e la determinazione delle modalità in cui lo svolgimento di tali valutazioni è organizzato e disciplinato.

Lo studio di tali profili è dunque centrale nell'analisi che si intende svolgere e verrà compiuto con particolare attenzione per la ricerca delle soluzioni che massimamente possano tutelare le libertà e i diritti incisi dalla valutazione tecnico-scientifica.

A tal fine, rilevanza centrale sarà anzitutto data all'analisi del testo costituzionale e alla ricerca in esso di indicazioni e principi che possano essere punto di riferimento per la disciplina di questioni tecnico-scientifiche.

Nella prima parte del lavoro, all'analisi dei concetti di norma tecnica, di valutazione tecnica, di discrezionalità tecnica e opinabilità scientifica, si accompagnerà quindi uno studio delle disposizioni che la Costituzione dedica alla scienza e della portata precettiva che ad esse può essere riconosciuta.

Tale analisi sarà poi approfondita nella seconda parte del lavoro rispetto al rapporto tra scienza e potere legislativo. In particolare, si cercherà di verificare se, anche alla luce della giurisprudenza costituzionale sul tema, le caratteristiche proprie del sapere scientifico e l'esigenza di tutela dei diritti incisi dalla norme tecniche incorporate nel testo legislativo debbano indurre a considerare la scienza come limite alla discrezionalità legislativa e se, addirittura, possano portare a escludere l'opportunità e la costituzionalità di un intervento legislativo su questioni tecnico-scientifiche.

Infine, nella terza parte del lavoro l'attenzione verrà posta sulla pubblica amministrazione e sul procedimento amministrativo, al fine di verificare se la scientificità delle questioni sottese alla scelta pubblica possa aprire spazi per un maggior rilievo del procedimento amministrativo come luogo di svolgimento della valutazione tecnica e se ciò possa essere considerato conforme alla Costituzione e utile per una massimizzazione della tutela dei diritti coinvolti.

CAPITOLO I: IL RAPPORTO TRA SCIENZA E POTERE POLITICO

1. *La scienza e il potere*

I rapporti tra scienza e politica sono da sempre stati complessi e mutevoli, caratterizzati sia dal conflitto che dall'influenza e dalla dipendenza reciproca.

Sono individuabili fasi storiche in cui la conflittualità è emersa come elemento nettamente predominante. In particolare, è accaduto che il potere politico si sia impegnato nell'influenzare o addirittura nell'ostacolare il progresso scientifico, in quanto percepito come minaccia, capace di sconfessare gli assiomi e i valori propri del sistema ideologico di un certo momento storico, ossia, usando le parole di Galileo Galilei, di «*rovinare le repubbliche e sovvertire gli Stati*»¹.

Allo scontro tra teologia e scienza che ebbe luogo nel XVI e XVII sono legati i casi forse più noti di brutale repressione dell'autonomia scientifica. Infauste furono infatti le sorti di molti pensatori indipendenti che in quell'epoca osarono diffondere tesi non in linea con assiomi considerati inconfutabili dalla Chiesa.

L'influenza della Chiesa sulla scienza in quei tempi era fortissima, specie all'esito del Concilio di Trento, conclusosi solo nel 1563, che portò all'adozione di una politica di totale chiusura verso qualsiasi tipo di innovazione, al rafforzamento dell'Inquisizione e alla creazione dell'*Indice dei libri proibiti*.

Le autorità ecclesiastiche ritenevano che alcuni brani delle sacre scritture rendessero inconfutabile la visione geocentrica dell'Universo e pertanto il modello dominante continuava a rimanere quello elaborato da Tolomeo, nonostante risultasse ormai decisamente datato – si pensi che il programma di matematica nelle Università europee rimase il medesimo per almeno tre secoli.

I difetti del modello tolemaico iniziarono però a emergere nel tempo.

Vi fu chi cercò di dare spiegazione alle discrepanze tenendo fede al dogma del geocentrismo, ma l'operazione portava alla elaborazione di modelli complicatissimi. Divenne, ad esempio molto diffuso il “sistema ticonico”, ideato dall'astrologo Tycho

¹ G. GALILEI, *Dialogo sopra i due massimi sistemi del mondo*, a cura di A. BELTRÁN MARÍ, Milano, 2008, osserva come «*i vertici della società temono le innovazioni scientifiche perché potenti a rovinare le repubbliche e sovvertire gli Stati*» e per questo si ergono «*giudici sopra gl'intelligenti*».

Brache, che, da un lato, manteneva l'idea del Sole che gira intorno a una Terra immobile ma, d'altro lato, prevedeva che tutti gli altri pianeti girassero invece intorno al Sole.

È noto come invece un totale cambiamento di prospettiva sia stato operato da Copernico, che propose nel *De revolutionibus* un modello completamente diverso di Universo, fondato sull'eliocentrismo.

Alla pubblicazione dell'opera seguì da principio una sorprendente tolleranza da parte della Chiesa, che si spiega se si considera come le tesi copernicane avessero suscitato scarso interesse tra gli accademici, ancora fortemente legati al geocentrismo, ma, soprattutto, in ragione del fatto che al *De revolutionibus* era stata aggiunta, per facilitarne la pubblicazione, una prefazione che specificava come l'opera non intendesse mettere in alcun modo in discussione il modello tolemaico ma solo proporre un sistema di calcolo più efficace, benché basato su modelli non corrispondenti al vero.

Il valore delle opere di Copernico era stato quindi sin dalla pubblicazione fortemente sminuito: la Chiesa faceva leva sul fatto che esse non avessero nulla a che fare con la descrizione della reale disposizione di stelle e pianeti ma riguardassero la mera elaborazione di strumenti di calcolo, utili, ma fondati su di un falso modello di Universo.

Fu addirittura la Chiesa stessa a utilizzare le misurazioni di Copernico, ben più accurate di quelle effettuate sulla base di modelli geocentrici, nell'ambito dei lavori che portarono alla elaborazione del calendario Gregoriano².

L'atteggiamento delle autorità ecclesiastiche cambiò drasticamente allorché alcuni pensatori iniziarono a criticare la validità del modello tolemaico e a impegnarsi nella difesa del copernicanesimo in modo ben più aperto e incisivo di quanto lo stesso Copernico avesse fatto.

Basti pensare a come nel 1600 Giordano Bruni moriva a Campo dei Fiori e alla umiliazione dell'abiura cui nel 1633 venne sottoposto Galilei.

Nel 1616 il *De revolutionibus* di Copernico venne inserito nell'*Indice dei libri proibiti* e vi rimase, insieme alle opere di Galilei, sino al 1833.

L'oppressione dell'Inquisizione non riuscì tuttavia a impedire che la Rivoluzione scientifica, cui tali pensatori avevano dato avvio, avesse luogo. Dunque, il successo di cui gli scienziati vittime dell'oppressione non avevano potuto godere in vita infine arrivò, anche se con circa un secolo di ritardo.

² Sul tema L. CANOVA, *Galileo Reloaded*, Milano, 2018, XIV.

Nel corso del XVIII secolo, con la nascita dell'Illuminismo, i rapporti tra scienza e potere iniziarono a mutare profondamente: il progresso scientifico divenne un valore supremo da perseguirsi. Il potere politico prese coscienza del rilevante impatto positivo che esso poteva avere sulla società e sull'economia, e di conseguenza dei frutti che una "alleanza" con la scienza poteva garantire.

Nell'Ottocento il progresso tecnico ebbe un impatto tale sulle situazioni sociali ed economiche che tutti i problemi morali, politici, sociali ed economici risultarono toccati dalla realtà di tale sviluppo³. Basti pensare a come proprio l'aumento esponenziale delle conoscenze sul mondo della natura e sulle sue caratteristiche furono il principale fattore che rese possibile la Rivoluzione industriale.

L'importanza centrale che la scienza assunse per la politica, in quanto strumento imprescindibile per l'acquisizione di potere e il raggiungimento di obiettivi aprì tuttavia la strada per la nascita di nuove forme di compressione dell'autonomia scientifica. Il salto da un rapporto di alleanza e collaborazione a un rapporto di soggezione della scienza alla politica fu infatti breve.

È in particolare con le esperienze totalitarie sviluppatesi in Europa nella prima metà del secolo scorso, che l'asservimento del mondo scientifico alla politica raggiunse il suo apice⁴. Come ogni settore della società anche quello scientifico divenne strumento di propaganda e la ricerca scientifica fu programmata in linea e coerenza col programma politico dei regimi.

Si assistette a forme di esaltazione della ricerca finalizzata, che hanno portato all'incentivazione della ricerca scientifica nei soli ambiti ritenuti più congeniali a obiettivi di carattere politico, al conseguente inaridimento delle indagini nei settori ritenuti disfunzionali rispetto agli obiettivi politici⁵ e al ripudio di tesi e regole scientifiche sulla base di sole considerazioni politico-ideologiche.

Il superamento di tali esperienze spinse a un ripensamento del ruolo della scienza e dei suoi rapporti con il potere.

³ Così C. SCHMITT, *Le categorie del politico*, a cura di G. MIGLIO-P. SCHIERA, Bologna, 1972, 171.

⁴ Sul tema L. CHIEFFI, *Ricerca scientifica e tutela della persona. Bioetica e garanzie costituzionali*, Napoli, 1993, 27 ss.

⁵ L. CHIEFFI, op. ult. cit., 28.

L'attivo sostegno, o comunque la passiva subordinazione, che la maggioranza degli intellettuali offrì alle politiche dei regimi⁶; l'importanza che i progressi della scienza ebbero per la creazione di armi di potenza incomparabilmente maggiore a quelle delle precedenti generazioni; nonché l'orrore delle pratiche eugenetiche e degli esperimenti condotti nel blocco 10 di Auschwitz posero le basi perché fossero avviate serie riflessioni circa la responsabilità morale degli scienziati, l'esistenza di limiti etici all'avanzamento scientifico, e la stessa configurabilità di quest'ultimo quale valore positivo da perseguire⁷.

L'esperienza di completa sottomissione dell'attività scientifica alla programmazione e finalizzazione del potere politico fece inoltre sì che l'autonomia della scienza si ripresentasse con forza come valore positivo da perseguirsi. In Italia fu proprio tale considerazione⁸ che spinse l'Assemblea costituente all'introduzione di un articolo deputato a espressamente sancire la «*libertà dell'arte e della scienza*»⁹.

Nella seconda metà del secolo scorso, in completa opposizione a quanto aveva connotato la prima metà, si è assistito al progressivo rafforzarsi di una peculiare tendenza all'enfaticizzazione del carattere neutrale del sapere scientifico e dell'ontologica distinzione sussistente tra tecnica e politica, che, come si vedrà più approfonditamente oltre, è sfociata in forme di elevazione della tecnica a fonte di legittimazione alternativa a quella politica¹⁰.

In particolare, massima espressione di tale tendenza è stata ravvisata nella scelta della politica di ritrarsi da settori c.d. "sensibili" – nei quali cioè vengono in rilievo diritti di particolare valore costituzionale – e affidare ad autorità amministrative dotate di

⁶ Si pensi, per quanto attiene all'esperienza italiana, a come negli anni del regime fossero fiorite le ricerche in materia di razzismo biologico, culminate poi nella pubblicazione, il 14 luglio 1938, del *Manifesto degli scienziati razzisti o Manifesto della razza* da parte di alcuni dei principali scienziati italiani, che fornì una base pseudo scientifica alle politiche razziste. Sul tema R. MAIOCCHI, *Scienza italiana e razzismo fascista*, Milano, 1999.

⁷ F. MERLONI, *Autonomie e libertà nel sistema della ricerca scientifica*, Milano, 1990, 12.

⁸ PAOLO TREVES osservò, nella seduta del 24 aprile 1947 dell'Assemblea Costituente, «*io credo di aver compreso lo spirito che ha animato la Commissione a redigere il primo comma di questo articolo, spirito di reazione alla situazione in cui si sono trovate l'arte e la scienza in un passato recente quando in realtà poco restava di arte e di scienza, e queste eccelse attività dello spirito erano degradate ad una inferiore forma di propaganda*».

⁹ Art. 33, comma 1, Cost.

¹⁰ Sul tema M. CUNIBERTI, *Sull'organizzazione del governo tra tecnica e politica*, in G. GRASSO (a cura di), *Il governo tra tecnica e politica*, Napoli, 2016, 45-80.

elevata competenza tecnica, indipendenti dal potere esecutivo, ampi compiti di regolazione e vigilanza.

Con l'«*erompere delle autorità amministrative indipendenti*»¹¹ è infatti massimamente emerso il mutato rapporto tra tecnica e politica, il condizionamento che la tecnoscienza esercita sulla politica¹² e l'imporsi della legittimazione tecnica su quella democratica.

Ad emergere però dagli approfonditi studi del fenomeno delle autorità amministrative indipendenti¹³ sono stati ben presto anche le contraddizioni e i problemi insiti nella esaltazione della tecnica come potere neutrale, atto a far fronte alle carenze del potere politico.

È stato posto in luce come la realizzazione di una separazione tra tecnica e politica sia tutt'affatto che semplice, se non impossibile, e come la neutralità che connoterebbe la tecnica non possa in ogni caso far cessare decisioni politiche dall'essere tali.

La delega di funzioni e compiti decisori a soggetti dotati di una legittimazione tecnica, anziché democratica, non può infatti mutare nella sostanza la natura delle funzioni delegate, ma al più modificare i luoghi in cui le decisioni sono prese e i soggetti deputati a compierle¹⁴. Se quindi la natura della decisione è politica, non potrà – solo perché adottata da soggetti dotati di particolare competenza tecnica – parlarsi di valutazione scientifica, si tratterà piuttosto di esercizio di potere.

Di qui il problema della legittimità di forme di sostituzione della legittimazione democratica con fonti di legittimazione differenti, quali appunto la competenza tecnico-scientifica.

¹¹ A. PREDIERI, *L'erompere delle autorità amministrative indipendenti*, Firenze 1997.

¹² P. VERONESI, *Le cognizioni scientifiche nella giurisprudenza costituzionale*, in *Quad. cost.*, 3/2009, 591 ss., osserva come spesso la politica e la democrazia sono oggi condizionate dalla tecnoscienza. Sul tema anche G. LIMONE, *La scienza contemporanea al confronto con le generazioni future*, in L. CHIEFFI (a cura di), *Bioetica e diritti dell'uomo*, Torino, 2000.

¹³ Tra le molte opere M. MANETTI, *Poteri neutrali e costituzione*, Milano, 1994; S. CASSESE-C. FRANCHINI, *I garanti delle regole*, Bologna, 1996; S. NICCOLAI, *I poteri garanti della costituzione e le autorità indipendenti*, Pisa, 1996; A. PREDIERI, *L'erompere delle autorità amministrative indipendenti*, Firenze, 1997; M. RAMAJOLI, *Attività amministrativa e disciplina Antitrust*, 1998; F. MERUSI, *Democrazia e autorità indipendenti. Un romanzo quasi giallo*, Bologna 2000; G. GRASSO, *Le autorità amministrative indipendenti della Repubblica*, Milano, 2006; M. CUNIBERTI, *Autorità indipendenti e libertà costituzionali*, Milano, 2007; S. LABRIOLA, *Le autorità indipendenti. Da fattori evolutivi ad elementi di transazione del diritto pubblico italiano*, Milano, 1999.

¹⁴ In tal senso M. PASSARO, *Le amministrazioni indipendenti*, Torino, 1997, 32; M. CUNIBERTI, *Sull'organizzazione*, cit.

Inoltre, l'idea della neutralità della scienza, spesso addotta a giustificazione delle deleghe di potere, è parsa sempre più illusoria: i tentativi di configurazione della scienza come ambito del tutto autonomo e disinteressato si scontrano infatti con le molteplici ingerenze di fattori esterni cui il mondo scientifico è soggetto.

La ricostruzione fin qui fatta degli equilibri che hanno caratterizzato nel tempo i rapporti tra scienza e potere, seppur estremamente semplificata, dovrebbe rendere più agevole l'individuazione di taluni aspetti importanti per l'analisi da svolgersi circa l'attuale ruolo della scienza nell'ordinamento.

In via di prima approssimazione, si può sottolineare come l'autonomia della scienza si sia affermata come valore da perseguirsi – ora anche di rilievo costituzionale – ma come anche sia indubbio che la forte incidenza che il progresso scientifico e tecnologico ha su di un, peraltro crescente, numero di situazioni sociali ed economiche renda ardua una configurazione della scienza come ambito completamente autonomo e insensibile agli impulsi provenienti dall'esterno¹⁵.

Si assiste simultaneamente a tentativi del potere politico di orientare l'attività scientifica, limitandone in maniera più o meno ampia l'autonomia, ma anche al rafforzarsi nella comunità scientifica della volontà di orientare, sulla base delle esigenze che emergono dalla società, l'oggetto della ricerca e le modalità di utilizzazione del sapere scientifico.

Forme di condizionamento paiono dunque inevitabili, insite nella natura stessa del sapere scientifico, e in taluni casi anche costituzionalmente necessarie.

L'obiettivo sarà di analizzare, partendo in particolare dal testo costituzionale, quali siano le forme di coordinamento che meglio possano garantire la tutela dei diritti coinvolti ed evitare, da un lato, che la scienza sia privata della propria autonomia, e quindi degradata, sotto l'influenza del potere politico, a forme di “non scienza”, e, d'altro lato, che la stessa divenga potere, ossia qualcosa di incompatibile con il concetto stesso di scienza.

¹⁵ Sul tema A. ORSI BATTAGLINI, *Libertà scientifica, libertà accademica e valori costituzionali*, in *Nuove dimensioni nei diritti di libertà. Scritti in onore di Paolo Barile*, Padova, 1990, 92, parlando di relativizzazione del processo scientifico, osserva come «*sul processo di produzione disinteressata di conoscenze governato da una propria logica evolutiva gravano con crescente intensità le domande di utilità immediata della politica e dell'economia*»; F. MERLONI, *Autonomie*, cit., 9 ss.

2. *Le disposizioni Costituzionali sulla scienza: la scienza come libertà*

Le difficoltà in cui inevitabilmente è destinato a imbattersi chi si interroga sulle caratteristiche del rapporto tra scienza e potere possono essere ridimensionate, o quantomeno meglio inquadrare, partendo da una analisi degli articoli che la Costituzione dedica alla scienza.

Di scienza si parla nella Costituzione all'art. 33, il cui primo comma recita che «*l'arte e la scienza sono libere e libero ne è l'insegnamento*», e all'art. 9, in cui è previsto che «*la Repubblica promuove lo sviluppo della cultura e la ricerca scientifica e tecnica*».

Particolare attenzione è da porsi all'enunciazione di principio con cui si apre l'art. 33 Cost., per cui «*l'arte e la scienza sono libere*», da cui può dedursi che la scienza, piuttosto che forma di potere, o piuttosto che strumento del potere, è in primo luogo una libertà costituzionalmente garantita.

La portata dell'affermazione di cui al primo comma dell'articolo non è tuttavia del tutto chiara e si presta a essere in vario modo ridimensionata.

2.1. *Analisi dei lavori preparatori*

I lavori preparatori che portarono alla stesura dell'articolo 33 Cost. furono piuttosto travagliati.

La primitiva articolazione dell'art. 27 – che divenne poi il 33 – proposta da Concetto Marchesi, si apriva con l'affermazione, quasi identica a quella attuale, che «*l'arte e la scienza sono libere e liberi sono i loro insegnamenti*». L'opportunità dell'inserimento nel testo della Costituzione di una tale enunciazione di principio fu tuttavia messa in discussione nel corso del dibattito e fino all'ultimo rimase incerta.

In particolare, nell'Assemblea fu evidenziato come la scienza, così come l'arte, fosse libera per definizione, e che né di scienza, né di arte, potesse parlarsi in assenza di libertà. Per tale ragione, taluni considerarono l'affermazione della libertà della scienza tautologica e, quindi, inutile.

Nel dibattito si paventò addirittura il rischio che l'inserimento nel testo della Costituzione di un espresso riconoscimento della libertà della scienza potesse risultare controproducente rispetto al fine, che chiaramente aveva ispirato la proposta, di

contrastare quei fenomeni di soggezione della scienza al potere di cui si era avuto esperienza nel periodo fascista. Secondo alcuni membri dell'Assemblea, infatti, garantire a livello costituzionale la libertà della scienza e dall'arte sarebbe stato un riconoscimento implicito della possibile esistenza di forme di arte e di scienza non libere, e quindi offensivo della dignità delle stesse¹⁶.

Sempre nel senso della superfluità dell'affermazione della libertà della scienza (e dell'arte), fu evidenziato come già si fosse deciso di inserire nel testo della Costituzione un articolo sulla libertà di espressione del pensiero, e come, quindi, riconoscere la libertà

¹⁶ In tal senso, nella seduta della Prima Sottocommissione dell'Assemblea Costituente del 21 aprile 1947, l'on. LONGHENA affermava *«avete notato che l'articolo 27 incomincia con' un atteggiamento ed una solennità grandi, affermando che l'arte e la scienza sono libere? Io non avrei parlato così. L'arte e la scienza sono libere indipendentemente dalla proclamazione della Costituzione italiana; anzi, l'arte e la scienza esistono indipendentemente da ogni affermazione. Voi lo sapete. L'arte che s'inchina alla volontà dell'uomo cessa di essere arte, e la scienza la quale diventa schiava degli uomini di parte si vendica di essi e cessa di essere scienza»*; nella seduta della Prima Sottocommissione del 24 aprile 1947, l'on. ROSSI osservava che l'espressione con cui si voleva aprire l'articolo, benché certamente condivisibile, costituisse una mera affermazione di principio poiché *«o l'arte e la scienza sono libere, o non sono né arte né scienza; l'arte di Stato, contenuta e costretta nello stivaletto malese di una qualsiasi dottrina maggioritaria, è tutto fuori che arte, la scienza piegata alle tesi prestabilite di una qualsiasi politica viene a negare se stessa, a contraddire al proprio fine e alla propria essenza, determinando la più stridente delle antinomie. L'arte e la scienza sono la libertà stessa nella sua forma più alta: dire che arte e scienza sono libere è come dire che la libertà è libera!»*; della stessa idea anche l'on. TREVES, il quale affermò *«credo di aver compreso lo spirito che ha animato la Commissione nel redigere il primo comma di questo articolo, spirito di reazione alla situazione in cui si sono trovate l'arte e la scienza in un passato recente, quando in realtà poco restava di arte e di scienza, e queste eccelse attività dello spirito erano degradate ad una inferiore forma di propaganda. Ho anche sentito dal mio dotto amico onorevole Marchesi parlare di enfasi dicendo che alle volte vi è un'enfasi non cattiva, e che egli giudica enfasi non cattiva quella che si nota nelle prime parole di questo articolo, parole che io modestamente propongo di sopprimere. Non certo perché abbia la minima obiezione di principio al concetto che l'arte e la scienza debbono essere libere, ma perché mi sembra proprio di recare offesa alla dignità dell'arte e della scienza dicendo una cosa simile nella nostra Costituzione. Ma l'arte e la scienza sono la libertà medesima, sono libere per definizione. Non può esservi scienza, se la scienza non è libera in tutte le sue forme ed esplicazioni; ugualmente si dica dell'arte; e mi sembra, signori, che l'arte e la scienza si deprimano e si umilino garantendo in qualche forma sulla carta la loro libertà, quando la libertà dell'arte e della scienza sono insite e connaturate alla loro stessa esistenza, poiché altrimenti non esistono né arte né scienza degne di tal nome (...). A me pare che siamo in presenza di uno dei tipici casi, di cui purtroppo abbonda questo progetto di Costituzione, nei quali la parola libertà è generosamente usata, ma sempre in un contesto che non supera l'ambito delle pure affermazioni astratte; a scapito di troppo scarse immissioni di libertà effettiva, quando veramente libertà significa qualche cosa nella legislazione costituzionale italiana. In questo caso credo che la smania di adoperare la parola libertà non aggiunga niente, ma se mai diminuisca quella che è la vera, grande dignità dell'arte e della scienza. Al contrario ha senso parlare di libertà di insegnamento dell'arte e della scienza, in tutte le sue forme e con tutti i mezzi, l'insegnamento di tutti i veri in cui esiste inevitabilmente dell'errore, e di tutti gli errori in cui esiste una parte di vero»*.

dell'arte e della scienza sarebbe stata una inutile ripetizione di quanto già riconosciuto in altra sede¹⁷.

Queste furono le principali ragioni per cui nel corso del dibattito si fece largo l'idea che a essere oggetto di tutela costituzionale non dovesse essere tanto la libertà della scienza ma piuttosto le manifestazioni di essa, quale in primo luogo l'insegnamento. Furono in tal senso avanzate proposte alternative in cui il riferimento alla libertà dell'arte e della scienza risultava del tutto espunto dal testo dell'articolo, il cui oggetto veniva quindi limitato alle sole libertà di insegnamento e della scuola.

La decisione ultima fu tuttavia nel senso del mantenimento dell'affermazione di principio sulla libertà della scienza e dell'arte. A prevalere fu dunque l'idea per cui anche tali libertà dovessero avere un proprio spazio nel testo della Costituzione, specie alla luce delle strumentalizzazioni cui l'arte e la scienza erano state soggette durante l'esperienza fascista, e che sussistesse una distinzione, in particolare un rapporto di priorità logica, tra libertà della scienza e libertà di insegnamento, tale da giustificare una distinta menzione a livello costituzionale¹⁸.

2.2. *La portata precettiva dell'art. 33, comma 1, della Costituzione*

L'inserimento nel testo costituzionale dell'espressa affermazione che la scienza è libera non ha tuttavia escluso incertezze circa la sussistenza, e la effettiva portata, di una tutela costituzionale della libertà della scienza.

¹⁷ Nella seduta della Prima Sottocommissione, 18 ottobre 1946, l'on. MARCHESI faceva presente che l'on. MORO, che pur in un primo momento aveva accettato l'originaria formulazione dell'articolo, avesse in un secondo tempo ritenuto che il riferimento alla libertà della scienza e dell'arte «*fosse superfluo, essendo già stato affermato precedentemente il principio della libertà del pensiero e delle sue espressioni*».

¹⁸ Nella seduta della Prima Sottocommissione del 18 ottobre 1946 l'on. MASTROJANNI aveva in tal senso evidenziato come non si potesse disconoscere che «*l'insegnamento è la conseguenza logica e naturale di una scienza, di un'arte o di una letteratura*» e come, quindi, «*la premessa dell'on. Marchesi è perfettamente logica e, costituendo un omaggio che si rende all'universalità della scienza, deve necessariamente essere affermata nella nuova Costituzione, alla stessa stregua che il lavoro è il fondamento della struttura sociale*». In tal senso anche l'on. MANCINI che, nella medesima seduta, si disse contrario alla eliminazione della «*affermazione più importante e più nobile relativa alla libertà dell'arte, della scienza e del loro insegnamento*», ritenendola imprescindibile in quanto «*dopo aver cercato la Costituzione di affermare tutte le libertà, si oblierebbe proprio la libertà spirituale, la cui espressione tangibile è rappresentata dall'arte e dalla scienza, e nella quale ci siamo rifugiati, come solo e alto conforto, durante la tirannia fascista*».

In particolare, l'interesse suscitato in dottrina dalla disposizione è risultato piuttosto limitato¹⁹ e la tendenza prevalente è stata di considerarla una disposizione astratta, di mero principio, priva di un autonomo contenuto giuridico²⁰. Secondo tale lettura dottrinale la norma appartarrebbe a «*quelle che enunciano principi così vaghi e generici da non potersene dedurre alcuna regola o comando concreto*»²¹.

Trattasi di una tendenza che poco si concilia con la presunzione di concretezza delle norme contenute nelle disposizioni costituzionali, anche se di principio, e, in particolare, con la giurisprudenza costituzionale in tema di norme c.d. programmatiche, che ha riconosciuto la sussistenza di una portata precettiva insita in ogni disposizione costituzionale.

Come si vedrà più oltre²², è però la stessa Corte costituzionale ad aver raramente fatto autonoma applicazione di quanto disposto dall'art. 33, comma 1, Cost. sulla libertà della scienza. Emerge piuttosto dalla giurisprudenza la tendenza al non utilizzare tale parametro o all'utilizzo dello stesso solo in combinazione con altre disposizioni costituzionali.

Pare cioè essere rimasta viva l'idea che l'art. 33, co.1, Cost. sia privo di una autonoma portata precettiva e che la libertà della scienza assuma un contenuto concreto solo se posta in relazione a norme e principi che hanno a oggetto distinte fattispecie costituzionalmente rilevanti²³.

In tal senso, dell'art. 33, comma 1, Cost. è spesso valorizzato il riferimento alla libertà di insegnamento, quale unica libertà che la disposizione sarebbe effettivamente volta a tutelare²⁴.

Dominante in dottrina è anche la configurazione della libertà della scienza di cui all'art. 33 Cost. come una forma di applicazione del più generale principio di cui all'art. 21 della Costituzione²⁵. In tale ottica la libertà della scienza sarebbe quindi una mera *species* della libertà di manifestazione del pensiero.

¹⁹ F. MERLONI, *Autonomie e libertà nel sistema della ricerca scientifica*, Milano, 1990, 18.

²⁰ Sul tema S. LABRIOLA, *Libertà di scienza e promozione della ricerca*, Padova, 1979, 6.

²¹ Così F. MAZZIOTTI, *Il diritto al lavoro*, Milano, 1956, 47.

²² Capitolo II.

²³ In tal senso G. FONTANA, *Art. 33*, in R. BIFULCO-A. CELOTTO-M. OLIVETTI (a cura di), *Commentario alla Costituzione*, Torino 2006, 679.

²⁴ R. LUCIFREDI, *La nuova Costituzione italiana*, Milano 1952, 264;

²⁵ In tal senso G. DE CESARE, *L'organizzazione della ricerca scientifica: aspetti problematici ed organizzativi*, in *Riv. it. sc. giur.*, 1969, 105; G. ABBAMONTE, *Libertà e convivenza*, Napoli 1953, 117; F.

Sul punto taluni precisano però come non sia possibile una perfetta coincidenza tra le due libertà, e che il rapporto sia piuttosto di duplice integrazione: l'art. 33 Cost. non solo riaffermerebbe una libertà già compresa nell'art. 21 Cost., ma, inoltre, farebbe venir meno l'unico limite espressamente contemplato alla libertà di manifestazione del pensiero, ossia il limite del buon costume²⁶.

Infine, particolare rilievo è dato alla connessione sussistente tra quanto disposto all'art. 9 Cost. sulla ricerca scientifica e l'art. 33 Cost. Si è osservato come, posto che nessuna limitazione potrebbe essere apportata alla elaborazione delle teorie scientifiche, la tutela costituzionale della libertà della scienza assumerebbe significato autonomo rispetto alla tutela della libertà di espressione solo rispetto all'attività di ricerca scientifica. Mentre, infatti, le attività di diffusione e insegnamento di teorie scientifiche sarebbero riconducibili nel *genus* della libertà di espressione, solo l'attività di ricerca scientifica necessiterebbe di una apposita tutela costituzionale, distinta da quella della libertà di espressione²⁷. In tale prospettiva, l'art. 33, co.1, Cost., nell'affermare la libertà della scienza, farebbe riferimento alla libertà della ricerca scientifica²⁸ e quindi “scienza” e “ricerca scientifica” sarebbero da considerarsi sinonimi.

Tutte tali ricostruzioni prestano a ben vedere il fianco a talune obiezioni.

Anzitutto, se è vero che libertà della scienza e libertà di insegnamento si trovano strettamente collegate a norma dell'art. 33, co. 1, Cost., pare tuttavia eccessivamente riduttivo configurare una coincidenza sostanziale tra le due libertà, nonché contrastante con la formulazione stessa dell'articolo, che pone due distinte norme, una sulla libertà della scienza (e dell'arte) e l'altra sulla libertà di insegnamento.

Anche da una analisi dei lavori preparatori emerge come la decisione di inserire un espresso riferimento alla libertà della scienza sia stata presa nella consapevolezza della diversità sussistente tra essa e la libertà di insegnamento. Osservava, ad esempio, Ottavio Mastrojanni che *«l'insegnamento è la conseguenza logica e naturale di una scienza, di*

BONIFACIO, *Ricerca scientifica*, in *Atti Congr. I cent. Unif. Leggi amm.*, Vicenza, 1967. Sul tema P. PERLINGERI, *Commento alla Costituzione italiana*, Napoli, 1997, 211.

²⁶ C. MORTATI, *Istituzioni di diritto pubblico*, Padova, 1952, 1071.

²⁷ Sul tema del rapporto tra libertà della scienza e ricerca scientifica si veda R. BIN, *La Corte e la scienza*, Relazione al Seminario “*Bio-tecnologie e valori costituzionali il contributo della giustizia costituzionale*”, Parma, 19 marzo 2004.

²⁸ In tal senso U. POTOTSCHNIG, *Insegnamento (libertà di)*, in *Enc. dir. vol. XXI*, Milano, 1971, 741.

un'arte o di una letteratura»²⁹ e come, quindi, tra le due libertà, della scienza, da un lato, e di insegnamento, dall'altro, sussiste un rapporto che si potrebbe definire di presupposizione, e non di coincidenza.

Si può in tal senso osservare come l'attività scientifica ben possa svolgersi senza sfociare in una attività di insegnamento, e come, d'altro lato, l'insegnamento non necessariamente implichi l'attività scientifica.

Può dunque ritenersi non soddisfacente la tesi per cui la libertà della scienza si risolverebbe nella libertà di insegnamento. Più correttamente pare potersi dire che «*l'art. 33 co. 1° Cost. garantisce la libertà di scienza anche nell'ambito delle strutture e nell'esercizio delle attività della didattica, allo stesso modo che fuori di esse*»³⁰.

Anche l'idea per cui la libertà della scienza assumerebbe rilievo solo in relazione all'attività di ricerca scientifica – poiché solo in relazione a tale attività potrebbero sorgere effettive esigenze di tutela e poiché, potendo tale attività porre problemi di compatibilità con altri diritti, solo rispetto ad essa la tutela assicurata a livello costituzionale verrebbe in rilievo ai fini del bilanciamento – si presta a rilievi critici, benché abbia certamente il merito di superare e scardinare l'assunto per cui l'affermazione della libertà della scienza abbia solo una portata dichiarativa, in quanto avente un oggetto non suscettibile di subire limitazioni.

La ricerca scientifica costituisce infatti solo un momento, seppur essenziale, dell'attività scientifica, la quale si sostanzia però anche in attività di tipo diverso. Il rischio è quindi che vengano retrocessi molti profili rilevanti della libertà scientifica, quale in primo luogo la libertà del singolo ricercatore³¹.

Indicativo nel senso della sussistenza di tale distinzione, il fatto che scienza e ricerca scientifica siano menzionate in distinti articoli della Costituzione, posti in titoli

²⁹ Seduta della Prima Sottocommissione, 18 ottobre 1946.

³⁰ S. LABRIOLA, *Libertà di scienza*, cit., 51, osserva, inoltre, come considerando il riferimento alla libertà della scienza e alla libertà di insegnamento come un'endiadi «*si finisce con l'attribuire all'attività stessa un fine prefissato, almeno sotto il profilo della disciplina costituzionale, che in effetti equivale ad un vero e proprio vincolo, certamente inammissibile, alla luce di una qualsiasi delle possibili concezioni che con qualche fondamento si ritenga di nutrire a proposito della libertà di scienza*»; in tal senso anche A. ORSI BATTAGLINI, *Libertà scientifica*, cit., 91, che afferma che «*se è indubbio che, storicamente, il problema della libertà di scienza ha avuto come referenti il singolo scienziato-maestro, le comunità universitarie e le istituzioni pubbliche su questa base edificate, è anche vero che nei testi costituzionali si parla anzitutto di scienza, e non di Università e che, quando di quest'ultima si parla, ciò accade su un piano secondario e certamente più debole*».

³¹ S. LABRIOLA, *Libertà di scienza*, cit., 24.

diversi, e che presentano evidenti diversità strutturali . Mentre l'art. 33 Cost. tutela in via assoluta la scienza, l'art. 9 Cost. pone invece a carico dello Stato-ordinamento un obbligo di promozione della ricerca scientifica, ossia di una delle manifestazioni dell'attività scientifica.

La prospettiva pare quindi da invertirsi: è l'art. 9 Cost. a porsi in funzione della libertà della scienza, di cui all'art. 33, comma 1, Cost., così come la ricerca scientifica risulta strumentale rispetto al progresso della scienza. Non è dunque l'affermazione della libertà della scienza ad assumere significato solo se posta in relazione alla ricerca scientifica di cui all'art. 9 Cost., ma, all'opposto, è l'obbligo di promozione dell'attività di ricerca scientifica a giustificarsi in virtù della tutela che la Costituzione riserva alla libertà della scienza.

Anche la lettura, pur molto diffusa, dell'art. 33, co. 1, Cost. come mera riaffermazione del principio di libertà di manifestazione del pensiero di cui all'art. 21 Cost. poco convince sotto vari profili.

Anzitutto è stato osservato come l'attività di ricerca scientifica si componga di una molteplicità di atti, a ciascuno dei quali la norma costituzionale si riferisce. La diffusione delle teorie scientifiche rappresenta solo uno degli aspetti dell'attività scientifica e non è dunque oggetto esclusivo della libertà della scienza. Ben può, ad esempio, accadere che l'attività scientifica si limiti alla sola attività di ricerca, senza pervenire alla comunicazione dei risultati³².

La libertà di manifestazione del pensiero verrebbe dunque in rilievo solo rispetto a talune delle attività in cui la libertà della scienza si manifesta.

Sul punto, bisogna inoltre evidenziare come sia opinabile anche il fatto stesso che l'attività di diffusione di teorie scientifiche possa essere considerata una *species* della libertà di manifestazione del pensiero di cui all'art. 21 Cost.

Come si è accennato sopra, parte della dottrina ritiene che alla manifestazione del pensiero scientifico la Costituzione riservi una disciplina "privilegiata" rispetto a quella propria della libertà di manifestazione del pensiero, in particolare priva del limite del buon costume di cui all'art. 21 Cost³³. Tale tesi che pare avvalorata dal diritto positivo, posto

³² P. PERLINGERI, *Commento alla Costituzione*, cit., 212.

³³ Sul tema S. FOIS, *Principi costituzionali e libera manifestazione del pensiero*, Milano, 1957, 47 ss.; A. MURA, *Rapporti etico-sociali*, in M. BESSONE-L. MONTUSCHI-D. VINCENZI AMATO-S. CASSESE -A. MURA, *Commentario della Costituzione a cura di G. Branca*, Milano, 1975.

che l'art. 529, co. 2, c.p. esclude esplicitamente il carattere osceno dell'opera di scienza (o d'arte).

Potrebbe ritenersi allora che la differenza di disciplina sia indice della diversa natura delle attività di manifestazione del pensiero, da un lato, e di diffusione di teorie scientifiche, dall'altro.

Come si vedrà meglio oltre, la mera opinione si distingue ontologicamente dalla teoria scientifica. Si potrebbe dunque sostenere che l'art. 21 Cost. e l'art. 33, co. 1, Cost., nella parte in cui tutela la libera diffusione del sapere scientifico, pur rispondendo a una medesima *ratio* di tutela del pluralismo, abbiano a oggetto libertà di natura diversa, per tale ragione diversamente disciplinate.

In conclusione, alla luce di tutte le sopra illustrate considerazioni, pare potersi dire che la libertà della scienza, di cui al primo comma dell'art. 33 Cost., tuteli l'attività scientifica nel suo complesso, e non solo singoli segmenti che la compongono.

Resta, tuttavia, non del tutto risolto il problema di partenza, ossia quello di capire se la disposizione del primo comma dell'art. 33 Cost. abbia una portata precettiva autonoma e ulteriore rispetto a quella garantita da altre norme che si occupano di singole fattispecie collegate al più generale concetto di libertà scientifica, o se piuttosto non siano in ultima istanza corrette le teorie sul carattere puramente dichiarativo della norma³⁴.

Si cercherà dunque di vagliare la possibilità che dall'art. 33 Cost. possa derivare una tutela dell'attività scientifica ulteriore e distinta da quella che sarebbe in ogni caso garantita da altri principi costituzionali, come la libertà di manifestazione del pensiero, l'eguaglianza, la libertà di insegnamento e della scuola.

2.3. *Limiti alla libertà della scienza: la nozione di scienza*

Se è difficile stabilire in cosa si concretizzi la tutela della libertà della scienza, allo stesso tempo non semplice è anche stabilire quali attività, esulando dal concetto scienza, non possano ritenersi espressione di tale libertà.

³⁴ A. ORSI BATTAGLINI, *Libertà scientifica*, cit., 89, ritiene che la scienza costituisca indubbiamente un «*problema specifico del diritto costituzionale contemporaneo*», facendo in particolare riferimento alla problematica della individuazione della scienza come «*ambito oggettivo di garanzia*», osservando come sulla individuazione di tale ambito «*vi sono opinioni diverse e spesso contrapposte, ma di cui si avverte l'esistenza e in qualche modo la necessità per «coprire» aspetti ulteriori non protetti dalle libertà generali*».

Il problema è dunque quello della demarcazione: dell'individuazione del criterio discretivo tra ciò che è scienza e ciò che è pseudoscienza³⁵, ossia dell'individuazione dei tratti distintivi del sapere scientifico.

A riguardo bisogna tenere in considerazione come la concezione di scienza sia variata nei secoli³⁶ e con essa quindi anche il problema della demarcazione.

Partendo dalle origini, si deve ricordare che la nozione tradizionale di “scienza” nacque in contrapposizione a quella di “opinione”, quale garanzia assoluta di verità e certezza.

Nel pensiero di Platone e Aristotele, infatti, era considerata scienza solo la conoscenza dimostrativa, ossia la conoscenza assolutamente certa e insuscettibile di essere invalidata. Essa si poneva in tal modo in netta contrapposizione all'opinione, che era invece definita come conoscenza priva di certezza.

La più perfetta realizzazione di questo ideale di scienza venne individuato nella matematica euclidea, in quanto sapere perfettamente deduttivo, che non necessita alcun ricorso all'esperienza o all'induzione.

Tale idea di scienza, che vede la matematica come forma perfetta della stessa, ha resistito nella scienza moderna, ed è insita nell'ideale geometrico della scienza di Cartesio e Spinoza.

Iniziò invece a incrinarsi con l'affermarsi della scienza descrittiva, sviluppata a partire da Bacone, Newton, Keplero, Galilei e poi dai filosofi illuministi.

Benché permanesse l'intento di fondo di bandire da ciò che è considerato scientifico tutte le congetture e le ipotesi vaghe, ossia tutto ciò che non è certo, il metodo empirico, che tali scienziati si ripromettevano di seguire fedelmente, portò inevitabilmente all'affermarsi dell'idea che le teorie scientifiche fossero rappresentazioni del mondo solo approssimative, suscettibili di essere migliorate. Si iniziò ad ammettere dunque una non perfetta coincidenza tra scienza e verità e quest'ultima divenne piuttosto il fine ultimo dell'attività scientifica, da perseguirsi attraverso lo svolgimento di esperimenti e osservazioni, da cui trarsi conclusioni generali per mezzo dell'induzione,

³⁵ Tale problema è al centro del lavoro di Popper, in particolare sul tema K. POPPER, *Congetture e confutazioni*, Bologna, 1972.

³⁶ Sulle concezioni di scienza che si sono susseguite nel tempo N. ABBAGNANO, voce *Scienza*, in ABBAGNANO-FORNERO (a cura di), *Dizionario di filosofia*, Torino, 1998, 770 s.

nonché il perfezionamento, o superamento, di tali conclusioni per mezzo di altri esperimenti e osservazioni.

Di qui il passo fu breve perché il concetto di scienza si affrancasse dall'ideale dell'*episteme* e a che l'autocorreggibilità fosse individuata quale unica garanzia di validità della scienza.

Nella fase attuale può considerarsi ormai assodato che il progresso scientifico sia frutto, più che della frammentarietà delle conoscenze pregresse, del fatto che le conoscenze già acquisite non sono assolutamente certe e possono essere oggetto quindi di un processo di falsificazione e correzione.

Il relativismo che è venuto a connotare il sapere scientifico rende possibile la coesistenza di più teorie e soprattutto un confronto tra le stesse³⁷. Il confine tra i due concetti di scienza e di opinione, che si è visto essere nati in completa contrapposizione, si è fatto dunque più labile.

Centrale nell'evoluzione del concetto di scienza e nel suo allontanamento da quello di metafisica fu l'elaborazione del metodo scientifico, o metodo empirico, che si basa sull'esperienza, sulla raccolta di dati e lo svolgimento di esperimenti per la verifica di tesi scientifiche.

Non a caso quindi il problema della demarcazione tra ciò che è scienza e ciò che è pseudoscienza o metafisica viene normalmente risolto facendo riferimento al metodo scientifico, valutando cioè la scientificità dei risultati sulla base del metodo tramite cui questi vengono raggiunti.

Il metodo scientifico costituirebbe così l'insieme dei criteri teorici e applicativi che consentono di qualificare un dato risultato come scientifico e implicano il riconoscimento dello stesso come tale da parte della comunità scientifica e dei poteri pubblici.

La paternità del metodo empirico, e con esso quindi della scienza moderna, è attribuita a Galilei – sebbene, bisogna precisare, radici di tale metodo siano rintracciabili anche in epoche più risalenti.

³⁷ Sul tema S. VECA, *Il metodo e le condizioni dell'oggettività*, in PIETRO ROSSI (a cura di), *Max Weber e l'analisi del mondo moderno*, Torino, 1981, 23; C. MARZUOLI, *Potere amministrativo e valutazioni tecniche*, Milano, 1985, 192, osserva come «*la tecnica non opera sempre come fattore produttivo di certezze, anzi spesso (come è di ogni processo conoscitivo), è fattore di eliminazione di precedenti (e a questo punto presunte) certezze*».

Nelle sue opere Galilei si impegnò per la difesa, non solo del copernicanesimo, ma anche del metodo empirico come strumento di ricerca e investigazione delle leggi universali che regolano la natura. Le aspre critiche da questi mosse agli aristotelici colpivano infatti, non solo il contenuto delle loro tesi, ma soprattutto il modo in cui tali tesi venivano argomentate.

Gli aristotelici si servivano dei testi sacri e del principio di *auctoritas* per la spiegazione delle proprie teorie, mentre Galilei pose al centro del suo lavoro il metodo scientifico, e quindi la raccolta delle evidenze empiriche, quale unico strumento idoneo alla dimostrazione di tesi scientifiche³⁸.

Vi è un episodio della vita di Galilei³⁹ particolarmente significativo poiché da esso emerge chiaramente la distinzione che sussiste tra il problema di distinguere il vero dal falso e invece il problema di stabilire ciò che può considerarsi scienza e ciò che invece scienza non è.

Si aprì un dibattito tra il padre gesuita Orazio Grassi e Galilei circa la natura delle comete. Grassi sosteneva che esse fossero corpi celesti, citando a conferma di ciò Aristotele e libri antichi, tra cui anche un testo in cui si sosteneva che i Babilonesi cuocessero le uova sode roteando la fionda in aria. Galilei, invece, riteneva fossero frutto di un errore di percezione. Dalla disputa nacque l'opera *Il Saggiatore*⁴⁰, in cui Galilei si impegnò a smontare le tesi di Grassi.

L'aspetto peculiare della vicenda sta nel fatto che nel caso di specie Galilei si sbagliava ed era la tesi di Grassi ad avvicinarsi maggiormente al vero. Eppure il primo, come ben spiegato nel *Il Saggiatore*, che può considerarsi un vero e proprio manifesto dell'epistemologia, aveva impiegato un metodo che consentiva di dare i caratteri della scientificità alle sue affermazioni, e, ciò che è più importante, che ha consentito che le stesse fossero successivamente confutate.

Galilei aveva argomentato sulla base delle evidenze empiriche che, al tempo in cui scrisse l'opera, mostravano come la rotazione degli oggetti producesse un effetto di

³⁸ R. MONDOLFO, *Il pensiero di Galileo e i suoi rapporti con l' antichità e con il Rinascimento*, in *Figure e idee della filosofia del Rinascimento*, Firenze, 1963-1970, 118 ss.

³⁹ Per una più approfondita descrizione della vicenda L. CANOVA, *Galileo Reloaded*, cit., 70 ss.

⁴⁰ G. GALILEI, *Il saggiatore*, a cura di L. SOSIO, Milano, 2015.

raffreddamento⁴¹. In epoche successive è divenuto però possibile dimostrare che, al contrario, a velocità siderali l'aria si scalda e, quindi, confutare la tesi galileiana.

Grassi aveva invece utilizzato a sostegno della propria tesi argomenti sostanzialmente fondati sull'autorevolezza di quanto scritto da altri prima di lui. In tal modo dunque non aveva sostenuto alcunché di scientifico, ma era rimasto nell'ambito della metafisica, o della mera asserzione. Un ambito, ossia, che non ammette confutazione e in cui è precluso quindi il progredire che è proprio del sapere scientifico, che si fonda proprio sul rapporto dialettico tra tesi e confutazione della stessa.

L'importanza della falsificabilità, confutabilità, o controllabilità, della tesi scientifica è stata in particolare evidenziata da Popper nelle sue opere.

Egli arriva infatti ad individuare proprio nella falsificabilità il criterio sulla cui base andrebbe operata la distinzione tra scienza e pseudoscienza.

Il ragionamento di Popper si inseriva nell'ambito di un contrasto apertosi nel dibattito epistemologico, che vedeva contrapposti sostenitori del metodo induttivo e sostenitori del metodo deduttivo.

Il metodo scientifico nasce come metodo induttivo, che ha come punto di partenza, e come fondamento, l'osservazione e lo svolgimento di esperimenti. Secondo i positivisti, tramite l'induzione, dall'osservazione di casi particolari è possibile passare alla formulazione della regola generale. La garanzia della connessione tra il mondo e la rappresentazione dello stesso che si giunge a dare tramite il metodo induttivo sarebbe data da un "insieme di osservazioni neutrali"⁴².

Popper pose in luce i difetti del metodo induttivo come criterio di demarcazione, criticando le posizioni dei suoi contemporanei neopositivisti che fondavano la distinzione tra ciò che è scienza e ciò che è metafisica nella verificabilità empirica.

Egli osservò come «nessuna regola può mai garantire che una generalizzazione inferita da osservazioni vere, per quanto ripetute spesso, sia vera»⁴³.

Secondo Popper, il successo della scienza non sarebbe fondato su regole induttive ma dipenderebbe «dalla fortuna, dalla genialità, e dalle regole puramente deduttive»⁴⁴.

⁴¹ Osserva Galilei nel *Il Saggiatore*: «ora, a noi non mancano uova, né fionde, né uomini robusti che le girino, e pur non si cuocono, anzi, se fusser calde, si raffreddano più presto».

⁴² Sul tema C. BICCHIERI, *Ragioni per credere, ragioni per fare. Convenzioni e vincoli nel metodo scientifico*, Milano, 1988, 10.

⁴³ K. POPPER, *Congetture e confutazioni*, a cura di G. PANCALDI, Bologna, 1972, 95.

⁴⁴ K. POPPER, op. ult. cit., 96

L'induzione sarebbe in tale ottica «*un mito*», mentre il procedimento proprio della scienza consisterebbe nell'operare attraverso congetture, «*nel saltare alle conclusioni, spesso dopo una sola osservazione*»⁴⁵.

Ciò nonostante, nel pensiero di Popper l'empirismo è conservato e mantiene un ruolo centrale ai fini del “problema della demarcazione”, dato che «*il destino di una teoria, la sua accettazione o il suo rigetto, è deciso dall'osservazione e dall'esperimento – dal risultato dei controlli*»⁴⁶.

In questa diversa prospettiva, dunque, dall'esperienza non può inferirsi alcuna teoria scientifica, bensì – sulla base di una inferenza puramente deduttiva – soltanto la falsità di una teoria. Di qui la nota tesi per cui il criterio di demarcazione tra ciò che è scienza e ciò che non lo è sarebbe dato dalla “falsificabilità”: una teoria sarebbe accettabile e qualificabile come scientifica solo allorché superi i controlli empirici ad essa praticabili in un certo momento storico. Restano di conseguenza escluse dall'ambito di ciò che può dirsi scientifico le teorie che non sono a priori in alcun modo falsificabili, poiché non confutabili da alcun avvenimento concepibile⁴⁷.

Da questa breve ricostruzione emerge come il “problema della demarcazione” non si risolva del tutto facendo semplicemente rinvio al metodo scientifico.

Ciò vale a maggior ragione se si considera come la filosofia “post-empirista”⁴⁸ abbia evidenziato molti punti deboli della nozione classica del metodo empirico. In particolare è stato dalla più recente filosofia sostenuto che non esistano dati sperimentali o osservazioni che possano dirsi neutrali, non interpretati, in quanto è la teoria stessa a guidare l'esperimento e a offrire le categorie e i concetti per interpretare.

⁴⁵ K. POPPER, op. ult. cit., 96.

⁴⁶ K. POPPER, op. ult. cit., 98.

⁴⁷ In tal senso K. POPPER, op. ult. cit., 64 ss., escludendo la scientificità delle teorie di Freud e di Adler, osserva: «*non riuscivo a concepire alcun comportamento umano che non potesse interpretarsi nei termini dell'una o dell'altra teoria. Era precisamente questo fatto – il fatto che dette teorie erano sempre adeguate e risultavano sempre confermate – ciò che agli occhi dei sostenitori costituiva l'argomento più valido a loro favore. Cominciai a intravedere che questa loro apparente forza era in realtà il loro elemento di debolezza*». Concludendo che «*ogni teoria scientifica “valida” è una proibizione: essa preclude l'accadimento di certe cose. Quante più cose preclude, tanto migliore essa risulta*» e che «*una teoria che non può essere confutata da alcun evento concepibile, non è scientifica. L'inconfutabilità di una teoria non è (come spesso si crede) un pregio, bensì un difetto*».

⁴⁸ Si veda T. S. KUHN, *The Structure of Science Revolutions*, Chicago, 1962; N. CARTWRIGHT, *How the Laws of Physics Lie*, Oxford, 1983; I. HACKING, *Representing and Inventing*, Cambridge, 1983.

Si è fatta dunque ultimamente strada l'idea per cui le teorie scientifiche non sono controllabili ricorrendo a dati empirici indipendenti, poiché i risultati dell'osservazione sono resi intellegibili proprio dalla teoria che si dovrebbe controllare.

A ciò si deve aggiungere il problema della proliferazione di metodi differenti in relazione alla molteplicità delle comunità scientifiche, per cui alla diversità dei contesti scientifici risulta corrispondere una pari diversità di metodi⁴⁹.

L'individuazione del metodo scientifico come criterio di demarcazione, se può dunque risolvere il problema dello stabilire che cosa caratterizzi il sapere scientifico, d'altro lato apre altri, e altrettanto complessi, problemi. Posto che di "metodi scientifici", più che di metodo scientifico, sembra doversi parlare, si apre anzitutto il problema di stabilire quando una teoria possa dirsi elaborata sulla base di un metodo qualificabile come scientifico.

Tuttavia, nonostante la complessità della questione, pare comunque possano trarsi talune conclusioni. In particolare, sembra potersi dire che l'esperienza permanga elemento centrale rispetto al problema della demarcazione, essendo lo strumento sulla cui base potersi operare, vuoi la falsificazione di teorie scientifiche, vuoi la verifica delle stesse. Di qui, dunque il persistere dell'idea per cui il pensiero non possa da sé solo condurre a una conoscenza qualificabile come scientifica.

L'individuazione di elementi e criteri sulla cui base potersi distinguere ciò che è dotato di valenza scientifica da ciò che invece non lo è risponde peraltro a un'esigenza di grande attualità che – considerato come il fenomeno della circolazione di *fake-news*, sovente architettate in modo da mostrare una parvenza di scientificità, sia incrementato esponenzialmente negli ultimi anni – può dirsi stia assumendo sempre maggior rilievo con riguardo alla fase dell'attività scientifica che si sostanzia nella diffusione dei risultati della ricerca. Si tratta di un problema quindi sempre più strettamente legato a quello della distinzione tra scienza e opinione e quindi, parallelamente, al problema dei rapporti tra libertà della scienza e libertà di manifestazione del pensiero.

Per quanto attiene al rapporto tra scienza e opinione, non pare esservi dubbio che esse permangano categorie concettuali distinte.

Se, tuttavia, nell'antichità la distinzione era fondata sulla contrapposizione tra ciò che è vero e certo in assoluto e ciò che è incerto, attualmente, essendo assodato che

⁴⁹ Sul tema C. BICCHIERI, *Ragioni*, cit.,41.

l'incertezza ben può caratterizzare anche il sapere scientifico, occorre invece ricorrere a un diverso criterio di demarcazione.

Tale criterio, come si è visto, è individuato principalmente nel metodo: si considera scientifica la teoria frutto di un procedimento che può dirsi conforme al metodo scientifico o, forse più correttamente, al metodo accolto dalla comunità scientifica di riferimento, mentre ciò che è mero frutto del pensiero resta nell'ambito dell'opinione.

La distinzione tra scienza e opinione è centrale per l'analisi dei rapporti tra libertà della scienza e libertà di manifestazione del pensiero.

L'art. 21 Cost. riconosce una libertà che, visto il riferimento al pensiero, ben potrebbe ritenersi includere anche l'attività di esternazione di teorie scientifiche, in quanto esse sono in ogni caso frutto del ragionamento, e quindi del pensiero.

In parallelo, però, la libertà di diffusione di conoscenze e teorie scientifiche dovrebbe ritenersi riconducibile all'art. 33, comma 1, Cost., quale corollario della libertà della scienza. La tutela del pluralismo pare infatti necessaria per il funzionamento stesso del metodo scientifico, che si è visto caratterizzarsi proprio per la confutabilità o falsificabilità delle tesi scientifiche.

Molto interessanti sul punto sono le riflessioni di Sheila Jasanoff che, commentando il nuovo corso della politica e della scienza americana, ha osservato come «*the very virtues that make democracy work are also those that make science work: a commitment to reason and transparency, an openness to critical scrutiny, a skepticism toward claims that too nearly support reigning values, a willingness to listen to countervailing opinions, a readiness to admit uncertainty and ignorance, and a respect for evidence gathered according to the sanctioned best practices of the moment*»⁵⁰, e come dunque le condotte corrette della scienza e della democrazia si fondino su taluni medesimi valori.

Il progresso della scienza presuppone e si basa sulla falsificabilità e perfezionabilità delle teorie scientifiche, per cui la libertà di diffondere gli esiti dei propri studi scientifici non può che considerarsi elemento imprescindibile per la realizzazione di quelle forme di contraddittorio che consentono il progredire della scienza; così come la libertà di manifestazione del pensiero è elemento indispensabile per una democrazia.

⁵⁰ S. JASANOFF, *The essential Parallel Between Science and Democracy*, in *See Magazine*, Febbraio 2009.

Le due libertà dunque sono strettamente connesse⁵¹ e condividono la medesima *ratio*, essendo entrambe espressione del divieto di monismo ideologico che permea l'intero ordinamento, ma non paiono tuttavia identiche.

Si potrebbe anzitutto sostenere che in parte diverso sia il loro fondamento: la libertà di manifestazione del pensiero, di cui all'art. 21 della Costituzione, è imprescindibile diritto della persona in quanto tale e caposaldo di ogni ordinamento che possa dirsi democratico, mentre la libertà di diffondere il pensiero scientifico pare avere distinto fondamento nell'art. 33 della Costituzione ed è diritto proprio dello scienziato, oltre che strumento essenziale per il progresso scientifico. Si potrebbe in altre parole dire che l'una è garanzia di "pluralismo ideologico", mentre l'altra di "pluralismo assiologico".

Gran parte della dottrina, peraltro, ritiene che diversa sia anche la tutela che è assicurata alle libertà in questione, e che in particolare taluni limiti previsti per la libertà di manifestazione del pensiero non dovrebbero valere per la scienza⁵².

Si potrebbe inoltre aggiungere che al contempo vi sono specifici limiti propri della libertà della scienza che non valgono invece rispetto alla libertà di manifestazione del pensiero. In particolare, di libertà della scienza potrà trattarsi solo fintanto che la teoria oggetto dell'attività di diffusione possa effettivamente qualificarsi come scientifica. Di qui l'importanza dei criteri di demarcazione.

Casi, come quelli che recentemente si sono registrati in materia di vaccinazioni obbligatorie⁵³, andrebbero quindi analizzati dando rilievo ai criteri discretivi tra scienza e opinione e a come la tutela della libertà della scienza sussista fintanto che trattasi della diffusione di tesi qualificabili come scientifiche e cessi invece laddove a essere oggetto di diffusione siano mere opinioni prive di valore scientifico. In tale ultimo caso permarrà, ove ve ne siano le condizioni, la tutela della libertà di espressione del pensiero, come

⁵¹ S. JASANOFF, *The essential*, cit, osserva come «*the birth of exeperimental science coincide with the rise of democratic accountability in politics. Where democracy is strong today, there science also enjoys a respected place. In strengthening democratic values, we also renew the preconditions for scientific discovery and technologicla innovation*».

⁵² In tal senso si veda S. FOIS, *Principi costituzionali e libera manifestazione del pensiero*, Milano, 1957, 47 ss.; A. MURA, *Rapporti etico-sociali*, in AA. VV., *Commentario della Costituzione a cura di G. Branca*, Milano, 1975

⁵³ Il riferimento è in particolare alla decisione dell'Ordine dei medici di radiare alcuni medici che si erano espressi in senso contrario all'obbligo vaccinale e che avevano sostenuto la sussistenza di una connessione causale tra taluni vaccini e gravi patologie, come l'autismo.

fondamentale diritto della persona umana, ma non verrà in rilievo alcuna esigenza di tutela del pluralismo assiologico, della dignità dello scienziato e, in generale, della libertà della scienza.

2.4. *Limiti alla libertà della scienza: il rapporto tra la scienza e le altre libertà costituzionali*

Il rapporto tra scienza e diritti presenta connotati del tutto peculiari.

È nota infatti l'enorme influenza che il progresso scientifico ha sui diritti⁵⁴, sia nel senso positivo di aumento delle possibilità di tutela, sia nel senso negativo di incremento dei pericoli e delle possibilità di lesione.

Si è osservato come proprio al progresso scientifico si debba la nascita di nuovi diritti di libertà e di nuovi diritti sociali. Come chiaramente spiegato da Bobbio, i diritti non nascono tutti in una volta ma «nascono quando devono e possono nascere»⁵⁵. E, in particolare, «nascono quando l'aumento del potere dell'uomo sull'uomo, che segue inevitabilmente al progresso tecnico, cioè al progresso della capacità dell'uomo di dominare la natura e gli altri uomini, crea o nuove minacce alla libertà dell'individuo oppure consente nuovi rimedi alla sua indigenza: minacce cui si contravviene con richieste di limiti del potere; rimedi cui si provvede con la richiesta allo stesso potere di interventi protettivi. Alle prime corrispondono i diritti di libertà o a un non fare dello stato, ai secondi, i diritti sociali o a un fare positivo dello stato»⁵⁶.

Visto l'enorme impatto che il progresso scientifico ha sulla vita e sui diritti delle persone, risulta difficile mantenere una visione della scienza come completamente distaccata e autonoma dalla società. Si è osservato infatti che l'influenza di fattori esterni interviene inevitabilmente, quantomeno nella fase di scelta dell'oggetto dell'indagine scientifica e di elaborazione delle ipotesi⁵⁷.

⁵⁴ Sul rapporto tra la tutela dei diritti fondamentali e lo sviluppo scientifico e tecnologico A. RUGGERI, *La "federalizzazione" del diritto fondamentali, all'incrocio tra etica, scienza e diritto*, in *Rivista di diritto dei media*, II, 2018.

⁵⁵ N. BOBBIO, *L'età dei diritti*, Torino, 1990, XV.

⁵⁶ N. BOBBIO, *L'età*, cit.

⁵⁷ N. NEGROTTI, *Metodo scientifico e legittimazione della sociologia*, in *Scientia*, settembre-ottobre 1971, 26.

Si pone quindi il problema del coordinamento tra l'attività scientifica e le esigenze sociali. Problema sentito tanto da parte della società che da parte della comunità scientifica.

L'impatto che il sapere scientifico ha sulla società espone gli scienziati a influenze esterne, che chiaramente riducono l'autonomia scientifica, quantomeno circa la scelta dell'oggetto di indagine, ma al contempo proprio la presa di coscienza della portata dell'impatto che il sapere scientifico può avere sulla società ha fatto sorgere nella comunità scientifica un vivo interesse per l'impiego che delle conoscenze scientifiche viene fatto e la volontà di poter controllare il ruolo della scienza nella società.

Interessanti sul punto sono le dichiarazioni rese negli anni '60 dalla *American Association for the Advancement of Science* (AAAS) circa il ruolo degli scienziati nel contrastare le guerre e l'esigenza che si procedesse alla fondazione di una nuova "scienza per la sopravvivenza umana"⁵⁸.

Si tratta di un problema che può essere affrontato sotto molteplici punti di vista.

Ciò che qui interessa è affrontare la questione del rapporto tra scienza e diritti partendo dal presupposto che la scienza è anzitutto essa stessa oggetto di una libertà costituzionalmente tutelata.

Trattasi infatti di un presupposto che determina importanti implicazioni circa il rapporto tra scienza e diritti, nonché circa i margini entro cui il potere statale può limitare o influenzare l'esercizio di tale libertà.

Il riconoscimento che la scienza è libera fornisce anzitutto una prima fondamentale indicazione circa la sussistenza di uno spazio di libertà, ossia di un diritto di difesa da interventi esterni, anche, e soprattutto, se di tipo statale. La Costituzione ci dice quindi in primo luogo che la scienza è esterna allo Stato⁵⁹ e che la tutela dell'autonomia scientifica è costituzionalmente dovuta.

Tuttavia nessun diritto costituzionale può dirsi completamente assoluto: ogni diritto, per quanto fondamentale, è suscettibile di subire limitazioni qualora indispensabili perché non siano pregiudicati nel loro nucleo essenziale altri diritti di pari valore.

⁵⁸ Sul tema M. TALLACCHINI, *Politiche della scienza contemporanea: le origini*, in S. RODOTÀ-M. TALLACCHINI (a cura di), *Trattato di biodiritto*, Milano, 2010, 61.

⁵⁹ A. ORSI BATTAGLINI, *Libertà scientifica*, cit., 105.

Qualsiasi diritto di libertà se esercitato in danno al nucleo essenziale di altri diritti diviene esercizio di un potere non meritevole di tutela costituzionale.

L'esigenza di tutela di diritti su cui l'attività scientifica incide negativamente può quindi rendere costituzionalmente necessaria l'imposizione di limiti a tale attività, la quale, peraltro, ove esercitata in spregio di diritti e libertà della persona cesserebbe di essere esercizio di una libertà e diverrebbe piuttosto una forma di potere privo di legittimazione costituzionale⁶⁰.

È ad esempio noto come la tutela della salute e della dignità della persona abbia reso impellente l'introduzione, a livello nazionale e internazionale, di una disciplina delle attività di sperimentazione su soggetti umani.

La rilevanza costituzionale dell'autonomia scientifica dovrebbe però comportare che limitazioni della stessa possano considerarsi legittime nei soli limiti in cui siano indispensabili per la tutela di altri diritti o libertà costituzionali, pena una sostanziale vanificazione della portata precettiva delle disposizioni costituzionali sulla scienza.

Secondo le regole del bilanciamento tra diritti, la legittimità di un intervento statale limitativo della libertà della scienza dovrebbe quindi implicare una verifica circa la rilevanza costituzionale dell'interesse perseguito dall'intervento; circa la portata della limitazione, che non dovrebbe essere tale da comprimere completamente un diritto a discapito dell'altro; e infine circa la proporzionalità dell'intervento⁶¹.

Non sempre è tuttavia agevole la precisa definizione di tali limiti all'intervento statale, specie laddove esso incida su attività strettamente connesse a questioni di ordine etico-morale.

Particolarmente dibattuta è stata la legittimità della disciplina legislativa introdotta in materia di ricerca scientifica su embrioni umani.

La legge n. 40 del 2004 ha vietato espressamente ogni tipo di sperimentazione su embrioni umani (art. 13, comma 1), salvo che la ricerca persegua finalità esclusivamente terapeutiche e diagnostiche volte alla tutela della salute e allo sviluppo degli stessi embrioni (art. 13, comma 2).

⁶⁰ C. CASONATO, *La scienza come parametro interposto di costituzionalità*, in *Rivista AIC*, II, 2016, spiega come ad esempio «una ricerca biomedica che rifiuti qualsiasi limite esterno rischi di trasformarsi in un potere incontrollato, alla stregua di quelli per la cui limitazione il costituzionalismo ha trovato la sua stessa ragione di nascere e di espandersi».

⁶¹ Sul tema del bilanciamento R. BIN, *La Corte e la scienza*, cit.

L'assolutezza del divieto ha suscitato non poche perplessità. In particolare, parte della dottrina ha obiettato che la regole del bilanciamento tra diritti non sarebbero state correttamente osservate⁶², avendo il legislatore attribuito assoluta prevalenza alla tutela della dignità dell'embrione rispetto a quella della libertà scientifica, senza operare alcuna differenziazione in termini di disciplina a seconda delle molteplici fattispecie che in materia sono configurabili.

La tutela dell'embrione trova copertura costituzionale all'art. 2 Cost. e, come riconosciuto dalla Corte costituzionale nella sentenza n. 229 del 2015⁶³, è «*suscettibile di "affievolimento" (al pari della tutela del concepito: sentenza n. 27 del 1975), ma solo in caso di conflitto con altri interessi di pari rilievo costituzionale (come il diritto alla salute della donna) che, in temine di bilanciamento, risultino, in date situazioni, prevalenti*»⁶⁴.

Il divieto assoluto di sperimentazione preclude tuttavia qualsiasi tipo di affievolimento a favore della ricerca scientifica, se non per quei casi, sostanzialmente impossibili, in cui la ricerca vada a favore dello stesso embrione oggetto di sperimentazione. La ricerca è quindi preclusa anche ove si tratti di embrioni malati, o dei quali non sia noto lo stato di salute, il cui impianto sia stato rifiutato dalla coppia generatrice, che invece intenda destinarli alla ricerca scientifica.

La Corte costituzionale, chiamata a pronunciarsi sul tema, ha escluso che la disposizione realizzasse una irragionevole violazione della libertà di ricerca scientifica, ritenendo la scelta legislativa non sindacabile per le complesse problematiche sottese, che renderebbero le decisioni in materia sostanzialmente riservate al legislatore.

Tali considerazioni della Corte in parte stupiscono, se si considera come la Corte stessa in altri casi attinenti a questioni altrettanto delicate non si sia astenuta dal censurare le scelte legislative. Nella sentenza n. 151 del 2009, ad esempio, la Corte ha dichiarato l'illegittimità costituzionale della legge n. 40 del 2004 nella parte in cui prevedeva il

⁶² In senso critico R. BIN, *Libertà di ricerca scientifica in campo genetico*, in M. D'AMICO-B. RANDAZZO (a cura di), *Alle frontiere del diritto costituzionale. Scritti in onore di Valerio Onida*, Milano, 2011, osserva come «*un divieto così rigido e generale potrebbe essere giustificato soltanto se la sperimentazione colpita fosse sicuramente pregiudizievole per interessi sociali altamente apprezzabili e largamente condivisi, e non risultasse essenziale alla ricerca scientifica; oppure servisse un tipo di ricerca di così "basso livello" da non reggere il confronto con l'importanza degli interessi minacciati*».

⁶³ Corte cost., sent. 21 ottobre 2015, n. 229.

⁶⁴ In tal caso la Corte concluse per la legittimità costituzionale del bilanciamento, in quanto la questione aveva ad oggetto il divieto di soppressione degli embrioni, anche se malati, non invece, come nel caso oggetto della sentenza n. 84 del 2016, la loro destinazione a scopi di ricerca.

divieto alla creazione di embrioni in un numero superiore a tre e l'obbligo di unico e contestuale impianto degli stessi, osservando come il bilanciamento operato dal legislatore peccasse di irragionevolezza, in quanto foriero di una eccessiva tutela dell'embrione a discapito del diritto alla salute della donna⁶⁵.

Si potrebbe dunque sostenere che le conclusioni raggiunte nella sentenza n. 84 del 2016⁶⁶ – benché sorrette principalmente da considerazioni circa le problematiche di ordine etico inerenti alla materia e il conseguente ampio margine di discrezionalità del legislatore – sottendano una ulteriore considerazione: la Corte pare aver implicitamente a priori escluso che la libertà della scienza, diversamente dal diritto alla salute, abbia una consistenza tale da poter rendere, da sé sola, costituzionalmente necessario un affievolimento della tutela dell'embrione. Pare cioè implicito un assunto che mal si concilia con la tutela che la Costituzione riconosce alla scienza e che si pone, però, in linea di continuità con la tendenza di cui si è detto al riconoscimento di uno scarso rilievo applicativo alle disposizioni costituzionali in materia di libertà della scienza.

Si è detto in principio che il rapporto tra la scienza e i diritti costituzionalmente garantiti è complesso, in quanto l'esercizio di attività scientifiche può non solo essere pregiudizievole, e quindi porsi in rapporto di conflitto con altri diritti costituzionali, ma è anche elemento essenziale per la tutela e il soddisfacimento di un sempre maggior numero di diritti.

Nel secondo caso il sapere scientifico risulta strumentale e essenziale per la tutela di altri diritti costituzionali: si istaura dunque un rapporto tra scienza e diritti che può essere definito “di strumentalità”, o anche, sotto un diverso punto di vista, “di dipendenza”.

⁶⁵ Nella sentenza è stato osservato come il limite posto a tutela dell'embrione minasse il diritto alla salute della donna, in quanto «*deve rilevarsi che il divieto di cui al comma 2 dell'art. 14 determina, con la esclusione di ogni possibilità di creare un numero di embrioni superiore a quello strettamente necessario ad un unico e contemporaneo impianto, e comunque superiore a tre, la necessità della moltiplicazione dei cicli di fecondazione (in contrasto anche con il principio, espresso all'art. 4, comma 2, della gradualità e della minore invasività della tecnica di procreazione assistita), poiché non sempre i tre embrioni eventualmente prodotti risultano in grado di dare luogo ad una gravidanza. Le possibilità di successo variano, infatti, in relazione sia alle caratteristiche degli embrioni, sia alle condizioni soggettive delle donne che si sottopongono alla procedura di procreazione medicalmente assistita, sia, infine, all'età delle stesse, il cui progressivo avanzare riduce gradualmente le probabilità di una gravidanza*»

⁶⁶ Corte cost., sent. 22 marzo 2016, n. 84.

Ciò significa, anzitutto, che la lesione della libertà dello scienziato può ripercuotersi negativamente su altri diritti costituzionalmente protetti.

Si può ad esempio pensare a come una legge che in modo del tutto irragionevole vietasse la prosecuzione dell'attività di ricerca in un certo ambito medico, oltre che ledere la libertà dello scienziato, tutelata *ex artt.* 9 e 33 Cost., inevitabilmente avrebbe ripercussioni negative sul diritto alla salute dei pazienti.

In secondo luogo, è importante porre in evidenza come la sussistenza di una tale correlazione tra scienza e diritti, in virtù della quale la tutela di diritti si trova a dipendere dalla disponibilità di conoscenze scientifiche, possa sfociare in una configurazione della scienza in termini di potere.

Anche, e forse ancor più, quando l'esercizio dell'attività scientifiche è strumentale alla tutela di diritti, si può concretizzare quindi il rischio che la scienza da libertà divenga potere, e che i diritti stessi si trovino alla mercé di tale potere.

Tale passaggio da libertà a potere può in particolare verificarsi allorché la rilevanza che il sapere scientifico riveste nella garanzia dei diritti porti all'attribuzione di funzioni che fortemente incidono su diritti costituzionalmente tutelati a soggetti dotati di particolari competenze tecnico-scientifiche. Si è parlato a riguardo di c.d. "contratto sociale con la scienza"⁶⁷, indicando con tal termine le deleghe di potere e funzioni che la società compie nei confronti del sapere scientifico.

Bisogna a riguardo precisare che, se la tutela di diritti implica lo svolgimento di valutazioni tecnico-scientifiche, è chiaro che per una effettiva tutela degli stessi il compito di svolgere suddette valutazioni debba essere attribuito dall'ordinamento a soggetti dotati delle necessarie competenze tecniche, anzi pare che ciò sia costituzionalmente necessario. Tuttavia, come si vedrà più approfonditamente oltre, può in concreto non essere chiara la distinzione tra decisioni di carattere scientifico e decisioni di altro tipo.

Particolarmente interessante sul punto può essere uno studio del rapporto medico-paziente.

La scienza medica è volta alla cura e alla ricerca di nuove e più efficaci modalità di cura: per tale ragione l'ordinamento riserva al medico la legittimazione allo

⁶⁷ D. H. GUSTON, *Retiring the Social Contract for Science*, in *Issues in Science and Technology*, Summer 2000, http://www.issues.org/issues/16.4/p_guston.htm; M. TALLACCHINI, *Politiche della scienza*, cit., 69-70.

svolgimento di certe funzioni, tra cui, ad esempio, la scelta del trattamento cui sottoporre il paziente. La *ratio* è chiaramente quella di garantire che la decisione sia adottata dal soggetto dotato delle competenze scientifiche necessarie, e quindi di garantire massima tutela al diritto alla salute dei pazienti.

Nell'espletamento di tali funzioni il medico svolge un'attività scientifica, quindi riconducibile al concetto di libertà della scienza di cui all'art. 33 Cost., che gode delle relative garanzie, peraltro essenziali, come si è detto, per la stessa tutela della salute dei pazienti: minare l'autonomia del medico equivale a inficiare l'esito della valutazione scientifica e quindi l'efficacia del trattamento.

Ciò non significa tuttavia che l'attività medica non sia soggetta a una regolamentazione e non debba svolgersi nel rispetto di precisi limiti. La legge in particolare individua nel consenso informato del paziente la condizione imprescindibile di legittimità del trattamento medico.

La necessità del consenso garantisce che l'attività medica rimanga funzionale alla tutela del diritto alla salute del paziente – inteso nella sua accezione di diritto, non solo alla cura, ma anche al non essere curati – ed evita dunque che il possesso di sapere scientifico divenga fonte di un potere indiscriminato del medico sul paziente.

Trattasi di una disciplina costituzionalmente imposta, dato che l'articolo 32 Cost. prevede che solo il potere legislativo, a determinate condizioni, possa introdurre trattamenti sanitari obbligatori e dato che, d'altro canto, l'art. 33 Cost. definendo la scienza come oggetto di una libertà non potrebbe essere fondamento per una ricostruzione delle attribuzioni del medico in termini di potere.

Il rischio in questi casi nasce quindi dal rapporto di dipendenza che inevitabilmente lega il diritto di autodeterminazione terapeutica alla valutazione medica. Si tratta infatti di un diritto che dipende in tutto e per tutto dalla sussistenza di presupposti che sono forniti dalla stessa scienza medica⁶⁸.

In questi casi non si tratterebbe quindi tanto di un problema di bilanciamento tra libertà della scienza e altri diritti costituzionali, ma piuttosto di evitare che la strumentalità del sapere scientifico alla tutela di diritti renda i depositari di tale sapere “padroni” dei diritti medesimi.

⁶⁸ D. MAFFEIS, *Prometeo incatenato: la redazione non informata, o informata per modo di dire, e l'attenuata vincolatività delle DAT*, in *Resp. Civ. e prev.*, fasc. 5, 2018, 1436 ss.

Il problema è presente forse in maniera ancor più consistente in altri ambiti, specie con riferimento alla scienza destinata alle scelte pubbliche⁶⁹. Ossia in quegli ambiti in cui la scienza è condizione, non per l'adozione di scelte individuali, ma per l'adozione di scelte da parte di poteri pubblici.

3. *La scienza e il diritto*

Il diritto, inteso come l'insieme delle disposizioni normative di vario livello di cui l'ordinamento si compone, è strumento tramite cui le interazioni tra scienza e potere pubblico trovano disciplina e formalizzazione.

L'analisi delle disposizioni vigenti in un ordinamento giuridico è imprescindibile dato di partenza ai fini di una ricostruzione dei termini in cui il potere e la scienza si relazionano tra loro. Può dirsi infatti che i rapporti tra scienza e diritto siano specchio dei rapporti vigenti in certo momento storico tra scienza e potere politico.

Si è visto, in relazione al rapporto tra scienza e potere politico, come siano individuabili due direzioni opposte⁷⁰, e come, a seconda delle fasi storiche, possa configurarsi una totale prevalenza dell'una rispetto all'altra, oppure, come più frequentemente accade, esse possano coesistere e attenuarsi vicendevolmente.

In particolare, da un lato, sono rinvenibili tentativi del potere politico di imporre la propria supremazia sulla scienza, vuoi ostacolando il progresso scientifico perché avvertito come minaccia, vuoi invece limitando l'autonomia scientifica per piegare la scienza al mero perseguimento di obiettivi politici.

A un tale atteggiarsi dei rapporti tra scienza e politica si associa normalmente la presenza nell'ordinamento di disposizioni che ignorano la natura e le caratteristiche della scienza e ne pregiudicano le potenzialità.

⁶⁹ M. TALLACCHINI, *Politiche della scienza*, cit., 73, distingue tra «*scienza pura*», che è prevalentemente guidata dalla curiosità del ricercatore, «*scienza applicata*», che è orientata da un progetto e si propone particolari ricadute pratiche, e «*scienza destinata a scelte pubbliche*», che «*deve contribuire alla definizione di questioni che, dovendo trovare applicazione sociale, sono legate a valutazioni ampie ed esigono in ultima istanza una scelta politica, anche laddove si presentino come problemi tecnico-scientifici*».

⁷⁰ C. CASONATO, *La scienza come parametro interposto di costituzionalità*, cit.

È tramite il diritto, infatti, che il potere politico può esercitare la propria influenza sulla scienza, ad esempio riservandosi il compito di selezione e cristallizzazione della regola tecnica, con esclusione di rinvii ai tecnici, anche addirittura prescindendo dalle indicazioni provenienti dal mondo scientifico.

D'altro lato, si è visto come possa invece essere la scienza a imporsi unilateralmente come potere concorrente a quello politico.

Un tale atteggiarsi della scienza è reso possibile da una rinuncia del diritto a limitare e regolamentare l'attività scientifica.

A riguardo si osserverà come sia del tutto fisiologica, e anzi entro certi limiti costituzionalmente necessaria, la presenza di disposizioni normative che rinviano alle determinazioni dei tecnici e che consentono in tal modo alla scienza di penetrare nel diritto e finanche di divenire essa stessa fonte normativa, ma anche come, d'altro lato, la portata di tali rinvii possa divenire tale da determinare una trasformazione della scienza in un "quarto potere dello Stato".

Il rapporto tra scienza e diritto – e quindi si potrebbe dire tra scienza e potere politico – pare dunque strettamente correlato ad aspetti formali e procedurali⁷¹, sebbene dai rilevanti risvolti sostanziali, e in particolare a come la titolarità delle valutazioni tecniche è distribuita nell'ordinamento e a come l'espletamento di tale valutazione è organizzata.

Lo studio di tali profili sarà quindi centrale nel presente lavoro, che si propone infatti di verificare se siano nella Costituzione rinvenibili indicazioni in ordine alle modalità tramite cui l'attività di valutazione tecnica debba essere svolta e ai soggetti che a seconda dei casi debbano esserne titolari.

Ai fini di un tal tipo di analisi, pare opportuno previamente soffermarsi sulla nozione stessa di valutazione tecnica, e sui concetti, ad essa strettamente connessi, di discrezionalità tecnica e di norma tecnica.

3.1. *Valutazioni tecniche e norme tecniche*

È nell'ambito degli studi in materia di discrezionalità tecnica della pubblica amministrazione che si è avuta una progressiva emersione della tecnica, intesa come

⁷¹ A. ORSI BATTAGLINI, *Libertà scientifica*, cit., 105.

“tecnicità”, quale limite al potere amministrativo, e della norma tecnico-scientifica, nella cui applicazione si sostanzia la valutazione discrezionale, quale fulcro del rapporto tra tecnica e potere pubblico.

Le norme tecniche hanno successivamente iniziato ad essere oggetto di studio, non solo rispetto al loro momento applicativo, ossia della discrezionalità tecnica, ma anche con riguardo al problema della loro produzione, del loro rapporto con le norme giuridiche e della loro collocazione nel sistema delle fonti del diritto.

Nell’ambito di questo genere di studi sulla normazione tecnica è emerso come diverse siano le modalità in cui la saldatura tra tecnica e diritto può realizzarsi e diversi i livelli di sovrapposizione tra norma tecnica e norma giuridica che ne possono discendere⁷².

In primo luogo, il modello più tradizionale di giuridificazione della norma tecnica è dato dalla incorporazione della stessa nella norma giuridica. In questi casi la norma tecnica è riprodotta o trascritta nella norma giuridica, risulta in quest’ultima assorbita e ne acquista dunque le caratteristiche e la forza.

Si pensi a titolo di esempio alle norme che stabiliscono le soglie oltre le quali determinate sostanze sono da considerarsi munite di efficacia drogante.

Si vedrà meglio oltre⁷³ come a tale incorporazione si associno una serie di problematiche legate alla difficile riconducibilità della tecnica al diritto⁷⁴. Così, ad esempio, l’identificazione dei soggetti autori della norma tecnica diviene ardua nel momento in cui essa è trasfusa in un testo normativo, o, ancora, l’irrigidimento della norma tecnica che discende dall’incorporazione nel testo giuridico risulta spesso difficilmente conciliabile con la mutevolezza che è propria del sapere tecnico-scientifico.

Trattasi di aspetti che hanno alimentato riflessioni dottrinali in ordine ai procedimenti di formazione e aggiornamento delle norme giuridiche che riproducono norme tecniche, e all’opportunità di un adattamento di tali procedimenti alle peculiarità che connotano la normazione tecnica.

⁷² Sul tema G. BACHELET, *L’attività tecnica*, cit., 85; F. GARRI, *La normazione tecnica in Italia*, in *Foro Amm.*, 1977, 1005 ss.; M. GIGANTE, *Effetti giuridici nel rapporto tra tecnica e diritto: il caso delle norme armonizzate*, in *Studi in memoria di Vittorio Bachelet*, Milano, 1987, 313 ss.; F. LEDDA, *Potere, tecnica e sindacato*, cit., 274;

⁷³ Cap. II.

⁷⁴ Sul tema M. GIGANTE, *Effetti giuridici*, cit., 319.

Altra modalità è invece quella del rinvio da parte di una norma giuridica a norme tecniche prodotte da soggetti, anche privati, dotati di specifiche competenze tecniche⁷⁵. In questi casi si è osservato come la tecnica venga sicuramente in maggiore e specifica considerazione e così anche gli autori delle norme. Gli aspetti problematici rispetto a tali rinvii non sono però pochi, specie se si considerano le difficoltà che a livello teorico si pongono in termini di qualificazione della natura assunta dalle norme tecniche in conseguenza del rinvio e di definizione del rapporto tra esse e le fonti dell'ordinamento giuridico. La legittimità stessa dei rinvii non è pacifica laddove essi assumono connotati che li avvicinano molto a vere e proprie attribuzioni di potere normativo in bianco.

La norma tecnica può poi non essere riprodotta, trascritta o evocata espressamente, ma risultare soltanto evocata indirettamente, mediante il richiamo di uno scopo per il cui raggiungimento risulti necessaria l'applicazione di conoscenze tecnico-scientifiche, o, più in generale, in quanto strumento necessario per la costruzione di concetti indeterminati cui la norma giuridica fa riferimento. Si è affermato che il diritto in tali casi «*fa propria la normatività inerente a questa o quella tecnica traducendola per ciò solo in normatività giuridica*»⁷⁶.

Si pensi, ad esempio, all'applicazione di conoscenze scientifiche che è resa necessaria dal riferimento presente nell'art. 88 c.p. al vizio di mente, ossia alla infermità che esclude la capacità di intendere e di volere.

Bisogna specificare che tutti tali esempi presuppongono una particolare accezione di tecnica e norma tecnica, strettamente collegata al sapere scientifico e specialistico.

⁷⁵ Si pensi a come, in seguito all'intervento della Corte costituzionale, la legge n. 40 del 2004, sulla procreazione medicalmente assistita, deleghi al medico la determinazione, caso per caso, del numero di embrioni da prodursi e da impiantarsi.

⁷⁶ Così F. LEDDA, *Potere*, cit., 264, con un richiamo, seppur cauto, alla dottrina della natura delle cose. Secondo l'Autore la natura delle cose «*non ha certo un valore normativo tale, da potersi imporre all'ordinamento giuridico come un dato indiscutibile; ma ciò evidentemente non esclude che l'ordinamento possa fare proprie le regole fondate sulla rilevazione dei rapporti tra i fenomeni naturali, quando l'osservanza di codeste regole condizioni il raggiungimento degli scopi che esso assume come propri. Ed anzi la natura delle cose che si rispecchia nelle stesse regole si impone veramente come una necessità, quando la norma giuridica sia rivolta appunto a controllare, modificare o comunque influenzare il corso di quei fenomeni, attraverso la mediazione dei comportamenti unanimi da essa qualificati nel senso del dovere o della facoltà*».

Trattasi però di una accezione di solo più recente elaborazione, a cui si affiancano i molti e diversi significati che la nozione di norma tecnica ha assunto nel tempo⁷⁷.

Una prima accezione di tecnica trova origine in epoche molto risalenti, in contrapposizione a tutto ciò che costituisce l'etica. La norma tecnica in questo senso indica un comportamento che non è buono in sé, ma è buono al raggiungimento di un determinato fine⁷⁸.

Tale nozione di tecnica, presente già nelle opere di Aristotele⁷⁹, fu oggetto di una teorizzazione sistematica ad opera di Kant⁸⁰, al quale si deve la qualificazione delle norme tecniche come imperativi ipotetici, ovvero imperativi che rappresentano la necessità pratica di un'azione quale mezzo per raggiungere un determinato fine, in contrapposizione agli imperativi categorici che prospettano un'azione come necessaria per sé stessa, senza relazione con nessun altro fine. Nel pensiero kantiano le norme giuridiche possono essere solo imperativi ipotetici, in quanto norme con cui è prescritta l'osservanza di determinati comportamenti perché condizioni per il conseguimento di un fine particolare, ossia la non inflizione della sanzione; viceversa solo gli imperativi categorici sono considerati contrassegnati da moralità, e quindi riconducibili all'ambito della morale.

Prendendo le mosse dalla filosofia kantiana, a inizio Novecento fu proprio in Italia che si svilupparono importanti teorizzazioni delle regole tecniche con particolare riferimento al diritto.

In particolare, Ravà pose in evidenza il rapporto di diretta derivazione che sussisterebbe tra norme tecniche e leggi di natura. L'Autore osservava infatti come, mentre la legge di natura dice che «*tutte le volte che si verifica A si verifica B*», la norma tecnica opera una inversione a scopo pratico, dicendo che «*se vuoi che si verifichi B,*

⁷⁷ Sul tema A. PREDIERI, *Le norme tecniche nello Stato pluralista e prefederativo*, in *Il diritto dell'economia*, II, 1996, 253.

⁷⁸ Sul tema A. PREDIERI, *Le norme tecniche*, cit., 257 ss.; F. SALMONI, *Le norme tecniche*, Milano, 2001; G. GOMETZ, *Le regole tecniche. Una guida refutabile*, Pisa, 2008, 22 ss.

⁷⁹ ARISTOTELE, *Etica Nicomachea*, a cura di C. MAZZARELLI, Milano, 2000, nel Libro IV, Cap. IV e V individua nel «*produrre*» e nell'«*agire*» le due tipologie di «*conoscenza relativa alle cose che si possono modificare con l'attività umana*», al produrre corrisponderebbe l'arte, ossia la tecnica, caratterizzata dalla necessità di agire in determinati modi al fine di realizzare l'opera, all'agire corrisponderebbe invece l'etica che si caratterizza non per l'agire bene per uno scopo determinato, ma per l'agire bene in genere.

⁸⁰ I. KANT., *Fondazione della metafisica dei costumi*, a cura di A. VIGORELLI, Milano, 1995.

procura che si verifichi A»⁸¹. Interrogandosi sulla vera essenza del diritto, giunse inoltre alla conclusione per cui il diritto, in quanto «*insieme di quelle norme le quali prescrivono la condotta che è necessario sia tenuta dai componenti la società acciocché la società stessa possa esistere*», altro non sarebbe che un insieme di norme tecniche, o meglio, di «*norme che sono come norme tecniche*», avendone la medesima struttura⁸².

Nella teoria generale per norme tecniche – anche dette norme condizionali, finali o strumentali – si intende dunque una categoria assai ampia, atta a comprendere un insieme di disposizioni, ivi anche norme giuridiche, se non addirittura tutte le norme giuridiche, che si caratterizzano per una determinata struttura logica.

A tale nozione si affianca però una nozione diversa, di tipo contenutistico, che si fonda su una configurazione delle norme tecniche come norme che si basano su cognizioni e giudizi specialistici⁸³ e che più rileva ai fini dell'analisi dei rapporti tra scienza e diritto.

Nel diritto tale configurazione della norma tecnica ha in particolare preso forma nell'ambito degli studi sulla sindacabilità della discrezionalità tecnica della p.a., ossia nell'ambito del processo di progressiva individuazione delle caratteristiche proprie della particolare forma di attività valutativa della p.a. che si sostanzia nell'applicazione di regole tecnico-scientifiche.

Le prime ricostruzioni dottrinali sul tema presero però le mosse da una ampia nozione di discrezionalità tecnica, legata al significato con cui tale formula era stata utilizzata dai giuristi tedeschi⁸⁴, che per primi avevano parlato di discrezionalità tecnica, per essa intendendo l'operazione logica con cui la p.a., al pari dell'autorità giudiziaria, sussume la fattispecie concreta nella fattispecie astratta.

La dottrina amministrativistica italiana ne ridusse in parte l'ambito applicativo, riconducendo alla nozione di discrezionalità tecnica solo quelle attività di sussunzione del fatto nella norma implicanti lo svolgimento da parte della p.a. di un'attività

⁸¹ A. RAVÀ, *Lezioni di filosofia del diritto. Volume III: Il concetto del diritto*, Padova, 1929, 8.

⁸² Sul tema F. SALMONI, *Le norme tecniche*, cit., 42.

⁸³ Questa la definizione di A. PREDIERI, *Le norme tecniche*, cit., 256.

⁸⁴ Per un'analisi della teoria degli *unbestimmte Rechtsbegriffe* si vedano E. BERNATZIK, *Rechtsprechung und materielle Rechtskraft*, Aalen, 1924; F. TEZNER, *Das freie Ermessen der Verwaltungsbehörden*, Wien, 1924.

conoscitiva volta all'accertamento di fatti complessi contemplati dalla norma giuridica⁸⁵, da operarsi secondo criteri di "tecnica amministrativa"⁸⁶.

La discrezionalità era quindi qualificata come tecnica laddove, diversamente dalla discrezionalità pura, comportasse l'osservanza di parametri – regole di esperienza e conoscenza comuni – richiamati dalle norme giuridiche, conferenti, pur nella soggettività propria dell'attività discrezionale, un certo grado di oggettività all'apprezzamento.

La nozione di norma tecnica veniva così costruita in contrapposizione a ciò che era politico in senso lato, ossia alle regole di opportunità, ma non era ancora necessariamente associata all'applicazione di regole dotate di una specifica connotazione scientifica⁸⁷.

Tali riflessioni aprirono però la strada all'elaborazione di una più specifica nozione contenutistica di discrezionalità tecnica, cui si giunse mediante la valorizzazione del carattere tecnico della valutazione, inteso come tecnicità-scientificità della regola da applicare⁸⁸.

Attualmente, è tale nozione contenutistica di tecnica che viene normalmente presupposta nei discorsi in tema di discrezionalità tecnica, intendendosi quindi per quest'ultima un'attività che si sostanzia nell'applicazione di regole di carattere scientifico, o comunque specialistico.

Al più specifico significato di norma tecnica si accompagna anche un più specifico ruolo delle norme tecniche, che divengono "ponte" tramite cui la scienza e il diritto possono entrare in relazione tra loro.

La specificità dell'accezione contenutistica di norma tecnica tuttavia in molti casi rischia di risultare solo apparente. È stato infatti osservato come tale nozione sia spesso assunta «*più come un dato di fondo non discusso (...), che come il portato di un concreto approfondimento dei caratteri sostanziali propri della generalità del fenomeno cui viene in concreto riferito*»⁸⁹. Ossia, raramente le riflessioni dottrinali e giurisprudenziali in tema

⁸⁵ Sul tema D. DE PRETIS, *Valutazione amministrativa*, cit., 173 ss.

⁸⁶ F. CAMMEO, *Corso di diritto amministrativo*, cit. 195.

⁸⁷ D. DE PRETIS, op. ult. cit., 177.

⁸⁸ Sul carattere specialistico delle regole nella cui applicazione si sostanzia la discrezionalità tecnica M. S. GIANNINI, *Lezioni di diritto amministrativo*, Milano, 1950, 48; C. MORTATI, *Discrezionalità*, in *Novissimo Digesto Italiano*, Milano, 1968, 1108; V. BACHELET, *L'attività tecnica*, cit., 65; F. LEVI, *L'attività conoscitiva della pubblica amministrazione*, Torino, 1967, cit., 269; A. PREDIERI, *Le norme tecniche*, cit. 253 ss.

⁸⁹ D. DE PRETIS, *Valutazione amministrativa*, cit., 184.

di norme tecniche si spingono ad una effettiva definizione di quali siano gli elementi atti a rendere la regola sufficientemente scientifica o specialistica da potersi considerare norma tecnica.

L'indeterminatezza che continua a connotare la nozione fa quindi sì che con essa, pur in tale accezione contenutistica, spesso si intendano cose tra loro molto diverse, e che la sua portata venga in taluni casi estesa tanto da ricomprendere qualsiasi valutazione genericamente volta all'accertamento di presupposti giuridici fattuali, anche se tramite mere regole di esperienza comune, prive di caratteri di scientificità.

La ragione di fondo di tale ritrosia nell'addentrarsi in questioni definitorie pare risiedere nelle difficoltà che, come si è visto sopra, si riscontrano in prima battuta già nella stessa definizione di ciò che può considerarsi "sapere scientifico", atto alla produzione di norme tecniche, ossia di ciò che può considerarsi "scienza". L'attribuzione alla nozione di tecnica di una precisa connotazione contenutistica, quale applicazione pratica di conoscenze teoriche proprie di discipline qualificabili come scientifiche, ha infatti reso il problema di definire ciò che è tecnica strettamente correlato alla complessa questione della definizione di ciò che è qualificabile come scienza, ossia a una questione che nel corso dei secoli ha ricevuto tante e diverse risposte e su cui tutt'oggi non sussiste unanimità di vedute⁹⁰.

Il progressivo superamento dello schema classico della causalità necessaria e la crisi dell'idea della verità incondizionata, ha in particolare aperto la strada al superamento dell'idea per cui solo alcune discipline, riconducibili all'area delle "scienze esatte", possano rientrare nell'area della tecnica. Il discrimine tra ciò che può essere considerato scienza e ciò che è invece altro non può infatti più individuarsi nell'opinabilità: acclarato che la scienza, pur avendo valore conoscitivo, non è in grado di produrre certezze, risulterebbe contraddittorio al contempo assumere l'opinabilità quale discrimine per l'individuazione di ciò che può considerarsi scienza⁹¹.

⁹⁰ Sulle concezioni di scienza che si sono susseguite nel tempo N. ABBAGNANO, voce *Scienza*, in ABBAGNANO-FORNERO (a cura di) *Dizionario di filosofia*, Torino, 1998, 770 s.

⁹¹ In questo senso C. MARZUOLI, *Potere*, cit., 195 ss., in particolare osserva l'incongruenza insita nell'assumere, da un lato, l'opinabilità quale discrimine ma, d'altro lato, nel dire che è tecnico ciò che ha valore conoscitivo e non invece quel che realizza in pieno suddetto valore producendo certezze.

L'eliminazione di tale limite alla nozione di scienza ha naturalmente comportato un ampliamento considerevole del numero di discipline specialistiche potenzialmente qualificabili come scientifiche. Non a caso, il termine scienza ha iniziato ad essere utilizzato per indicare le più svariate materie, e per riferirsi a studi estremamente lontani dal modello tradizionale di disciplina scientifica. È così ad esempio divenuto comune parlare di scienze sociali, scienze economiche, scienza giuridica e finanche di scienza dell'amministrazione.

Conseguentemente, è emersa la questione dell'individuazione dei criteri in base a cui potersi operare un discrimine all'interno di tale vasta schiera di discipline, pena una estensione arbitraria dell'area delle discipline qualificabili come scientifiche e la perdita di qualsiasi valore definitorio del termine⁹².

Si è visto come il problema non possa che essere affrontato dando rilievo alle regole che sono proprie delle discipline che si qualificano come scientifiche, e in primo luogo al metodo che connota le stesse. Si ritiene scientifico un risultato raggiunto tramite un metodo che sia idoneo, secondo le regole proprie della comunità scientifica di riferimento, a garantire valore conoscitivo allo stesso.

Anche se molti problemi rimangono comunque irrisolti, una prima demarcazione pare quindi potersi operare sulla base del metodo su cui una certa disciplina si fonda e sul valore conoscitivo che tale metodo può garantire, intendendosi per valore conoscitivo la capacità di produrre conoscenza, seppur solo relativamente certa. Può dirsi che, pur non essendo sicuro che tutto ciò che ha valore conoscitivo possa reputarsi scienza, sia invece pacifico che tutto ciò che è scientifico ha valore conoscitivo.

Tali considerazioni dovrebbero rendere più agevole quantomeno l'individuazione di ciò che con certezza non può considerarsi scienza, ossia di ciò che non è certamente attività conoscitiva⁹³.

⁹² Sulle difficoltà intrinseche al concetto di tecnica N. LUGARESÌ, *Profili comparatistici della normazione tecnica: l'esperienza francese dell'Afnore*, in AA. VV., *La normativa tecnica industriale*, Bologna, 1995, 419 ss.

⁹³ C. MARZUOLI, *Potere*, cit., osserva che «non è che il diritto individui ciò che appare come tecnica sulla base di un criterio diverso da quello del pregio conoscitivo (cioè sulla base di un criterio diverso da quello a cui si fa riferimento per definire la tecnica dal punto di vista sostanziale); accade invece che il diritto, accanto al suddetto principio, contiene (in ipotesi) altri e prevalenti principi i quali, in riferimento a un ordine di fenomeni più ristretto, non attribuiscono alcun rilievo al profilo conoscitivo e dunque escludono che sia per essi (fenomeni) proponibile la questione concernente il carattere tecnico».

Vengono ad esempio in rilievo le considerazioni di Marzuoli, che a riguardo ha individuato nell'esperienza comune e nella politica – intesa come attività libera di fissazione di interessi e di scelta tra interessi – le aree che stanno sicuramente fuori da ciò che è tecnica, in quanto fondate su regole prive di valore conoscitivo⁹⁴. Una valutazione tecnica, anche ove opinabile in quanto realizzata sulla base di un sapere scientifico non certo, è infatti ontologicamente distinta da una valutazione politica, implicante una scelta tra interessi, effettuata sulla base di criteri di opportunità.

Senonché, bisogna evidenziare come l'incertezza che è propria del sapere scientifico apra spazi di commistione tra scienza e politica e renda quindi ardua anche la distinzione tra scienza e politica.

In tal senso, si vedrà come gli sudi in materia di discrezionalità tecnica della p.a. abbiano ad esempio ben evidenziato che l'incertezza delle regole tecnico-scientifiche, rendendo possibili scelte tra più soluzioni tecniche alternative, tutte astrattamente valide, può far sì che in concreto la “valutazione tecnica opinabile” sia orientata da valori e interessi e che quindi si realizzi una intricata commistione tra “politica” e “tecnica”⁹⁵.

3.2. Valutazioni tecniche e discrezionalità tecnica

Le valutazioni tecniche sono connotate, oltre che dal profilo “oggettivo” della tecnica, cioè dell'applicazione di regole tecniche, dal profilo “soggettivo” della scelta, e quindi della discrezionalità tecnica,

⁹⁴ C. MARZUOLI, *Potere*, cit., 206.

⁹⁵ Sul tema, V. BACHELET, *L'attività tecnica della pubblica amministrazione*, Milano, 1967, 38 ss., ritiene che nei c.d. casi complessi, in cui cioè sussistono soluzioni tecniche alternative, la scelta fra queste «non può essere più fatta in base a regole tecniche, ma solo in relazione a valutazioni di pubblico interesse»; V. ANGIOLINI, *Attività tecniche della pubblica amministrazione e riparto delle competenze tra Stato ed autonomie: in margine alla giurisprudenza costituzionale sulle omologazioni industriali*, in P. ANDREINI-G. CAIA-G. ELIAS-F. ROVERSI MONACO (a cura di), *La normativa tecnica industriale. Amministrazioni e privati nella normativa tecnica e nella certificazione*, Bologna, 1995, 249, distingue tra valutazioni tecniche «certe», cioè «disinteressate», e valutazioni tecniche «incerte», per le quali sussisterebbe invece la possibilità che «chi ne sia titolare potrebbe farvi filtrare, per sopperire alle incertezze delle conoscenze o delle discipline scientifiche (non giuridiche) di cui far uso, qualsiasi interesse o valore (come convincimento ideologico, culturale, sociale o politico subiettivo)»; M. CUNIBERTI, *Sull'organizzazione del governo*, cit., ritiene illusorio immaginare una tecnica puramente neutrale, che non sia essa stessa impregnata di scelte politiche.

Tale secondo profilo è stato oggetto di approfondito studio in dottrina e in giurisprudenza con specifico riguardo alla discrezionalità tecnica della pubblica amministrazione, ossia alla discrezionalità propria delle valutazioni tecniche di cui è per legge titolare l'autorità amministrativa, al fine particolare di giungere ad una definizione del regime giuridico di sindacabilità dei provvedimenti amministrativi in cui tali valutazioni confluiscono.

Il percorso che ha portato all'elaborazione della nozione di discrezionalità tecnica e alla presa di coscienza delle sostanziali differenze sussistenti tra essa e la discrezionalità amministrativa, è stato lungo ed articolato. Le attività di definizione della natura e dei tratti caratterizzanti la discrezionalità tecnica, da un lato, e di determinazione del trattamento giuridico della stessa, dall'altro, si sono intrecciate in modo complesso tanto che risulta difficile comprendere quanto gli aspetti inerenti al dato sostanziale abbiano influito sull'atteggiarsi del suo regime giuridico e quanto invece estrinseche esigenze di carattere giurisdizionale abbiano pesato sulla ricostruzione teorica del fenomeno⁹⁶.

In una prima fase di analisi della questione, le valutazioni tecniche riservate alla pubblica amministrazione erano pacificamente ricondotte all'area del potere amministrativo, e l'esercizio di discrezionalità tecnica al merito dell'amministrazione. Era pertanto esclusa qualsiasi forma di sindacabilità da parte del giudice amministrativo, se non nei casi di giurisdizione estesa al merito.

Un discorso diverso si è invece da sempre stato fatto riguardo ai c.d. "accertamenti tecnici", ossia alle valutazioni in cui la p.a. è tenuta all'applicazione di criteri tecnici tratti dalle c.d. "scienze esatte", che escludono qualsivoglia margine valutativo o di opinabilità, e quindi di discrezionalità. Essi rientrano nelle attività vincolate della p.a. e costituiscono dunque un fenomeno autonomo rispetto alla discrezionalità tecnica, che si caratterizza proprio per la sussistenza di un margine di scelta dato dall'opinabilità della regola tecnica da applicarsi. Essendo vincolati negli esiti, è da sempre stato tendenzialmente pacifico che tali accertamenti non potessero implicare l'esercizio di giudizi di valore e che fossero quindi da considerarsi pienamente sindacabili dai giudici, ordinari e amministrativi⁹⁷.

In tal senso Cammeo distingueva tra fatti semplici, reputati sindacabili poiché non coinvolgenti un apprezzamento intorno a ciò che è utile o dannoso dal punto di vista

⁹⁶ D. DE PRETIS, *Valutazione amministrativa e discrezionalità tecnica*, Verona, 1995, 204.

⁹⁷ Sul tema F. CARINGELLA, *Manuale di diritto amministrativo*, Roma, 2017, 1186.

speciale della pubblica amministrazione, e fatti costituenti ipotesi di discrezionalità tecnica, considerati invece insindacabili in quanto implicanti un apprezzamento in ordine all'interesse pubblico⁹⁸.

La completa insindacabilità della valutazione tecnica risultò però poco coerente con i principi costituzionali, e in particolare col diritto di difesa dei destinatari dell'azione amministrativa⁹⁹. In seguito all'entrata in vigore della Costituzione si passò dunque a una progressiva assimilazione della discrezionalità tecnica alla discrezionalità amministrativa, e al riconoscimento di spazi di sindacabilità, seppur solo nei limiti in cui la discrezionalità amministrativa può essere oggetto di sindacato.

Da tale assimilazione continuava dunque a discendere una collocazione della discrezionalità tecnica nell'ambito delle valutazioni di valore, da compiersi sulla base del pubblico interesse, al pari della discrezionalità amministrativa. Discrezionalità tecnica e discrezionalità amministrativa erano considerate ugualmente inerenti a una posizione di potere, passibile di solo controllo esterno da parte del giudice amministrativo.

Alle tesi che propugnavano una piena assimilazione anche dal punto di vista sostanziale della discrezionalità tecnica alla discrezionalità amministrativa si affiancarono, tuttavia, voci più attente ai caratteri propri della discrezionalità tecnica, che iniziarono a coglierne progressivamente gli elementi di differenziazione.

Le basi per tale tipo di riflessioni erano state poste già dallo stesso Cammeo che, pur concludendo per l'insindacabilità della discrezionalità tecnica, aveva osservato come, mentre la discrezionalità amministrativa si caratterizza per l'inesistenza di un parametro normativo, la discrezionalità tecnica fosse invece connessa proprio alla presenza di un parametro normativo¹⁰⁰. La discrezionalità tecnica iniziava dunque a venire in rilievo quale attività che si connota per l'essere legata a parametri insussistenti laddove la p.a. agisce invece nell'esercizio della discrezionalità amministrativa tradizionalmente intesa, che è invece attività libera eccetto che per il vincolo finalistico del pubblico interesse.

⁹⁸ F. CAMMEO, *Commentario delle leggi sulla giustizia amministrativa*, Milano, 1911, 774 ss.; Id., *Corso di diritto amministrativo*, Padova, 1960.

⁹⁹ V. OTTAVIANO, *Giudice ordinario e giudice amministrativo di fronte agli apprezzamenti tecnici della pubblica amministrazione*, in *Riv. trim. dir. e proc. civ.*, 1986, cit., 419 ss.

¹⁰⁰ Per una approfondita analisi del pensiero di Cammeo, C. MARZUOLI, *Potere amministrativo e valutazioni tecniche*, Milano, 1985, 7 ss.

Tale spunto di riflessione è stato oggetto di successivo approfondimento, e si deve in particolare a Bachelet¹⁰¹ un importante cambiamento di prospettiva mediante la configurazione della tecnica, da limite alla competenza del giudice, a limite della discrezionalità dell'amministrazione.

Anche tale Autore continuò tuttavia a negare autonomia alla categoria della discrezionalità tecnica rispetto a quella amministrativa, ritenendo che laddove l'applicazione di nozioni tecniche comporti margini di valutazione e di apprezzamento, ossia laddove la regola tecnica abbia carattere opinabile, tale apprezzamento non possa che doversi esercitare in vista del pubblico interesse, ossia sulla base dello stesso criterio che guida la discrezionalità amministrativa¹⁰².

In altre parole, secondo l'Autore i parametri tecnici evocati dalla legge limiterebbero e ridurrebbero la discrezionalità della pubblica amministrazione, ma il carattere opinabile degli stessi lascerebbe permanere spazi in cui è necessario l'esercizio di giudizi di valore. Tra le due discrezionalità sussisterebbe dunque una distinzione di tipo solo quantitativo, e la discrezionalità tecnica sarebbe nella sostanza una discrezionalità amministrativa "oggettivamente limitata".

Un'ulteriore importante evoluzione si ebbe grazie alle riflessioni di Giannini¹⁰³, che riuscì a cogliere l'ontologica distinzione sussistente tra i due tipi di discrezionalità.

L'Autore osservò come tra discrezionalità tecnica e discrezionalità amministrativa sussista una differenza di tipo anche, e soprattutto, qualitativo, osservando come la prima si riferisca ad un «*momento conoscitivo e implica solo giudizio*», mentre la seconda «*si riferisce ad una potestà, e implica giudizio e volontà*».

Parte della dottrina aveva quindi posto in evidenza la disomogeneità sostanziale sussistente tra discrezionalità tecnica e discrezionalità amministrativa, ma ciò nonostante per lungo tempo a tale disomogeneità continuò a non essere associata alcuna differenziazione in termini di sindacato¹⁰⁴. Permase infatti a lungo l'idea che se un potere

¹⁰¹ V. BACHELET, *L'attività tecnica della pubblica amministrazione*, Milano, 1967.

¹⁰² Sul tema D. DE PRETIS, *Valutazione amministrativa*, cit., 198.

¹⁰³ M. S. GIANNINI, *Diritto amministrativo*, Milano, 1988, II, 56-57.

¹⁰⁴ In tal senso lo stesso M. S. GIANNINI, *Diritto amministrativo*, cit., osservava come la dottrina del tempo fosse indirizzata a ritenere che tutti i giudizi valutativi fossero «*giudizi «riservati», in ordine ai quali cioè la norma delineerebbe una competenza esclusiva di organi amministrativi, tale da escludere anche il sindacato del giudice*»; E. CAPACCIOLI, *Manuale di diritto amministrativo*, Padova, 1980, 287 ss., pur affermando che la discrezionalità tecnica ricomprende «*un'area vastissima di attività e di atti della pubblica amministrazione; dove occorrono verifiche e valutazioni tutte empiriche e semmai influenzate,*

di valutazione è attribuito all'autorità amministrativa, questo acquisirebbe uno statuto giuridico speciale e comune a quello della discrezionalità in cui si esplica il potere amministrativo.

Alle ragioni teoriche si aggiungevano ragioni di tipo pratico: il regime del processo amministrativo, in particolare la mancanza in capo al giudice amministrativo delle necessarie conoscenze tecniche e l'impossibilità di acquisirle mediante consulenza tecnica d'ufficio, rendeva difficilmente praticabile un sindacato diretto sulle valutazioni di tipo tecnico¹⁰⁵.

Grazie però, da un lato, all'impegno della dottrina, che come si è visto ha consentito la progressiva individuazione delle caratteristiche proprie della discrezionalità tecnica, ma anche, d'altro lato, ai cambiamenti che si sono registrati nelle regole del processo amministrativo, culminati infine nel riconoscimento ad opera della l. n. 205 del 2000 (Codice del processo amministrativo) della possibilità per il giudice amministrativo di utilizzare, in tutte e tre le giurisdizioni amministrative, tutti i mezzi di prova previsti dal Codice di procedura civile¹⁰⁶, eccetto il giuramento e l'interrogatorio formale, la giurisprudenza è giunta infine all'elaborazione di un regime differenziato di sindacabilità della discrezionalità tecnica.

In particolare, fu la sentenza del Consiglio di Stato, sez. IV, 9 aprile 1999, n. 601, a rappresentare un vero punto di svolta in materia. In tale pronuncia infatti il Consiglio di Stato ha delineato l'ontologica distinzione sussistente tra discrezionalità tecnica e merito dell'atto amministrativo, chiarendo come, mentre il merito del provvedimento attiene alla «*valutazione dell'interesse pubblico concreto*», la discrezionalità tecnica invece «*ricorre quando l'amministrazione, per provvedere su un determinato oggetto, deve applicare una norma tecnica cui una norma giuridica conferisce rilevanza diretta o*

talora, da criteri giuridici», in cui «*non c'è discrezionalità in senso proprio*», comunque ritiene che anche rispetto a essa sussista una «*esclusività della competenza amministrativa*».

¹⁰⁵ Sul punto D. DE PRETIS, *Discrezionalità tecnica e incisività del controllo giurisdizionale*, in *Gior. dir. amm.*, 1999, 1182.

¹⁰⁶ Sui poteri istruttori del giudice amministrativo V. SPAGNUOLO VIGORITA, *Notazioni sull'istruttoria nel processo amministrativo*, in *Dir. proc. amm.*, 1984, 7 ss.; C. E. GALLO, *La prova nel processo amministrativo*, Milano, 1994; R. VILLATA, *Considerazioni in tema di istruttoria, procedimento e processo*, in *Dir. proc. amm.*, 1995; L. R. PERFETTI, *L'istruzione nel processo amministrativo e il principio dispositivo*, in *Riv. dir. proc.*, 2015, 72 ss.; R. BRIANI, *L'istruzione probatoria nel processo amministrativo. Una lettura alla luce dell'articolo 111 della Costituzione*, in *Riv. trim. dir. pubbl.*, 2014, 514 ss.

indiretta», e costituisce quindi una questione di fatto attinente ai presupposti di legittimità del provvedimento. Ma, cosa più importante, ha associato a tale distinzione sussistente a livello teorico anche una differenziazione sul piano del sindacato, affermando come, mentre «è ragionevole l'esistenza di una riserva di amministrazione in ordine al merito amministrativo, elemento specializzante della funzione amministrativa», non lo è invece in ordine «all'apprezzamento dei presupposti di fatto del provvedimento amministrativo, elemento attinente ai requisiti di legittimità e di cui è ragionevole, invece, la sindacabilità giurisdizionale».

Nella sentenza si è in particolare esclusa la sufficienza di un mero controllo estrinseco e formale dell'*iter* logico seguito dall'amministrazione e ritenuto invece necessaria una «*verifica diretta dell'attendibilità delle operazioni tecniche sotto il profilo della loro correttezza quanto a criterio tecnico ed a procedimento applicativo*».

Tuttavia, anche a seguito di tale *revirement* giurisprudenziale l'idea della riserva del potere di valutazione alla p.a. e di irripetibilità della valutazione non è stata del tutto superata. Quello che è stato riconosciuto è infatti l'esperibilità di un sindacato intrinseco “debole”, in cui al giudice è consentito ripetere la valutazione tecnica della p.a., anche mediante consulenza tecnica, ma al solo fine di verificarne l'attendibilità, sotto il profilo della sufficienza del criterio e della correttezza del procedimento applicativo, ma non invece di un sindacato intrinseco “forte”, che consentirebbe invece una sostituzione della valutazione tecnica operata nel processo a quella opinabile dell'Amministrazione.

Al giudice spetta dunque il potere di censurare soltanto le valutazioni tecniche che appaiono senz'altro inattendibili, attraverso un controllo di ragionevolezza e coerenza tecnica della determinazione amministrativa teso ad accertarne l'attendibilità sul piano scientifico, mentre è escluso un potere sostitutivo rispetto a valutazioni opinabili, ove dall'accertamento risulti una diversità dell'opinione del giudice rispetto a quella della p.a. ma non l'erroneità tecnica della stessa.

Nelle più recenti sentenze del Consiglio di Stato è stato eliminato il riferimento all'espressione “sindacato debole”, ma tale eliminazione non è stata però accompagnata da un mutamento sostanziale dell'impostazione di fondo.

In tal senso, ad esempio, la Sezione IV del Consiglio di Stato nella sentenza, 2 marzo 2004, n. 92698, in materia di Antitrust, ha chiarito che con l'espressione “sindacato di tipo debole” la Sezione aveva precedentemente «*inteso porre solo un limite finale alla*

statuizione del giudice, il quale, dopo aver accertato in modo pieno i fatti ed aver verificato il processo valutativo svolto dall'Autorità in base a regole tecniche, anch'esse sindacate, se ritiene le valutazioni dell'Autorità corrette, ragionevoli, proporzionate ed attendibili, non deve spingersi oltre fino ad esprimere proprie autonome scelte, perché altrimenti assumerebbe egli la titolarità del potere» e che «ciò che rileva non è, quindi, la qualificazione del controllo come “forte” o “debole”, ma l'esercizio di un sindacato tendente ad un modello comune a livello comunitario, in cui il principio di effettività della tutela giurisdizionale sia coniugato con la specificità di controversie, in cui è attribuito al giudice il compito non di esercitare un potere in materia antitrust, ma di verificare - senza alcuna limitazione - se il potere a tal fine attribuito all'Autorità antitrust sia stato correttamente esercitato».

Si può dunque dire che nella sostanza le conclusioni non siano mutate di molto: la sussistenza di un margine entro il quale si possono collocare soluzioni applicative diverse, tutte ugualmente corrette, fa sì che permanga uno spazio di irripetibilità della valutazione tecnica.

Alla base di tale impostazione è ravvisabile l'idea per cui, proprio perché l'opinabilità della regola tecnica apre spazi di scelta e discrezionalità, così relativizzando e rendendo soggettivi gli esiti della valutazione, debba attribuirsi particolare significato alla scelta del legislatore di individuare nella pubblica amministrazione il soggetto deputato in prima battuta allo svolgimento della valutazione.

In tali casi alla autorità amministrativa sarebbe dalla legge riservato il compito, per taluni qualificabile come potere¹⁰⁷, di esercitare una scelta tra soluzioni tecniche tutte altrettanto opinabili, con esclusione di qualsiasi ingerenza esterna, finanche del potere giudiziario, similmente a come la p.a. è configurata dalla legge quale unico soggetto cui è riservato l'esercizio delle scelte di opportunità circa le modalità con cui meglio perseguire il pubblico interesse, ossia l'esercizio del potere amministrativo.

Parte della dottrina giustifica tale riserva, partendo anzitutto dalla considerazione dell'impossibilità che a regole tecniche opinabili sia data una applicazione neutrale, e quindi della corrispondenza tra valutazione opinabile e valutazione implicante un giudizio

¹⁰⁷ Sulla valutazione tecnica come potere C. MARZUOLI, *Potere amministrativo e valutazioni tecniche*, Milano, 1985, 220.

di valore, da svolgersi non secondo regole tecniche ma sulla base di una scelta tra interessi.

In base a tale presupposto, la riserva di valutazioni tecniche alla pubblica amministrazione sarebbe funzionale ad assicurare che tali scelte discrezionali siano svolte in considerazione del pubblico interesse la cui cura è affidata all'autorità amministrativa. Pertanto, anche nella discrezionalità tecnica permarrrebbe quella ponderazione di interessi in cui si sostanzia la discrezionalità amministrativa tradizionalmente intesa e la riserva che preclude una piena sostituibilità della valutazione tecnica dell'autorità giudiziaria a quella amministrativa avrebbe identica *ratio* della riserva che copre la discrezionalità amministrativa tradizionalmente intesa¹⁰⁸.

Tale impostazione non è andata esente dalle critiche di chi ritiene invece che l'ontologica diversità tra discrezionalità tecnica e discrezionalità amministrativa

¹⁰⁸ Sembrano ad esempio ancora in parte valere le considerazioni di V. BACHELET, *L'attività tecnica*, cit., 38, secondo cui «*come nel caso della discrezionalità c.d. pura vi sarebbe teoricamente una sola soluzione ottima fra tutte le possibili, ma l'ordinamento non consente di sindacare la scelta dell'autorità amministrativa (salvo il caso di giurisdizione di merito) per lasciare all'amministrazione l'indispensabile elasticità nella cura dei pubblici interessi e nella comparazione dei pubblici interessi convergenti o confliggenti nel caso concreto, così anche nel caso della scelta tecnica in un caso complesso, in cui i dati tecnici dovessero coordinarsi in una soluzione organica di più problemi di vario ordine (ad es. di solidità, di funzionalità, di igiene, di estetica, di costo etc. per un'opera pubblica), la composizione di tutte le singole soluzioni ha un margine di elasticità che non può non essere riconosciuto all'autorità amministrativa nel giudizio tecnico complessivo. Senonché si direbbe di tutta evidenza l'osservazione che quando non sia possibile alla tecnica raggiungere soluzioni univoche sul piano tecnico-scientifico, non può parlarsi correttamente in tal senso di discrezionalità tecnica, ma di opinabilità tecnica, o al massimo, della proposizione di soluzioni tecniche alternative, la scelta fra le quali non può essere più fatta in base a regole tecniche, ma solo in relazione a valutazioni di pubblico interesse*»; F. LEDDA, *Potere, Tecnica e sindacato giudiziario sull'amministrazione pubblica*, in *Studi in memoria di Vittorio Bachelet*, Milano, 1987, 247 ss., individua talune discipline specialistiche che sono insuscettibili di applicazione neutrale, in quanto condizionate da giudizi e riguardanti problemi che comportano ponderazioni comparative assai complesse dei più svariati interessi collettivi e individuali, affermando che «*da tecniche di questo genere non possono ricavarsi i criteri d'un sindacato d'ordine giuridico sull'operato dell'amministrazione pubblica, quando la loro proiezione nel caso concreto coincida in tutto o in parte con l'ambito di scelte discrezionali vere e proprie, e per ciò stesso riservate*»; in tal senso anche V. CERULLI IRELLI, *Note in tema di discrezionalità amministrativa e sindacato di legittimità*, in *Dir. proc. amm.*, 1984, 497; E. CAPACCIOLI, *Manuale di diritto amministrativo*, Padova, 1983, 287; A. M. SANDULLI, *Manuale di diritto amministrativo*, Napoli, 1989, 591 ss., secondo cui è da ricondursi al merito amministrativo ogni valutazione che l'amministrazione può svolgere non alla stregua di norme giuridiche; S. COGNETTI, *Potere amministrativo e principio di precauzione fra discrezionalità tecnica e discrezionalità pura*, in S. COGNETTI-A. CONTIERI-S. LICCIARDELLO-F. MANGANARO-S. PERONGINI-F. SAITTA (a cura di), *Percorsi di diritto amministrativo*, Torino, 2016, 142 ss.; F. VOLPE, *Discrezionalità tecnica e presupposti dell'atto amministrativo*, in *Dir. amm.*, 2008, 791; ID., *Eccesso di potere giurisdizionale e limiti al sindacato della discrezionalità tecnica*, in *Giur. it.*, 2013, 694.

permarrebbe anche per quel margine di scelta che l'opinabilità della valutazione comporta, ossia che anche la scelta tra diverse soluzioni applicative, tutte ugualmente attendibili, sarebbe in ogni caso da svolgersi sulla base di parametri di natura tecnica e non già sulla base del pubblico interesse¹⁰⁹.

Il fondamento della riserva dovrebbe dunque essere di diverso tipo, e andrebbe secondo taluni cercato nelle caratteristiche che connotano l'apparato amministrativo e la sua organizzazione. Merita in tal senso particolare attenzione l'analisi proposta da Marzuoli¹¹⁰, secondo cui il potere di valutazione tecnica sarebbe in taluni casi riservato alla p.a. in quanto, per un verso, unico apparato portatore di valori rappresentativi dell'intero corpo sociale, e, per altro un verso, in quanto apparato più facilmente influenzabile e controllabile dai cittadini.

In un'ottica non molto dissimile, nel presente lavoro si intende valutare se l'attribuzione della titolarità di valutazioni tecnico-scientifiche alla p.a. possa trovare fondamento nella Costituzione, e in particolare nelle disposizioni che la Costituzione dedica alla scienza. Si tratta in particolare di capire se la p.a. sia in talune circostanze il soggetto che meglio possa garantire che l'attività di valutazione tecnica sia svolta e organizzata nel rispetto di regole essenziali per la tutela della libertà della scienza.

Bisogna infine ricordare che le conclusioni raggiunte in giurisprudenza non sono condivise da quanti vorrebbero una più piena attuazione delle implicazioni discendenti dalla teoria dei concetti giuridici indeterminati, cui pur la sentenza n. 6014 del 1999 faceva riferimento, e così anche altre successive sentenze. In base a tale teoria di origine tedesca, infatti, la norma tecnica, essendo richiamata dalla legge, diverrebbe parte integrante di essa e l'autorità giudiziaria, cui compete l'attività di interpretazione ultima della legge, sarebbe pienamente competente a sindacarne l'applicazione. In altre parole, secondo tale minoritaria impostazione, l'opinabilità della norma tecnica non farebbe altro

¹⁰⁹ C. MARZUOLI, *Potere*, cit., 209

¹¹⁰ C. MARZUOLI, *Potere*, cit., 218, osserva che «l'amministrazione non si può identificare con un ceto professionale perché essa ha molteplici, diretti e sistematici canali di raccordo con la società nel suo insieme attraverso la rappresentanza politica e attraverso altre forme di rappresentanza e partecipazione che variamente scompongono e ricompongono in grappolo i singoli cittadini (ad es., sulla base di interessi di categoria determinata da un certo status professionale, oppure sulla base di un determinato rapporto, con un pubblico servizio, e così via)»

che rendere la norma giuridica che la richiama passibile di molteplici interpretazioni, in ordine alle quali dovrebbe spettare al giudice esprimersi in ultima istanza¹¹¹.

Non può dunque dirsi sussistente fra le varie riflessioni sviluppatesi sul tema della discrezionalità tecnica della p.a. e della sua sindacabilità una completa uniformità di vedute. Ma, al di là delle parziali divergenze di pensiero, si è visto tuttavia come l'approfondito studio che ha interessato la materia abbia portato a una importante evoluzione del pensiero giuridico e al raggiungimento di rilevanti conclusioni circa la nozione di tecnica e le caratteristiche proprie della discrezionalità tecnica.

Trattasi peraltro di riflessioni la cui utilità va ben oltre il solo ambito del diritto amministrativo e che in particolare assumono rilievo centrale nel più generale studio dei rapporti tra scienza e politica.

In tal senso si può infatti in primo luogo osservare come gli studi sulla discrezionalità tecnica della p.a. abbiano notevolmente contribuito alla delineazione nel pensiero giuridico dell'ontologica distinzione sussistente tra scelta opinabile in quanto basata su dati scientifici non certi e scelta opinabile in quanto basata su criteri di opportunità, ossia tra valutazioni tecnico-scientifiche e valutazioni in senso lato politiche.

D'altro lato, proprio tali studi hanno posto in luce le principali problematiche insite in una qualificazione della tecnica in termini di neutralità. Il carattere soggettivo della valutazione svolta sulla base di regole tecniche opinabili è infatti rimasto un dato ineliminabile anche nelle ricostruzioni che più hanno cercato di tracciare con chiarezza una linea di distinzione tra discrezionalità tecnica e discrezionalità amministrativa. Di qui dunque il riconoscimento ad opera della dottrina amministrativistica dell'importanza che l'individuazione del soggetto titolare della valutazione tecnica, pubblico o privato, assume ai fini dell'esito stesso della valutazione.

Bisognerà verificare nel presente lavoro se le disposizioni preseti nel testo costituzionale possano essere di qualche aiuto nella delineazione di uno "statuto della valutazione tecnico-scientifica".

¹¹¹ D. DE PRETIS, *Discrezionalità tecnica e incisività*, cit., 1183; G. DE ROSA, *La discrezionalità tecnica: natura e sindacabilità da parte del giudice amministrativo*, in *Dir. proc. amm.*, 2013; F. GOISIS, *Il canone della full jurisdiction, tra proteiformità e disconoscimento della discrezionalità tecnica come merito. Riflessioni critiche sull'art.7,co.1,d. lgs. 19 gennaio 2017, n. 3*, in *Persona e amministrazione*, II, 2018, 199 ss.

1. *La legge a contenuto tecnico-scientifico*

Nell'ambito di una analisi del "potere" di valutazione tecnica, e in particolare di come questo sia allocato e gestito all'interno dell'ordinamento, si intende partire dallo studio delle caratteristiche che la valutazione tecnica assume quando svolta dal potere legislativo, e, quindi, quando gli esiti della stessa sono incorporati nella legge, ossia nell'atto politico per eccellenza.

Si tratta di una eventualità tutt'altro che eccezionale, posto che la stretta correlazione sussistente tra la scienza e molti degli ambiti della società fa sì che non di rado il legislatore si trovi a dover fronteggiare questioni di carattere prettamente tecnico-scientifico.

È stato peraltro osservato come ciò sia divenuto particolarmente comune allorché lo Stato ha progressivamente mutato e ampliato il proprio ruolo, intervenendo nella gestione e disciplina di settori prima non rientranti nell'area di interesse statale. L'intervento dello Stato nel governo dell'economia ha spinto infatti il legislatore a occuparsi della regolamentazione di ambiti, come la tutela dell'ambiente e della salute, estremamente condizionati dalle cognizioni scientifiche¹¹².

Si vedrà come lo svolgimento della valutazione tecnico-scientifica direttamente da parte del potere legislativo e l'incorporazione della regola tecnica nella legge sia solo una delle possibili modalità di regolamentazione del fenomeno tecnico-scientifico.

Nelle pagine che seguono l'intento sarà quello di capire quali siano le problematiche collegate a tal tipo di opzione e valutare la superabilità o meno delle stesse.

1.1. *La scienza come limite alla discrezionalità legislativa*

Lo svolgimento di valutazioni tecnico-scientifiche da parte del legislatore comporta l'"incorporazione" dell'esito delle stesse nel testo di legge.

In dottrina è stato osservato come l'incorporazione sia un meccanismo che produce un effetto di assorbimento della norma tecnica nella norma giuridica, poiché si

¹¹² E. FORSTHOFF, *Lo Stato della società industriale*, a cura di A. MANGIA, Milano, 2011, 43.

può dire che la prima “scompaia” nella seconda, e ne assorba le caratteristiche e la forza¹¹³.

Anche l’effettivo autore della norma tecnica risulta celato dall’incorporazione: infatti, benché la valutazione tecnico-scientifica che confluisce nel testo legislativo richieda l’impiego di specifiche competenze tecniche e l’attività di esperti del settore, formalmente l’unico autore cui imputare gli esiti della valutazione è esclusivamente il legislatore.

Tale “scomparsa” del dato tecnico nel dato giuridico fa sì che l’incorporazione possa essere considerata come la tecnica di regolazione delle materie tecnico-scientifiche che maggiormente limita l’autonomia della comunità scientifica: una volta incorporato l’esito della valutazione tecnica nel testo di legge, risultano infatti fortemente limitati, se non esclusi, i margini di autonomia decisionale degli esperti del settore, sia rispetto alla scelta della regola tecnica da applicarsi, sia rispetto alle modalità di applicazione della stessa.

Si intende qui mettere in luce come, proprio in considerazione di siffatto effetto limitativo dell’autonomia scientifica, la libertà del legislatore di incorporare in testi legislativi norme tecnico-scientifiche non possa essere illimitata e debba quindi esercitarsi nell’osservanza di specifici vincoli.

In tal senso militano una serie di pronunce rese, per lo più in relazione a disposizioni legislative incidenti sul diritto alla salute, dalla Corte costituzionale e dalle Corti internazionali, alla luce delle quali in dottrina ha iniziato a farsi strada l’idea della configurabilità della scienza come limite alla discrezionalità legislativa¹¹⁴.

¹¹³ M. GIGANTE, *Effetti giuridici nel rapporto tra tecnica e diritto: il caso delle «norme armonizzate*, in *Riv. Ital. Dir. Pubbl. Comunitario*, 1997, 318.

¹¹⁴ Sul rapporto tra scienza e discrezionalità legislativa *ex multis*, si veda L. VIOLINI, *Sui contrasti tra valutazioni giuridiche e valutazioni scientifiche nella qualificazione della fattispecie normativa: la Corte compone il dissidio ma non innova l’approccio*, in *Giur. cost.*, 1998, 982; ID., *La tutela della salute e limiti al potere di legiferare: sull’incostituzionalità di una legge regionale che vieta specifici interventi terapeutici senza adeguata istruttoria tecnico-scientifica*, in *Le Regioni*, 2002, 1450ss; D. MORANA, *La salute nella Costituzione italiana. Profili sistematici*, Milano, 2002, 85; A. VENTURI, *Questioni tecnico-scientifiche e tutela delle posizioni giuridiche*, in *Quad. cost.*, 2006, 536 s.; G. D’AMICO, *Scienza e diritto nella prospettiva del giudice delle leggi*, Messina, 2008; S. PENASA, *La «ragionevolezza scientifica» delle leggi nella giurisprudenza costituzionale*, in *Quad. cost.*, 2009, 820 e 830 ss.; R. BIN, *Libertà della ricerca scientifica in campo genetico*, in AA. VV., *Alle frontiere del diritto costituzionale. Scritti in onore di Valerio Onida*, Milano, 2011, 218 ss.; M. TOMASI, *Il diritto alla salute fra comprensione del bisogno e ragioni della scienza: note a margine della «vicenda Stamina»*, in *Rass. dir. pubbl. eur.*, n. 1/2013, 83; G. DEMURO, *La ricerca scientifica e il diritto alla salute*, in *Rivista AIC*, n. 4/2013, 4 s.; A. MORRONE,

Si è così, ad esempio, iniziato a parlare di «*finalizzazione necessaria della funzione legislativa a quella scientifica*»¹¹⁵, di «*riserva di scienza*»¹¹⁶, o, ancora, della configurabilità delle leggi a contenuto tecnico scientifico come un particolare tipo di «*fonte rinforzata*»¹¹⁷.

L'analisi della questione non può dunque prescindere dallo studio dei casi giurisprudenziali in cui le problematiche connesse al difficile rapporto tra scienza e potere legislativo sono state affrontate.

1.2. *Gli obblighi di accertamento del fondamento tecnico-scientifico della legge*

Nella giurisprudenza costituzionale, una importante evoluzione nella configurazione del dialogo tra scienza e diritto, e in particolare tra scienza e legge, si ebbe con la sentenza n. 282 del 2002¹¹⁸.

La questione verteva sulla legge della Regione Marche n. 26 del 2001, che aveva previsto, in via precauzionale e in attesa di apposite direttive ministeriali, l'obbligatoria sospensione della terapia elettroconvulsivante e della lobotomia.

Dagli aspetti evidenziati e censurati nella sentenza è emersa una peculiare attenzione della Corte per lo statuto della "legge a contenuto tecnico-scientifico", ossia della legge che svolge valutazioni scientifiche e che, quindi, affronta questioni che presuppongono l'impiego di specifiche conoscenze tecnico scientifiche.

Ubi scientia ibi iura, in *Forum Quad. Cost.*, 11 giugno 2014, ; S. PENASA, *Nuove dimensioni della ragionevolezza? La ragionevolezza scientifica come parametro della discrezionalità legislativa in ambito medico-scientifica*, in *Forum Quad. Cost.*, 16 giugno 2014; G. RAGONE, *Scienza e diritto nell'argomentazione della Corte costituzionale*, in *Rivista del Gruppo di Pisa*, n. 3/2015; M. D'AMICO, *Scienza e diritti nella giurisprudenza costituzionale*, in *Aa.Vv., Scritti in onore di Gaetano Silvestri*, Torino, 2016, 718ss; E. CHELI, *Scienza, tecnica e diritto: dal modello costituzionale agli indirizzi della giurisprudenza costituzionale*, in *Rivista AIC*, 1/2017; M. CARTABIA, *Qualche riflessione di un giudice costituzionale intorno al problema dell'intreccio tra diritto, scienza e tecnologia*, in *Biolaw Journal*, 1/2017, 9 ss.

¹¹⁵ B. PEZZINI, *Diritto alla salute e dimensione della discrezionalità nella giurisprudenza costituzionale*, 2 in *Cittadinanza, corti e salute*, IV Convegno nazionale di diritto sanitario e sociosanitario, Genova, 23-24 settembre 2005, Padova, 2007, 225.

¹¹⁶ Q. CAMERLENGO, *Indizi di perdurante asimmetria tra legge statale e legge regionale. La primazia delle valutazioni scientifiche*, in *Le istituzioni del federalismo*, 2002, 5, 695.

¹¹⁷ A. IANNUZZI, *Il diritto capovolto*, Napoli, 2018, 149.

¹¹⁸ Corte cost., sent. 19 giugno 2002, n. 282.

In primo luogo, la Corte ha evidenziato come il fondamento del divieto introdotto dalla legge regionale, ossia l'assunto per cui le pratiche terapeutiche in questione non sarebbero state di provata efficacia e avrebbero potuto invece essere causa di danni ai pazienti, non si correlasse «*ad un autonomo accertamento, effettuato o recepito dal legislatore regionale, circa gli effetti delle pratiche terapeutiche considerate*», né muovesse «*dal presupposto che siffatti accertamenti possano o debbano essere compiuti da organi o strutture regionali*».

Partendo da tale constatazione, la Corte ha quindi dichiarato l'illegittimità costituzionale della legge regionale, affermando che «*un intervento sul merito delle scelte terapeutiche in relazione alla loro appropriatezza non potrebbe nascere da valutazioni di pura discrezionalità politica dello stesso legislatore, bensì dovrebbe prevedere l'elaborazione di indirizzi fondati sulla verifica dello stato delle conoscenze scientifiche e delle evidenze sperimentali acquisite, tramite istituzioni e organismi - di norma nazionali o sovranazionali - a ciò deputati, dato l'“essenziale rilievo” che, a questi fini, rivestono “gli organi tecnico-scientifici”*».

Trattasi di enunciazioni che, benché pronunciate in relazione a una legge regionale, ben possono ritenersi espressive di un principio dotato di portata generale, valido tanto per il legislatore regionale che per il legislatore statale¹¹⁹.

Il ragionamento seguito dalla Corte nei suoi passaggi principali pare logico e rispondente ad una ragionevole esigenza: che la valutazione di appropriatezza delle cure mediche sia svolta sulla base di conoscenze tratte dal sapere scientifico.

Il riconoscimento di una siffatta esigenza non può che fondarsi sull'assunto, implicito nella sentenza, per cui la scienza svolge un ruolo essenziale nella tutela e soddisfazione di taluni fondamentali diritti, tra cui *in primis* il diritto alla salute, ossia «*il diritto ad essere curato efficacemente, secondo i canoni della scienza e dell'arte medica; e quello ad essere rispettato come persona, e in particolare nella propria integrità fisica e psichica*». Tra scienza e salute sussiste dunque un rapporto di dipendenza – della salute alla scienza – e di strumentalità – della scienza alla salute –, in forza del quale l'intervento legislativo sul merito delle scelte terapeutiche in relazione alla loro appropriatezza non

¹¹⁹ A. MANGIA, *Tutela della salute e valutazioni tecniche: un limite al regionalismo? Discrezionalità legislativa e valutazioni tecniche*, in L. VIOLINI (a cura di), *Verso il decentramento delle politiche di welfare*, Milano, 2011, 53.

potrebbe nascere da valutazioni di pura discrezionalità, ma dovrebbe basarsi su acquisizioni scientifiche e sperimentali, su cui appunto la pratica dell'arte medica si fonda.

La questione si fa però più complessa allorché si voglia dare una definizione più precisa della natura e del contenuto del vincolo alle acquisizioni scientifiche e sperimentali.

Sul punto la Corte, probabilmente volutamente, non si è inoltrata, essendosi limitata a constatare che nel caso di specie l'intervento regionale non si era fondato, né aveva preteso di fondarsi, su specifiche acquisizioni tecnico-scientifiche verificate da parte degli organismi competenti, ma si era presentato piuttosto come una scelta legislativa autonoma, e pertanto lesiva del diritto alla salute. Non è stato specificato esattamente quanto e come l'autonomia legislativa dovrebbe essere limitata perché la legge *science-based* possa dirsi legittima, e cioè quando la «*verifica dello stato delle conoscenze scientifiche e delle evidenze sperimentali acquisite*» possa dirsi sufficiente, né si è specificato quale ruolo dovrebbe essere riservato agli «*organismi competenti*» nel processo decisionale.

In dottrina, si sono quindi sviluppate diverse prospettazioni.

Vi è chi ha ravvisato nella sentenza un implicito riconoscimento dell'esistenza di una “riserva di valutazione tecnica” – da intendersi come riserva alla pubblica amministrazione di valutazioni di carattere tecnico-scientifico – che si affiancherebbe alle tradizionali riserve di legge e di giurisdizione¹²⁰.

A riguardo, è stato tuttavia obiettato¹²¹ che una tale lettura della sentenza andrebbe oltre le intenzioni della Corte e irrigidirebbe eccessivamente il discorso contenuto nella pronuncia. La Corte non ha infatti affermato che nel caso di specie un intervento legislativo fosse a priori da considerarsi precluso in virtù di una “riserva di scienza”, ma ha piuttosto mosso censure attinenti alle modalità con cui la scelta legislativa era stata adottata.

¹²⁰ Q. CAMERLENGO, *Indizi di perdurante asimmetria tra legge statale e legge regionale. La primazia delle valutazioni scientifiche*, cit., 695; C. CASONATO, *La scienza come parametro interposto di costituzionalità*, in *Rivista AIC*, II, 2016, in relazione alla sentenza n. 282 del 2002 ritiene che «*la Corte ritagli una sorta di “riserva di scienza” per quanto riguarda l'indicazione degli effetti terapeutici dei trattamenti medici; riserva che attribuisce una specifica competenza alla scienza medica, delimitando di conseguenza la discrezionalità del legislatore, statale o regionale che sia*».

¹²¹ In tal senso A. MANGIA, *Tutela della salute*, cit., 57.

Si deve inoltre osservare che, anche volendo attribuire alle parole della Corte un siffatto significato, la ricostruzione del fondamento costituzionale di una “riserva di scienza” porrebbe non pochi problemi, posto che nella Costituzione non vi è traccia di tale riserva, a differenza della riserva di legge e della riserva di giurisdizione.

Superando quindi la tesi della riserva di valutazione tecnica, è stato osservato¹²² come nella pronuncia della Corte la questione di fondo paia piuttosto essere stata quella di assicurare la miglior tutela dei diritti costituzionalmente garantiti su cui le valutazioni tecniche incidono. Nel caso in questione, i «*due diritti fondamentali della persona malata: quello ad essere curato efficacemente, secondo i canoni della scienza e dell'arte medica; e quello ad essere rispettato come persona, e in particolare nella propria integrità fisica e psichica*»¹²³.

Se, infatti, il diritto alla salute, nella sua componente positiva, è “diritto alla cura”, e, in particolare, “diritto ad essere curato efficacemente”, esso imporrà necessariamente una certa “qualità” della valutazione sulla cui base le scelte terapeutiche sono compiute, ossia sulla cui base determinati trattamenti sono prescritti e altri vietati¹²⁴.

In tal senso la dottrina ha per lo più ritenuto che la Corte nella pronuncia in questione abbia configurato un limite interno, di connessione necessaria tra la funzione legislativa e quella scientifica, ossia un principio di rilevanza delle valutazioni tecnico-scientifiche¹²⁵, che sarebbe strettamente funzionale alla miglior tutela e soddisfazione dei diritti costituzionalmente garantiti su cui la valutazione tecnica è destinata ad incidere.

Il che apre conseguentemente il problema di capire in che modo tale vincolo di contenuto possa ritenersi soddisfatto, ossia come la suddetta “qualità” della valutazione tecnica possa essere garantita, e, in particolare, se possa a tal proposito ritenersi sufficiente il sol fatto che la previsione legislativa sia in qualche modo connessa ad acquisizioni tecnico-scientifiche, oppure se invece sia necessario qualcosa di ulteriore,

¹²² In tal senso A. MANGIA, *Tutela della salute*, cit., 57 ss., osserva come «*quel che più rileva è che in queste decisioni il diritto alla salute – inteso come diritto ad esser curato efficacemente – si configuri come un diritto destinato a definirsi e ad acquisire un contenuto concreto solo in rapporto allo stato delle acquisizioni medico-scientifiche che devono guidare la libertà del medico nella determinazione del trattamento da seguire*».

¹²³ Corte cost., n. 282/2002.

¹²⁴ L’incidenza che la scelta delle pratiche terapeutiche ammesse ha sul diritto alla salute, inteso come diritto alle cure, è stata ancor più posta in rilievo nella successiva sentenza Corte cost., sent. 10 novembre 2003, n. 338.

¹²⁵ B. PEZZINI, op. ult. cit., 225.

come, in primo luogo, il rispetto di uno specifico processo di acquisizione del sapere tecnico-scientifico, se non addirittura anche il rispetto di specifiche regole decisionali, ossia di criteri di scelta tra le diverse posizioni riscontrabili su di una medesima questione nella comunità scientifica¹²⁶.

Il riferimento, presente nella decisione, alla necessità che la scelta legislativa si fondi su una verifica dello stato delle conoscenze scientifiche da effettuarsi «*tramite istituzioni e organismi - di norma nazionali o sovranazionali - a ciò deputati*», potrebbe infatti ritenersi indicativo della necessità di un particolare procedimento di formazione della legge *science-based*. Di qui l'idea, sviluppatasi in dottrina, della configurabilità della legge che si occupa di materie scientifiche come una particolare tipologia di fonte rinforzata, per cui sarebbe necessaria la previsione di un apposito procedimento di formazione, che includa una fase istruttoria funzionale a far confluire le cognizioni tecnico-scientifiche nel processo decisionale, e rispetto alla quale dovrebbero essere previsti i modi e le forme per il coinvolgimento degli esperti del settore scientifico in questione¹²⁷.

È quindi evidente che la decisione n. 282 del 2002 ha aperto la strada ad una più consapevole configurazione delle caratteristiche e degli aspetti problematici propri del rapporto tra discrezionalità legislativa e scienza. In tale percorso si sono inserite una serie di successive pronunce che, in relazione e in conformità alle peculiarità dei casi che negli anni sono stati in concreto sottoposti all'attenzione della Corte, hanno ribadito e sviluppato il principio per cui una legge che incida sul diritto alla salute dovrebbe fondarsi su di un complesso di giudizi e di valutazioni tecniche, che, in quanto esterni alla discrezionalità legislativa, ne limitano l'estensione.

Negli anni successivi sono state, in particolare, le disposizioni della legge n. 40 del 2004, in materia di procreazione medicalmente assistita, ad aver dato adito a

¹²⁶ In tal senso R. BIN, *La Corte e la scienza. Relazione al seminario "Bio-tecnologie e valori costituzionali il contributo della giustizia costituzionale"*, Parma 19 marzo 2004, ritiene che non basti una recezione passiva da parte del legislatore dei «*fatti della scienza*», ma vi sia anche la necessità di una disciplina positiva dei modi con cui la scienza è applicata. Ciò perché «*il "principio di incertezza" domina l'atteggiamento del diritto (e non solo) nei confronti dei dati della scienza: così come da esso deriva il problema di come i giudici possano "accertare" nel processo le prove scientifiche, allo stesso modo esso pone a carico del legislatore l'onere di provvedere al rischio che l'incertezza genera*».

¹²⁷ Sul tema, A. IANNUZZI, *Il diritto capovolto*, cit., 149 ss.

importanti interventi della Corte costituzionale sul tema del rapporto tra discrezionalità legislativa e scienza.

Con tale legge il Parlamento aveva affrontato questioni eticamente molto delicate, ed era stato evidentemente mosso dall'intento di assicurare massima tutela a specifici valori etici e morali. Di qui il problema di conciliare la consistente componente di discrezionalità legislativa che connotava la legge con il carattere tecnico-scientifiche della materia disciplinata.

La Corte costituzionale, chiamata a vagliare la legittimità del bilanciamento tra i diritti operato dal legislatore è in più occasioni intervenuta per riequilibrare le scelte legislative eccessivamente sbilanciate a tutela di alcuni valori a discapito di altri, al fine di garantire un equo contemperamento tra tutti i diritti costituzionali coinvolti¹²⁸.

Ai fini del presente lavoro, assume particolare rilievo il fatto che la Corte in tali sentenze abbia espressamente chiarito che quelle in questione erano decisioni incidenti su scelte terapeutiche e che oggetto di disciplina erano quindi trattamenti medici, utilizzabili per far fronte a situazioni patologiche.

Così nella sentenza n. 162 del 2014¹²⁹, sul divieto assoluto di fecondazione eterologa introdotto dall'art. 4, comma 3, della legge n. 40 del 2004, è stato ad esempio sottolineato come l'oggetto del divieto fossero terapie mediche create per persone affette da «*patologie produttive di una disabilità*», e precisato che non si trattasse quindi di «*soggettivizzare la nozione di salute, né di assecondare il desiderio di autocompiacimento dei componenti di una coppia, piegando la tecnica a fini consumistici*» ma bensì di tenere conto «*che la nozione di patologia, anche psichica, la sua incidenza sul diritto alla salute e l'esistenza di pratiche terapeutiche idonee a tutelarlo vanno accertate alla luce delle valutazioni riservate alla scienza medica, ferma la necessità di verificare che la relativa scelta non si ponga in contrasto con interessi di pari rango*»¹³⁰.

¹²⁸ Sul tema M. D'AMICO, *L'incostituzionalità del divieto assoluto della c.d. fecondazione eterologa*, in *Rivista di Biodiritto*, II, 2014.

¹²⁹ Corte cost., sent. 9 aprile 2014, n. 162.

¹³⁰ B. LIBERALI, *Problematiche costituzionali nelle scelte procreative. Riflessioni intorno alla fecondazione medicalmente assistita e all'interruzione volontaria di gravidanza*, Milano, 2017, 44, evidenzia come invece il divieto di fecondazione eterologa fosse stato introdotto proprio partendo dall'opposto assunto dell'impossibilità di ritenere curabili patologie come la sterilità o l'infertilità. Osserva in particolare come «*il divieto presupponeva che la donazione di gameti esterni alla coppia non costituisse in alcun modo una cura o una soluzione alla patologia, bensì fosse una sorta di aggiramento del problema*».

In linea con la sua precedente giurisprudenza, la Corte ha fatto discendere da tale qualificazione rilevanti conseguenze sul piano dello statuto giuridico delle disposizioni legislative, ribadendo che in tali casi la scelta legislativa deve tener conto degli indirizzi fondati sulla verifica dello stato delle conoscenze scientifiche e delle evidenze sperimentali acquisite, ossia, si potrebbe in altro modo dire, è vincolata a determinate “condizioni di validità”. Ration per cui parte della dottrina ritiene tali pronunce espressive di un generale “primato della scienza sul diritto”, o quantomeno dell’efficacia limitativa che la prima avrebbe sul secondo¹³¹.

La funzionalità di tale “primato” alla garanzia di una certa “qualità” del trattamento terapeutico è stata chiaramente evidenziata nella sentenza n. 151 del 2009¹³². Tra le righe della sentenza, si rinviene infatti l’idea per cui il legislatore, qualora decida di intervenire sul merito delle scelte terapeutiche, si deve fare carico della garanzia, altrimenti gravante sul medico, di una certa “qualità” del trattamento terapeutico. Garanzia che non può che assicurarsi tramite un previo accertamento delle acquisizioni scientifiche e sperimentali.

La disposizione legislativa che imponeva, ai fini della applicazione della procedura di procreazione medicalmente assistita, la formazione di un numero limitato di embrioni, fino ad un massimo di tre, da impiantare contestualmente, è risultata inadeguata a garantire una sufficiente efficacia e sicurezza del trattamento medico disciplinato.

Da una previa verifica dei presupposti scientifici della legge sarebbe emersa l’inidoneità, in un numero considerevole di casi, del limite massimo di embrioni producibili e dell’obbligo di contestuale impianto degli stessi a garantire un serio tentativo di procreazione assistita e a ridurre al minimo l’ipotizzabile rischio per la salute della donna, e tale esito avrebbe dovuto quindi portare il legislatore alla ricerca di altre e più idonee soluzioni.

L’importanza, ai fini della validità della disposizione legislativa, dello svolgimento da parte del legislatore di un serio accertamento del fondamento scientifico

¹³¹ G. DI GENIO, *Il primato della scienza sul diritto (ma non sui diritti) nella fecondazione eterologa*, in *Forum di Quaderni costituzionali*, 2009.

¹³² Corte cost., sent. 1 aprile 2009, n.151. Per un commento alla decisione si veda *ex multis* M. MANETTI, *Procreazione assistita: una political question disinnescata*, in *Giur. cost.*, 2009, 1688 ss.; L. TRUCCO, *Procreazione assistita: la Consulta, questa volta decide (almeno in parte) di decidere*, in *Giur. it.*, 2010, 287 ss.; M. D’AMICO, *La decisione della Corte costituzionale fra aspetti di principio e ricadute pratiche. Il punto di vista dei giuristi*, in M. D’AMICO-I. PELLIZZONE (a cura di), *I diritti delle coppie infertili*, Milano, 2010, 216 ss.

della stessa è emersa, sempre in materia di procreazione medicalmente assistita, nella sentenza n. 162 del 2014.

In tale sentenza è stato, peraltro, messo in evidenza come l'accertamento dell'efficacia della terapia oggetto di disciplina, ossia della sua capacità di positivamente o negativamente contribuire alla tutela del diritto alla salute dei soggetti coinvolti, deve venire in considerazione come *prius* logico rispetto alla ricerca di un equilibrio tra i diritti coinvolti.

È stato quindi espresso il ragionevole principio secondo cui per l'elaborazione di una disciplina attinente a scelte terapeutiche che realizzi un bilanciamento costituzionalmente legittimo tra i diritti coinvolti è previamente imprescindibile un accertamento dell'efficacia della terapia in questione, ossia una verifica di quali siano i diritti che la terapia può tutelare o mettere a repentaglio, e in che misura ciò possa avvenire¹³³.

L'incidenza che la progressiva elaborazione da parte della Corte dei principi cardine regolativi del rapporto tra scienza e discrezionalità legislativa ha sugli esiti dei giudizi, e quindi sulla costituzionalità delle leggi *science-based*, emerge in modo particolarmente emblematico dal raffronto di due sentenze rese in relazione a due importanti casi: il "caso Di Bella" e il "caso Stamina".

Nel caso Di Bella¹³⁴ la Corte costituzionale era partita anzitutto da una previa delimitazione dei suoi compiti e poteri, espressamente affermando di volersi tenere

¹³³ Nella sentenza la Corte ha ricordato come la disciplina in esame incidesse «*sul diritto alla salute, che, secondo la costante giurisprudenza di questa Corte, va inteso «nel significato, proprio dell'art. 32 Cost., comprensivo anche della salute psichica oltre che fisica» (sentenza n. 251 del 2008; analogamente, sentenze n. 113 del 2004; n. 253 del 2003) e «la cui tutela deve essere di grado pari a quello della salute fisica» (sentenza n. 167 del 1999). Peraltro, questa nozione corrisponde a quella sancita dall'Organizzazione Mondiale della Sanità, secondo la quale «il possesso del migliore stato di sanità possibile costituisce un diritto fondamentale di ogni essere umano» (Atto di costituzione dell'OMS, firmato a New York il 22 luglio 1946)» e che a riguardo «non sono dirimenti le differenze tra PMA di tipo omologo ed eterologo, benché soltanto la prima renda possibile la nascita di un figlio geneticamente riconducibile ad entrambi i componenti della coppia. Anche tenendo conto delle diversità che caratterizzano dette tecniche, è, infatti, certo che l'impossibilità di formare una famiglia con figli insieme al proprio partner, mediante il ricorso alla PMA di tipo eterologo, possa incidere negativamente, in misura anche rilevante, sulla salute della coppia, nell'accezione che al relativo diritto deve essere data, secondo quanto sopra esposto».*

¹³⁴ Il giudizio verteva sulla legittimità costituzionale dell'art. 2, comma 1, ultimo inciso, del decreto-legge 17 febbraio 1998, n. 23 (Disposizioni urgenti in materia di sperimentazioni cliniche in campo oncologico e altre misure in materia sanitaria), in cui era stato stabilito che «*in nessun caso possono essere inseriti nell'elenco previsto dall'art. 1, comma 4, del decreto-legge n. 536 del 1996 medicinali per i quali non*

lontana dal decidere se il trattamento Di Bella fosse o meno una cura, sottolineando che la Corte «*non è chiamata, né potrebbe esserlo, a sostituire il proprio giudizio alle valutazioni che, secondo legge, devono essere assunte nelle competenti sedi, consapevole com'è dell'essenziale rilievo che, in questa materia, hanno gli organi tecnico-scientifici*»¹³⁵.

L'intenzione della Corte era dunque quella di evitare di trasformarsi impropriamente in giudice del fatto e di concentrare il giudizio esclusivamente sulla legittimità costituzionale della legge, in particolare sotto il profilo del rispetto del principio di uguaglianza in riferimento al diritto alla salute.

Senza quindi minimamente indagare in merito all'efficacia terapeutica del trattamento in questione, la Corte è partita dal presupposto che l'autorizzazione speciale *ad hoc* all'impiego del “multitrattamento Di Bella” anche nei confronti di soggetti estranei alla sperimentazione fosse un “fatto legislativo”, fonte di «*aspettative comprese nel contenuto minimo del diritto alla salute*», concludendo che l'art. 2, comma 1, ultimo inciso, del decreto-legge 17 febbraio 1998, n. 23, che escludeva il trattamento in questione dall'elenco dei “medicinali innovativi” erogabili a carico del Servizio Sanitario Nazionale, desse luogo a una discriminazione costituzionalmente illegittima, facendo dipendere il soddisfacimento delle suddette aspettative legittime dalla capacità economica del malato.

Tali conclusioni, alla luce delle successive pronunce che, come si è visto, paiono aver delineato un particolare statuto della legge a contenuto tecnico scientifico, si prestano a talune osservazioni critiche¹³⁶.

siano già disponibili risultati di studi clinici di fase seconda». Tale disposizione impediva l'inserimento del c.d. c.d. multitrattamento Di Bella nell'elenco dei “medicinali innovativi”, ossia nell'elenco dei medicinali che, qualora non esista valida alternativa terapeutica, sono erogabili a totale carico del Servizio sanitario nazionale.

Il decreto legge n. 23 del 1998 aveva dato avvio alla sperimentazione del multitrattamento Di Bella, ma questo non aveva mai raggiunto, né mai raggiunse, la fase II.

Il dubbio circa la legittimità costituzionale del decreto sorse principalmente in ragione del fatto che esso, pur escludendo l'erogabilità del multitrattamento a carico del SSN, aveva però previsto, in deroga alle regole ordinarie, che il trattamento fosse somministrabile, a pagamento, anche a chi si trovasse nelle stesse condizioni dei pazienti soggetti a sperimentazione.

¹³⁵ Corte cost., sent. 20 maggio 1998, n. 185.

¹³⁶ In senso critico rispetto al ragionamento seguito dalla Corte A. SANTOSUOSSO, *Libertà di cura e libertà di terapia. La medicina tra razionalità scientifica e soggettività del malato*, Roma, 1998; A. SANTOSUOSSO-G. PINOTTI, *Il diritto delle corti, la scienza e la tecnica: una tassonomia*, in *BioLaw Journal*, 2017, dove si osserva come il ragionamento non convinca «*in primo luogo perché, se di*

In particolar modo, la Corte, affermando di non essere tenuta ad alcun accertamento degli effetti e dell'efficacia del trattamento, ha completamente escluso la rilevanza del fatto che lo stesso non potesse dirsi rispetto al legislatore, specie qualora questi scelga di disciplinare in merito a scelte terapeutiche. Come si è visto, infatti, è la stessa Corte costituzionale, in successive sentenze, ad aver più volte affermato che il legislatore che intendesse dettare regole in merito all'appropriatezza delle scelte terapeutiche debba farlo previa verifica dello stato delle conoscenze scientifiche e delle evidenze sperimentali acquisite, tramite organismi nazionali e sovranazionali a ciò preposti.

In tale ottica, la Corte, nel sindacare la legittimità costituzionale della legge che aveva autorizzato l'impiego del trattamento anche fuori dalla sperimentazione, avrebbe dovuto in primo luogo accertare che il legislatore avesse provveduto a constatare la sussistenza di presupposti minimi di scientificità, tali da consentire di qualificare, almeno potenzialmente, in termini di "cura" il trattamento in questione, e solo allora procedere a valutare la conformità della disposizione rispetto al principio di uguaglianza.

Si sarebbe trattato per la Corte di accertare se, e in che modo, il legislatore avesse provveduto, tramite l'ausilio di organi tecnici, allo svolgimento della valutazione tecnico-scientifica, ossia all'accertamento dei presupposti scientifici delle disposizioni in questione.

Da tal tipo di scrutinio sarebbe potuto emergere il vero dato problematico della vicenda, ossia come la decisione legislativa di consentire l'impiego anche fuori dalla sperimentazione del trattamento Di Bella in deroga alla regola posta dal comma 1 dell'art. 3 del decreto legge n. 23 del 1998, fosse stato frutto di mera discrezionalità legislativa. Si sarebbe cioè constatato che il legislatore non aveva in alcun modo provveduto all'acquisizione di evidenze scientifiche e sperimentali a sostegno della propria scelta,

sperimentazione (per quanto "singolare") si tratta, alcuni criteri di selezione per l'accesso sono indispensabili, ove si voglia giungere a un risultato un minimo attendibile dal punto di vista conoscitivo e non si voglia, semplicemente, adottare un escamotage per effettuare una pura e semplice erogazione gratuita. In secondo luogo, in questa sperimentazione le possibilità che il trattamento sia efficace o meno devono considerarsi distribuite, a voler essere generosi, secondo una previsione 0,5 di efficacia versus 0,5 di inefficacia. Non si vede allora in quale direzione si scorga la violazione del principio di uguaglianza. A meno che non si accetti anche il ragionamento inverso, secondo il quale anche chi è sottoposto a un trattamento che ha il 50 % delle possibilità di essere inefficace è discriminato rispetto a chi ha avuto la "fortuna" di non esservi sottoposto e ha potuto, quindi, accedere a trattamenti diversi di controllo dei sintomi, magari più utili sul piano soggettivo».

ossia a sostegno, se non della sicura efficacia, quantomeno della potenziale efficacia terapeutica del trattamento, ed anzi come l'intervento legislativo fosse andato in una direzione completamente opposta rispetto alle indicazioni fino a quel momento formulate da organismi nazionali dotati di specifica competenza tecnica¹³⁷.

La Corte ha quindi omesso un passaggio che pareva però logicamente necessario per qualsiasi ulteriore valutazione di legittimità costituzionale, poiché laddove fosse risultato che nessuno, non solo l'autorità giudiziaria, ma soprattutto neppure il legislatore, aveva in qualche modo accertato che quella in questione potesse essere considerata una cura, allora difficilmente di diritto alla salute si sarebbe potuto parlare.

Tali considerazioni sembrano trovare riscontro nella decisione resa in relazione al successivo caso Stamina, in cui la Corte è parsa tornare sui propri passi, e aver, seppur implicitamente, riconosciuto l'incongruità insita nella decisione del 1998.

Il caso Stamina si presentava per molti aspetti analogo al caso Di Bella: anche in questo caso il legislatore aveva autorizzato la sperimentazione di un trattamento di dubbia efficacia; il ricorso al trattamento era stato consentito a una particolare categoria di soggetti estranei alla sperimentazione; e l'esigenza terapeutica degli interessati era certamente impellente.

Poteva dunque ragionevolmente ritenersi, come infatti era stato prospettato dal giudice *a quo*, che ricorressero le condizioni per l'applicazione dei principi affermati dalla Corte nel caso di Bella, e, quindi, in particolare, dell'idea per cui la determinazione del legislatore di avviare la sperimentazione di un complesso di sostanze e di congiuntamente autorizzare il loro impiego nei confronti di soggetti estranei alla sperimentazione costituisca un «*fatto legislativo*» che ha una sua oggettività, tale da differenziarlo da qualsiasi mero fatto sociale, da cui scaturiscono aspettative comprese nel contenuto minimo del diritto alla salute, rispetto alle quali non sono ammesse discriminazioni.

Il fattore discriminatorio sarebbe stato in questo caso di tipo temporale: la legge, infatti, garantiva l'accesso al trattamento solo a coloro che alla data di entrata in vigore del decreto legge lo avessero già iniziato o avessero ottenuto in loro favore un'ordinanza dall'autorità giudiziaria, negandolo invece a tutti gli altri malati, anche ove versanti in una situazione clinica del tutto analoga.

¹³⁷ Si erano espressi negativamente sulla terapia la Commissione Unica per il Farmaco, il Consiglio Superiore della Sanità e l'allora Presidente della Federazione degli Ordini dei medici.

Eppure, la Corte in questo caso ha escluso la portata discriminatoria della legge, confermando la legittimità costituzionale del diverso trattamento, e anzi precisando che l'estensione dell'ambito della deroga sarebbe risultata «irragionevole»¹³⁸.

Formalmente la giustificazione del diverso trattamento nell'accesso alla cura è stata collegata ad esigenze di continuità terapeutiche e di non interferenza con la funzione giurisdizionale. Tuttavia, nella sostanza, la decisione sembra sottendere diverse e più ampie considerazioni: soprattutto, pare che un rilevante peso nel senso della legittimità della disposizione legislativa sia stato giocato proprio dai principi negli anni precedenti elaborati in relazione al rapporto tra discrezionalità legislativa e scienza.

La ragione di fondo della decisione, benché la Corte nel caso di specie non lo abbia espressamente affermato, probabilmente non volendo sconfessare apertamente e completamente quanto precedentemente affermato nella sentenza sul caso di Bella, pare infatti potersi individuare nel principio per cui per potersi parlare di discriminazione nel godimento del diritto alla salute debba venire in rilievo una cura, ossia un trattamento di cui si possa quantomeno ipotizzare l'efficacia terapeutica, sulla base delle acquisizioni scientifiche e sperimentali¹³⁹.

In tal senso depone il fatto che la Corte a conferma dell'irragionevolezza di una estensione della deroga prevista dalla legge abbia fatto riferimento al fatto che la sussistenza delle condizioni per la prosecuzione della sperimentazione prevista dalla legge censurata fosse stata nel frattempo esclusa dal decreto del Ministero della salute adottato, sulla base della relazione dell'apposito comitato scientifico, il 4 novembre 2014.

Probabilmente particolare peso nella decisione è stato assunto anche dall'ordinanza n. 1 del 15 maggio 2012 dell'AIFA, con cui tale autorità tecnica aveva

¹³⁸ Corte cost., sent. 1 dicembre 2014, n. 274.

¹³⁹ Sul punto G. SERENO, *Il "caso Stamina" all'esame della Corte Costituzionale: un esito condivisibile sorretto da una motivazione lacunosa*, in *Osservatorio AIC*, gennaio 2015, osserva come «si può supporre che l'inopportunità di consentire, da parte del legislatore, l'avvio di una sperimentazione di un trattamento molto controverso abbia avuto un peso rilevante nella decisione della Consulta. In qualche modo è la sentenza stessa a tradire la preoccupazione descritta, quando dice che l'estensione richiesta dal giudice a quo sarebbe irragionevole, «senza considerare che, allo stato, la sussistenza delle condizioni per la prosecuzione della sperimentazione prevista dalla legge censurata risulta esclusa dal decreto del Ministero della salute adottato, sulla base della relazione dell'apposito comitato scientifico, il 4 novembre 2014, nelle more del presente giudizio» (punto 6 del Considerato in diritto). Sebbene la Corte lo escluda, proprio il riferimento all'interruzione della sperimentazione, assieme al richiamo alla sentenza n. 282 del 2002, conferma il ruolo che la scarsa adeguatezza scientifica del d.l. ha avuto nelle valutazioni della Consulta».

vietato «con decorrenza immediata, di effettuare: prelievi, trasporti, manipolazioni, colture, stoccaggi e somministrazioni di cellule umane presso l'Azienda Ospedaliera Spedali Civili di Brescia in collaborazione con la Stamina Foundation ONLUS»

Se, infatti, come risulta da quanto affermato dalla Corte costituzionale nella sentenza n. 282 del 2002, richiamata nella sentenza sul caso Stamina, il legislatore è effettivamente tenuto alla «verifica dello stato delle conoscenze scientifiche e delle evidenze sperimentali acquisite, tramite istituzioni e organismi – di norma nazionali e sovra-nazionali – a ciò deputati, dato l'essenziale rilievo che a questi fini rivestono gli organi tecnico-scientifici», il fatto che l'AIFA avesse con l'ordinanza n. 1 del 15 maggio 2012 disposto l'interruzione dei trattamenti secondo il metodo Stamina, non poteva che assumere importante peso ai fini della valutazione della legittimità costituzionale della disposizione normativa. Ciò in particolare se si considera che tra le plurime violazioni dell'art. 1, co. 4, del d.m. 5 dicembre 2006 accertate dall'AIFA era stata anche rilevata l'assenza della condizione di cui alla lettera a) del co. 4 di tale articolo, e quindi l'assenza di dati scientifici, pubblicati su accreditate riviste internazionali, che giustificassero l'impiego del trattamento.

Un'impostazione analoga, sempre in una causa vertente sull'applicazione del metodo Stamina, è stata adottata dalla Corte europea dei diritti dell'uomo nel caso Durisotto, in cui era stata lamentata dal ricorrente la contrarietà alla CEDU della disposizione legislativa che impediva alla figlia «di accedere a una terapia che utilizza cellule staminali secondo il metodo «Stamina», al contrario di altre persone che si trovano in condizioni di salute simili alle sue»¹⁴⁰. In tale occasione, infatti, la Corte, pur ricordando come non fosse suo compito sostituirsi alle autorità nazionali competenti a determinare il livello di rischio accettabile dai pazienti che intendono accedere alle cure compassionevoli nell'ambito di una terapia sperimentale, è sembrata implicitamente avallare la scelta del legislatore di richiedere un, seppur minimo, fondamento scientifico della cura. In particolare, nella sentenza si è osservato come la legittimità della scelta legislativa fosse corroborata dal fatto che il comitato scientifico istituito dal Ministero della Salute avesse emesso un parere negativo sulla sperimentazione del metodo Stamina.

Circa il ruolo centrale che dovrebbe essere riconosciuto nel processo di elaborazione di leggi a contenuto tecnico-scientifico agli organismi, nazionali e

¹⁴⁰ CEDU, 6 maggio 2014, 62804/2015, *Durisotto c. Italia*.

sovranzazionali, dotati di particolari competenze tecniche si è da ultimo nuovamente espressa la Corte costituzionale nel vagliare la costituzionalità di diverse disposizioni del decreto legge 7 giugno 2017, n. 73, recante disposizioni urgenti in materia di prevenzione vaccinale, convertito con modificazioni dalla legge 31 luglio 2017, n. 119, che ha esteso da quattro a dieci il novero dei vaccini obbligatori e gratuiti a carico dei minori da zero a sedici anni e di tutti i minori stranieri non accompagnati.

Nella sentenza n. 5 del 2018¹⁴¹ la valutazione della Corte circa la non irragionevolezza delle disposizioni in questione, che chiaramente presupponevano, vista la materia disciplinata, lo svolgimento di una serie di valutazioni tecnico-scientifiche, si è fondata proprio sulla valorizzazione del ruolo che l'istruttoria legislativa e l'apporto di organismi pubblici dotati di specifiche attitudini, come l'Organizzazione mondiale della sanità (OMS), l'Istituto superiore di sanità (ISS) e per i profili etici anche il Comitato nazionale di bioetica (CNB) avevano avuto nella elaborazione della scelta legislativa¹⁴².

In tal senso è indicativo il peso che la Corte ha riconosciuto alla "fonte" dei dati statistici attraverso cui le argomentazioni tecnico-scientifiche contenute nella relazione illustrativa che accompagnava la legge di conversione erano state corroborate. In linea, infatti, con la più volte ribadita idea per cui la verifica dei presupposti tecnico-scientifici delle leggi debba essere svolta tramite l'ausilio di *«istituzioni e organismi – di norma nazionali e sovra-nazionali – a ciò deputati, dato l'essenziale rilievo che a questi fini rivestono gli organi tecnico-scientifici»*, la Corte ha positivamente valutato ai fini della legittimità della legge che il legislatore avesse fondato la propria analisi sulle statistiche dell'OMS (*World Health Statistics*) e che nel corso dell'istruttoria legislativa, compiuta sul disegno di legge di conversione dalla 12a Commissione permanente del Senato (Igiene e sanità), l'Ufficio regionale europeo dell'OMS avesse *«espresso preoccupazione per la situazione italiana corrente, con riguardo alle malattie prevenibili mediante vaccino e, in particolare, al morbillo, nonché alla tendenza delle coperture vaccinali a ristagnare o regredire»*.

Indicativo è anche il passaggio della sentenza in cui, rispetto alla questione, di carattere prettamente tecnico, circa il valore critico piuttosto che ottimale della soglia di

¹⁴¹ Corte cost., sent. 22 novembre 2018, n. 5.

¹⁴² Sul punto A. IANNUZZI, *L'obbligatorietà delle vaccinazioni a giudizio della Corte Costituzionale fra rispetto della discrezionalità del legislatore statale e valutazioni medico-statistiche*, in *Consulta online*, I, 2018.

copertura del 95 per cento, la Corte, nell'escludere la fondatezza della tesi della Regione Veneto, abbia riconosciuto decisivo rilievo alla posizione sul punto risultante dagli atti di indirizzo delle «*competenti istituzioni nazionali e internazionali*».

Dalla sentenza emerge quindi, in continuità con la precedente giurisprudenza, il principio per cui nell'accertamento dei presupposti tecnici di una legge sia, non solo preferibile, ma necessario per la costituzionalità della stessa che il legislatore si avvalga dell'ausilio di organismi dotati di specifiche competenze tecniche.

Va tuttavia evidenziato che tale principio, la cui portata risulta non chiaramente definita, apre una serie di problemi di non facile soluzione.

In primo luogo, posto che una forma di ausilio "esterno" è necessaria, non può infatti che porsi il problema di stabilire se tali organismi, che la Corte riconosce poter essere sia pubblici che privati, perché il loro apporto possa dirsi sufficiente ad avvalorare e legittimare la scelta legislativa, debbano essere dotati di particolari qualifiche e caratteristiche, che ne comprovino la competenza, ma anche che assicurino una sufficiente terzietà degli stessi rispetto agli interessi coinvolti dalla decisione legislativa¹⁴³.

La pronuncia va segnalata inoltre per un ulteriore aspetto. Pare infatti rilevante il peso dato, ai fini della non irragionevolezza della scelta legislativa, al fatto che le «*ragioni che giustificano l'imposizione dell'obbligo per ciascuna delle vaccinazioni previste*» non siano state date meramente per scontate dal legislatore, ma siano state invece espressamente descritte dal legislatore nella relazione illustrativa che accompagnava la legge di conversione.

Da tale dato potrebbe addirittura desumersi il principio per cui, ai fini della legittimità costituzionale della legge che svolge valutazioni funzionali alla tutela del diritto alla salute, dell'accertamento dei presupposti tecnici su cui le valutazioni legislative si fondano dovrebbe sussistere una prova scritta, quale ad esempio una relazione illustrativa.

Trattasi di un principio che a ben vedere pare implicito anche nella precedente giurisprudenza della Corte. Sul punto è, ad esempio, particolarmente significativo il raffronto fra la sentenza n. 282 del 2002, in cui la legge della Regione Marche, che aveva

¹⁴³ Sul punto, C. CASONATO, *La scienza come parametro interposto di costituzionalità*, in *Rivista AIC*, II, 2016.

introdotto il divieto della lobotomia e della terapia elettroconvulsione, è stata ritenuta illegittima perché priva di un sufficiente fondamento scientifico, e la sentenza n. 338 del 2003, di poco successiva, in cui invece le leggi delle Regioni Piemonte e Toscana, che avevano posto limitazioni ai medesimi trattamenti, sono state dichiarate incostituzionali sulla base del solo parametro dell'art. 117 Cost., ossia per violazione della sfera di competenza legislativa statale, senza alcun riferimento alla carenza di sufficiente fondamento scientifico della legge.

Le evidenze scientifiche circa la dannosità, o quantomeno la possibile dannosità, dei trattamenti in questione erano presenti nella comunità scientifica già nel 2002: la differenza tra i due casi stava quindi essenzialmente nel fatto che, nell'uno, il legislatore non aveva in alcun modo dimostrato di aver condotto una verifica di tali evidenze, mentre nell'altro vi era stata prova dell'espletamento da parte delle Regioni di «*un'accurata fase istruttoria di carattere tecnico-scientifico*».

1.3. *Gli obblighi di aggiornamento del testo legislativo*

Si è visto dunque come secondo la giurisprudenza della Corte costituzionale la legge incorporante regole tecniche possa ritenersi soggetta ad un particolare statuto giuridico, caratterizzato dalla presenza di specifiche “condizioni di validità”, o meglio di legittimità costituzionale, attinenti al momento genetico della legge.

Sempre da una analisi della giurisprudenza in materia, si può inoltre riconoscere l'esistenza di ulteriori condizioni di validità, attinenti però a una fase successiva rispetto alla formazione della legge.

Tali condizioni sono strettamente legate ad una caratteristica propria del sapere tecnico scientifico, ossia alla sua mutevolezza. Si è infatti visto nel primo capitolo come anche le acquisizioni scientifiche più largamente condivise nella comunità scientifica siano suscettibili di essere nel tempo sconfessate e superate.

Dall'analisi della giurisprudenza della Corte costituzionale e delle Corti internazionali pare emergere che l'esigenza di tutela dei diritti incisi, in positivo o in negativo, dalla legge che incorpora regole tecniche, imponga al legislatore, oltre che oneri di verifica *ex ante* «*dello stato delle conoscenze scientifiche e delle evidenze sperimentali acquisite*», anche di provvedere, *ex post*, ad un periodico aggiornamento delle

disposizioni elaborate laddove si registri un mutamento delle conoscenze scientifiche e delle evidenze sperimentali su cui la decisione si era fondata.

Se il sapere tecnico-scientifico è in continua evoluzione, l'attività di accertamento dello stesso da parte del legislatore non può arrestarsi alla fase di elaborazione del testo legislativo ma deve essere costante, in modo tale da permettere una periodica revisione delle disposizioni non più coerenti con lo «*stato delle conoscenze scientifiche e delle evidenze sperimentali acquisite*». Potrebbe dirsi che l'assenza di fondamento scientifico si ponga come causa di illegittimità della legge in una duplice prospettiva: come causa di illegittimità originaria, laddove collegata alla mancanza di una verifica iniziale dello stato delle conoscenze scientifiche, e come causa di illegittimità sopravvenuta, ove invece sia effetto di un sopraggiunto mutamento di tali conoscenze.

La relatività che connota il sapere scientifico implica che quello in questione possa considerarsi un onere gravante sul legislatore in relazione a qualsiasi legge incorporante regole tecnico-scientifiche. La rilevanza dello stesso emerge però in particolar modo rispetto a leggi che disciplinano materie connotate, nel momento stesso in cui divengono oggetto di disciplina legislativa, da forte incertezza scientifica.

È stato osservato in giurisprudenza che, se ad essere oggetto di disciplina è una questione rispetto alla quale la comunità scientifica è divisa, o addirittura rispetto alla quale la comunità scientifica non è in grado di fornire alcun tipo di indicazione, la discrezionalità del legislatore nella fase di formulazione della norma non può che essere ampia. In questi casi, però, la giurisprudenza osserva anche che il vincolo alla scienza non scompare, ma assume rilevanza nella fase successiva alla formulazione della norma, imponendo al legislatore l'onere di periodicamente verificare se in relazione alla questione controversa si siano registrate, *ex post*, evoluzioni tali da privare di fondamento la disposizione normativa¹⁴⁴.

Dell'esistenza di un obbligo di monitoraggio dell'evoluzione delle conoscenze scientifiche e di aggiornamento delle disposizioni legislative, vi è riscontro già nella risalente giurisprudenza della Corte costituzionale in materia di servizio radiotelevisivo. La continua evoluzione tecnologica è infatti un elemento che necessariamente influenza la disciplina della materia, dato che con il mutare delle tecniche di trasmissione non

¹⁴⁴ Sulla sussistenza di oneri *ex ante* e *ex post* rispetto al momento genetico della legge A. IANNUZZI, *Il diritto capovolto*, cit., 150.

possono che mutare le esigenze cui il legislatore deve far fronte nella tutela della libertà di espressione e del diritto di essere informati.

Così, al venir meno, grazie allo sviluppo tecnologico, della limitatezza delle frequenze non ha potuto che accompagnarsi un progressivo superamento della riserva allo Stato dei servizi radiotelevisivi¹⁴⁵.

Concentrandosi su più recenti questioni, particolarmente significativa sul tema è la sopra menzionata decisione con cui la Corte ha vagliato la legittimità costituzionale della legge 31 luglio 2017, n. 1191, in materia di vaccinazioni obbligatorie¹⁴⁶.

In particolare, la Corte ha espresso chiaramente il proprio favore per la “clausola di flessibilizzazione” introdotta in sede di conversione dall’art. 1, comma 1-ter, del decreto-legge n. 73 del 2017, in base a cui, qualora dovesse cambiare il quadro epidemiologico, decorsi tre anni dall’entrata in vigore della legge di conversione, il Ministro della salute potrà con decreto disporre la cessazione dell’obbligatorietà per quattro delle nuove dieci vaccinazioni obbligatorie¹⁴⁷.

La scelta legislativa di introdurre un meccanismo di monitoraggio e revisione periodica è stata ritenuta dalla Corte particolarmente opportuna, «*in quanto valorizza la dinamica evolutiva propria delle conoscenze medico-scientifiche che debbono sorreggere le scelte normative in campo sanitario*» e, potremmo aggiungere, in quanto fornisce una disciplina e una garanzia di adempimento dell’obbligo, in ogni caso gravante sul legislatore, di provvedere alla rivalutazione delle proprie scelte normative con il mutare del fondamento tecnico-scientifico.

La Corte è giunta addirittura ad auspicare l’applicazione del meccanismo a tutte le vaccinazioni obbligatorie previste dalla legge, oltre che alle quattro individuate dalla clausola, osservando come per tutte potrebbero registrarsi in futuro variazioni nelle condizioni epidemiologiche tali da rendere necessario un allentamento del grado di coazione esercitabile dallo Stato, ossia una rivalutazione delle scelte legislative.

¹⁴⁵ Sul tema Corte cost., sent. 14 luglio 1981 n. 148 e Corte cost., sent. 13 luglio 1988, n. 826.

¹⁴⁶ Sul tema A. IANNUZZI, *L’obbligatorietà delle vaccinazioni a giudizio della Corte Costituzionale fra rispetto della discrezionalità del legislatore statale e valutazioni medico-statistiche*, in *Consulta online*, I, 2018.

¹⁴⁷ Trattasi di una disposizione che introduce un monitoraggio periodico che il Ministro della salute dovrà svolgere con l’ausilio del Consiglio superiore di sanità, dell’Agenzia italiana del farmaco (AIFA) e dell’Istituto superiore di sanità oltre alla Conferenza permanente per i rapporti tra lo Stato, le regioni e le province autonome di Trento e di Bolzano e previo parere delle competenti Commissioni parlamentari

A livello internazionale, il principio per cui in materie «*soggette ad un rapido sviluppo per ciò che attiene alla scienza e al diritto*» è necessario «*un esame permanente da parte degli Stati contraenti*» è stato in più occasioni riconosciuto dalla Corte EDU¹⁴⁸, tanto che la giurisprudenza della Corte può dirsi consolidata sul punto¹⁴⁹

Particolarmente noto è a riguardo il caso S.H. e altri c. Austria, in cui la Grande Chambre ha affermato la compatibilità con la CEDU della disposizione con cui il legislatore austriaco aveva sancito il divieto di donazione di sperma o ovuli per la fecondazione *in vitro*.

In questo caso la Corte EDU, pur riconoscendo che i peculiari aspetti della materia disciplinata consentivano una ampia libertà di intervento del legislatore¹⁵⁰, ha al contempo chiaramente precisato come la tecnicità della stessa comportasse comunque specifici vincoli per il legislatore. In particolare, ha sottolineato come, il divieto introdotto dalla legge oggetto del giudizio riflettesse «*lo stato della scienza medica dell'epoca e il consenso che esisteva nella società*», ma anche come tuttavia ciò non significasse che tale corrispondenza non potesse venir meno a seguito di successivi sviluppi della scienza medica, di cui «*il legislatore dovrà tener conto*».

Si evince, quindi, la sussistenza, in materie soggette ad un rapido sviluppo scientifico, dell'obbligo di «*esame permanente*» dello stato delle conoscenze scientifiche e di monitorare costantemente la perdurante coerenza delle scelte legislative con il contesto scientifico e sociale.

A ben vedere tale principio, riconosciuto a livello nazionale e internazionale, non è altro che una declinazione particolare della più generale idea di scienza come limite alla discrezionalità legislativa. Si potrebbe, infatti, dire che l'obbligo di costante monitoraggio delle evoluzioni del sapere scientifico e di periodico aggiornamento delle disposizioni di legge ormai obsolete sia espressione del medesimo principio che impone obblighi istruttori *ex ante*, ossia che impone obblighi di accertamento dello stato delle conoscenze

¹⁴⁸ Christine Goodwin, n. 28957/95, § 74, CEDU 2002; Stafford c. Regno Unito, n. 46295/99, § 68, CEDU 2002; S.H. e altri c. Austria, 57813/00, CEDU 2011.

¹⁴⁹ A. IANNUZZI, *Il diritto capovolto*, cit., 150.

¹⁵⁰ Si è in particolare riconosciuta l'ampia discrezionalità di cui il legislatore gode nella disciplina di materie rispetto a cui non sussiste omogeneità di soluzioni negli Stati membri, che sollevano questioni delicate di ordine etico e morale, e che rientrano in un contesto di progressi rapidissimi in campo medico e scientifico.

scientifiche ai fini della creazione di leggi a contenuto tecnico-scientifico, colto però nella sua dimensione, si potrebbe dire, “dinamica”.

2. *Il rapporto tra potere legislativo e libertà della scienza*

Dalle sentenze sopra analizzate emerge con chiarezza come le particolari condizioni richieste per la validità di leggi a contenuto tecnico scientifico siano dalla Corte costituzionale considerate funzionali, e per tanto costituzionalmente necessarie, alla tutela dei diritti di volta in volta incisi dagli esiti della valutazione tecnico scientifica, quale in primo luogo il diritto alla salute.

Tale funzionalità ben si spiega se si pensa al rapporto di strumentalità sussistente in molti ambiti tra la scienza e la tutela di diritti e libertà costituzionali.

Ciò che resta invece meno chiaro è il ruolo che la libertà della scienza svolge nella valutazione della legittimità costituzionale delle leggi a contenuto tecnico-scientifico.

A riguardo si può osservare come l’esigenza di tutela della libertà della scienza, intesa come in primo luogo tutela dell’autonomia scientifica da ingerenze esterne, sembri emergere in taluni passaggi delle sentenze della Corte costituzionale sopra analizzate. Particolarmente significativa è, ad esempio, la sentenza n. 282 del 2002, in cui la Corte costituzionale ha osservato che *«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. Poiché la pratica dell’arte medica si fonda sulle acquisizioni scientifiche e sperimentali, che sono in continua evoluzione, la regola di fondo in questa materia è costituita dalla autonomia e dalla responsabilità del medico che, sempre con il consenso del paziente, opera le scelte professionali basandosi sullo stato delle conoscenze a disposizione»*¹⁵¹.

In tale passaggio si rinviene un’affermazione di principio piuttosto radicale: la Corte afferma sostanzialmente che la legittimità dell’“incorporazione” dell’esito della valutazione tecnica nel testo legislativo, e quindi della sua cristallizzazione in questo, è «di norma» da escludersi.

Nel decidere la Corte pare quindi aver dato rilievo alla portata limitativa che leggi a contenuto tecnico-scientifico avrebbero sugli spazi di autonomia degli esperti di settore.

¹⁵¹ Corte cost. n. 182/2002.

L'affermazione per cui la regola generale è l'autonomia del medico, in luogo dell'intervento legislativo, presupporrebbe infatti che l'intervento legislativo espliciti effetti limitativi sull'autonomia scientifica.

L'eccezionalità che, stando a tale passaggio, dovrebbe connotare l'intervento legislativo potrebbe spiegarsi adottando una nozione ampia di libertà della scienza, ossia di libertà suscettibile di subire un *vulnus* per il sol fatto dell'incorporazione di regole tecnico-scientifiche nel testo legislativo.

Una tale ampia accezione della libertà della scienza si scontra però frontalmente con quelle impostazioni dottrinali che individuano nella libertà della scienza di cui all'art. 33 Cost. una libertà assoluta, insuscettibile di subire limitazioni.

Si tratta di impostazioni piuttosto riduttive della portata del dato costituzionale, collegate a una linea di pensiero, che si è visto essere emersa anche nel corso dei lavori preparatori dell'Assemblea Costituente¹⁵², che configura il riferimento dell'art. 33 Cost. alla libertà della scienza come sostanzialmente superfluo, in considerazione del fatto che la scienza sarebbe libera per definizione.

In tal senso si pone la considerazione della libertà della scienza come mero profilo della libertà di manifestazione del pensiero, pertanto limitata alle sole attività di elaborazione e diffusione del pensiero scientifico, rispetto alle quali nessuna forma di limitazione sarebbe ammissibile, non valendo per esse neppure il limite del buon costume previsto in generale per la libertà di manifestazione del pensiero.

Si è detto come il contenuto della libertà della scienza non paia tuttavia poter essere limitato a tale unico profilo, in quanto risultano certamente riconducibili nell'alveo di tale libertà anche attività difficilmente qualificabili come mere forme di manifestazione del pensiero, quale anzitutto la ricerca scientifica, cui peraltro la Costituzione dedica specifica attenzione all'art. 9 Cost.

Proprio rispetto a tale declinazione della libertà della scienza è emersa la necessità di interventi legislativi, e quindi il problema del rapporto tra scienza e potere legislativo. È infatti pacifico che l'esigenza di tutela di diritti e libertà della persona rende necessario

¹⁵² Cap. I, par. 2.1.

che l'attività di sperimentazione si svolga secondo certe modalità e nel rispetto di determinati limiti¹⁵³.

Tali considerazioni hanno dunque incrinato l'idea di assolutezza della libertà della scienza, ma, al contempo, hanno anche portato a una delimitazione del suo contenuto in senso ben più ampio.

Si è visto come tuttavia l'estensione del contenuto della libertà della scienza tramite l'inclusione nell'ambito della stessa delle attività di ricerca scientifica e di insegnamento lasci aperta la questione circa la configurabilità di una portata precettiva del primo comma dell'art. 33 Cost. autonoma e ulteriore rispetto a quella garantita da altre norme che si occupano di singole fattispecie collegate al più generale concetto di libertà scientifica, quindi, in altre parole, circa la sussistenza di profili di tale libertà ulteriori rispetto a quelli strettamente legati alla manifestazione del pensiero scientifico, alla libertà di insegnamento e alla ricerca scientifica.

L'osservazione sopra richiamata della Corte costituzionale circa il fatto che « *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* », essendo la regola di fondo nella « *pratica* » dell'arte medica « *costituita dalla autonomia e dalla responsabilità del medico che, sempre con il consenso del paziente, opera le scelte professionali basandosi sullo stato delle conoscenze a disposizione* »¹⁵⁴, potrebbe fornire alcune indicazioni utili sulla questione.

Sembrerebbe infatti implicito in tali considerazioni che il principio di autonomia della scienza, di cui all'art. 33 Cost., non sia limitato al solo momento prettamente speculativo, né solo a quello della ricerca scientifica, ma anche a quello che si potrebbe dire “applicativo”, in cui le regole scientifiche sono applicate dall'esperto di settore – nel caso di specie il medico.

È solo dilatando in tal modo il contenuto della libertà della scienza che si può giungere a ritenere limitativa della libertà della scienza una legge che prenda posizione su questioni tecnico-scientifiche tramite l'incorporazione nel testo legislativo della regola tecnico-scientifica da applicarsi nei casi concreti.

¹⁵³ Sul punto R. BIN, *La Corte e la scienza*, cit., ritiene che « *nessuna restrizione può essere imposta alla elaborazione (diffusione, insegnamento ecc.) delle teorie scientifiche, mentre è possibile che venga ristretta l'attività di sperimentazione scientifica, purché ricorrano alcune condizioni* ».

¹⁵⁴ Corte cost. n. 151/2009.

Una tale incorporazione lascia infatti impregiudicata la libertà dello scienziato di criticare la scelta legislativa ed eventualmente di diffondere o sostenere la propria difforme opinione scientifica, né incide sulla libertà di ricerca scientifica – se non indirettamente, nei limiti in cui l'intervento legislativo spinga la comunità scientifica a prediligere e quindi approfondire tramite sperimentazione determinate tesi a discapito di altre. Ciò che subisce una effettiva limitazione è la libertà dell'esperto di esercitare la propria professione coerentemente a quanto personalmente ritenuto scientificamente più esatto.

Tale aspetto emerge in particolare laddove il legislatore prenda posizione su questioni scientifiche controverse. In tali casi l'esperto, che è per legge tenuto all'applicazione di una specifica regola tecnica prescelta dal legislatore in adesione ad una determinata tesi scientifica, benché sussistano diverse e contrarie posizioni presenti nella comunità scientifica, vede certamente ridotta la propria autonomia di scelta della regola scientificamente più adatta al caso concreto. A essere disciplinato, e limitato, è quindi il momento applicativo del pensiero scientifico, ossia la fase in cui il professionista dà applicazione a ciò che è oggetto della declinazione libertà della scienza come libertà di manifestazione del pensiero scientifico.

Se la libertà della scienza fosse intesa in tale ampio senso, la portata precettiva dell'art. 33 Cost. risulterebbe fortemente ampliata e, in particolare, esso diverrebbe un fondamentale parametro di riferimento nella valutazione della legittimità costituzionale di leggi *science based*.

L'art. 33 Cost. dovrebbe considerarsi anzitutto parametro sulla cui base valutarsi la legittimità di un intervento legislativo che prende posizione su questioni tecnico-scientifiche. L'intervento legislativo in quanto limitativo di una libertà costituzionalmente tutelata potrebbe considerarsi legittimo solo se giustificato da esigenze di tutela di altri beni di rilievo costituzionale, ossia qualora la completa autonomia nella fase di applicazione del sapere scientifico risulti pregiudizievole per i diritti coinvolti dalla valutazione tecnico-scientifica.

Così, ad esempio, rispetto alla questione oggetto della sentenza n. 151 del 2009, si potrebbe sostenere che l'incostituzionalità dell'intervento legislativo fosse dovuta in primo luogo al fatto che esso rappresentasse una forma di illegittima ingerenza nella autonomia del medico, non giustificata dall'esigenza di tutela di altri beni o valori

costituzionalmente garantiti, ma anzi controproducente rispetto alla tutela dei diritti coinvolti, e in particolare del diritto alla salute della donna.

In questi casi, l'*an* stesso dell'intervento legislativo sarebbe precluso da esigenze di tutela della libertà della scienza, intesa come garanzia di uno spazio di autonomia dello scienziato nell'applicazione del sapere scientifico.

Si è tuttavia visto come quella scientifica non sia una libertà assoluta. Anche rispetto a tale particolare declinazione della libertà della scienza dovrebbero quindi ritenersi ammissibili delle limitazioni, secondo le regole proprie del bilanciamento tra diritti.

In tal senso la Corte costituzionale, nella sentenza n. 282 del 2002, non ha escluso in assoluto che possano esservi eccezioni alla regola dell'autonomia del singolo medico e ha ricordato come debbano comunque farsi salvi i casi in cui «*entrino in gioco altri diritti o doveri costituzionali*», in linea con il tradizionale principio del bilanciamento, per cui limitazioni di diritti e libertà costituzionali sono ammissibili per quanto necessario alla garanzia di altri beni di pari rango.

Laddove limitazioni siano necessarie per la tutela di altri diritti, il riconoscimento di una ampia accezione di libertà della scienza, comprensiva anche della fase applicativa del sapere scientifico, dovrebbe comunque però avere ricadute in ordine alle modalità in cui tale limitazione possa essere apportata. Sia, come vedremo più approfonditamente oltre, sotto il profilo della adeguatezza della legge come strumento di regolamentazione della questione tecnico-scientifica, sia, per ciò che qui più interessa, sotto il profilo delle modalità con cui la regola tecnica dovrebbe essere selezionata e incorporata nel testo legislativo.

A riguardo si potrebbe ritenere che le particolari condizioni che la Corte costituzionale ha richiesto per la legittimità di leggi a contenuto tecnico-scientifico siano state imposte proprio in primo luogo per soddisfare un'esigenza di tutela della libertà della scienza, che sarebbe limitata illegittimamente laddove la regola tecnica fosse cristallizzata nel testo legislativo senza una previa ricognizione dello stato delle conoscenze scientifiche.

La legittimità dell'intervento legislativo verrebbe quindi in tali casi a dipendere dal fatto che lo stesso si fondi su di una previa verifica del sapere scientifico esistente

sulla questione oggetto di regolamentazione e che, inoltre, esso risulti coerente e ragionevole rispetto alle evidenze emerse in tale preliminare fase istruttoria.

Tale particolare configurazione del limite trova riscontro anche in talune affermazioni presenti in successive sentenze, come le sentenze n. 151 del 2009 e la n. 162 del 2014, in cui si è ribadito che in materia di pratica terapeutica «*la regola di fondo*» è l'autonomia del medico, ma è tuttavia fatta salva la possibilità per il legislatore di intervenire, purché «*in modo conforme ai precetti costituzionali in materia di pratica terapeutica*».

Bisogna però rilevare che – sebbene nelle sentenze della Corte costituzionale sopra analizzate emerga e sia presa in precipua considerazione l'esigenza di tutela dell'autonomia scientifica del medico – l'illegittimità costituzionale delle leggi non è mai stata collegata espressamente alla violazione dell'art. 33 della Costituzione, ma piuttosto alla violazione di altri parametri, in particolare alla lesione che tali leggi avrebbero arrecato al diritto alla salute di cui all'art. 32 Cost.

Per tale ragione vi è chi ha ipotizzato una configurazione della scienza come “parametro interposto” di costituzionalità.

Con particolare riferimento alle leggi che disciplinano i trattamenti sanitari, è stato osservato come, poiché è la scienza a definire ciò che nuoce e ciò che invece giova alla salute, «*il necessario rispetto del diritto fondamentale alla salute si traduce in un necessario rispetto delle risultanze scientifiche in campo medico*»¹⁵⁵.

In tale ottica la legge che non tenesse conto o, peggio, contraddicesse i risultati medici più accreditati, ad esempio imponendo un trattamento nocivo o vietandone uno efficace, sarebbe da considerarsi incostituzionale «*non perché (direttamente) in contrasto con la scienza ma perché tale contrasto svelerebbe (indirettamente) una violazione, questa sì incostituzionale, del diritto alla salute*»¹⁵⁶.

Il contrasto con la scienza verrebbe quindi in rilievo ai fini del giudizio di legittimità costituzionale di una legge, non autonomamente, ma solo laddove svelasse una violazione ulteriore, di un diverso diritto costituzionalmente garantito.

Si tratta di una interessante ricostruzione ma che presta il fianco a talune obiezioni.

¹⁵⁵ C. CASONATO, *La scienza come parametro interposto di costituzionalità*, in *Rivista AIC*, II, 2016.

¹⁵⁶ C. CASONATO, *La scienza*, cit.

In particolare, la configurazione della scienza come parametro interposto di costituzionalità sembra non considerare affatto che la scienza è oggetto di tutela costituzionale: in un ordinamento in cui la Costituzione dedica ben due articoli alla scienza e che chiaramente tutela l'autonomia della stessa, risulta difficilmente sostenibile che il contrasto con la scienza di una legge tecnico-scientifica possa assumere autonoma rilevanza costituzionale solo se, e nei limiti in cui, sia anche indice di una lesione di diritti fondamentali.

Parrebbe più coerente ritenere, alternativamente, o che la legge a contenuto tecnico-scientifico che non rispetti le “condizioni di legittimità” richieste dalla Corte – ossia che non si fondi su evidenze tratte dal sapere scientifico o non sia aggiornata alle evoluzioni dello stesso – non si ponga in contrasto con la scienza, così come tutelata dalla Costituzione, e che quindi l'illegittimità costituzionale della stessa possa derivare solo dalla violazione di diritti diversi dalla libertà della scienza, oppure, al contrario, che tale contrasto sussista e abbia autonoma rilevanza in quanto in primo luogo indice di una lesione della libertà della scienza di cui all'art. 33 Cost. In altre parole: o la scienza è un parametro di costituzionalità delle leggi *science based*, oppure, sulla base di una lettura restrittiva di quanto disposto all'art. 33 Cost., non è parametro, nemmeno interposto, di costituzionalità.

Il fatto che il contrasto tra legge e sapere scientifico incida negativamente su diritti costituzionalmente tutelati come la salute non potrebbe considerarsi elemento atto a escludere una autonoma rilevanza della lesione della libertà della scienza, esso è anzi normale conseguenza della strumentalità che si è visto in molte circostanze sussistere tra scienza e diritti.

La teoria della scienza come parametro interposto rischia invece di creare una gerarchia tra diritti di cui non vi è traccia nella Costituzione.

La Costituzione, negli articoli che dedica alla scienza, pare ripudiare qualsiasi forma di finalizzazione del sapere scientifico: la scienza in quanto libertà è anzitutto tutelata da ingerenze esterne e, quindi, oggetto di tutela è in primo luogo la sua autonomia.

La strumentalità del sapere scientifico alla tutela di altri diritti e libertà costituzionali non viene in rilievo come fondamento della tutela costituzionale della libertà della scienza. Un fondamento di tal tipo darebbe luogo a una sostanziale degradazione della scienza dal rango di libertà a quello di mero strumento per la tutela di

altre libertà, ossia all'adesione a una concezione finalistica della scienza, che non è presente nel testo costituzionale.

Il rapporto di strumentalità pare piuttosto assumere rilevanza in relazione ai limiti che connotano la libertà: si è visto come la libertà della scienza cessi di essere tale allorché il suo esercizio pregiudichi altri diritti e libertà costituzionali nel loro nucleo essenziale. Dunque, la strumentalità alla tutela di diritti sarebbe importante nella distinzione tra ciò che afferisce al piano della libertà e ciò che è invece potere, come indice di legittimità dell'attività scientifica.

2.1. *La portata dei limiti alla discrezionalità legislativa*

Dalle sentenze della Corte costituzionale si è visto emergere la sussistenza di vincoli e limiti alla discrezionalità legislativa allorché il legislatore si occupi di questioni tecnico scientifiche.

Il vincolo emerge dalla più volte affermata necessità che il legislatore fondi la propria scelta tecnico-scientifica su di una previa «*verifica dello stato delle conoscenze scientifiche*», da effettuarsi «*tramite istituzioni e organismi - di norma nazionali o sovranazionali - a ciò deputati*».

La genericità delle espressioni utilizzate dalla Corte non rende però agevole l'esatta configurazione della natura di tale vincolo.

Si pone quindi in primo luogo il problema di capire se trattasi di un vincolo di tipo "procedurale" o "di contenuto". In particolare, se la Corte con tali espressioni abbia inteso vincolare il legislatore alla sola osservanza di una data procedura o piuttosto anche all'adozione di scelte dal contenuto vincolato.

Il vincolo sarebbe ad esempio da qualificarsi "di contenuto" allorché lo si intendesse come obbligo per il legislatore di conformarsi alla tesi maggioritaria in una data comunità scientifica, in un dato periodo storico, con automatica esclusione della possibilità di adesione a tesi minoritarie, o anche qualora lo si intendesse come obbligo per il legislatore di conformarsi alla posizione espressa da determinati organismi dotati di competenza tecnica, laddove sia ad essi affidato il compito di accertamento dello stato delle conoscenze scientifiche.

Tale configurazione pare andare però oltre quanto affermato dalla Corte costituzionale e implicherebbe, in determinati ambiti, una sostanziale eliminazione della discrezionalità legislativa, che non trova tuttavia alcun fondamento costituzionale.

Se effettivamente sussistesse una siffatta “riserva di scienza”, ossia se il limite alla discrezionalità legislativa fosse inteso come vincolo di contenuto, la scienza emergerebbe come una sorta “quarto potere”, e non poche sarebbero le problematiche in punto di garanzia dei diritti dei singoli da affrontare.

Si porrebbe, ad esempio, il tutt’altro che semplice, problema della definizione dei criteri e delle fonti da assumere come riferimento nella individuazione delle posizioni più accreditate nella comunità scientifica¹⁵⁷.

Anche allorquando la riserva di scienza fosse intesa come riserva della decisione ad organismi tecnici si porrebbe il problema di garantire l’indipendenza degli stessi, oltre che di definire i limiti e il fondamento di una tale investitura.

Di vincolo di contenuto può tuttavia certamente parlarsi nell’ottica della ragionevolezza¹⁵⁸. Che il legislatore nella incorporazione di regole tecniche nel testo legislativo debba mantenersi nei limiti della ragionevolezza implica, infatti, l’esclusione della legittimità di decisioni il cui contenuto risulti manifestamente privo di qualsivoglia fondamento scientifico o basato su dati palesemente privi di consistenza scientifica.

La portata delle decisioni della Corte costituzionale, sopra analizzate, sembra però andare oltre la mera affermazione di tale principio.

La Corte, infatti, non si limita a chiedere che le scelte legislative in materie tecnico scientifiche siano ragionevoli, ma afferma in più occasioni che, ai fini della legittimità della legge, è necessaria la sussistenza di una previa «*verifica dello stato delle conoscenze scientifiche*». Sembra, in altre parole, essere anche indicato il percorso necessario perché possa parlarsi di scelta ragionevole, e perché possa valutarsi la ragionevolezza della scelta.

La Corte avrebbe in tali decisioni espresso l’esigenza che il legislatore, nell’adozione di leggi a contenuto tecnico scientifico, adempia a obblighi, consistenti essenzialmente nello svolgimento di accertamenti dello stato delle conoscenze, che si possono dunque dire procedurali.

¹⁵⁷ C. CASONATO, op. ult. cit., 103

¹⁵⁸ A. IANNUZZI, *Il diritto capovolto*, cit., 162 ss.

L'assunzione di scelte legislative *science based* non accompagnata dall'osservanza di tale vincolo escluderebbe a priori la ragionevolezza della scelta legislativa: lo svolgimento di un'istruttoria legislativa sarebbe dunque condizione necessaria perché di ragionevolezza possa parlarsi.

Allo stesso tempo, pare inoltre doversi sostenere che, perché l'osservanza dell'onere procedurale, ossia lo svolgimento di un accertamento dello stato delle conoscenze scientifiche, possa effettivamente essere garanzia per i diritti e le libertà coinvolte nella scelta tecnica, il fatto che il legislatore abbia provveduto allo svolgimento di una qualche forma di attività istruttoria non possa di per sé considerarsi indice certo di ragionevolezza della scelta legislativa.

Perché di tutela dei diritti coinvolti e della libertà scientifica si possa effettivamente parlare, è da ritenersi, infatti, necessario che l'accertamento sia svolto nel rispetto di certi criteri e, inoltre, che, una volta svolto l'accertamento nel rispetto di tali condizioni, sia rinvenibile un collegamento tra gli esiti di questo e la scelta legislativa.

Circa le caratteristiche che debbono connotare l'accertamento, la Corte costituzionale non ha fornito dettagliate indicazioni: esse possono però desumersi dalla funzione di tutela dei diritti e delle libertà fondamentali su cui la valutazione tecnica incide che all'accertamento stesso è assegnata. In particolare, come si osserverà meglio oltre, la tutela dei diritti coinvolti pare dover passare necessariamente per l'osservanza di regole e principi propri del sapere scientifico.

Quanto al secondo aspetto, bisogna osservare come l'imposizione di obblighi procedurali non sia mai fine a sé stessa, ma volta a influenzare l'esito sostanziale della scelta. La stessa Corte costituzionale evidenzia come il vincolo in questione sia funzionale a garantire una scelta che non leda illegittimamente le libertà e i diritti coinvolti. Di qui, dunque, la necessità che un nesso tra attività istruttoria e scelta adottata all'esito della stessa sussista.

In particolare, gli esiti dell'istruttoria potrebbero essere quantomeno parametro in base a cui valutarsi la ragionevolezza della scelta legislativa.

È da evidenziarsi come l'attribuzione di una tale funzione all'attività istruttoria renderebbe importante, se non necessario, non solo che un accertamento sia svolto, ma anche che gli esiti dello stesso siano resi conoscibili, mediante, ad esempio, la redazione di relazioni che diano atto dell'attività svolta.

Il vincolo gravante sul legislatore, in base alle recenti pronunce analizzate, è quindi certamente di natura procedurale, attinente al *quomodo* della decisione, ma ciò tuttavia non toglie che esso possa, e anzi debba, influire sul contenuto della scelta, la quale rimane propria del legislatore, ma è suscettibile di un controllo, quantomeno sotto il profilo della ragionevolezza.

Ad esempio, dalla mancata adesione del legislatore alla tesi scientifica che, in base agli esiti dell'attività istruttoria, risulti nettamente maggioritaria, emergerebbe una incoerenza tra la scelta legislativa e gli esiti dell'attività di accertamento, che potrebbe portare ad una dichiarazione di incostituzionalità della legge, in quanto irragionevole, laddove tale scostamento non risultasse in qualche modo giustificato.

L'esistenza di una necessaria connessione tra oneri procedurali e dimensione sostanziale della scelta, è, d'altronde, pacifica nel diritto amministrativo. La pubblica amministrazione è tenuta a svolgere la propria attività nell'osservanza di specifici obblighi procedimentali, di istruttoria, di contraddittorio e di motivazione, imposti con legge al fine ultimo di garantire la bontà della decisione amministrativa, ossia la sua corrispondenza al modello di "buona amministrazione" affermatosi a livello nazionale ed europeo.

In particolare, l'introduzione, all'art. 3 della l. 241 del 1990, dell'obbligo per la p.a. di motivazione in ordine ai «*presupposti di fatto e le ragioni giuridiche che hanno determinato la decisione dell'amministrazione in relazione alle risultanze istruttorie*» ha reso evidente la sussistenza di un legame inscindibile tra provvedimento e procedimento, per cui «*il primo deve costituire la risultante logica e coerente del secondo*»¹⁵⁹. La pubblica amministrazione non può dunque provvedere prescindendo dalle risultanze istruttorie, dovendo piuttosto valutare tutte le istanze e le posizioni emerse nel procedimento, ferma restando la possibilità di disattenderle, indicando però in motivazione le ragioni di tale scelta.

3. *Il procedimento di formazione delle leggi a contenuto tecnico scientifico*

¹⁵⁹ F. CARINGELLA, *Manuale di diritto amministrativo*, Roma, 2017, 1410.

La Corte costituzionale, pur avendo in più occasioni richiesto che la scelta legislativa su questioni tecnico-scientifiche sia preceduta dallo svolgimento di una attività istruttoria, non ha tuttavia fornito altrettanto chiare indicazioni in ordine alle caratteristiche di tale attività.

Indicazioni sul punto possono però trarsi partendo dalla finalità che all'attività di accertamento è attribuita: la massima tutela dei diritti coinvolti dalla valutazione tecnica.

Dalle sentenze emerge come tale finalità di tutela, quando la legge incorpori regole tecniche e, quindi, presupponga lo svolgimento di valutazioni tecniche, richieda lo svolgimento di attività atte a garantire la scientificità dei presupposti di fatto della scelta normativa, e come il bagaglio conoscitivo proprio dei parlamentari non possa considerarsi a tal fine sufficiente, essendo invece necessario che conoscenze specialistiche e scientifiche confluiscono, dall'esterno, nelle aule del Parlamento.

Posto quindi che la finalità dell'onere procedurale è la tutela dei diritti, e che questa, nei casi di leggi *science based*, passa necessariamente dalla garanzia del carattere scientifico dei presupposti su cui la valutazione legislativa si fonda, è possibile, anzitutto desumere che nell'ambito dell'istruttoria legislativa il "metodo scientifico" debba assumere centrale importanza¹⁶⁰, in quanto principale criterio di demarcazione tra scienza e pseudoscienza¹⁶¹.

Il metodo scientifico imporrebbe al legislatore che intenda occuparsi di questioni tecnico-scientifiche di tenere in considerazione alcuni fondamentali principi su cui si basa l'attività scientifica, primo fra tutti quello per cui è su chi intende sostenere una nuova tesi che grava l'onere di fornire le prove e renderla verificabile.

La scienza si caratterizza per il continuo, più o meno veloce, succedersi di tesi e può, quindi, dirsi fisiologico che alla dimostrazione di una teoria scientifica, segua, più o meno velocemente, la sua confutazione e il suo superamento. Il superamento di una posizione scientifica, accreditata in un certo momento storico, non può però che passare attraverso la sua confutazione e, perché si possa parlare di confutazione, è necessario che chi intende sostenere una differente tesi provi l'erroneità dei dati posti a fondamento della tesi tradizionale e la validità della tesi alternativa.

¹⁶⁰ Significative a riguardo le osservazioni di M. TALLACCHINI, *The Epistemic State – The Legal Regulation of science*, in C. M. MAZZONI (Ed.), *Ethics of Biological Research*, Dordrecht, 2002, la quale afferma che «to regulate science, it has to acquire the knowledge and methods of science».

¹⁶¹ Sul tema Cap. I.

Non può invece accadere il contrario, ossia non può dirsi alternativa una teoria, in alcun modo provata, per il sol fatto che gli scienziati non siano in grado di dimostrare che essa è sbagliata. Potrebbero infatti potenzialmente elaborarsi infinite tesi insuscettibili di essere confutate, ma in assenza di una dimostrazione, esse non possono che rimanere nell'ambito delle mere asserzioni o della metafisica, in ogni caso fuori dal campo di ciò che può definirsi scientifico¹⁶².

Ciò posto, si comprende quindi l'importanza che nell'istruttoria legislativa sia centrale l'accertamento delle prove e dei dati sussistenti a sostegno della validità delle tesi oggetto di esame.

Sono, infatti, i riscontri e le prove a consentire un distinguo tra ciò che è scienza e ciò che è mera opinione. Solo esigendo che affermazioni che si pretendono scientifiche siano provate e confrontate tra loro, nell'ambito dell'istruttoria, secondo i canoni propri del metodo scientifico, è possibile privare di forza tesi che, seppur presentate come dotate di validità scientifica, risultano, all'esito dell'istruttoria, prive di qualsiasi fondamento.

L'accertamento dei dati sussistenti a sostegno di tesi scientifiche non pare però, di per sé solo, essere adempimento sufficiente a garantire che l'istruttoria legislativa effettivamente realizzi la funzione per cui è prescritta nella elaborazione di leggi *science based*.

Dati e prove potrebbero infatti essere forniti, ma tuttavia essere erronei o invalidi. I parlamentari, dal canto loro, potrebbero non possedere conoscenze sufficienti per rilevare tali vizi, e quindi formare il proprio convincimento sulla base di tesi scientificamente opinabili, senza neppur avere contezza di tale opinabilità.

Pare dunque imprescindibile che sussista anche la garanzia di un contraddittorio tra esperti: solo la pubblicità dei dati, e la possibilità che gli stessi siano confutati nell'ambito dell'istruttoria può consentire un effettivo accertamento dello stato delle conoscenze scientifiche.

¹⁶² E. CATTANEO, *Ogni giorno tra scienza e politica*, Milano, 2016, 86, ricorda le riflessioni del filosofo matematico Bertrand Russell osservando come «non si può accettare che l'impossibilità di confutare un'affermazione strampalata e indimostrabile equivalga di per sé alla sua verità. Perché in tal caso si potrebbe sostenere che una teiera cinese talmente piccola da non essere percepibile dagli attuali telescopi stia compiendo orbite intorno al Sole, tra la Terra e Marte, e che pertanto questa nuova ipotesi scientifica, non essendo attualmente confutabile dalla comunità degli scienziati (generalmente accusata di dubitare a priori, perché ritenuta arrogante e presuntuosa), deve essere oggetto di ricerche e finanziamenti in questa direzione».

In particolare, la garanzia del contraddittorio tra gli esponenti della comunità scientifica pare ancor più importante laddove si consideri l'obbligo di istruttoria funzionale *in primis* alla garanzia della libertà della scienza, di cui all'art. 33 Cost.

Configurando la cristallizzazione della regola tecnica nel testo legislativo come una forma di limitazione della libertà e dell'autonomia dello scienziato, che nell'esercizio della sua professione si trova vincolato alla posizione scientifica fatta propria dal legislatore, il contraddittorio potrebbe considerarsi uno strumento atto a compensare tale effetto limitativo, tramite cui la posizione dello scienziato sulla questione tecnico-scientifica può trovare rappresentazione nella fase che precede l'elaborazione della norma, ossia nell'istruttoria legislativa, e quindi influire sulla scelta legislativa.

Infine, pare essenziale che le attività svolte nell'istruttoria e i dati raccolti siano conoscibili e quindi pubblicizzati. La pubblicità dei dati consente infatti la loro verificabilità, oltre che la possibilità che gli stessi possano servire da parametro per una valutazione della ragionevolezza della scelta legislativa, intesa come coerenza rispetto ai risultati dell'istruttoria.

Così delineate quelle che dovrebbero essere le principali caratteristiche dell'istruttoria legislativa, in base alla funzione costituzionalmente rilevante che la stessa svolgerebbe, bisogna verificare quali siano gli strumenti di cui i parlamentari dispongono per il suo espletamento e la loro adeguatezza rispetto alle peculiari esigenze che si pongono allorché l'esigenza conoscitiva attenga a questioni tecnico-scientifiche.

In proposito, bisogna in primo luogo evidenziare che le disposizioni costituzionali sul procedimento legislativo non prevedono alcun procedimento specifico che il legislatore debba obbligatoriamente seguire per l'elaborazione di disposizioni legislative a contenuto tecnico scientifico, né è rintracciabile nel testo della Costituzione la previsione di uno strumento conoscitivo appositamente pensato per rispondere a esigenze conoscitive di tipo tecnico-scientifiche.

La Costituzione non sembra dunque apprestare specifica attenzione al problema della carenza in capo ai parlamentari di conoscenze specialistiche necessarie per lo svolgimento di valutazioni di tipo tecnico-scientifico.

Non manca tuttavia la previsione di strumenti conoscitivi e ispettivi, volti in generale a consentire l'acquisizione di informazioni da parte dei parlamentari, che,

quindi, in concreto si prestano anche per lo svolgimento di accertamenti tecnico-scientifici.

Il riferimento è in particolare alla commissione di inchiesta, di cui all'art. 82 della Costituzione¹⁶³.

L'articolo afferma che l'inchiesta può essere svolta solo su «*materie di pubblico interesse*», così ponendo un limite di oggetto decisamente elastico, che è stato infatti nella prassi interpretato in modo molto ampio¹⁶⁴.

La stessa Corte costituzionale¹⁶⁵ ha riconosciuto che le inchieste possono essere svolte su qualsiasi materia e che possono essere strumentali all'esercizio di diverse funzioni.

A inchieste con funzione più spiccatamente di controllo del Governo o di altri poteri dello Stato, la cui attività si è spesso sostanzialmente sovrapposta a quella degli organi giudiziari inquirenti, si sono affiancate anche inchieste più prettamente collegate alla funzione legislativa¹⁶⁶, istituite allo scopo principale di acquisire informazioni da utilizzare nell'attività legislativa.

Tuttavia, i connotati propri dell'istituto sono risultati poco adatti a rendere l'inchiesta parlamentare ordinaria fonte del sapere scientifico all'interno del procedimento legislativo, e, più in generale, ne hanno comunque fortemente limitato la strumentalità rispetto alla funzione legislativa.

D'altronde, il fatto che la Costituzione doti le commissioni di inchiesta di tanto penetranti poteri pare già di per sé essere indice di come l'istituto sia stato pensato principalmente per lo svolgimento di funzioni di carattere ispettivo. La possibilità di esercitare poteri analoghi a quelli dell'autorità giudiziaria risulta infatti primariamente funzionale allo svolgimento di un'attività di accertamento della responsabilità, piuttosto che all'espletamento di funzioni prettamente conoscitive.

Fermo restando che il compito della commissione d'inchiesta, diversamente dall'autorità giudiziaria, non è quello di giudicare, ma si sostanzia, e limita, nella raccolta

¹⁶³ Ai sensi dell'art. 82 Cost. «*ciascuna Camera può disporre inchieste su materie di pubblico interesse. A tale scopo nomina fra i propri componenti una commissione formata in modo da rispecchiare la proporzione dei vari gruppi. La commissione d'inchiesta procede alle indagini e agli esami con gli stessi poteri e le stesse limitazioni dell'autorità giudiziaria*».

¹⁶⁴ Sul tema L. GIANNITI - N. LUPO, *Corso di diritto parlamentare. Terza edizione*, Bologna, 2018, 218.

¹⁶⁵ Corte cost., sent., 22 ottobre 1975, n. 231.

¹⁶⁶ M. D'AMICO - G. ARCONZO - S. LEONE, *Lezioni di diritto costituzionale*, Milano, 2018, 252.

di dati e notizie, la disponibilità di poteri di indagine tanto incisivi ben si giustifica quando la raccolta di informazioni miri all'accertamento di responsabilità politica o giuridica di soggetti interni ed esterni al Parlamento¹⁶⁷.

Si è inoltre osservato come l'eccezionalità dell'attribuzione dei poteri propri dell'autorità giudiziaria dovrebbe indurre a cautele nell'utilizzo di tale strumento¹⁶⁸, e quindi ostare a una sua configurazione come mezzo ordinario per colmare qualsivoglia esigenza conoscitiva.

Non sorprende dunque che, specie a seguito della introduzione delle indagini conoscitive, si sia assistito a un graduale superamento dell'inchiesta parlamentare a prevalente finalità legislativa e all'affermarsi invece dell'inchiesta a predominante finalità politica e di controllo, dotata di caratteristiche sempre più marcatamente paragiudiziali¹⁶⁹. La finalità di controllo¹⁷⁰ è prevalsa su quella conoscitiva, così che la commissione d'inchiesta non pare classificabile come strumento conoscitivo che in via ordinaria si inserisce nell'ambito del procedimento legislativo – benché, si deve precisare, non siano mancati casi atipici in cui l'inchiesta parlamentare si è posta direttamente *a latere* di procedimenti normativi *in itinere*¹⁷¹.

¹⁶⁷ I lavori delle Commissioni hanno talvolta dato impulso ad indagini giudiziarie o comunque contribuito al progredire di indagini già in corso.

¹⁶⁸ Così L. GIANNITI - N. LUPO, *Corso*, cit., 218.

¹⁶⁹ Così V. DI CIOLO-L. CIAURRO, *Il diritto parlamentare nella teoria e nella pratica. Quarta edizione*, Milano, 2013, 817.

¹⁷⁰ T. MARTINES-C. DE CARLO-V. LIPPOLIS-R. MORELLI, *Diritto parlamentare*, Rimini, 1992, 447, si osserva che «l'istituto nel suo insieme rimane caratterizzato soprattutto dalle inchieste politiche, che incidono su avvenimenti aventi una diretta rilevanza politica e sviluppano una più spiccata finalità di controllo in senso lato nei confronti di organi pubblici e sono rivolte ad accertare specifiche responsabilità».

¹⁷¹¹⁷¹ Sul punto V. DI CIOLO-L. CIAURRO, *Il diritto parlamentare*, cit., 845, in particolare viene ricordato che «in un caso sono state espresse ufficialmente valutazioni su di un progetto di legge, formalizzate in una apposita relazione all'Assemblea (Atti Senato, X Leg., Doc. XXIII, n. 2). In un'altra fattispecie il Presidente della Camera ha accolto le preoccupazioni della Commissione affari costituzionali (v. seduta del 25 ottobre 1989), in ordine alla possibile interpretazione dell'iniziativa assunta dal Presidente della Commissione di inchiesta sulla ricostruzione nelle zone terremotate, il quale aveva rilevato la necessità che la Commissione da lui presieduta potesse operare una sorta di coordinamento delle iniziative legislative a sostegno dei territori colpiti da calamità. Infine, per un intervento informale nel procedimento legislativo, v. la seduta della Commissione sulle condizioni di lavoro nelle aziende del 4 ottobre 1989, in cui è stata adottata una specifica deliberazione per dare incarico al suo Presidente di manifestare una serie di intenti al Presidente del Consiglio, al Guardasigilli ed al Ministero del lavoro e della previdenza sociale circa i contenuti dell'imminente disegno di legge governativo sull'amnistia. Nella seduta della Camera del 23 settembre 1999 è stata respinta una proposta di sospensione dell'esame di un d.d.l., motivata dalla pretesa di una Commissione di inchiesta di potersi esprimere su un progetto

Attenzione per le esigenze conoscitive del Parlamento emerge anche agli artt. 99 e 100 della Costituzione, dedicati degli “organi ausiliari” tra i cui compiti vi è quello di prestare consulenza alle Camere.

Si tratta però di organismi, il CNEL e la Corte dei Conti, dotati di competenze specialistiche ma non in ambito scientifico, dunque non idonei a rispondere alle esigenze conoscitive del Parlamento rispetto a questioni tecnico-scientifiche.

Alla luce di tale breve analisi, può quindi affermarsi che nel testo della Costituzione non risultano disciplinati, né indicati, strumenti e procedimenti che possano dirsi sufficienti per rispondere alle peculiari esigenze conoscitive che si pongono rispetto a questioni tecnico scientifiche.

Dell’esigenza di garantire ai parlamentari l’acquisizione di informazioni per lo svolgimento dell’attività legislativa si occupano, però, anche i regolamenti parlamentari. In questi infatti troviamo, non solo una più dettagliata disciplina degli strumenti previsti espressamente dalla Costituzione, ma anche la previsione di strumenti conoscitivi ulteriori.

Il riferimento è in particolare alle audizioni, di cui all’art. 143, comma 2, r. C. e art. 47 r. S.

Esse sono configurate dai regolamenti parlamentari come strumento ordinario¹⁷² a disposizione delle commissioni parlamentari per l’acquisizione di informazioni.

Tuttavia, la disciplina cui sono soggette limita significativamente la cerchia dei soggetti suscettibili di essere ascoltati: aderendo ad una prospettiva che vede il Governo quale principale fonte delle informazioni parlamentari, i regolamenti parlamentari prevedono che gli unici soggetti che possono fornire informazioni tramite audizioni siano i membri del Governo, i dirigenti e gli amministratori delle amministrazioni centrali e degli enti comunque sottoposti a controllo ministeriale.

Tale limite strutturale evidentemente esclude la possibilità che rispetto a questioni scientifiche siano sentiti esperti di settore – come ricercatori e professori universitari – pregiudicando in modo incisivo l’idoneità dell’accertamento tecnico-scientifico.

di legge riguardante la materia oggetto dell’inchiesta. In quell’occasione il Presidente della Camera fece presente che tale parere non è richiesto da alcuna norma procedurale».

¹⁷² L. GIANNITI - N. LUPO, *Corso*, cit., 222.

L'esistenza di esigenze conoscitive incolmabili tramite le audizioni formali ha spinto le commissioni parlamentari a fare ricorso ad "audizioni informali". Tramite tali audizioni, che non trovano disciplina espressa nei regolamenti, possono essere sentiti, in sedi informali, i soggetti ritenuti dai parlamentari più idonei a fornire informazioni su tematiche di interesse per la commissione, senza alcun limite soggettivo, al di là di quello dato dalla personale disponibilità di questi ad essere auditi.

Non poche perplessità sussistono però sulla sufficienza di tale strumento ai fini dello svolgimento di una adeguata attività istruttoria per l'elaborazione di leggi a contenuto tecnico scientifico.

È stato infatti osservato che difficilmente la semplice audizione informale di taluni soggetti, specialmente se su temi complessi e di frontiera, può effettivamente consentire una ricostruzione esauriente delle posizioni presenti nella comunità scientifica.

In particolare, si è evidenziato il rischio che tale strumento informale possa divenire mezzo per l'acquisizione di conoscenze incomplete e distorte, più che momento di informazione¹⁷³.

Sul punto bisogna anzitutto osservare come sia del tutto naturale che le audizioni divengano strumento a disposizione dei parlamentari per dare luce alle posizioni di esperti che meglio si conciliano con le proprie posizioni politiche e come, però, tal fatto crei il rischio che, qualora l'intento di fondo perseguito con l'audizione sia esclusivamente quello di fornire un sostegno scientifico, o presunto tale, a posizioni sostanzialmente politiche, l'autorevolezza e l'accreditamento delle tesi esposte passino in secondo piano.

Trattasi, peraltro, di un rischio aggravato, in primo luogo, dall'assenza di un onere di allegazione, per il soggetto audito, e di acquisizione, per la commissione parlamentare, di dati e prove a sostegno delle tesi sostenute nell'ambito delle audizioni.

I parlamentari potrebbero quindi non essere in grado di distinguere, all'esito delle audizioni, tra le mere opinioni, prive di fondamento scientifico, e le tesi qualificabili come scientifiche e trovarsi così «*in balia di quel che è loro rappresentato e messi nell'evidente incapacità di distinguere la bontà dei dati a sostegno dei ragionamenti loro offerti*»¹⁷⁴.

¹⁷³ In tal senso E. CATTANEO, *Ogni giorno tra scienza e politica*, cit., 168.

¹⁷⁴ Così E. CATTANEO, *Ogni giorno*, cit., 168, osserva, sulla base dell'esperienza maturata in Parlamento, che «*le audizioni in Parlamento non possono sostituirsi alle competenze direttamente sul campo. Terminata l'audizione, infatti, molto spesso quel sapere è perso perché difficile da acquisire se il tema è di frontiera. Perso perché in fondo conviene perderlo, fraintenderlo. Troppe volte le audizioni lasciano il*

In secondo luogo, bisogna evidenziare come l'informalità delle audizioni certamente non giovi al positivo esito delle stesse. Infatti, la totale mancanza di pubblicità e la mancanza di un obbligo di rendicontazione scritta dell'audizione significativamente ostacola una verifica postuma della attendibilità della stessa, oltre che la trasparenza del processo decisionale sottostante alle scelte legislative.

Inoltre, il sistema delle audizioni informali risulta problematico anche rispetto al corretto esplicarsi della garanzia del contraddittorio tra esperti.

Gli esperti da ascoltare sono scelti dai parlamentari membri della commissione, la composizione della quale, come è noto, rispecchia le proporzioni tra i vari gruppi parlamentari. Se la scelta è compiuta avendo riguardo, piuttosto che alla autorevolezza scientifica dei soggetti, alla capacità delle tesi da essi sostenute di corroborare le posizioni politiche preconcepite dei parlamentari che li invitano a parlare, può crearsi il rischio che, anche laddove siano auditi più esperti che sostengono tesi tra loro contrapposte, e quindi una forma di contraddittorio sussista, dalle audizioni emerga una rappresentazione distorta dello stato delle conoscenze scientifiche.

In particolare, se la questione tecnico scientifica è collegata a temi su cui le forze politiche sono saldamente ancorate a posizioni contrapposte, le audizioni possono finire per rispecchiare fedelmente tale contrapposizione, anche allorché essa non sussista, o non sussista negli stessi termini e con le stesse proporzioni, nella comunità scientifica.

L'audizione di pochi esperti, sostenitori di tesi tra loro contrastanti, potrebbe ingenerare, ad esempio, l'errata convinzione che la comunità scientifica sia spaccata sul tema, quando in realtà alla maggioranza della comunità scientifica si contrapponga solo un numero esiguo di scienziati.

In tali circostanze le audizioni rischiano di divenire, da strumento di informazione, atto a garantire l'esplicarsi della scienza come libertà, strumento volto a consentire alle

tempo che trovano e a volte ho visto quanto servano più come vetrina preselezionata di posizioni politiche preconcepite, invece di essere momenti di vera informazione per poi decidere. Ho visto anche studiosi (a dire il vero sconosciuti nell'ambito scientifico) invitati a presentare dati inconsistenti (quando non manipolati), la cui presenza e presentazione in Senato era giustificata dal fatto di parlare a sostegno di tesi politiche del parlamentare o del gruppo che ne aveva sponsorizzato l'audizione con una ingannevole parvenza di autorevolezza. In tale contesto i membri parlamentari di una commissione sono in balia di quel che è loro rappresentato e messi nell'evidente incapacità di distinguere la bontà dei dati a sostegno dei ragionamenti loro offerti».

forze politiche di strumentalizzare la scienza, come fonte alternativa di legittimazione di scelte sostanzialmente politiche.

A dimostrazione della scarsa efficacia delle audizioni informali vi è chi ritiene particolarmente significativi i lavori preparatori della legge n. 40 del 2004,¹⁷⁵ che ha disciplinato, in materia di procreazione medicalmente assistita, questioni estremamente complesse dal punto di vista etico ma anche scientifico.

È stato evidenziato come al fine di ottenere chiarimenti riguardo agli aspetti tecnico-scientifici della procreazione medicalmente assistita si procedette alla audizione informale di solo due professori, le cui posizioni scientifiche rispondevano alle posizioni etico-politiche dei due principali schieramenti politici presenti in Parlamento, e come tale tecnica legislativa abbia significativamente inciso sulla qualità dei lavori preparatori e quindi anche del prodotto legislativo finale.

Le audizioni, infatti, avrebbero fatto emergere, rispetto a molti dei temi trattati dalla legge, la sussistenza di profonde divisioni nella comunità scientifica, nella realtà non esistenti, o comunque non di tale proporzione¹⁷⁶. Inoltre, il sistema delle audizioni informali si sarebbe dimostrato inidoneo a smorzare la forza persuasiva di talune tesi che, sebbene fossero ritenute da taluni parlamentari dotate di valore scientifico, in realtà erano prive di un effettivo fondamento empirico.

In tal senso si può ad esempio osservare che gli oppositori della c.d. fecondazione eterologa, durante i lavori preparatori fecero leva, per ottenere che tale pratica fosse proibita, oltre che su ragioni di tipo prettamente etico-religioso, anche sulla sussistenza di rischi per l'integrità psico-sociale del nato da fecondazione eterologa. Tuttavia, come venne in seguito rilevato dalla Corte costituzionale, mancavano completamente ricerche empiriche che evidenziassero danni o problemi per i nati da questo tipo di pratica, ma, anzi, l'unico studio noto sul tema, condotto su un campione di 25000 bambini nati da tecniche di fecondazione medicalmente assistita di tipo eterologo, aveva dimostrato l'assenza di qualsiasi tipo di disturbo associato alla tecnica procreativa¹⁷⁷.

¹⁷⁵ Sul tema delle audizioni svoltesi nel corso dei lavori preparatori della legge n. 40 del 2004 C. MARTINI, *Il dibattito parlamentare sulla Pma nella XIII e XIV legislatura*, in G. TONINI, *La ricerca e la coscienza. La procreazione assistita tra legge e referendum*, Roma, 2005, pp. 119 ss.

¹⁷⁶ E. CATTANEO, *Ogni giorno*, cit., 191.

¹⁷⁷ Sul tema, M. D'AMICO, *L'incostituzionalità del divieto assoluto della c.d. fecondazione eterologa*, in *Rivista di Biodiritto*, II, 2014; B. LIBERALI, *Problematiche costituzionali nelle scelte procreative*.

Il ricorso alle audizioni non valse quindi a privare di forza un argomento che, in alcun modo dimostrato, non poteva considerarsi significativo, se non come mera opinione, ma che, ciononostante, fu investito della funzione di giustificare dal punto di vista scientifico la decisione legislativa.

Sempre rispetto alla legge n. 40 del 2004, è stato osservato anche come le audizioni non abbiano nemmeno consentito un effettivo accertamento delle posizioni presenti nel mondo della scienza in merito alla ricerca su cellule staminali embrionali, ma come anzi abbiano contribuito a rafforzare l'idea che nella comunità scientifica vi fosse sul tema forte divisione, quando invece così non era, posto che la stragrande maggioranza degli scienziati riconosceva l'importanza che anche tali cellule fossero studiate, mentre solo una minoranza la disconosceva, adducendo l'inutilità delle stesse ai fini della ricerca.

Ciò che preme evidenziare è che nel dibattito si diede luce, affinché fosse per legge vietata l'estrazione di cellule staminali embrionali da blastocisti sovrannumerarie, ad argomenti non solo di tipo etico o politico, ma anche scientifici, o almeno pretesi tali, e che proprio la tesi nettamente minoritaria nella comunità scientifica, peraltro agevolmente confutabile, nonostante l'avvenuta audizione di esperti, sia stata presa come riferimento nella stesura delle disposizioni normative¹⁷⁸.

Uno strumento conoscitivo più articolato rispetto alle audizioni informali è invece l'indagine conoscitiva, che ha ricevuto compiuta sistemazione nei regolamenti parlamentari del 1971¹⁷⁹ e si sta progressivamente affermando come principale strumento a disposizione delle Camere per l'acquisizione, diretta ed autonoma, di notizie e

Riflessioni intorno alla fecondazione medicalmente assistita e all'interruzione volontaria di gravidanza, Milano, 2017, 48.

¹⁷⁸ E. CATTANEO, *Ogni giorno*, cit., 192, mette in luce l'inconsistenza dal punto di vista scientifico degli argomenti addotti da taluni studiosi per dimostrare l'inutilità ai fini della ricerca scientifica delle cellule staminali embrionali. Ricorda in particolare come venisse pubblicamente sostenuto che «*le cellule staminali embrionali erano inutili (prima che fossero studiate) perché le staminali adulte già curavano decine di malattie*», osservando come tali affermazioni abbiano veicolato un «*falso concetto di scienza*», posta l'evidente erroneità di una tesi secondo cui «*due tipi di studio (in questo caso due staminali così diverse) fossero allo stesso tempo analoghi e quindi intercambiabili, ma anche contrapponibili*».

Ricorda inoltre come sia stato anche affermato che «*poiché le staminali embrionali non avevano ancora curato non valeva la pena di continuare a studiarle*», evidenziando la totale inconsistenza del ragionamento che, se portato ai suoi estremi, dovrebbe imporre una riduzione delle attività di ricerca sul cancro perché molti tumori sono ancora oggi incurabili.

¹⁷⁹ V. LIPPOLIS, *Indagine conoscitiva*, Enc. Giur., Roma, 1989, XVI.

informazioni utili, da soggetti pubblici o privati, anche estranei alla cerchia del Governo-amministrazione¹⁸⁰.

Ai sensi dei regolamenti delle Camere, ciascuna commissione può aprire, sulla base di uno specifico programma e rispetto ad una determinata questione, un'indagine conoscitiva¹⁸¹. Mentre, quindi, l'istituzione di una commissione d'inchiesta è una decisione delle Camere, all'avvio di indagini conoscitive provvedono, nelle materie di competenza, le singole commissioni¹⁸², con però necessaria autorizzazione del Presidente d'assemblea¹⁸³.

Dai regolamenti delle Camere emerge chiaramente la finalità precipuamente conoscitiva delle indagini e, in particolare, l'assenza di scopi ispettivi e di controllo, tanto che all'art. 48 del regolamento del Senato è espressamente vietato di «*procedere ad imputazioni di responsabilità*» mediante lo strumento dell'indagine conoscitiva.

Non vi è dunque interferenza tra le indagini conoscitive e le commissioni parlamentari di inchiesta, essendo diversi i fini e gli scopi perseguiti dai due strumenti¹⁸⁴.

Non vi sono limiti espressi all'oggetto dell'indagine, che si presta quindi a soddisfare qualsiasi esigenza conoscitiva presente in seno ad una o più commissioni parlamentari. Di qui l'utilizzabilità dell'indagine quale strumento per l'acquisizione delle informazioni necessarie per lo svolgimento di valutazioni tecnico scientifiche in Parlamento.

L'attività di indagine si sostanzia nella richiesta di documentazioni già esistenti o di studi da elaborarsi *ad hoc*, nella raccolta di risposte ad appositi questionari, nello svolgimento di sopralluoghi e nell'audizione di qualsiasi persona idonea a fornire informazioni utili sul tema oggetto dell'indagine.

¹⁸⁰ Così T. MARTINES-C. DE CARLO-V. LIPPOLIS-R. MORELLI, *Diritto parlamentare*, cit., 427.

¹⁸¹ Art. 144 regolamento del Senato e art. 48 regolamento della Camera dei deputati.

¹⁸² Il regolamento del Senato dispone una specifica garanzia procedurale a favore della minoranza, per cui se l'iniziativa di indagine presentata in commissione proviene da almeno un terzo dei membri del collegio essa deve essere sottoposta alla decisione della commissione entro dieci giorni dalla presentazione.

¹⁸³ Sulle caratteristiche del controllo svolto dal Presidente d'assemblea MARTINES-C. DE CARLO-V. LIPPOLIS-R. MORELLI, *Diritto parlamentare*, cit., 428.

¹⁸⁴ Così V. DI CIOLO-L. CIAURRO, *Il diritto parlamentare*, cit., 734, in cui si osserva anche come «*in pratica, l'acquisizione di dati e notizie mediante le indagini legislative può rendere più rara la istituzione di inchieste parlamentari, soprattutto quelle a scopo conoscitivo; ma può accadere anche il contrario, e cioè che l'udienza legislativa evidenzia deficienze tali nel funzionamento dell'Esecutivo, da consigliare l'istituzione di una Commissione di inchiesta, per procedere a più approfondite indagini, con i poteri di cui all'art. 82 Cost.*».

L'organo parlamentare non dispone, a differenza di quanto avviene nelle commissioni di inchiesta, di poteri idonei a garantire la collaborazione dei soggetti cui invia le proprie richieste, né di deterrenti giuridici per indurli ad essere veritieri nelle risposte, essendo privo dei poteri autoritativi.

Il rapporto tra Assemblea e soggetti estranei al Parlamento nelle indagini conoscitive è quindi profondamente diverso da quello che si riscontra nell'ambito delle commissioni d'inchiesta, e si fonda sostanzialmente sulla spontanea cooperazione dei soggetti coinvolti.

È stato a riguardo però osservato come la disponibilità a cooperare lealmente può considerarsi in parte garantita dal carattere pubblico e incrociato dell'indagine, che dovrebbe scoraggiare ogni ingiustificato rifiuto o informazione volutamente distorta¹⁸⁵.

A riguardo bisogna infatti considerare che i regolamenti Parlamentari garantiscono massima trasparenza all'attività di indagine, tanto che la pubblicità può considerarsi connotato fondamentale dell'indagine conoscitiva¹⁸⁶. L'istituto è strumento di formalizzazione del momento partecipativo al processo di produzione delle leggi, e, quindi, garanzia della trasparenza dei processi decisionali¹⁸⁷, intesa come controllabilità dell'incidenza che la consultazione di soggetti estranei al Parlamento ha sulla decisione finale.

Si tratta di una garanzia che assume particolare rilievo allorché siano disciplinate materie tecnico scientifiche, considerato che in tali casi la stessa costituzionalità della disposizione normativa dipende dall'avvenuto accertamento dei presupposti scientifici della norma.

Le norme regolamentari prevedono, in particolare, che di ogni operazione compiuta dalla commissione nel corso dell'indagine sia dato resoconto stenografico, di cui, se richiesta, è assicurata la trasmissione in sala stampa di palazzo Montecitorio e palazzo Madama, e che in ogni caso sia sempre depositato almeno il resoconto sommario delle sedute.

¹⁸⁵ T. MARTINES-C. DE CARLO-V. LIPPOLIS-R. MORELLI, *Diritto parlamentare*, cit., 429.

¹⁸⁶ P. TORRETTA, *Qualità della legge e informazione parlamentare. Contributo allo studio dell'indagine conoscitiva nel procedimento legislativo*, Roma, 2007, 151.

¹⁸⁷ A. PREDIERI, *Parlamento 75*, in Id. (a cura di), *Il Parlamento nel sistema politico italiano*, Milano, 1975, 83.

Inoltre, completato il programma dell'indagine, i regolamenti dispongono che la commissione incarichi un proprio componente di redigere un documento conclusivo di ricognizione obiettiva dei risultati acquisiti.

Tuttavia, sussiste una differenza sostanziale tra i due regolamenti: mentre, infatti, entrambi gli adempimenti procedurali si configurano come obbligatori nel regolamento della Camera¹⁸⁸, nel regolamento del Senato¹⁸⁹ essi sono solo facoltativi, essendo rimessa alla volontà della commissione la scelta circa la loro osservanza.

Si ritiene però che quantomeno la redazione del resoconto stenografico delle sedute costituisca obbligo giuridico anche al Senato, perché insito nella *ratio* dell'istituto¹⁹⁰, mentre resterebbe facoltativa la redazione della relazione finale, che infatti nella prassi viene compilata solo rispetto alle indagini considerate di maggior rilievo.

Nel documento conclusivo, alla esposizione obiettiva delle conoscenze acquisite, viene affiancata di frequente una parte finale propositiva in cui, alla luce delle informazioni raccolte, sono elaborate proposte di intervento, specialmente legislativo.

Risulta quindi evidente la stretta connessione sussistente tra indagini parlamentari e funzione legislativa: gli elementi emersi nel corso dell'indagini e le conclusioni raggiunte in tal sede possono essere stimolo per l'elaborazione di disegni di legge, oppure, come sempre più di frequente accade, l'indagine può essere avviata in parallelo con l'esame di disegni di legge o di decreti del Governo, in quanto strumento che, mediante l'acquisizione di informazioni e l'istaurazione di un dialogo con i soggetti interessati, può agevolare la valutazione dei parlamentari¹⁹¹.

Alla luce di tali dati, l'indagine conoscitiva pare potersi considerare l'istituto, tra quelli disponibili nel nostro ordinamento, più adatto per lo svolgimento da parte del legislatore di accertamenti circa lo stato delle conoscenze scientifiche.

Rispetto alla commissione di inchiesta, l'indagine conoscitiva meglio si presta ad inserirsi nel procedimento legislativo e a fungere da fase istruttoria dello stesso. L'acquisizione di informazione sulla base di un rapporto di spontanea cooperazione, piuttosto che mediante l'esercizio di poteri autoritativi, pare inoltre essere maggiormente in linea con la concezione di scienza come libertà, di cui all'art. 33 della Costituzione.

¹⁸⁸ Art. 144 r.C.

¹⁸⁹ Art. 48, III comma, r. S.

¹⁹⁰ P. TORRETTA, *Qualità della legge*, cit.

¹⁹¹ L. GIANNITI-N. LUPO, *Corso di diritto parlamentare*, cit., 221.

Rispetto alle audizioni formali i pregi dell'indagine conoscitiva sono evidenti, posto che può consentire ai parlamentari di esaminare la questione scientifica in modo autonomo, direttamente acquisendo dati e ascoltando gli esperti di settore, senza dover passare per il filtro del Governo.

Con riguardo invece alle audizioni informali, si deve osservare anzitutto come l'indagine conoscitiva non si esaurisca nella mera audizione di persone invitate dai parlamentari in qualità di esperti, ma consenta invece ogni altra attività utile, come la richiesta di documenti o di studi e lo svolgimento di sopralluoghi.

L'attività di indagine si svolge inoltre in più sedute formali, sulla base di un programma di lavori dettagliato e predeterminato, ai cui esiti è garantita trasparenza e pubblicità.

Tutti tali elementi dovrebbero garantire una maggiore completezza dell'attività di accertamento, nonché una più approfondita e meditata verifica dell'attendibilità delle informazioni acquisite.

Pare dunque da valutarsi positivamente il fatto che il ricorso allo strumento dell'indagine conoscitiva sia incrementato considerevolmente negli anni¹⁹² e che, in particolare, sia sempre più consolidata la tendenza a ricorrere allo strumento dell'indagine conoscitiva per far fronte ad esigenze conoscitive di carattere prettamente tecnico-scientifico.

Si possono, ad esempio ricordare, l'indagine svolta dalle 7a e 9a Commissioni del Senato *«sugli organismi geneticamente modificati utilizzabili nel settore agricolo italiano per le produzioni vegetali, con particolare riguardo all'economia agroalimentare ed alla ricerca scientifica»*, cui seguirono interventi, tutt'ora molto controversi, in materia di OGM; l'indagine *«sulla procedura di aborto farmacologico mediante mifepristone e prostaglandine - percorso genericamente indicato come "pillola abortiva RU 486" - e valutazione della coerenza delle procedure proposte con la legislazione vigente; organizzazione dei percorsi clinici, valutazione dei dati epidemiologici anche in relazione agli studi internazionali sul rapporto rischio/benefici»*, avviata dalla 12a Commissione permanente (Igiene e sanità) del Senato della Repubblica, dopo che il 30 luglio 2009 l'Agenzia Italiana del Farmaco aveva approvato l'immissione in commercio in Italia della pillola abortiva RU486, al fine di svolgere un

¹⁹² V. UVA, *In Parlamento sale la febbre delle indagini*, in *Il Sole 24 ore*, 25 maggio 2015.

approfondimento sugli effetti del farmaco e valutare l'opportunità di un intervento regolativo della materia; l'indagine sul *Gruppo Ilva nel quadro della siderurgia e dell'industria italiana*», avviata dalla 10a Commissione del Senato prima ancora che nascesse il c.d. caso Ilva, nell'ambito della quale furono raccolte informazioni che si rivelarono in seguito utili alla Commissione per esaminare e correggere i decreti varati sul tema dal Governo¹⁹³; l'indagine conoscitiva sull' «*origine e sviluppo del caso Stamina*» svolta dalla 12a Commissione permanente del Senato (igiene e sanità) e, infine, l'indagine conoscitiva svolta dalla 12a Commissione (affari sociali) della Camera dei Deputati «*nell'ambito dell'esame delle proposte di legge C. 1432 Murer, C. 1142 Mantero, C. 1298 Locatelli, C. 2229 Roccella, C. 2264 Nicchi, C. 2996 Binetti, C. 3391 Carloni, C. 3561 Miotto e C. 3596 Calabrò: «Norme in materia di consenso informato e di dichiarazioni di volontà anticipate nei trattamenti sanitari*», sulla cui base si è giunti alla elaborazione del testo della legge n. 219 del 2017.

Tale ultima indagine assume particolare rilievo ai fini della presente analisi poiché trattasi di una di quelle ipotesi in cui l'indagine è stata avviata congiuntamente all'avvio del procedimento legislativo, al fine di costituirne la fase istruttoria.

Resta tuttavia da chiedersi se lo strumento dell'indagine conoscitiva possa considerarsi strumento sufficiente all'adempimento del vincolo procedurale che la giurisprudenza costituzionale impone per lo svolgimento di scelte legislative *science-based*.

A riguardo bisogna osservare che, da una analisi delle esperienze concrete emergono taluni dati di segno positivo: le indagini aprono certamente momenti di dialogo tra il mondo della scienza e quello della politica.

Esse consentono la consultazione di scienziati, nonché dei rappresentanti di quegli organi tecnico-scientifici cui la Corte costituzionale fa riferimento nelle sopra esaminate sentenze.

¹⁹³ V. UVA, *In Parlamento*, cit., in cui sono riportate le parole di Massimo Mucchetti, allora presidente della Commissione Industria del Senato, il quale, per spiegare come l'indagine non debba essere letta «*in modo burocratico, come una corsa ad arrivare a scrivere sempre e comunque un pezzo di carta*» ma possa avere anche altre funzioni, ha ricordato l'indagine sull'Ilva e come questa avesse permesso alla Commissione di arrivare preparata «*all'esame dei decreti del Governo e di correggerli in modo tale da poter usare i fondi sequestrati ai Riva dalla magistratura*».

Così, ad esempio, nell'indagine sulle «*Norme in materia di consenso informato e di dichiarazioni di volontà anticipate nei trattamenti sanitari*», tra i soggetti auditi vi sono stati il vicepresidente della Federazione nazionale degli ordini dei medici chirurghi e degli odontoiatri (FNOMCeO), il presidente della Società italiana di cure palliative (SICP), il presidente della Società italiana di anestesia analgesia rianimazione e terapia intensiva (SIAARTI) ed il presidente dell'Associazione nazionale infermieri di Area Critica (ANIARTI).

Inoltre, le indagini conoscitive permettono l'acquisizione delle prove e dei dati allegati a supporto delle diverse posizioni scientifiche, ossia lo svolgimento di una attività essenziale per una seria valutazione della fondatezza scientifica delle tesi esposte nel corso delle audizioni.

La piena pubblicità dell'attività d'indagine risulta, peraltro, particolarmente aderente alle indicazioni della Corte costituzionale: i resoconti stenografici e il documento conclusivo sono prova dell'avvenuto accertamento dei presupposti scientifici della legge e consentono un controllo della coerenza della decisione normativa con gli esiti di tale accertamento.

La pubblicità dell'attività conoscitiva potrebbe inoltre svolgere un ruolo chiave nel rapporto con la società, che viene messa così in condizione di poter controllare e comprendere le ragioni tecniche delle scelte legislative che prendono posizioni su questioni scientifiche controverse.

Tuttavia, in particolare laddove si ritenga che l'attività di accertamento, richiesta come condizione di validità della legge *science based*, sia in primo luogo una forma di garanzia della libertà scientifica di cui all'art. 33 della Costituzione, emergono anche elementi che possono fortemente minare l'efficacia delle indagini, e trasformarle, così come si è visto per le audizioni informali, in mezzo atto a strumentalizzare il sapere scientifico alle finalità del potere politico.

Anzitutto, bisogna rilevare che la scelta circa lo svolgimento o meno dell'indagine, nonché circa le modalità di svolgimento della stessa è interamente rimessa alla discrezionalità e autoresponsabilità delle commissioni parlamentari. L'unico elemento di coercizione è ravvisabile nella, eventuale e futura, possibilità che la legge *science based* non fondata su di un adeguato accertamento dello stato delle conoscenze scientifiche sia dichiarata incostituzionale.

Maggiori garanzie, in termini di tutela dei diritti, si avrebbero invece se i regolamenti stessi prevedessero casi in cui, contestualmente all'esame di disegni di legge o decreti del Governo, debba obbligatoriamente avviarsi un'indagine conoscitiva e fissassero, inoltre, taluni adempimenti imprescindibili da svolgersi nell'ambito della stessa.

Può quindi ben accadere che l'indagine non sia svolta, o che una volta avviata non sia conclusa. E, infatti, i dati disponibili dimostrano che, benché il numero di indagini conoscitive sia incrementato di legislatura in legislatura, numerose sono quelle che non vengono concluse o che si concludono senza aver portato a termine l'intero programma convenuto¹⁹⁴, specialmente se avviate in parallelo con l'esame di disegni di legge o decreti del Governo¹⁹⁵.

In particolare, rispetto alle leggi di conversione di decreti legge, lo strumento dell'indagine conoscitiva, sebbene potrebbe in astratto costituire un mezzo per consentire al Parlamento di valutare autonomamente i dati forniti dal Governo, in concreto spesso non viene conclusa o non viene nemmeno avviata, vuoi perché poco compatibile con le esigenze di celerità che connotano il procedimento di conversione, vuoi per la fiducia che Parlamento ripone nella bontà dell'attività di accertamento già svolta dal Governo.

Così, ad esempio, è significativo che il Parlamento non abbia provveduto ad avviare un'indagine conoscitiva nell'ambito dei lavori preparatori della legge di conversione del decreto legge 7 giugno 2017, n. 73, recante disposizioni urgenti in materia di prevenzione vaccinale, nonostante il carattere prettamente scientifico delle valutazioni sottese alla legge in questione.

Bisogna osservare che in questi casi, ossia quando il Parlamento si affida, ponendoli a base dei propri lavori, ai dati raccolti dal Governo nell'elaborazione di decreti-legge, sarà principalmente l'attività istruttoria svolta da quest'ultimo a rilevare nella valutazione della legittimità costituzionale della legge di conversione.

In mancanza di un obbligo di avviare l'indagine contestualmente all'esame del disegno di legge, può accadere, inoltre, che alla base dei lavori preparatori siano posti dati raccolti nell'ambito di indagini precedentemente svoltesi e conclusesi, il che, laddove si tratti di disciplinare materie ad alto contenuto tecnico-scientifico, potrebbe fortemente

¹⁹⁴ Così T. MARTINES-C. DE CARLO-V. LIPPOLIS-R. MORELLI, *Diritto parlamentare*, cit., 430.

¹⁹⁵ V. UVA, *In Parlamento*, cit.

minare la qualità del prodotto legislativo in termini di adeguatezza, attendibilità e, soprattutto, attualità delle conoscenze a disposizione del legislatore nel momento della assunzione della decisione¹⁹⁶.

Infine, la mancata previsione di adempimenti da svolgersi obbligatoriamente nel corso dell'indagine fa sì che spesso il programma dell'indagine non sia portato a compimento, e che l'attività si esaurisca nel mero svolgimento di alcune audizioni. In tali casi si può dire che l'indagine divenga sostanzialmente uno strumento molto simile a quello delle audizioni informali, rispetto alle quali si differenzerebbe solo per il fornire una sede formale per l'audizione di soggetti estranei al Governo e alla Pubblica Amministrazione.

Possono così sussistere rischi analoghi a quelli di cui si è detto a proposito delle audizioni informali. In particolare, il fatto che i soggetti da sentire siano selezionati dai membri della commissione può produrre effetti distorsivi e non condurre a un realistico accertamento dello stato delle conoscenze scientifiche.

Specie laddove alla valutazione tecnica si sovrappongano questioni di ordine etico o politico, rispetto alle quali le forze politiche presentino posizioni contrapposte, può accadere che i parlamentari mirino, mediante l'avvio dell'indagine, non tanto all'istaurazione di un dialogo con la comunità scientifica, quanto a rafforzare dal punto di vista scientifico preconcepite posizioni etiche o politiche.

Un ostacolo di fondo all'istaurarsi di un effettivo contraddittorio nell'ambito dell'indagine conoscitiva potrebbe in particolare ravvisarsi nella non configurabilità, in capo ai soggetti pubblici e privati, di una aspettativa ad essere consultati dalla commissione, la quale è sostanzialmente libera di autodeterminarsi in ordine alla scelta dei soggetti da consultare e dei documenti da esaminare¹⁹⁷.

¹⁹⁶ S. PENASA, *La legge della scienza: nuovi paradigmi di disciplina dell'attività medico scientifica. Uno studio comparato in materia di procreazione medicalmente assistita*, Trento, 2015, 183, osserva come fortemente abbia inciso sulla qualità dei lavori parlamentari, e quindi sul prodotto legislativo, il fatto che, con il dichiarato intento di ridurre i tempi del procedimento di approvazione, la Commissione affari sociali avesse deciso di «*adottare come base per la discussione il testo di un disegno di legge approvato nella precedente legislatura in prima lettura dalla Camera, sulla base dei risultati di una indagine conoscitiva svolta dalla medesima Commissione nel corso del 1997*». Ritiene in particolare l'Autore che «*tale dato, se interpretato alla luce del costante sviluppo delle acquisizioni scientifiche e delle applicazioni tecnologiche, è destinato a incidere sul prodotto legislativo in termini di adeguatezza e attendibilità delle conoscenze a disposizione del legislatore nel momento della assunzione della decisione*».

¹⁹⁷ T. MARTINES-C. DE CARLO-V. LIPPOLIS-R. MORELLI, *Diritto parlamentare*, cit., 429.

La possibilità di partecipazione dovrebbe però rivestire un ruolo rilevante se si intendesse l'obbligo procedurale gravante sul legislatore come forma, *in primis*, di garanzia della libertà della scienza, ossia se si ritenesse che lo svolgimento di un accertamento dello stato delle conoscenze scientifiche sia anzitutto condizione e garanzia della legittimità dell'ingerenza nell'autonomia scientifica che l'incorporazione della regola tecnica nel testo legislativo può comportare.

In tale ottica, infatti, l'istruttoria dovrebbe essere volta a permettere che i membri della comunità scientifica, vincolati dalla scelta legislativa, possano *ex ante* influire sul contenuto della stessa. In altre parole – secondo uno schema che è proprio del diritto amministrativo – potrebbe sostenersi che i membri della comunità scientifica, in quanto portatori di interessi su cui la scelta legislativa incide, e quindi “soggetti interessati”, dovrebbero essere legittimati a partecipare al processo di formazione della stessa.

Se quindi, da un lato, è certamente da valutarsi positivamente che gli obblighi di pubblicità propri dell'indagine conoscitiva facciano sì che i dati emersi nel corso dell'indagine, anche se “scomodi” rispetto a certe posizioni politiche, debbano essere resi conoscibili e siano parametro sulla cui base è da valutarsi la ragionevolezza della scelta legislativa, d'altro lato, però si profila il rischio che taluni dati o posizioni scientifiche, seppur rilevanti per la decisione, non siano mai acquisiti.

Emerge, quindi, la sussistenza di talune criticità collegate al fatto che l'accertamento dei presupposti tecnico-scientifici della legge è affidato ai parlamentari, i cui interessi politici possono influire sull'esito dello stesso, determinando deviazioni da quello che dovrebbe essere il parametro di riferimento in ambito scientifico, ossia dal metodo scientifico.

Una soluzione alternativa potrebbe allora essere l'istituzione di organi di consulenza scientifica, composti da membri della comunità scientifica, cui affidare compiti di accertamento delle conoscenze e delle posizioni scientifiche esistenti rispetto a temi oggetto di iniziativa legislativa.

In tal senso potrebbe essere inteso il riferimento che la Corte costituzionale fa alle conoscenze da acquisirsi tramite «*istituzioni e organismi – di norma nazionali o sovranazionali – a ciò deputati*».

Si tratterebbe, non di privare il Parlamento del proprio potere decisionale, ma di consentire allo stesso di avvalersi, nell'esercizio della funzione legislativa, di dati acquisiti, anziché dai parlamentari stessi, da apposite istituzioni composte da scienziati.

Una siffatta tecnica si espone tuttavia a critiche. In particolare, potrebbero essere ravvisati pericoli per il principio di separazione dei poteri, soprattutto laddove questo riserva in via esclusiva al Parlamento l'esercizio del potere legislativo. Sebbene, infatti, ad essere delegata non sarebbe la funzione legislativa, si affiderebbe però ad organismi estranei al Parlamento, privi di responsabilità politica, un compito che potrebbe fortemente influire su di essa.

Tale timore, oltre alla diffidenza che, secondo taluni, caratterizzerebbe in Italia l'atteggiamento degli organi politici verso la scienza¹⁹⁸, ha probabilmente fatto sì che ad oggi non si sia ancora proceduto all'istituzione di organismi di tal tipo.

Tuttavia, per la tutela dei diritti coinvolti dalle scelte legislative, si è visto essere essenziale proprio che una influenza della scienza sulle decisioni legislative che attengono a questioni scientifiche vi sia. Potrebbe quindi non essere corretto scartare a priori la possibilità che un dialogo tra scienza e politica possa instaurarsi per il tramite di organismi a ciò deputati, ferma restando la necessità di predisporre una disciplina che ne garantisca l'indipendenza ed eviti una commistione di compiti e funzioni tra organo di consulenza tecnica e organo politico.

Ciò a maggior ragione se si considera che in molti paesi europei sono già stati creati organi di tal tipo. In una nota del Servizio per la qualità degli atti normativi al Senato si è osservato che *«molti Paesi si stanno dotando di organi di consulenza scientifica in grado di supportare adeguatamente i responsabili politici negli organi legislativi ed esecutivi. Tali organismi integrano varie istituzioni e strutture al fine di fornire attendibili informazioni scientifiche in un formato accessibile sia per gestire le emergenze e le situazioni critiche, sia per uno sviluppo adeguato e intelligente di politiche di medio-lungo termine, nonché per fornire consulenza scientifica in modo proattivo attraverso attività di previsione dei possibili cambiamenti e sviluppi nei vari campi del*

¹⁹⁸ In tal senso G. CORBELLINI, *Scienza, quindi democrazia*, Torino, 2011.

sapere. Le sfide globali impongono a tali organismi di affrontare le questioni in maniera multidisciplinare e multigiurisdizionale»¹⁹⁹.

Il riferimento è, in particolare, all'*Office parlementaire d'évaluation des choix scientifiques et technologiques*, istituito in Francia con la legge n. 83-609 dell'8 luglio 1983; al *Parliamentary Office Of Science and Technology* (POST), che nel Regno Unito è diventato dal 2000 un ufficio permanente che offre consulenza scientifica ai membri del Parlamento; al *Büro für TechnikfolgenAbschätzung* (TAB), istituito in Germania nel 1989 presso il *Bundestag* con l'obiettivo di consigliare il Bundestag e le sue commissioni sulle questioni relative alla ricerca e alla tecnologia; nonché al *Consell Assessor del Parlament sobre Ciència i Tecnologia* (CAPCIT), istituito in Spagna nel 2008 presso il Parlamento della Catalogna.

In tali ordinamenti, quindi, sistemi di consulenza episodica, quale è quello delle audizioni di esperti, sono stati considerati insufficienti a garantire il necessario collegamento tra Parlamento e scienza. Si è pertanto proceduto all'istituzione di organi tecnici da porre stabilmente a disposizione del potere legislativo, cui il Parlamento può rivolgersi per l'acquisizione delle informazioni necessarie per l'elaborazione di nuovi interventi legislativi, per l'aggiornamento di leggi già esistenti, e per poter autonomamente valutare iniziative del Governo.

In tali organi, che pur differiscono per struttura e organizzazione, l'attività di accertamento e di indagine è svolta da autorevoli esponenti della comunità scientifica²⁰⁰. Si potrebbe quindi dire che tramite gli stessi la comunità scientifica viene rappresentata in Parlamento, o, quantomeno, che grazie ad essi sono stati aperti canali stabili di

¹⁹⁹ Servizio per la Qualità degli Affari normativi, *Parlamenti e scienza: la valutazione dell'impatto scientifico e tecnologico*, 5 febbraio 2016.

²⁰⁰ In particolare, l'*Office parlementaire d'évaluation des choix scientifiques et technologiques* (composto da 18 deputati e 18 senatori) è assistito da un Consiglio scientifico che riflette nella sua composizione la diversità delle discipline scientifiche e tecnologiche, in quanto costituito da 24 personalità di alto livello scelte per le loro competenze; gli studi del *Parliamentary Office Of Science and Technology* (POST) sono prodotti dai membri dello staff (circa 10 persone) o dai collaboratori vincitori di borse di studio post-dottorato; al *Büro für TechnikfolgenAbschätzung* (TAB) lavorano dieci scienziati specializzati in varie discipline; la composizione del *Consell Assessor del Parlament sobre Ciència i Tecnologia* (CAPCIT) dipende dal numero di gruppi parlamentari presenti nel Parlamento catalano e dal numero di istituzioni che sono invitate a inviare rappresentanti, metà dei membri sono parlamentari, tra cui il Presidente del Parlamento, che presiede anche il CAPCIT, e i restanti sono membri che rappresentano i maggiori istituti tecnico-scientifici e le università.

comunicazione, che rendono possibile un dialogo costante tra la comunità scientifica e le sedi in cui le scelte politiche sono assunte.

Il coordinamento tra l'attività di tali organi e l'attività legislativa è in vario modo realizzato. In ogni caso, bisogna evidenziare come l'attività degli organi tecnici, e la stessa decisione di ricorrere al loro ausilio, rimangano nella piena disponibilità del Parlamento. L'attività di accertamento tecnico è quindi prevalentemente svolta sulla base degli impulsi provenienti dal Parlamento, che non è comunque costituzionalmente vincolato a rivolgersi a tali organi ausiliari.

Tutti tali elementi, oltre il fatto, di non poco conto, per cui in ogni caso la elaborazione della disciplina normativa rimane funzione propria del Parlamento, non essendovi alcuna delega di potere regolamentare all'organo tecnico, dovrebbero dissipare molti dei dubbi circa la compatibilità di un tal tipo di soluzione con il principio di separazione dei poteri, e ridurre il rischio di un prevalere della scienza come potere contrapposto a quello politico.

Si tratterebbe piuttosto di strumenti il cui funzionamento si fonda sulla fiducia che il Parlamento decide di riporre in tali organi ausiliari, e, in particolare, nella imparzialità e bontà degli studi da questi condotti²⁰¹.

I vantaggi che una tecnica legislativa aperta all'apporto di organi tecnici può produrre in termini di qualità del prodotto legislativo, possono ravvisarsi da una comparazione tra l'esperienza nazionale e quella di altri Stati dell'UE in materia di procreazione medicalmente assistita²⁰².

Nell'affrontare il problema della disciplina della PMA, il sistema italiano aveva chiaramente optato per una netta chiusura del proprio processo decisionale all'apporto della *expertise*. Fatte salve le poche audizioni informali svoltesi nel corso dei lavori preparatori, di cui si è detto sopra, ai tecnici del settore non è stata attribuita dal legislatore italiano alcuna funzione in grado di contribuire in termini conoscitivi al processo di formazione dei contenuti legislativi.

²⁰¹ S. PENASA, *La legge della scienza*, cit., 210, osserva come «*il ruolo e l'impatto della partecipazione della expertise, anche integrata da quella della società (la prassi della public consultation nel Regno Unito; la previsione legislativa degli stati generali in Francia), non dipendono in modo automatico dalle concrete modalità attraverso le quali si concretizza, né dalla specifica funzione ad essa attribuita, quanto piuttosto dalla volontà politico-legislativa di prevederla e di tenerne conto all'interno del procedimento legislativo*».

²⁰² Per una approfondita analisi del tema S. PENASA, *La legge della scienza*, cit.

Tale atteggiamento ha rappresentato un *unicum* se rapportato all'approccio seguito invece dagli altri Paesi europei, così come un *unicum* nel panorama europeo è risultata la legge n. 40 del 2004, che, aderendo ad un modello che è stato definito "proibizionista rigido", si è differenziata significativamente rispetto a molte delle discipline introdotte invece nel resto d'Europa²⁰³.

La tecnica legislativa prescelta dal legislatore italiano, e in particolare la chiusura all'*expertise*, ha certamente influenzato la qualità del prodotto legislativo, in termini di adeguatezza tecnica dello stesso, esponendolo a ripetuti interventi della Corte costituzionale (di cui sopra).

È stato invece osservato come altri Paesi abbiano optato per un approccio decisamente più aperto all'apporto dei tecnici nella elaborazione della disciplina di tale complessa materia.

Alla prima generazione di tali leggi appartengono le discipline legislative spagnola (la *Ley 35/1988*, successivamente abrogata dalla *Ley 14/2006, de técnicas de reproducción humana asistida*) e britannica (lo *Human Fertilisation and Embryology Act*, 1990 e successive riforme).

Entrambi i sistemi normativi hanno cercato di garantire un costante adeguamento dei contenuti normativi, tanto ai progressi medico-scientifici quanto al mutare della sensibilità etico-sociale, mediante l'ausilio di organi tecnici, istituiti *ad hoc*. Il riferimento è, in particolare, alla *Human Fertilisation and Embryology Authority*, nel Regno Unito, e alla *Comisión Nacional de Reproducción Humana Asistida*, in Spagna, cui sono stati attribuiti, oltre che poteri di autorizzazione e controllo, anche poteri di consultazione, analisi di impatto della normazione, e di proposta.

Interessante è stata anche l'esperienza francese, che si è contraddistinta per il susseguirsi di diverse fasi di interventi legislativi in materia biomedica. In particolare, la *Loi de Bioéthique* del 2011 ha consolidato i meccanismi di partecipazione, che avevano già caratterizzato gli interventi precedenti, prevedendo un sistema di consultazione dei singoli cittadini, oltre che dei singoli esperti e delle istituzioni esponenziali di specifici interessi e della comunità scientifica e che gli esiti di tali consultazioni debbano essere oggetto di valutazione nell'ambito del procedimento legislativo da parte dell'*Office parlementaire d'évaluation des choix scientifiques et technologiques*.

²⁰³ Sul punto S. PENASA, *La legge della scienza*, cit., 48.

In Italia, invece, nella disciplina della PMA, ma in generale rispetto a tutte le leggi a contenuto tecnico scientifico, il Parlamento non si avvale dell'ausilio di organi tecnici appositamente destinati alla realizzazione un raccordo istituzionalizzato tra istanza tecnica e istanza politica.

L'esigenza che gli strumenti per la realizzazione di un tale raccordo siano implementati è tuttavia emersa chiaramente in occasione di più vicende che hanno interessato il nostro ordinamento, quali, *in primis*, il caso Di Bella e il caso Stamina, generate evidentemente dalle gravi carenze presenti nel dialogo tra Parlamento e comunità tecnico-scientifica.

L'esistenza di un tale *deficit* è stata posta in luce in occasione del dibattito sulla riforma del Senato, svoltosi nel corso della XVII legislatura, nell'ambito del quale aveva, in un primo momento, preso piede l'idea della creazione di un "Senato delle conoscenze", capace di includere personalità con competenze specialistiche in molti settori e discipline. L'idea aveva in particolare portato all'introduzione nell'originario disegno di legge di revisione costituzionale di una norma che avrebbe conferito al Presidente della Repubblica la possibilità di nominare senatori ventuno cittadini che avessero illustrato il Paese per altissimi meriti nel campo sociale, scientifico, artistico e letterario, sulla falsariga della norma che attualmente disciplina la nomina dei senatori a vita.

Tale norma poteva essere letta come frutto di un apprezzabile sforzo *«per destinare una parte della Camera Alta a rappresentare saperi ulteriori, che fossero espressione di discipline estranee alla politica e per innescare stabilmente, nel circuito democratico delle decisioni parlamentari, lo spazio per quell'apporto di esperienze necessario per rilanciare internazionalmente il paese anche sul piano della competitività legislativa»*²⁰⁴

Tuttavia, la proposta fu oggetto di molte critiche, principalmente legate al fatto che in forza di essa la maggior parte dei senatori sarebbe stata scelta sulla base di un criterio non elettivo. Si è in particolare evidenziato come ciò avrebbe potuto creare un rischio di un "inquinamento della democrazia", se non addirittura portare alla creazione di un "partito del Presidente".

I timori prevalsero, così che, dopo un acceso dibattito e il passaggio in commissione affari costituzionali, la norma scomparve dal disegno di riforma.

²⁰⁴ E. CATTANEO, *Ogni giorno*, cit., 175.

Da allora non sono più state avanzate proposte volte ad incrementare gli strumenti di dialogo tra Parlamento e comunità scientifica. L'adeguatezza, ma anche la costituzionalità, delle leggi a contenuto tecnico-scientifico dipende dunque dalla valorizzazione che nell'istruttoria legislativa sia fatta degli strumenti attualmente a disposizione dei parlamentari, e quindi in particolare delle audizioni e delle indagini conoscitive.

Tuttavia, i limiti che si è visto essere propri di tali strumenti di conoscitivi, oltre che le caratteristiche intrinseche della legge, e in particolare la sua naturale astrattezza e rigidità, che mal si adattano al continuo progredire delle conoscenze scientifiche, potrebbero far sì che la tutela dei diritti coinvolti risulti spesso meglio garantita, piuttosto che da una disciplina a livello legislativo della questione tecnico-scientifica, mediante forme più duttili e flessibili di regolamentazione.

4. *Il principio di precauzione*

Si è sin qui analizzato come e per quali ragioni la scienza possa considerarsi un "limite" alla discrezionalità legislativa.

Non si può tuttavia concludere tale analisi senza soffermarsi sull'impatto che il principio di precauzione, e in particolare una certa accezione dello stesso, ha sul rapporto tra sapere scientifico e potere legislativo.

Il principio di precauzione è strettamente connesso all'incertezza che caratterizza, in misura più o meno ampia a seconda delle situazioni, il sapere scientifico.

Per precauzione si intende in primo luogo una modalità di azione dettata da una esigenza di senso comune: agire in modo tale da scongiurare il realizzarsi di danni che, sebbene non certi, potrebbero verificarsi in assenza di determinati accorgimenti precauzionali. Può dirsi ad esempio ispirato al principio di precauzione il comportamento di chi, vedendo il cielo nuvoloso, decida di uscire di casa con l'ombrello.

Ciò che qui interessa è però il significato che il principio di precauzione ha assunto a livello giuridico.

L'elaborazione del principio sul piano giuridico prese originariamente piede in alcuni Stati europei negli anni '70, a fronte dell'esigenza di incrementare la tutela giuridica dell'ambiente avverso i rischi dell'inquinamento²⁰⁵.

A livello europeo il principio è stato poi espressamente previsto nel 1992 nel Trattato di Maastricht sull'Unione Europea. In particolare, all'art. 174, co. 2, TCE (odierno art. 191, co. 2, TFUE), è stato stabilito che la politica dell'Unione Europea in materia ambientale è fondata sul principio di precauzione.

Sempre nel 1992 il principio trovò chiara enunciazione a livello internazionale nella Convenzione di Rio, in cui si stabilì che «*in presenza di minacce di danni gravi o irreversibili, la mancanza di certezza scientifica non può essere addotta quale motivazione per rinviare l'attuazione di misure economicamente efficienti per prevenire il degrado ambientale*».

Fra il 1992 e il 1999 molte risoluzioni del Parlamento europeo hanno fatto esplicito riferimento al principio e nel 2000 esso è stato esplicitamente adottato in una comunicazione della Commissione europea.

Alla luce della evoluzione del quadro comunitario si può dire che l'ambito di applicazione del principio di precauzione estenda la propria portata anche al di fuori della materia ambientale.

La Commissione europea nella Comunicazione sul principio di precauzione aveva evidenziato proprio tale aspetto, osservando come il fatto che a livello comunitario il riferimento esplicito al principio di precauzione sia contenuto nel titolo del Trattato CE dedicato all'ambiente non dovrebbe portare a dedurre che il principio sia applicabile solo in materia ambientale, in quanto «*anche se il principio è menzionato nel Trattato, esso non vi è definito*».

Il principio è peraltro attualmente richiamato non solo dall'art. 191 TFUE ma anche dall'art. 11 TFUE, sull'integrazione dell'ambiente in ogni politica comunitaria,

²⁰⁵ Il primo impiego del principio di precauzione sul piano giuridico ricorre in una legge svedese sulla protezione ambientale del 1969. Nello stesso periodo in Germania la politica ambientale veniva concepita nel segno del *Vorsorgeprinzip*, ossia di una sorta di principio di precauzione. Per un approfondimento sul tema A. GRAGNANI, *Il principio di precauzione come modello di tutela dell'ambiente, dell'uomo, delle generazioni future*, in *Riv. dir. civ.*, 2003, II, 9 ss.

dagli artt. 4 lett. e) e 168 TFUE, sulla protezione della salute, e dagli artt. 169 nn. 1 e 2 TFU, sulla protezione dei consumatori²⁰⁶.

Indici in tal senso si rinvengono anche nella giurisprudenza della Corte di Giustizia, in cui il principio di precauzione emerge quale principio di diritto internazionale generale, la cui applicazione non è limitata al diritto ambientale ma si estende ad altre materie, in particolare al settore della tutela della salute e dei consumatori²⁰⁷.

A livello nazionale per lungo tempo, pur in assenza di un espresso riferimento normativo, il principio ha comunque trovato riconoscimento nella giurisprudenza come principio generale, atto a giustificare e legittimare l'adozione di misure volte, in un contesto di incertezza scientifica, a impedire il verificarsi di eventi lesivi di diritti o libertà fondamentali, quali in primo luogo il diritto alla salute e il diritto all'ambiente²⁰⁸.

Ha trovato poi espresso riconoscimento a livello normativo all'art. 301 del d.lgs. n. 152/2006 recante norme in materia di amministrazione ambientale, che recita: «*in applicazione del principio di precauzione di cui all'art. 174, par. 2, del Trattato CE, in caso di pericoli, anche solo potenziali, per la salute umana e per l'ambiente, deve essere assicurato un alto livello di protezione. L'applicazione del principio di cui al comma 1 concerne il rischio che comunque possa essere individuato a seguito di una preliminare valutazione scientifica obiettiva*».

Moltissime sono le questioni e i problemi correlati all'applicazione del principio di precauzione. Si intende qui però concentrarsi sul problema dell'impatto che esso, e in particolare una certa declinazione dello stesso, può avere nei rapporti tra potere legislativo e scienza.

A riguardo bisogna anzitutto evidenziare che, se è indubbio che il principio goda di largo consenso sul piano internazionale, non sussiste tuttavia unanimità nella determinazione di ciò che esso effettivamente implica o impone di fare²⁰⁹.

²⁰⁶ F. DE LEONARDIS, *Il principio di precauzione*, in M. RENNA-F. SAIITA (a cura di), *Studi sui principi del diritto amministrativo*, Milano, 2012, 416.

²⁰⁷ S. GRASSI-A. GRAGNANI, *Il principio di precauzione nella giurisprudenza costituzionale*, in L. CHIEFFI (a cura di), *Biotecnologie e tutela del valore ambientale*, Torino, 2003, 150; F. DE LEONARDIS, *Il principio di precauzione*, cit., 416.

²⁰⁸ G. GALASSO, *Il principio di precauzione nella disciplina degli OGM*, Torino, 2006, 38.

²⁰⁹ Sul tema C. R. SUNSTEIN, *Il diritto della paura*, Bologna, 2010, 31; J. MORRIS, *Defining the Precautionary Principle*, in ID. (a cura di), *Rethinking risk and the precautionary principle*, Elsevier, 2000.

Si tratta certamente di un principio strettamente connesso alla incertezza scientifica, non potendosi in assenza di incertezza – ossia in presenza di rischi certi – parlarsi propriamente di principio di precauzione, ma piuttosto di prevenzione. La sostanza della precauzione sta quindi nell'adozione di misure volte a evitare il concretizzarsi di rischi incerti.

Proprio rispetto all'incertezza che dovrebbe caratterizzare il rischio si aprono però diverse interpretazioni, non essendo in particolare chiaro se l'incertezza scientifica debba attenere alla portata e alla natura dei danni che conseguirebbero al concretizzarsi del rischio, alla probabilità di concretizzazione di tale rischio, o se addirittura possa attenere alla sussistenza stessa di un rischio.

A fronte delle numerose e diverse declinazioni del principio di precauzione, in dottrina si è operato un distinguo tra le versioni del principio di precauzione inteso “in senso forte” e quelle invece che intendono il principio “in senso debole”²¹⁰.

Si è osservato come, quando inteso in senso forte, il principio di precauzione si presenti come un “dovere assoluto”, un principio di totale avversione al rischio, che legittima l'adozione di scelte limitative di determinate attività sulla base della sussistenza di un qualsiasi rischio, anche se minimo o addirittura puramente congetturale, per beni di elevato rilievo costituzionale²¹¹. L'esigenza di anticipazione della tutela di determinati valori costituzionali legittimerebbe, in tale ottica, interventi precauzionali anche sulla base del sol fatto che chi intende esercitare una certa attività non sia in grado di provarne scientificamente la completa innocuità.

A una versione forte del principio di precauzione si associa quindi una sostanziale inversione dell'onere probatorio: non è chi adotta misure limitative a doverne provare la fondatezza, dimostrando la sussistenza di probabili rischi, ma è chi intende sottrarsi alla limitazione a dover provare l'infondatezza della stessa, e quindi l'innocuità di ciò che è oggetto della misura precauzionale²¹².

²¹⁰ Sulla tale distinzione S. BARTOLOMMEI, *Sul principio di precauzione: norma assoluta o regola procedurale?*, in *Bioetica*, 2/2001, 321 ss.; C. R. SUNSTEIN, *Il diritto della paura*, cit., 31; F. FEDERICO, *Tutela dell'inquinamento elettromagnetico e amministrazione «precauzionale»*, in *Giornale di diritto amministrativo*, III, 2004, 339; F. DE LEONARDIS, *Il principio di precauzione*, cit., 419 ss.

²¹¹ In dottrina aderisce a tale versione del principio di precauzione R. GIUFFRIDA, *L'evoluzione della politica ambientale comunitaria*, in A. TIZZANO (a cura di), *Il diritto privato dell'Unione europea*, Torino, 2000, I, 228.

²¹² F. DE LEONARDIS, *Il principio di precauzione*, cit., 420.

Una tale accezione del principio di precauzione emerge in talune convenzioni internazionali, quale la Convenzione sull'inquinamento marino del 1974, per la quale gli Stati devono agire «*even where there is not scientific evidence to prove a causal link between emissions and effects*»²¹³ e la dichiarazione di Wingspread del 1998, in cui si è affermato che «*quando un'attività determina minacce di danno alla salute umana o all'ambiente, misure precauzionali dovrebbero essere prese anche se alcune relazioni di causa ed effetto non sono ancora acclamate sul piano scientifico. In situazioni del genere è chi ha interesse a esercitare l'attività in questione, e non la collettività, a dover sopportare l'onere della prova*»²¹⁴.

Anche nella giurisprudenza comunitaria sono rintracciabili sentenze che, avendo legittimato scelte precauzionali sganciate da qualsiasi tipo di accertamento tecnico, risultano aderire a una accezione del principio di precauzione in senso forte²¹⁵.

Pare chiaro che il ruolo della scienza risulti fortemente sminuito da un tal tipo di approccio. Non a caso, infatti, non sono poche le critiche che la comunità scientifica ha mosso al principio di precauzione²¹⁶. In particolare, è stato evidenziato come talune applicazioni dello stesso parrebbero indicare una scarsa comprensione della natura della conoscenza scientifica, che ha comunque carattere probabilistico e relativo al livello di concettualizzazione e analisi empirica conseguita, e che quindi difficilmente è in grado di fornire la prova di assoluta innocuità richiesta per il superamento della misura precauzionale. In altre parole, non essendo possibile in nessun caso assicurare un livello di rischio zero, la c.d. prova di innocuità, ossia la dimostrazione con certezza assoluta e matematica dell'innocuità di un prodotto o un processo costituirebbe una sorta di *probatio diabolica*.

²¹³ F. DE LEONARDIS, *Il principio di precauzione*, cit., 420.

²¹⁴ Sul punto C. R. SUNSTEIN, *Il diritto della paura*, cit., 32.

²¹⁵ A riguardo F. DE LEONARDIS, *Il principio di precauzione*, cit., 420, evidenzia come l'accezione del principio di precauzione in senso forte sia emersa in un caso di impugnazione di un divieto di commercializzazione di un prodotto alimentare al quale erano state aggiunte vitamine (Corte Giust., 14 luglio 1983, C-174/82, Sandoz); in un caso di divieto di commercializzazione di prodotti a cui erano stati aggiunti antiparassitari in misura superiore a certi livelli (Corte di Giust., 19 settembre 1984, C-94/83, Hejin); in un caso di divieto di commercializzazione di prodotti trattati con ormoni (Corte Giust., 13 novembre 1990, C-331/88, Fedesa).

²¹⁶ In particolare G. CORBELLINI, *Opportunità rischi e fraintendimenti della biotecnologia e dell'ingegneria genetica*, in *Bioetica*, 1/2001, 97 ss.

Anche dal punto di vista giuridico non sono mancate critiche di parte della dottrina, che ha ben presto posto in evidenza le contraddizioni e i rischi insiti in una tale applicazione del principio di precauzione.

Si è anzitutto osservato come laddove si riconosca che l'intervento precauzionale possa prescindere, in tutto o in parte, da un accertamento della fondatezza scientifica dei presupposti, l'applicazione del principio di precauzione sarebbe fonte di una non chiara commistione tra valutazione tecnica e valutazione politica²¹⁷, se non di una totale sostituzione della seconda alla prima.

Tale aspetto può fortemente incidere sul rapporto tra scienza e potere legislativo: il principio di precauzione diverrebbe così strumento atto a consentire una attenuazione, o finanche eliminazione, dei limiti che si è visto il sapere scientifico porre alla discrezionalità legislativa. Il rispetto dei particolari oneri procedurali a garanzia della fondatezza scientifica della legge non sarebbe infatti dovuto laddove anche la minima incertezza a livello scientifico circa la presenza o meno di rischi per beni di particolare valore giustificasse l'operare del principio di precauzione.

Se si considera però come l'incertezza sia tratto che caratterizza sostanzialmente ogni tipo di conoscenza scientifica, si comprende come il principio di precauzione, così inteso, non sia in realtà effettivamente atto ad orientare la decisione legislativa in alcun senso. Di qui l'ulteriore aspetto evidenziato in dottrina: il principio di precauzione inteso in senso forte presuppone per poter operare una previa scelta, di tipo prettamente politico, circa i rischi cui dare rilievo.

Laddove sia ritenuta sufficiente giustificazione per l'intervento precauzionale la mera possibilità del danno, anche se non provata, si capisce infatti come il principio di precauzione possa sostanzialmente giungere a giustificare qualsiasi tipo di intervento limitativo. La scelta per l'adozione o meno di un approccio precauzionale sarebbe quindi frutto della mera discrezionalità legislativa.

²¹⁷ S. COGNETTI, *Potere amministrativo e principio di precauzione fra discrezionalità tecnica e discrezionalità pura*, in S. COGNETTI-A. CONTIERI, S. LICCIARDELLO-F. MANGANARO-S. PERONGINI-F. SAITTA (a cura di), *Percorsi di diritto amministrativo*, Torino, 2016, 138, osserva come l'applicazione del principio di precauzione generi «in numerosi casi di straordinaria attualità una subdola commistione fra il momento tecnico della qualificazione (sussunzione) dei fatti apprezzati nell'ambito di quel concetto e il momento amministrativo puro della discrezionalità intesa come selezione, ponderazione e libero bilanciamento di interessi».

In altre parole, l'intervento precauzionale, formalmente giustificato per le conseguenze che da un certo tipo di cose o di azioni potrebbero discendere, nella sostanza potrebbe invece essere fondato su di un giudizio circa il tipo e la natura stessa di tali azioni o cose²¹⁸.

Sulla base di tali presupposti, il passaggio è breve a che il principio di precauzione divenga *«frontiera o limite etico da contrapporre all'avanzamento tecnico-scientifico quando questo apra la strada a un certo tipo di operazioni ritenute di per sé discutibili perché innaturali»*²¹⁹.

La politicità che connota la scelta precauzionale pone dunque il problema dell'individuazione dei limiti all'operare dello stesso, e in particolare del suo rapporto con le regole proprie del bilanciamento tra diritti e libertà costituzionali²²⁰.

Sul punto bisogna osservare che la scelta precauzionale, seppur volta alla tutela di diritti di elevato rilievo costituzionale, al contempo normalmente determina anche effetti limitativi, impedendo l'utilizzo di certe cose o lo svolgimento di certe attività, così generando ulteriori e diversi rischi, per beni di tipo economico ma anche per beni omogenei a quelli che si intende tutelare.

²¹⁸ In tal senso S. BARTOLOMMEI, *Sul principio di precauzione: norma assoluta o regola procedurale?*, cit., 327, sul punto osserva: *«nell'interpretazione del PP che stiamo discutendo, tuttavia, accade proprio che un certo tipo di cose o di azioni, che dovrebbe esser giudicato per le conseguenze che produce, viene giudicato paradossalmente in base al tipo o natura di cose o azioni che (si ritiene) sono, indipendentemente dalle conseguenze. Non a caso sia ha l'impressione che gli argomenti contro l'uso delle nuove tecniche agroalimentari consistano più nello speculare sulle possibili conseguenze negative che nel cercare di dimostrare che la pratica dell'ingegneria genetica per produrre alimenti abbia realmente gli effetti ipotizzati: è come se la percezione del tipo di effetti ipotizzati (tutti negativi) fosse determinata dalla preliminare, implicita assunzione di una posizione (catastrofica) che dovrebbe semmai risultare dall'analisi e misurazione delle conseguenze»*; in tal senso F. DE LEONARDIS, *Il principio di precauzione*, cit., osserva come la "versione verde" del principio di precauzione sia stata considerata con sospetto nei rapporti commerciali internazionale *«per il suo eventuale utilizzo quale alibi per restringere importazioni e/o servizi altrui così favorendo le produzioni nazionali»*.

²¹⁹ Così S. BARTOLOMMEI, *Sul principio di precauzione*, cit., 328, l'Autore afferma inoltre che *«c'è un ricorso al PP, in altre parole, per cui esso scivola impercettibilmente ma inesorabilmente dal valere come mezzo (tecnico-empirico) o come regola procedurale per mostrare la complessità e delicatezza di certi interventi in condizioni di incertezza o di rischio al valere come principio morale sostanziale con valore assoluto che mette in discussione, in via pregiudiziale, la liceità stessa del ricorso alle nuove biotecnologie agro-industriali e la produzione di cibi attraverso modalità diverse da quelle convenzionali. In alcuni casi sembra che anche solo invocare il PP costituisca una sorta di richiamo imperioso a un dato di incontrovertibile evidenza – un dovere categorico che costituirebbe, di per sé, giustificazione sufficiente al divieto di proseguire in tale direzione»*.

²²⁰ S. COGNETTI, *Potere amministrativo e principio di precauzione*, cit., 140.

È stato quindi affermato che «*il vero problema del principio di precauzione nella sua forma più stringente è l'incoerenza; concepito per indicare una strada da seguire, si rivela incapace di offrire una guida, perché mette all'indice le stesse misure di cui imporrebbe l'adozione*»²²¹, ossia l'adesione alla precauzione come avversione totale al rischio non potrebbe che avere effetti paralizzanti, essendo le stesse misure regolative foriere di rischi, ivi anche per gli stessi beni che intendono tutelare.

Per fare un esempio si può pensare a come la scelta precauzionale di vietare la ricerca su organismi geneticamente modificati, giustificata dall'esigenza di tutela dell'ambiente e della salute umana, crei il rischio di paralizzare studi che potrebbero consentire lo sviluppo di prodotti più economici e salubri e quindi avere un ruolo chiave nella riduzione dei decessi dovuti a malnutrizione o che, addirittura, potrebbero consentire la riproduzione di specie vegetali che a causa di vari fattori, quali il cambiamento climatico, risultano sempre più difficilmente coltivabili, e così contribuire proprio alla salvaguardia della biodiversità²²².

Vi è chi per tali ragioni ha sostenuto che il principio di precauzione possa funzionare solo «calandosi una benda sugli occhi»²²³, ossia prendendo in considerazione solo alcuni aspetti della questione regolativa e sottovalutando gli altri.

La concezione «in senso forte» del principio di precauzione parrebbe quindi implicare un approccio potenzialmente elusivo delle regole proprie del bilanciamento, ossia del principio per cui la totalità degli interessi costituzionalmente rilevanti dovrebbero essere presi in considerazione dalle scelte legislative.

²²¹ C. R. SUNSTEIN, *Il diritto della paura*, cit., 27, con riferimento al caso degli alimenti geneticamente modificati afferma: «*molti ritengono che impedire la modificazione genetica possa determinare un numero elevato di decessi e una piccola probabilità di causarne molti di più. Questo perché la modificazione genetica sembra prospettare la possibilità di produrre alimenti in modo più economico e con migliori risultati in termini di salubrità del prodotto, per esempio ottenendo un «riso golden» capace di recare grandi benefici nei paesi in via di sviluppo. Non sto sottendendo che la modificazione genetica sia probabilmente in grado di conseguire questi benefici, o che i benefici della modificazione genetica superino i rischi associati a questa pratica. Voglio solo dire che, se prendiamo alla lettera il principio di precauzione, esso viene contraddetto sia che si regoli, sia che non lo si faccia*».

²²² Rispetto alla diversa questione del divieto di ricerca su embrioni umani A. RUGGERI, *La "federalizzazione" del diritto fondamentali, all'incrocio tra etica, scienza e diritto*, in *Rivista di diritto dei media*, II, 2018, 16, osserva come in nuce si ponga il problema di stabilire «*se il principio di precauzione si volga a copertura della integrità dell'embrione, che pur tuttavia dopo un certo tempo (la cui durata è, nondimeno, controversa) si rende inutilizzabile a finalità riproduttiva, ovvero – come a me sembra – a copertura della ricerca, i cui benefici non richiedono ovviamente di essere qui messi ulteriormente in chiaro*».

²²³ C. R. SUNSTEIN, *Il diritto*, cit., 53.

Gli aspetti sin qui considerati possono emergere da una analisi dei molti interventi legislativi che negli anni si sono fondati sul principio di precauzione.

Rispetto alla coltivazione di organismi geneticamente modificati, ad esempio, il recente caso Fidenato offre interessanti spunti per una riflessione sulle criticità legate al principio di precauzione

La coltivazione di organismi geneticamente modificati trova una dettagliata disciplina a livello comunitario²²⁴, volta a evitare il prodursi di danni alla salute dei consumatori e all'ambiente. Si tratta di una disciplina ispirata al principio di precauzione, che tuttavia non vieta in assoluto la commercializzazione e la coltivazione di OGM, ma piuttosto prevede un sistema centralizzato di preventiva autorizzazione, in cui ruolo centrale è affidato a un organismo tecnico scientifico, l'EFSA (Autorità europea per la sicurezza alimentare)²²⁵.

²²⁴ Sulla normativa europea relativa agli OGM, tra i tanti contributi, G.F. FERRARI, *Biotecnologie e diritto costituzionale*, in R. FERRARA, I. M. MARINO (a cura di), *Gli organismi geneticamente modificati. Sicurezza alimentare e tutela dall'ambiente*, Padova, 2003, 36, ss.; L. MARINI, *Principio di precauzione, sicurezza alimentare e organismi geneticamente modificati nel diritto comunitario*, in *Dir. Un. Eur.*, 1/2004, 7 ss.; F. ROSSI DAL POZZO, *Profili comunitari e internazionali della disciplina degli organismi geneticamente modificati*, Milano, 2005; M. VALLETTA, *La disciplina delle biotecnologie agroalimentari. Il modello europeo nel contesto globale*, Milano, 2005; G. GALASSO, *Il principio di precauzione*, cit.; E. DI SALVATORE, *La tutela della salute e dell'ambiente nel diritto costituzionale e nel diritto comunitario*, con particolare riguardo alla disciplina degli organismi geneticamente modificati, in *Teor. dir. e Stato*, 2008, 419 ss.

²²⁵ Viene in rilievo in primo luogo la Direttiva 2001/18/CE che si suddivide in due parti: la parte B, che riguarda la procedura per il rilascio dell'autorizzazione all'emissione deliberata nell'ambiente di OGM per fini diversi dalla commercializzazione (ossia a scopo sperimentale), e la parte C, che riguarda la procedura per il rilascio dell'autorizzazione all'immissione in commercio di OGM nel territorio dell'Unione europea. In entrambi i casi, ai fini del rilascio dell'autorizzazione, la richiesta (notifica) da parte degli interessati è presentata ad uno Stato membro che effettua la valutazione del rischio (ERA) e, successivamente, sentiti gli altri Stati membri e la Commissione europea, provvede al rilascio dell'autorizzazione.

Il regolamento (CE) n. 1829/2003 ha poi disciplinato il ruolo dell'EFSA (Autorità europea per la sicurezza alimentare) attribuendo ad essa il compito di effettuare la valutazione del rischio (ERA) e di esprimere il proprio parere dopo la consultazione con gli Stati membri. La decisione finale per il rilascio dell'autorizzazione è assunta dalla Commissione sulla base dell'opinione dell'EFSA e dopo la consultazione degli Stati membri.

All'art. 34 del regolamento n. 1829/2003 consente agli Stati membri l'adozione di misure di emergenza volte a vietare la circolazione o coltivazione di prodotti autorizzati «quando sia manifesto che prodotti autorizzati dal presente regolamento o conformemente allo stesso possono comportare un grave rischio per la salute umana, per la salute degli animali o per l'ambiente».

Per quanto riguarda la coltivazione di OGM la Direttiva 2015/412/UE del Parlamento europeo e del Consiglio, dell'11 marzo 2015, ha modificato la direttiva 2001/18/CE per quanto concerne la possibilità per gli Stati membri di limitare o vietare la coltivazione di organismi geneticamente modificati (OGM) sul loro territorio. Detta direttiva prevede che gli Stati membri possano intervenire in prima battuta, durante la procedura europea di autorizzazione all'immissione in commercio di un OGM destinato alla coltivazione, chiedendo al richiedente l'autorizzazione, per il tramite della Commissione, di adeguare

La Commissione Europea aveva autorizzato la coltivazione del “MON 810”, una particolare qualità di granturco geneticamente modificato, sulla base di appositi studi scientifici.

L’Italia tuttavia, che, come anche altri Paesi membri, ha nel corso degli anni mantenuto un approccio molto restrittivo in materia di OGM²²⁶, nel 2013 chiese alla Commissione europea di potere vietare la coltivazione di quel tipo di OGM. A fondamento della richiesta il Governo italiano poneva il principio di precauzione e l’esigenza di tutela della salute, in particolare allegando degli studi realizzati dal Consiglio per la ricerca e la sperimentazione in agricoltura e dall’Istituto Superiore per la Protezione e la Ricerca Ambientale da cui sarebbe emersa la sussistenza di rischi correlati all’impiego di tale tipologia di grano.

La Commissione Europea, sulla base di un parere scientifico emesso dall’Autorità europea per la sicurezza alimentare (EFSA), rispose negativamente alla richiesta, ritenendo che il Governo italiano non avesse fornito nuove prove scientifiche a supporto delle misure di emergenza richieste che fossero capaci di invalidare le proprie precedenti conclusioni sulla sicurezza del mais MON 810.

Nonostante ciò, il Governo italiano, con il D. interm. del 12 luglio 2013, decise ugualmente di vietare la coltivazione del MON 810. Di qui il sorgere del caso Fidenato.

Il sig. Fidenato nel 2014 è stato infatti perseguito penalmente per aver coltivato il mais OGM e nel corso di tale procedimento penale il Tribunale di Udine ha sollevato una serie di questioni pregiudiziali alla Corte di Giustizia.

La Corte di Giustizia ha ritenuto il decreto governativo confliggente col diritto comunitario, in particolare escludendo che il principio di precauzione potesse legittimare una tale deroga alla disciplina comunitaria in materia di OGM, già di per sé volta a

l'ambito geografico di utilizzazione dell'OGM, in modo che la sua coltivazione sia esclusa totalmente o in parte dal proprio territorio nazionale.

Nel caso in cui il richiedente l'autorizzazione non accetti l'adeguamento richiesto dallo Stato membro, questo può adottare provvedimenti nazionali che vietano o limitano la coltivazione dell'OGM in questione sulla base di motivi che esulano da quelli già esaminati dall'EFSA nel corso della valutazione del rischio e

che sono connessi con: a) obiettivi di politica ambientale; b) pianificazione urbana e territoriale; c) uso del suolo; d) impatti socio-economici; e) esigenza di evitare la presenza di OGM in altri prodotti, fatto salvo l'articolo 26 bis; f) obiettivi di politica agricola; g) ordine pubblico.

²²⁶ Sul tema G. RAGONE, *L'Italia e la questione OGM alla luce della recente normativa UE*, in AA. AA., *Ambiente, energia, alimentazione modelli giuridici comparati per lo sviluppo sostenibile*, in www.cesifin.it, Vol. I, Tomo II, 2016, 381 ss.

garantire la sicurezza alimentare. Si è osservato nella sentenza come, sebbene il principio, ai sensi di quanto disposto all'art. 7 del regolamento n. 178/2002, possa giustificare l'adozione di misure provvisorie di gestione del rischio nel settore degli alimenti in generale, esso non permette però di eludere o di modificare, in particolare rendendole meno stringenti, le disposizioni specificamente previste per gli alimenti geneticamente modificati, che sono già oggetto di una valutazione scientifica completa prima di essere immessi in commercio²²⁷. L'adozione di misure provvisorie, ha osservato la Corte di Giustizia, sarebbe stata possibile solo al ricorrere delle specifiche condizioni previste dall'art. 34 del regolamento n. 1829/2003, ossia qualora fosse stato manifesto che i prodotti autorizzati dalla Commissione avrebbero potuto comportare un rischio grave per la salute umana, per la salute degli animali o per l'ambiente.

Dal caso Fidenato potrebbe dirsi emergere un impiego, da parte del Governo italiano, del principio di precauzione nel senso che si è definito "forte". In particolare, pare che i margini fisiologici di incertezza scientifica siano stati strumentalizzati al fine di contrastare una attività – la coltivazione di OGM – che era stata però a priori giudicata negativamente dal Governo italiano, sulla base di valutazioni probabilmente non interamente fondate sulla considerazione dei rischi per la salute dei consumatori, se non addirittura del tutto slegate da tale aspetto.

La tutela della salute non risulta difatti l'unica, e forse nemmeno la principale, ragione per cui molti Paesi membri dell'UE continuano a mantenere un approccio di chiusura alla coltura di prodotti OGM²²⁸.

Ciò pare peraltro comprovato dalle innovazioni che sono state introdotte dalla direttiva 2015/412/UE, proprio per far fronte alla netta opposizione di molti Paesi membri alla coltivazione di OGM sul territorio nazionale.

La nuova direttiva, oltre a prevedere la possibilità degli Stati membri di intervenire durante la procedura europea di autorizzazione all'immissione in commercio di un OGM destinato alla coltivazione chiedendo un adeguamento dell'ambito geografico di

²²⁷ Corte Giust., sent. 13 settembre 2017, C-111/16. Sulla sentenza Fidenato e il principio di precauzione si veda F. Ferri, *Corte di giustizia dell'Unione europea e (non) applicazione del principio di precauzione alle misure provvisorie di emergenza in materia di OGM: note sulla sentenza Fidenato*, in *Federalismi.it*, 18 luglio 2018; S. CAVALIERE, *La regolamentazione degli organismi geneticamente modificati e il principio di precauzione alla luce della sentenza della Corte di giustizia UE, causa C-111/16*, in *Rivista AIC*, fasc. 1, 2018.

²²⁸ In tal senso G. RAGONE, *L'Italia e la questione*, cit., 382.

utilizzazione dell'OGM, amplia le possibilità per gli Stati membri di adottare provvedimenti volti a limitare o vietare la coltivazione di OGM sul territorio nazionale, consentendo agli stessi di appellarsi a esigenze diverse da quelle precauzionali.

In particolare, nel caso in cui il richiedente l'autorizzazione non accetti l'adeguamento richiesto dallo Stato membro, questo può adottare provvedimenti nazionali che vietano o limitano la coltivazione dell'OGM in questione sulla base di motivi che esulano da quelli già esaminati dall'EFSA nel corso della valutazione del rischio e che sono connessi a: a) obiettivi di politica ambientale; b) pianificazione urbana e territoriale; c) uso del suolo; d) impatti socio-economici; e) esigenza di evitare la presenza di OGM in altri prodotti, fatto salvo l'articolo 26 *bis*; f) obiettivi di politica agricola; g) ordine pubblico.

Un ambiguo utilizzo del principio di precauzione è emerso anche in relazione a talune disposizioni introdotte dalla legge n. 40 del 2004.

Si è detto di come l'intero impianto della legge sia stato modellato sul principio di precauzione, e in particolare sull'esigenza di tutela dell'embrione, inteso come "vita in divenire". E si è visto anche come tale impostazione abbia fortemente influenzato e viziato il bilanciamento tra gli interessi coinvolti, come comprovato dai numerosi interventi della Corte costituzionale.

È ad esempio significativo che il divieto assoluto della tecnica di procreazione eterologa sia stato in Parlamento e poi nel giudizio dinnanzi alla Corte costituzionale giustificato principalmente facendo leva sull'esigenza di tutela della salute della persona nata da procreazione eterologa avverso il rischio psicologico correlato ad una genitorialità non naturale, benché si trattasse di un rischio che, come osservato dalla Corte costituzionale nella sentenza n. 162 del 2014, era già stato preso in considerazione e aveva già ispirato una serie di interventi di regolamentazione in materia di adozione, estensivamente applicabili anche in materia di procreazione eterologa²²⁹, e soprattutto nonostante non fosse stato scientificamente comprovato, ma solo supposto, che esso presentasse delle caratteristiche e una portata maggiore in caso di procreazione eterologa.

²²⁹ Sul tema G. RAGONE, *Valutazioni e fatti scientifici tra ragionevolezza e proporzionalità: brevi note sul ragionamento giuridico della Corte costituzionale e della Corte europea dei diritti dell'uomo*, in *Rivista del Gruppo di Pisa*, 2017.

Parrebbe che anche in questo caso la misura sia stata introdotta non tanto per una effettiva esigenza di tutela della salute ma piuttosto in forza di un giudizio negativo, fondato principalmente su considerazioni di ordine etico, che aveva a priori investito la pratica della procreazione eterologa di per sé considerata.

Il principio di precauzione ha inoltre avuto un ruolo di rilievo nella legittimazione del divieto assoluto di ricerca su embrioni umani, introdotto dall'art. 13 della legge n. 40/2004.

Nel decidere nel senso della legittimità della disposizione, la Corte costituzionale ha affermato di aver dovuto tener conto di un'esigenza precauzionale e, in particolare, della tesi per cui *«già solo in ossequio ad un “principio di precauzione”, a fronte della possibilità che l'embrione sia ben più che mero materiale biologico, lo scienziato dovrebbe decidere non già di “non fare”, ma di “fare altro”»*²³⁰.

A riguardo si può osservare come non vi siano dubbi che la possibilità che gli embrioni possano divenire persone, e quindi il loro essere “vita in divenire”, imponga ex art. 2 Cost., una tutela degli stessi avverso possibili rischi di compromissione. Ciò che pare più dubbio è che la tutela del valore vita debba operare con la medesima intensità anche nei casi in cui tale possibilità di sviluppo risulti in concreto sostanzialmente inesistente, ossia rispetto a embrioni soprannumerari non idonei a scopi procreativi.

Il giustificare il divieto assoluto di ricerca scientifica su embrioni sulla base dell'esigenza precauzionale di evitare il rischio che essa possa compromettere la possibilità per gli embrioni di in futuro svilupparsi e divenire persone non convince quindi pienamente rispetto a quei casi in cui tale possibilità, e quindi anche il rischio di un tal danno, risultino non esistenti.

È stata d'altronde la Corte costituzionale stessa ad aver riconosciuto nella sentenza in questione che *«la crioconservazione non è misura sufficiente a preservare gli embrioni dalla loro naturale estinzione»*, e come quindi sostanzialmente per gli embrioni soprannumerari non idonei a scopi procreativi non vi siano concrete *chances* di futura crescita.

²³⁰ Corte cost., sent. n. 84/2016. Per un commento alla sentenza M. GIUSEPPE, *Ricerca scientifica sugli embrioni non impiantabili: non spetta alla Consulta decidere*, in *Diritto & Giustizia*, fasc.18, 2016, 112 ss.; 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 *Giur. cost.*, fasc. 2, 2016, 763.

La ragione di fondo del divieto sembrerebbe dunque diversa e, in particolare, da rintracciarsi piuttosto in ragioni etico-morali che hanno portato il legislatore a negativamente giudicare l'attività di ricerca scientifica su embrioni, qualsiasi sia la loro condizione e qualsiasi siano le loro possibilità di futuro sviluppo. Il divieto non sembrerebbe voler prevenire un possibile rischio futuro ma piuttosto un danno certo al bene vita, sulla base di una sostanziale equiparazione dell'embrione alla persona.

Tale equiparazione emerge chiaramente da alcuni passaggi della sentenza, in particolare, ad esempio, laddove la Corte costituzionale ha osservato che *«la sperimentazione si basa necessariamente sul consenso informato del paziente e, quindi, quella sull'embrione sarebbe illecita, dato che questi, qualora sia considerato persona, non può prendere una decisione su ciò che lo concerne, tanto meno quando questa implichi la sua estinzione; che, comunque, seppur la crioconservazione non è misura sufficiente a preservare gli embrioni dalla loro naturale estinzione, il rispetto dovuto alla vita (ancorché solo “in nuce”) non dovrebbe consentire di equiparare l’“uccidere” al “lasciar morire”»*.

A ben vedere, pare, dunque, che la Corte non abbia deciso sulla base del principio di precauzione – ossia dell'esigenza di tutela dell'embrione avverso rischi possibili ma non certi – ma piuttosto sulla base di un principio di tutela dell'individuo, sia pure allo stato embrionale, avverso una compromissione certa.

Ci si è fin qui concentrati su di una concezione del principio di precauzione che si è visto poter sfociare in forme di strumentalizzazione dell'incertezza scientifica per la legittimazione di scelte di tipo politico e a sminuire invece la rilevanza della fase di accertamento dei presupposti tecnico-scientifici della scelta.

Bisogna però evidenziare come tale concezione contrasti con una diversa configurazione del principio di precauzione, detta “formale” o “debole”, che si è recentemente affermata, quantomeno a livello europeo.

È stato osservato come il principio di precauzione, in quanto principio di avversione al rischio, dovrebbe configurarsi non come *«regola per decidere»* ma piuttosto come *«regola di procedere»*, ossia come obbligo di prendere in considerazione l'incertezza scientifica nell'analisi del rischio²³¹.

²³¹ Così F. FEDERICO, *Tutela dall'inquinamento elettromagnetico e amministrazione «precauzionale»*, cit., 339, osserva che *«il principio di precauzione ha assunto almeno due significati; quello «formale»*

Il principio di precauzione “in senso debole” si configurerebbe come criterio metodologico che, lungi dallo sminuire il momento della valutazione scientifica, imporrebbe al contrario, in casi di incertezza scientifica, più stringenti oneri istruttori²³². Proprio quando il sapere scientifico è particolarmente incerto e discordante, infatti, la fase istruttoria assumerebbe maggior rilievo, in quanto unico strumento atto a verificare la sussistenza in concreto di rischi probabili, nonché il livello di probabilità degli stessi.

In tale ottica, l'accertamento della sussistenza di un rischio probabile, e non la mera supposizione della sua esistenza, sarebbero il presupposto fondamentale dell'intervento precauzionale²³³, il cui onere probatorio graverebbe sull'autorità che intende adottare l'intervento limitativo.

Si è inoltre osservato che, secondo tale accezione “formale” o “debole” del principio di precauzione, l'intervento precauzionale dovrebbe caratterizzarsi per provvisorietà e temporaneità²³⁴. Fondandosi, infatti, su di un sapere scientifico probabilistico e incerto esso dovrebbe essere suscettibile di revisione, parallelamente al progredire delle conoscenze scientifiche.

La concezione del principio di precauzione come principio che implica anzitutto il rispetto di precisi vincoli istruttori emerge in alcuni passaggi della Comunicazione della Commissione Europea sul principio di precauzione (COM/2000/000 def), in cui, ad esempio, i responsabili politici degli Stati membri sono stati invitati ad «*affrontare il*

(«debole»), di «regola di procedere» (obbligo di presa in considerazione dell'incertezza scientifica nell'ambito dell'analisi di rischio) e quello «sostanziale» («forte»), di «regola per decidere» (obbligo di astensione dalle attività di cui siano ignoti i potenziali effetti negativi).

²³² Così F. DE LEONARDIS, *Il principio*, cit., 418, afferma che «*il principio di precauzione comporta essenzialmente, quindi, un rafforzamento degli obblighi istruttori: il dovere di investigare, di conoscere i fatti appare tanto più penetrante nelle materie in cui vi sia incertezza tecnico-scientifica e il sindacato sulla scelta precauzionale si incentra fondamentalmente sull'adempimento di tale vincolo procedimentale*».

²³³ F. DE LEONARDIS, *Il principio*, cit., osserva che «*il rischio che giustifica la decisione precauzionale, nei casi di incertezza tecnico-scientifica, deve essere probabile e non solo possibile e che tale probabilità deve essere accertata attraverso una preliminare valutazione scientifica obiettiva*».

²³⁴ S. BARTOLOMMEI, *Sul principio di precauzione*, cit., considera il «*carattere provvisorio*» come una delle caratteristiche formali-metodologiche del principio di precauzione e infatti osserva che il principio di precauzione è «*un principio lato sensu consequenzialista, utilizzato cioè per valutare l'opportunità e l'appropriatezza di certe misure cautelative in base alla bontà o meno dei risultati attesi. Ciò implica che adottandolo si passa necessariamente da un'argomentazione in termini di principi a una che tiene conto dei risultati di un'azione: se quel che è vietato lo è in virtù delle conseguenze cattive che si possono produrre, il divieto dovrà cadere non appena si mostri l'innocuità, la non gravità o addirittura il beneficio dei risultati*»; G. MANFREDI, *Note sull'attuazione del principio di precauzione in diritto pubblico*, in *Dir. Pubbl.*, 2004, 1095

dilemma di equilibrare la libertà e i diritti degli individui, delle industrie e delle organizzazioni con l'esigenza di ridurre i rischi di effetti negativi per l'ambiente e per la salute degli esseri umani, degli animali e delle piante mediante la predisposizione di una procedura strutturata di adozione delle decisioni sulla base di informazioni particolareggiate e obiettive di carattere scientifico o di altro tipo». La Commissione ha in particolare chiaramente posto al centro della scelta precauzionale il momento della valutazione tecnica e dell'accertamento dei rischi, nell'ambito del quale «*dovrebbero essere compiuti tutti gli sforzi possibili per valutare le informazioni scientifiche disponibili*» e «*laddove possibile, dovrebbe essere redatta una relazione comprendente una valutazione delle conoscenze esistenti e delle informazioni disponibili, oltre ai pareri degli scienziati sull'affidabilità della valutazione ed un'indicazione sulle persistenti incertezze*».

L'art. 191 TFU pare allinearsi con quanto previsto dalla Commissione nella Comunicazione del 2000, imponendo vincoli ai provvedimenti precauzionali di tipo procedimentale²³⁵.

Il Tribunale di primo grado e la Corte di Giustizia²³⁶ hanno in tal senso chiaramente affermato in alcune pronunce che la mera possibilità di pericolo non è sufficiente a giustificare interventi precauzionali, richiedendo la allegazione da parte degli Stati membri di prove della plausibilità scientifica dello stesso²³⁷.

Anche nell'ordinamento interno non mancano riferimenti al principio di precauzione inteso in senso “formale”, ossia come fonte di oneri istruttori.

L'art. 301 del Codice dell'ambiente prevede infatti che l'applicazione del principio di precauzione concerna «*il rischio che comunque possa essere individuato a seguito di una preliminare valutazione scientifica obiettiva*» e, inoltre, individua tra le condizioni di legittimità delle misure di prevenzione il fatto che esse siano, tra le altre cose, «*aggiornabili alla luce di nuovi dati scientifici*».

²³⁵ È previsto all'art. 191 TFUE che «*nel predisporre la sua politica in materia ambientale la Comunità tiene conto: dei dati scientifici e tecnici disponibili; delle condizioni dell'ambiente nelle varie regioni della Comunità; dei vantaggi e degli oneri che possono derivare dall'azione o dall'assenza di azione; dello sviluppo socio-economico della Comunità nel suo insieme e dello sviluppo equilibrato delle sue singole regioni*».

²³⁶ Così ad esempio nel Caso C-236/01, Monsanto Agricoltura Italia v. Presidenza del Consiglio dei Ministri, 2003, Corte Europea di giustizia.

²³⁷ Sul tema R. C. SUNSTEIN, *Il diritto*, cit., 35 ss.

Tale accezione del principio di precauzione in senso formale o debole non è scevra di implicazioni circa la determinazione della competenza all'adozione delle misure preventive.

Il rafforzamento degli oneri istruttori, l'esigenza di garantire l'adeguatezza della misura al caso concreto – resa particolarmente ardua dal carattere probabilistico del sapere scientifico – e la provvisorietà della misura, potrebbero infatti considerarsi indici di una inadeguatezza della legge come strumento per l'adozione di misure precauzionali e portare piuttosto a una valorizzazione del procedimento amministrativo come strumento per lo svolgimento di valutazioni circa l'opportunità dell'adozione di provvedimenti precauzionali.

5. *Il sindacato delle leggi a contenuto tecnico scientifico e i poteri istruttori della Corte costituzionale*

Si è visto come nei giudizi costituzionali aventi ad oggetto leggi a contenuto tecnico scientifico il dato fattuale, e in particolare il dato tecnico-scientifico, può emergere come elemento rilevante ai fini del sindacato di legittimità. Ciò apre un problema di coordinamento tra la natura costituzionale del giudizio e l'esigenza di svolgere nell'ambito dello stesso accertamenti aventi a oggetto fatti.

A riguardo si può anzitutto osservare come la disciplina normativa del processo costituzionale non escluda in assoluto un'attività di accertamento di fatti da parte della Corte, prevedendo anzi la sussistenza di poteri istruttori in capo alla stessa.

In particolare, l'art. 13 l. n. 87/1953 individua due mezzi di prova a disposizione della Corte: il richiamo, anche in deroga ai divieti stabiliti da altre leggi, di atti e documenti e l'audizione di testimoni.

Si tratta tuttavia di poteri di cui la Corte ha fatto decisamente scarso uso: dal 1956 ad oggi sono state pronunciate poco più di 90 ordinanze istruttorie, un numero esiguo se rapportato alle migliaia di decisioni rese dalla Corte²³⁸.

Il limitato utilizzo dei poteri istruttori non pare riconducibile interamente al diverso rilievo che i dati fattuali assumerebbero nei giudizi costituzionali – aventi a

²³⁸ Per una approfondita analisi delle ordinanze istruttorie pronunciate dalla Corte dal 1956 ad oggi si veda M. NISTICÒ, *Le problematiche del potere istruttorio nelle competenze della Corte*, in *Rivista del Gruppo di Pisa*, 2017.

oggetto norme e non fatti – rispetto ai giudizi comuni. Si è osservato infatti in dottrina come i fatti siano comunque costantemente presi in considerazione dalla Corte, ad esempio nell'interpretazione delle norme e nella motivazione della decisione²³⁹, sebbene la natura *sui generis* del giudizio costituzionale faccia sì che il fatto assuma un ruolo spesso diverso da quello che invece ha dinanzi ai giudici comuni²⁴⁰.

Il dato fattuale può addirittura risultare essenziale nel processo decisionale della Corte laddove si tratti, ad esempio, di giudizi su vizi di formazione dell'atto impugnato o di giudizi aventi a oggetto leggi provvedimento²⁴¹. Ma soprattutto l'elemento fattuale può essere decisivo allorché si tratti di verificare la sussistenza di errori nella ricostruzione di fatti posti dal legislatore alla base delle proprie scelte legislative, rientrando nelle facoltà della Corte il controllo sulla corrispondenza fra l'apprezzamento del legislatore e i dati di fatto a sua disposizione, in quanto «*l'eventuale erroneità dei presupposti di fatto varrebbe*

²³⁹ In tal senso, A. BALDASSARRE, *I poteri conoscitivi della Corte costituzionale e il sindacato di legittimità astratto*, in *Giur. Cost.*, 1973, 1498; M. LUCIANI, *I fatti e la Corte: sugli accertamenti istruttori del giudice costituzionale nei giudizi sulle leggi*, AA. VV., *Strumenti e tecniche di giudizio della Corte costituzionale*, Milano, 1988, 525 ss., osserva che «*l'istruzione non è certo il solo canale che consenta al fatto di penetrare nella cittadella del giudizio costituzionale. Ovvio che la Corte, invece, al fatto presti costantemente ed indipendentemente da qualunque istruttoria grande attenzione, sia perché (anche) sui fatti si formano le convinzioni dei singoli giudici, sia perché il supporto del fatto notorio o della massima d'esperienza non può non valere anche per la Corte*» e che «*anche nei giudizi che hanno ad oggetto (e, ovviamente per parametro) norme, il fatto può entrare in vario modo, e tanto sul piano della motivazione, quanto su quello della interpretazione della disposizione impugnata o della disposizione parametro*»; A. PUGIOTTO, *La "concretezza" nel sindacato di costituzionalità: polisemia di un concetto*, in *Jus*, 1994, 91 ss.; Q. CAMERLENGO, *I poteri istruttori della Corte costituzionale e l'accesso degli elementi scientifici nel giudizio di costituzionalità*, in A. D'AIOLA (a cura di), *Bio-tecnologie e valori costituzionali*, Torino, 2005, 166; F. DONATI, *I poteri istruttori nel processo costituzionale*, in *Rivista del Gruppo di Pisa*, 2017, osserva che «*la dimensione fattuale acquista particolare importanza nel giudizio costituzionale di eguaglianza, in cui occorre valutare la diversità o l'omogeneità della situazione regolata, e soprattutto nel giudizio di ragionevolezza, specie quello svolto nell'ambito del sindacato sulle leggi-provvedimento. Anche nel controllo sui vizi formali degli atti normativi, come ad esempio la mancanza dei presupposti della decretazione d'urgenza, è inevitabile che la Corte costituzionale sia chiamata a confrontarsi con i fatti. I fatti assumono infine rilievo nella delimitazione degli effetti temporali delle decisioni, come accade ad esempio nei casi di anacronismo legislativo, e nell'adozione di sentenze che possono comportare oneri per la finanza pubblica*».

²⁴⁰ F. DONATI, *I poteri istruttori*, cit., significativamente osserva che «*il sindacato affidato alla Corte costituzionale, specie nel giudizio sulle leggi, presenta infatti caratteristiche che lo differenziano nettamente da quello dei giudici comuni. La Corte non giudica su fatti, ma su norme che qualificano i fatti*».

²⁴¹ M. LUCIANI, *I fatti e la Corte*, cit., 531.

infatti da sintomo del vizio di divergenza della legge dal fine imposto dalla Costituzione»²⁴².

Tale ultimo aspetto assume particolare rilievo rispetto alle leggi a contenuto tecnico-scientifico, che sono leggi fondate su particolari presupposti di fatto, ossia dati tecnico-scientifici, frutto di valutazioni tecnico-scientifiche. Si è visto ampiamente sopra come il travisamento di dati scientifici possa viziare l'atto normativo, sotto il profilo in particolare della ragionevolezza, e così pregiudicare diritti e libertà che dalla legge sono interessate.

Non mancano in tal senso sentenze in cui la Corte ha riconosciuto la rilevanza del dato scientifico, che si è detto configurarsi in tal modo come limite della discrezionalità legislativa. Nell'ambito di tali pronunce è possibile individuare principalmente, seppur con qualche approssimazione, due tipologie decisorie della Corte²⁴³.

In un primo insieme di pronunce la Corte ha ammesso la possibilità di un sindacato della adeguatezza scientifica delle affermazioni che stanno alla base della scelta legislativa posta al suo vaglio ma nei soli limiti in cui nel caso concreto ne emerga, alla luce di sicuri riferimenti scientifici contrastanti, la “manifesta irrazionalità”, o “manifesta irragionevolezza”. In tal senso, ad esempio, la sentenza n. 114/1998, in tema di intossicazione da alcol e stupefacenti, in cui si è affermato che la Corte può giungere a una dichiarazione di incostituzionalità nei casi in cui la scelta legislativa oggetto del suo sindacato «*si palesi in contrasto con quelli che ne dovrebbero essere i sicuri riferimenti scientifici*», precisando che, perché tale contrasto possa assumere rilievo, «*occorre che i dati sui quali la legge riposa siano incontrovertibilmente erronei o raggiungano un tale*

²⁴² M. LUCIANI, *I fatti e la Corte*, cit., 542; Q. CAMERLENGO, *I poteri istruttori della Corte costituzionale e l'accesso degli elementi scientifici nel giudizio di costituzionalità*, in A. D'AIOLA (a cura di), *Bio-technologie e valori costituzionali*, Torino, 2005, 165, con riferimento ai presupposti tecnico-scientifici delle decisioni legislative, osserva che «*il travisamento dei dati scientifici e, dunque, la carente o fuorviante rappresentazione della realtà di fatto incisa dalla singola disciplina normativa possono vanificare l'attitudine della legge ad assecondare le aspirazioni manifestate in seno alla società, nel quadro dei valori racchiusi e consacrati nel testo costituzionale*».

²⁴³ G. RAGONE, *Valutazioni e fatti scientifici tra ragionevolezza e proporzionalità: brevi note sul ragionamento giuridico della corte costituzionale e della corte europea dei diritti dell'uomo*, in *Rivista del Gruppo di Pisa*, 2017; A. IANNUZZI, *Poteri istruttori e valutazioni tecnico-scientifiche tra discrezionalità legislativa, autonomia della scienza ed esigenze processuali*, in *Rivista del Gruppo di Pisa*, 2017, osserva che la Corte ritiene di poter sindacare la discrezionalità legislativa «*o in assenza di una copertura scientifica o se la scelta normativa sia irragionevole perché contrastante con "sicure" evidenze scientifiche*».

livello di indeterminatezza da non consentire in alcun modo una interpretazione razionale da parte del giudice»²⁴⁴.

La Corte si è quindi mostrata particolarmente prudente, limitando i propri poteri al solo controllo esterno delle valutazioni scientifiche, riconoscendone la sindacabilità nei soli casi di palese irragionevolezza delle stesse²⁴⁵. Alla base di tale approccio probabilmente la considerazione della fallibilità e mutabilità che caratterizzano il sapere scientifico e la volontà di lasciare quindi al legislatore la scelta sul merito delle questioni scientifiche più complesse²⁴⁶.

Si tratta di un approccio che chiaramente ridimensiona il peso che l'istruttoria scientifica può avere nel processo costituzionale²⁴⁷, in forza del quale la discrezionalità legislativa è sindacata sulla base di fatti notori o massime d'esperienza²⁴⁸, senza ricorso alle ordinanze istruttorie, e, che, inoltre, al contempo limita l'ambito stesso della sindacabilità alle sole valutazioni legislative che risultino in contrasto con "sicuri dati scientifici",

La seconda tipologia decisoria comprende quella giurisprudenza costituzionale, inaugurata con la sentenza n. 282 del 2002, rafforzata poi da talune delle pronunce sulla legge in materia di procreazione medicalmente assistita²⁴⁹, che ha sottoposto le leggi a contenuto scientifico a un controllo che si potrebbe definire più di carattere procedurale che sostanziale. La Corte, in particolare, più che effettuare un sindacato intrinseco della correttezza del dato scientifico, ha accertato se l'agere legislativo, in caso di leggi a

²⁴⁴ Sul tema L. VIOLINI, *Sui contrasti tra valutazioni giuridiche e valutazioni scientifiche nella qualificazione della fattispecie normativa: la Corte compone il dissidio ma non innova l'approccio*, in *Giur. cost.*, 1998, 965 ss.; P. VERONESI, *Le cognizioni scientifiche nella giurisprudenza costituzionale*, in *Quad. cost.*, 2009, 593 s.

²⁴⁵ Q. CAMERLENGO, *I poteri istruttori*, cit., 179, afferma che «il sindacato della Corte non si risolve in un apprezzamento potremmo dire di merito sulla attendibilità dei dati scientifici o delle applicazioni tecniche, bensì risulta circoscritto ad un controllo esterno sulla non palese irragionevolezza della prognosi legislativa o della valutazione tecnica tradotta nella disciplina giuridica in oggetto».

²⁴⁶ A. IANNUZZI, *Poteri istruttori*, cit.

²⁴⁷ A. IANNUZZI, *Poteri istruttori e valutazioni tecnico-scientifiche*, cit., rileva infatti come tale approccio della Corte, per cui solo i "risultati scientifici sicuri" possono costituire parametro di raffronto per la discrezionalità del legislatore, «restringe di molto le possibilità di acquisire risultati scientifici "meno certi" o "più incerti" e con ciò limita, ancora preventivamente, la possibilità di far uso delle ordinanze istruttorie, posto che la scienza fornisce certezze "relative", valide fino a che non vengano ad essere superate da nuove conoscenze».

²⁴⁸ Q. CAMERLENGO, *I poteri istruttori*, cit., 169.

²⁴⁹ In particolare le sentenze Corte cost., 1 aprile 2009, n. 151 e Corte cost., 9 aprile 2014, n. 162.

contenuto tecnico-scientifico, si fosse fondato o meno su valutazioni assunte nelle sedi competenti da parte di organismi tecnico-scientifici, sostanzialmente affermando quindi la sussistenza di particolari obblighi istruttori in capo al potere legislativo.

In tali casi l'accertamento della Corte, più che riguardare la correttezza del dato scientifico, si è concentrata su un diverso, ma collegato, dato fattuale: le modalità tramite cui il legislatore giunge alla elaborazione del dato scientifico. Il previo svolgimento di una attività istruttoria e la consultazione di organismi tecnico-scientifici sono configurati nelle decisioni della Corte come indici della attendibilità scientifica del presupposto della scelta legislativa, e quindi di ragionevolezza della legge, mentre, viceversa, il mancato svolgimento di attività di accertamento dello stato delle conoscenze scientifiche vizierebbe la scelta legislativa e sarebbe indice della sua irragionevolezza.

Anche rispetto a tale tipologia decisoria la Corte non ha tuttavia pronunciato alcuna ordinanza istruttoria, e ha quindi provveduto alla verifica circa la sussistenza delle condizioni fattuali necessarie a garantire una sufficiente legittimazione scientifica alla scelta legislativa con mezzi di diverso tipo.

In generale, può dirsi che la considerazione dei fatti, che si è visto non mancare nei giudizi costituzionali, raramente porta all'utilizzo dei poteri istruttori di cui all'art. 13 della legge n. 87 del 1953: la Corte spesso preferisce piuttosto ricorrere alle c.d. istruttorie informali o interne²⁵⁰, all'acquisizione dei fatti attraverso i fascicoli del processo principale o, ancora, al supporto del fatto notorio o della massima d'esperienza²⁵¹.

²⁵⁰ M. NISTICÒ, *Le problematiche del potere istruttorio*, cit., ritiene che un peso significativo nello scarso impiego dei poteri istruttori sia giocato dalla c.d. istruttoria informale o interna, chiarendo a riguardo che «Con la prima espressione ci si riferisce alle ipotesi in cui i fatti che la Corte ritiene di dover acquisire sono indagati con strumenti diversi da quelli previsti dalla legge processuale, come la scienza privata del giudice o le informazioni assunte informalmente dal collegio o da taluni suoi membri (o dai loro assistenti) presso altri organi dello Stato, senza che gli stessi siano chiamati a renderle in forza di un ordine cristallizzato dal giudice costituzionale in un proprio provvedimento. Invero, peraltro, l'espressione istruttoria informale non pare nemmeno del tutto corretta, poiché laddove il giudice costituzionale eserciti i propri poteri all'esterno del perimetro disegnato dalle forme processuali gli stessi già si situano fuori dal contesto giudiziale di esplicazione del potere autoritativo (insomma l'istruttoria o è formale o non è vera istruttoria giudiziale). E tuttavia, è invece molto diffusa la sensazione presso studiosi e cultori del diritto costituzionale che molto spesso la Corte ricorra a simili dispositivi alternativi. L'istruttoria interna, invece, è quella affidata ad uffici della Corte stessa diversi da quelli le cui funzioni sono più strettamente connesse al supporto al singolo giudice».

²⁵¹ M. LUCIANI, *I fatti e la Corte*, cit., 525.

Si è osservato in dottrina che la riluttanza all'uso dei poteri istruttori risulta sorprendentemente ancor più accentuata allorché vengano in rilievo questioni la cui risoluzione dipenda dall'accertamento di fatti tecnico-scientifici²⁵².

Tale modalità di sindacato delle leggi a contenuto tecnico scientifico e di considerazione delle questioni scientifiche come oggetto del giudizio costituzionale non è esente da rilievi critici.

Vi è in dottrina chi ad esempio auspicherebbe una più pregnante sindacabilità della valutazione tecnico-scientifica, che andasse oltre i limiti del mero controllo esterno di non manifesta irragionevolezza della scelta, specialmente quando ad essere coinvolti siano diritti fondamentali²⁵³.

Va da sé che il riconoscimento di un potere della Corte di sindacare nel merito l'adeguatezza delle scelte legislative dovrebbe necessariamente accompagnarsi a un effettivo utilizzo dei poteri istruttori, se non anche a un rafforzamento degli stessi.

Una tale concezione dei poteri della Corte avvicinerrebbe molto il sindacato sulle scelte legislative *science based* al sindacato che il giudice amministrativo svolge sulla discrezionalità tecnica della pubblica amministrazione. È stato in tal senso sostenuto che il processo amministrativo potrebbe costituire un modello di riferimento per l'esercizio del controllo di adeguatezza scientifica delle leggi, anche per quanto attiene ai poteri istruttori del giudice costituzionale²⁵⁴.

²⁵² Q. CAMERLENGO, *I poteri istruttori*, cit., 168, osserva come sia estremamente esiguo il numero di ordinanze istruttorie pronunciate per l'acquisizione di dati e conoscenze di carattere tecnico e tra queste ricorda l'ord. 24 maggio 1979, n. 32, sulla richiesta relativa ad ogni utile elemento atto a chiarire le eventuali ragioni di carattere tecnico ravvisabili a fondamento del divieto dell'uso di sfarinati di grano duro nella produzione delle paste alimentari e non del pane; l'ord. 25 marzo 1987, con la quale la Corte ha chiesto una documentazione cartografica riprodotiva dei diversi servizi di trasporto insistenti sul percorso oggetto del provvedimento impugnato; l'ord. 13 luglio 1987 con cui la Corte ha chiesto al Governo, nell'ambito di alcuni giudizi riuniti in materia di emittenza radiotelevisiva pubblica e privata, aveva chiesto al Governo informazioni circa l'attuale situazione tecnica e di fatto dei collegamenti in ponte radio ad uso privato. Osserva inoltre come invece non siano rinvenibili iniziative istruttorie volte ad acquisire dati propriamente scientifici «*quasi a dimostrazione che la Corte, di fronte ad incertezze e perplessità intorno alla compiuta qualificazione giustappunto scientifica di determinati fenomeni naturali, abbia preferito fondare il proprio convincimento sugli elementi di conoscenza allegati, non sempre in maniera puntuale, dalle parti*».

²⁵³ In tal senso Q. CAMERLENGO, *I poteri istruttori*, cit., 179 s., sul punto osserva come l'opportunità di un più pregnante sindacato emerga anche alla luce dell'esperienza giurisprudenziale maturata in altri sistemi normativi, in particolare con riferimento a quello tedesco.

²⁵⁴ Sul tema M. NISTICÒ, *Le problematiche del potere istruttorio*, cit.

Un fondamento normativo a favore della configurabilità del processo amministrativo quale modello probatorio di riferimento per la Corte costituzionale potrebbe peraltro ravvisarsi nel rinvio al regolamento di procedura innanzi al Consiglio di Stato presente all'art. 22, co. 1, della l. n. 87 del 1953²⁵⁵.

D'altro lato, si rileva però come tale estensione sia difficilmente praticabile, specie in considerazione dei profondi mutamenti intervenuti nel processo amministrativo – che da giudizio sull'atto si configura sempre più come giudizio sul rapporto – che rendono sempre più difficile un parallelismo tra questo e i giudizi costituzionali²⁵⁶.

Più in generale a favore della esclusione di un sindacato sul merito della valutazione tecnico-scientifica nell'ambito di giudizi costituzionali vi è chi ne evidenzia la incompatibilità con le caratteristiche proprie del giudizio di costituzionalità delle leggi, ossia «*con il ruolo della Corte costituzionale e la filosofia istituzionale che ne sta alla base*»²⁵⁷.

Si tratta quindi di una questione strettamente connessa al modo di intendere il ruolo della Corte costituzionale e alla tensione sussistente tra la natura costituzionale dell'organo, da un lato, e la sua funzione giurisdizionale, dall'altro.

In ogni caso, al di là della configurabilità di un sindacato intrinseco, anche rispetto ai casi in cui la Corte ha ritenuto di poter sindacare la discrezionalità legislativa – vuoi sotto il profilo “procedurale”, perché priva di una copertura scientifica, vuoi perché contrastante con sicure evidenze scientifiche – rimane aperto il problema della mancata attivazione dei poteri istruttori. Gran parte della dottrina ha evidenziato l'importanza che il controllo, anche se meramente esterno, si fondi su di una attività istruttoria, fortemente

²⁵⁵ L'art. 22, comma 1, della legge n. 87/1953 prevede che «*nel procedimento davanti alla Corte costituzionale, salvo che per i giudizi sulle accuse di cui agli artt. 43 e seguenti, si osservano, in quanto applicabili, anche le norme del regolamento per la procedura innanzi al Consiglio di Stato in sede giurisdizionale*».

²⁵⁶ M. NISTICÒ, *Le problematiche del potere istruttorio*, cit.

²⁵⁷ G. GEMMA, *Corte costituzionale e giudizi scientifici del legislatore*, in *Rivista del Gruppo di Pisa*, 2017, a riguardo afferma che «*la Corte costituzionale non deve sovrapporre le sue valutazioni a quelle inerenti all'indirizzo politico che è proprio del legislatore. Può, al massimo, sindacare la ragionevolezza che, si ricorda e si sottolinea, è un limite di legittimità, cioè di ordine negativo, che esclude non la libertà di adottare giudizi su fatti o su rapporti funzionali di mezzi a fini, bensì un'arbitrarietà, un'irragionevolezza, una commissione di errori ma solo se inescusabili. Orbene, nel campo delle valutazioni di ordine scientifico, il vizio di ragionevolezza degli atti legislativi, sindacabile e censurabile dalla Corte, sussiste solo se il legislatore abbia agito sulla base di giudizi scientifici assolutamente infondati, cioè affetti da una erroneità inescusabile ed intollerabile*».

criticando l'approccio della Corte che invece non ha mai pronunciato ordinanze istruttorie rispetto a questioni propriamente scientifiche.

Le cognizioni dei giudici della Corte di per sé non possono per ovvie ragioni consentire alla stessa di verificare effettivamente che la scelta legislativa sia fondata su di un accertamento dello stato delle conoscenze scientifiche che possa dirsi adeguato, in termini di serietà e completezza del processo acquisitivo e di obiettiva attendibilità dei soggetti consultati. L'ordinanza istruttoria potrebbe quindi essere un essenziale strumento per l'acquisizione delle cognizioni necessarie a deliberare sul corretto esercizio della funzione legislativa.

A prevalere è tuttavia la prassi di ricorrere alle sole allegazioni delle parti o alle istruttorie informali, ossia a mezzi che per varie ragioni paiono insufficienti e inadeguati allo scopo di garantire un effettivo controllo della attendibilità scientifica della valutazione legislativa.

L'istruttoria informale, in particolare, non consentendo la controllabilità delle fonti e non emergendo in motivazione, non consente alle parti di contraddire sulle acquisizioni che la Corte opera, sostanzialmente non fornendo alcuna garanzia che un sindacato sull'attendibilità del dato scientifico sia effettivamente svolto²⁵⁸.

Bisogna però evidenziare come, anche qualora la Corte abbandonasse tale approccio di chiusura alla attivazione dei propri poteri istruttori su questioni prettamente scientifiche, sarebbero comunque necessari alcuni accorgimenti perché tali poteri possano effettivamente essere garanzia di una certa qualità, dal punto di vista scientifico, del controllo.

In primo luogo, proprio in un ambito quale quello scientifico non potrebbe trascurarsi l'importanza che il contraddittorio ha nella formazione della prova, posto che è tramite l'istaurazione del più ampio contraddittorio che meglio può emergere il quadro completo dello stato delle conoscenze scientifiche e che dunque può effettivamente verificarsi l'adeguatezza dell'accertamento legislativo. Ciò anche, e forse ancor più,

²⁵⁸ Molte delle critiche che sono state avanzate avverso la sentenza n. 84/2016, sul divieto di ricerca sugli embrioni, hanno ad esempio riguardato, prima ancora che il contenuto della decisione, l'atteggiamento di chiusura che la Corte ha mostrato rispetto alla comunità scientifica e all'acquisizione di informazioni dagli esperti del settore. Sul tema M. D'AMICO, *La Corte costituzionale chiude la porta agli scienziati in nome della dignità dell'embrione*, in *Rivista di Biodiritto*, II, 2016, 171 ss.; E. CATTANEO, *Fecondazione, Consulta: "No a ricorso su ricerca embrioni"*, intervista in *www.repubblica.it*, 22 marzo 2016.

rispetto a questioni scientificamente controverse, rispetto alle quali non sussista consenso unanime nella comunità scientifica.

Tale esigenza si scontra tuttavia con una disciplina dei poteri istruttori della Corte tutta incentrata sul principio inquisitorio, sulla base della quale la Corte rimane l'ultimo dei giudici italiani a poter decidere di indagare – o di non indagare – i fatti, in modo completamente svincolato rispetto alle iniziative probatorie delle parti²⁵⁹.

Anche per tale ragione può essere di interesse la sopra menzionata idea di assumere il processo amministrativo quale modello probatorio per l'istruttoria nei giudizi costituzionali.

In secondo luogo, si pone il problema della selezione dei soggetti cui rivolgersi e da cui acquisire le cognizioni scientifiche.

Suscita a riguardo preoccupazione la prassi della Corte di rivolgersi, nell'uso dei poteri istruttori, quasi esclusivamente ai Ministeri²⁶⁰. Un tale impiego delle ordinanze istruttorie potrebbe infatti precludere la possibilità di accedere a fonti alternative rispetto a quelle assunte dai poteri pubblici a fondamento della propria decisione, specie laddove si tratti di accertare l'attendibilità di atti aventi forza di legge promananti dal Governo, o di leggi di conversione di decreti legge.

Proprio il rafforzamento del contraddittorio tra le parti potrebbe essere uno strumento per migliorare la selezione degli esperti chiamati a fornire ausilio alla Corte. Il coinvolgimento delle parti potrebbe infatti essere anticipato sino a consentire loro di integrare la lista degli scienziati e degli organismi, pubblici e privati, da audire nel corso dell'istruttoria.

Inoltre, si è evidenziato come da non trascurare, al fine di un arricchimento del contraddittorio, sia anche l'apporto che potrebbe essere dato dai c.d. *amici curiae*.

Spesso tali associazioni intervengono nel giudizio costituzionale non tanto sperando che il proprio intervento sia riconosciuto come ammissibile ma piuttosto per far arrivare alla Corte, almeno per iscritto, un punto di vista utile alla discussione. Ed

²⁵⁹ A riguardo M. NISTICÒ, *Le problematiche*, cit., si chiede «*se, ed in che misura, simile dominio del giudice sul momento istruttorio e su quello, ad esso connesso, della valutazione della prova, sia accettabile in un ordinamento che informa i canoni della propria giurisdizione al prisma del giusto processo*».

²⁶⁰ A. IANNUZZI, *Le problematiche*, cit.

effettivamente accade che la Corte ritenga inammissibile l'intervento degli *amici curiae* ma al contempo dia conto degli argomenti portati dagli stessi nelle memorie scritte²⁶¹.

In dottrina vi è chi riterrebbe quindi opportuno la modifica delle norme integrative e l'introduzione di una disciplina che tenga in specifica considerazione il ruolo degli *amici curiae*, ad esempio consentendo loro di depositare atti scritti senza dover necessariamente chiedere di essere sentiti. In particolare la disciplina della Corte EDU, che ammette gli interventi degli *amici curiae*, benché entro rigorosi limiti quantitativi e soltanto se orientati a portare in discussione argomenti nuovi, viene indicata come possibile modello di riferimento per un ripensamento delle norme integrative²⁶².

Alla luce di tali brevi osservazioni sulle modalità tramite cui le questioni tecnico-scientifiche vengono in rilievo e sono analizzate nel processo costituzionale, si può concludere ponendo in evidenza come ad emergere siano principalmente due aspetti problematici. A inficiare la garanzia di una effettiva tutela giudiziaria avverso leggi che prendono posizioni su questioni scientifiche pare infatti essere, da un lato ed in primo luogo, la persistente chiusura della Corte all'attivazione dei poteri istruttori quando in gioco siano questioni prettamente scientifiche e, d'altro lato, la disciplina stessa di tali poteri, che, anche allorché utilizzati, potrebbero non risultare sufficienti a una effettiva tutela dei diritti incisi dalla valutazione scientifica²⁶³.

²⁶¹ Sul tema R. ROMBOLI, *Il giudizio costituzionale incidentale come processo senza parti*, Milano, 1985, 115 ss.; ID., *Il giudizio di costituzionalità delle leggi in via incidentale*, in AA. VV., *Aggiornamenti in tema di processo costituzionale (2011-2013)*, Torino, 2014, p. 20.

²⁶² M. D'amico, *La Corte chiude la porta agli scienziati*, cit., 178.

²⁶³ G. Zagrebelsky, *Processo costituzionale*, in *Enc. dir.*, Milano, 1987, 522, osserva come la disciplina del diritto probatorio nel processo costituzionale si caratterizzi per forte lacunosità e come «*in una prospettiva rinnovatrice del giudizio costituzionale tutta la materia del diritto delle prove dovrebbe essere riconsiderata*».

1. *Inadeguatezza della legge come strumento di disciplina di questioni tecnico-scientifiche: un corollario*

Dall'analisi sin qui svolta sono emersi molti aspetti problematici che connotano il rapporto tra scienza e potere legislativo. In particolare, si è visto come per varie ragioni la legge può risultare uno strumento inadeguato alla disciplina di questioni prettamente tecnico-scientifiche e come, in certe circostanze, l'opportunità stessa della predisposizione di una disciplina normativa di tali questioni possa essere messa in discussione.

Si è specialmente evidenziato come la tutela costituzionale della libertà – e quindi dell'autonomia – della scienza, specie se riferita anche alla fase che consta nella applicazione del sapere scientifico, potrebbe essere compromessa da disposizioni normative incorporanti regole tecniche, così come anche la tutela di altri diritti e libertà – quale il diritto alla salute – incisi dalla disposizione legislativa che prende posizione su questioni tecnico scientifiche.

Anzitutto, infatti, particolari condizioni sarebbero necessarie perché l'*an* stesso dell'intervento normativo possa essere giustificato e, in secondo luogo, anche ove un intervento di regolazione risultasse necessario, esso dovrebbe realizzarsi nel rispetto di particolari condizioni che garantiscano l'elaborazione di una disciplina normativa qualificabile come "scientificamente adeguata". Adeguatezza scientifica che sarebbe resa necessaria proprio in forza del rapporto di strumentalità che lega il sapere scientifico alla tutela di diritti fondamentali, oltre che da ragioni di tutela della libertà della scienza stessa.

Si è tuttavia rilevato come tali condizioni siano per molti aspetti poco compatibili con le caratteristiche proprie della legge. Potendosi, in particolare, individuare almeno tre principali aspetti problematici legati alla regolamentazione di questioni tecnico scientifiche tramite lo strumento legislativo.

In primo luogo, si è vista l'importanza che il contraddittorio tra esperti e la citazione delle fonti hanno, in base alle regole proprie del metodo scientifico, ai fini della garanzia della attendibilità dell'esito della valutazione tecnica. E si è visto anche come, però, le regole proprie del procedimento legislativo non riescano a garantire né un

effettivo contraddittorio tra gli esperti in merito alla questione scientifica controversa, né tantomeno la pubblicità delle fonti.

In secondo luogo, si è evidenziato come il continuo progredire delle conoscenze scientifiche poco si concili con le caratteristiche dell'atto legislativo e, in particolare, con i tempi del procedimento legislativo.

Infine, si è anche osservato come la tutela giurisdizionale avverso le determinazioni legislative in ambito scientifico sia fortemente compromessa dalle caratteristiche e dai limiti intrinseci del sindacato di legittimità costituzionale.

Tali aspetti problematici portano naturalmente a chiedersi se, laddove l'attività di regolamentazione sia necessaria, non sia da preferirsi il ricorso a una diversa tecnica di regolamentazione e soprattutto a una diversa fonte normativa.

A riguardo, non si può non rilevare come le “condizioni di legittimità” che la Corte costituzionale nella giurisprudenza sulle norme a contenuto tecnico-scientifico richiede per la legittimità delle disposizioni legislative presentino molte assonanze con le condizioni di legittimità che caratterizzano il provvedimento amministrativo. Si pensi in particolare a come l'istruttoria, la partecipazione dei soggetti interessati, la trasparenza e la pubblicità siano divenuti elementi imprescindibili del procedimento amministrativo, il cui rispetto è condizione di legittimità del provvedimento amministrativo.

Un possibile corollario delle osservazioni fatte circa l'inadeguatezza della legge come strumento di disciplina di questioni tecnico-scientifiche potrebbe allora essere l'opportunità, se non addirittura la necessità, della delega di compiti di regolamentazione e di decisione alla pubblica amministrazione²⁶⁴.

Nei prossimi paragrafi si osserverà, tuttavia, come trattasi di una scelta che, da un lato, può porre essa stessa non pochi problemi di costituzionalità – specie con riferimento al rispetto ai principi di riserva di legge e di separazione dei poteri – e che, d'altro lato, solo a certe condizioni può consentire un effettivo superamento degli aspetti problematici che si è visto caratterizzare il rapporto tra legge e sapere scientifico.

²⁶⁴ In tal senso si era espresso A. M. SANDULLI, *Le norme tecniche nell'edilizia*, in *Studi in onore di Pietro Agostino d'Avack*, Milano, 1976.

2. La delega alla pubblica amministrazione della valutazione tecnico-scientifica e il principio di riserva di legge

L'esigenza di incorporare regole tecniche in norme giuridiche può sorgere per diverse ragioni.

È possibile anzitutto che per il perseguimento di fini pubblici – come ad esempio la repressione di crimini concernenti la diffusione tra il pubblico di sostanze stupefacenti, o come l'elaborazione di una disciplina fiscale – sia necessario il possesso di nozioni tecnico-scientifiche e lo svolgimento di valutazioni tecniche.

In tali casi l'esigenza di uniformità della regola giuridica rende difficilmente praticabile la strada del “rinvio mobile” alla scienza, ossia il rimettere caso per caso la valutazione tecnico-scientifica agli esperti di settore: sorge l'esigenza, specie per ragioni di uguaglianza e di certezza del diritto, della predisposizione di una normativa generale e astratta, in cui siano utilizzati dati tratti da valutazioni tecnico-scientifiche.

Parzialmente diverse sono invece le ragioni della incorporazione di regole tecniche nel testo legislativo quando oggetto di disciplina è proprio la fase applicativa del sapere scientifico, e dunque l'intento è quello di vincolare gli esperti del settore al rispetto di specifiche regole tecnico-scientifiche, come è avvenuto, ad esempio, quando il legislatore ha deciso di predisporre una disciplina legislativa delle pratiche di procreazione medicalmente assistita.

Qui lo scopo è precipuamente la disciplina della fase applicativa del sapere scientifico e quindi la limitazione dell'autonomia dell'esperto in tale fase. Un tale intervento regolatorio può risultare necessario per la tutela di altri beni di rilievo costituzionale, come la salute, e, in particolare, per evitare che l'autonomia scientifica divenga una forma di potere, ad esempio del medico sul paziente.

In entrambi i casi una alternativa alla elaborazione di una disciplina legislativa può essere individuata nella delega al potere amministrativo della funzione di regolamentazione.

Tuttavia si tratta di ambiti spesso attinenti a diritti fondamentali tutelati a livello costituzionale con riserve di legge, assolute o relative. Una delega di funzioni alla pubblica amministrazione può pertanto porre problemi sotto il profilo del rispetto del principio di riserva di legge.

2.1. *La posizione della Corte costituzionale sulla riserva di legge: in particolare l'assunto della neutralità della tecnica*

Il problema del rapporto tra il principio di riserva di legge e la delega di funzioni di regolamentazione in materia a elevato contenuto tecnico-scientifico è stato in più occasioni affrontato dalla Corte costituzionale.

Nell'ambito di tale giurisprudenza si presenta come *leit motiv* l'idea che la tecnica e la scienza sono neutrali e oggettive²⁶⁵ e che per tale ragione consentirebbero deroghe al principio di riserva di legge. Più precisamente, nell'ottica della Corte le valutazioni tecniche, implicando l'esercizio di sola discrezionalità tecnica, più che consentire vere e proprie deroghe al principio di riserva di legge, esulerebbero dalla *ratio* di garanzia che è alla base del principio stesso di riserva di legge.

Tale capacità della tecnica di ampliare i margini di intervento del potere amministrativo in ambiti coperti da riserva di legge è emersa in maniera particolarmente evidente in materia penale.

Si può infatti osservare come il fatto che l'art. 25 Cost. copra la materia penale con una riserva di legge considerata assoluta – tale quindi per cui la disciplina della materia penale, e in particolare l'elaborazione delle norme incriminatrici, dovrebbe essere *in toto* riservata alla legge – non abbia impedito che la definizione di talune norme incriminatrici sia stata in parte rimessa ad autorità amministrative: dinnanzi all'esigenza di tempestivo aggiornamento delle scelte di politica criminale involventi aspetti connotati da elevato tecnicismo si è riconosciuta infatti la compatibilità con la natura assoluta della riserva di rinvii a norme regolamentari, purché abilitanti l'introduzione di mere specificazioni tecniche rispetto a uno o più elementi enucleati dalla norma primaria e sulla base di un criterio tecnico dalla stessa indicato²⁶⁶.

Si tratta di una configurazione della riserva che ha trovato riconoscimento e fondamento nella giurisprudenza dalla Corte costituzionale.

A riguardo importante è, ad esempio, la risalente sentenza n. 36 del 1964²⁶⁷, con cui la Corte escluse l'illegittimità costituzionale dell'art. 6 della l. n. 1041 del 1954 – norma che disponeva che costituisse delitto «*il fatto di chi, senza autorizzazione, acquisti,*

²⁶⁵ F. SALMONI, *Le norme tecniche*, Milano, 2001, 118.

²⁶⁶ F. BRICIOLA, *Teoria generale del reato*, voce del *Novissimo digesto*, vol. XIX, 1973, 42 ss.

²⁶⁷ Corte cost., sent. 12 maggio 1964, n. 36.

venta, ceda, esporti, importi, passi in transito, procuri ad altri, impieghi o comunque detenga sostanze o preparati indicati dell'elenco degli stupefacenti», e che attribuiva il compito di curare e aggiornare detto elenco al Ministro della sanità.

In tale caso la Corte ritenne che il precetto penale fosse interamente enunciato nella norma di legge e che le voci negli elenchi ministeriali fossero mere *«indicazioni particolareggiate che, per le variabili forme della sostanza e per le continue e rinnovate indagini cui è soggetta, (...) si sottraggono alla possibilità di anticipata specificazione da parte del legislatore»*, frutto di meri apprezzamenti tecnici, tali quindi da non costituire una violazione della riserva di cui all'art. 25 della Cost.

Così anche nella sentenza n. 26 del 1966²⁶⁸ la Corte ha ribadito che non sussiste violazione della riserva di legge in materia penale tutte le volte che la norma incriminatrice fissa il precetto ed è integrata da atti della p.a. a fronte di esigenze *«esclusivamente, o quasi esclusivamente, tecniche»*, poiché in tali casi i poteri delegati all'autorità amministrativa risultano *«tutt'altro che arbitrari, apparendo puntualmente e adeguatamente finalizzati, specificati nel contenuto e delimitati»*.

Il ragionamento della Corte sul tema emerge ancor più chiaramente dalla motivazione della sentenza n. 333 del 1991²⁶⁹, resa in materia di sostanze stupefacenti. Anche in questo caso la Corte ha ritenuto legittimo il rinvio alle fonti secondarie osservando che i parametri indicati nella legge *«rappresentano vincoli sufficienti a restringere la discrezionalità della P.A. nell'ambito di una valutazione strettamente tecnica»*.

Nella sentenza è stato rilevato come la scelta di politica criminale fosse stata esercitata dal legislatore nel momento in cui aveva individuato quale criterio di distinzione tra penalmente rilevante e penalmente irrilevante il parametro della “dose media giornaliera”, e come nella legge fossero presenti criteri idonei a limitare i poteri del Ministro della sanità nella determinazione in concreto delle dosi medie giornaliere al solo esercizio di discrezionalità tecnica.

Tale conclusione è stata raggiunta in considerazione del riferimento contenuto nell'art. 78, comma 1, lettera c), del T.U. 9 ottobre 1990 n. 309, ai “limiti quantitativi massimi di principio attivo per le dosi medie giornaliere”, secondo la Corte atto a

²⁶⁸ Corte cost., sent. 17 marzo 1966, n. 26.

²⁶⁹ Corte cost., sent. 10 luglio 1991, n. 333.

vincolare in maniera sufficiente il Ministro della sanità all'attuale stato delle conoscenze, quindi a nozioni di tossicologia, farmacologia e statistica sanitaria, e di una lettura coordinata del criterio di cui alla lettera *c)* con i precedenti criteri *sub a)* e *b)*, che avrebbero imposto al Ministero un obbligo di previa determinazione delle procedure diagnostiche e medico legali da impiegarsi per l'accertamento dell'uso abituale di sostanze stupefacenti nonché delle metodiche per quantificare l'assunzione abituale nelle ventiquattro ore.

“Deroghe” a una riserva di legge assoluta, quale quella di cui all'art. 25 Cost., sarebbero dunque possibili a condizione, però, che la legge provveda a una precisa delimitazione del potere amministrativo, tale da limitare l'attività della p.a. al mero esercizio di discrezionalità tecnica, sulla base dell'assunto che la tecnica è neutrale e che, quindi, valutazioni tecnico-scientifiche non implicherebbero lo svolgimento di scelte di merito e non porrebbero problemi di contrasto con la *ratio* della riserva di legge.

Anche rispetto a materie coperte da riserva di legge di tipo relativo si può osservare come il carattere tecnico delle scelte in questione possa incidere, alterandolo, sul normale rapporto tra fonte primaria e fonte secondaria.

Nei casi di riserva di legge relativa la sussistenza di spazi per l'azione amministrativa, e in particolare per l'esercizio di discrezionalità tecnica ma anche propriamente amministrativa non è di per sé precluso, essendo insito nel concetto stesso di riserva di legge relativa che parte della disciplina sia demandata al potere esecutivo.

Tuttavia, la previsione di una riserva di legge impone che in ogni caso non si possa prescindere da una determinazione legislativa di principi e criteri direttivi idonei a delimitare la discrezionalità della pubblica amministrazione e a evitare che essa sfoci nell'arbitrio²⁷⁰. Secondo una consolidata giurisprudenza costituzionale la riserva di legge deve dunque in ogni caso ritenersi, pena la perdita di un effettivo significato garantistico della stessa, non solo come riserva formale, ma anche come riserva in senso sostanziale.

Spesso però, in materie connotate da elevato tecnicismo, facendo perno sulle particolari competenze specialistiche necessarie per la disciplina della materia, si giunge

²⁷⁰ In tal senso Corte cost., sent. 26 gennaio 1957, n. 4; Corte cost., sent. 26 gennaio 1957, n. 30; Corte cost., sent. 4 luglio 1957, n. 122; Corte cost., sent. 17 gennaio 1958, n. 4; Corte cost., sent. 7 giugno 1962, n. 65; Corte cost., sent. 6 giugno 1963; Corte cost., sent. 13 maggio 1964, n. 40; Corte cost., sent. 6 aprile 1965, n. 24; Corte cost., sent. 9 marzo 1967, n. 24; Corte cost., sent. 20 febbraio 1969, n. 21. Sul tema F. SALMONI, *Le norme tecniche*, cit., 120.

a interpretazioni molto ampie della riserva relativa di legge, tali da legittimare anche ampie deleghe di potere, non accompagnate da una indicazione di principi e criteri direttivi, sulla base del solo fatto che a essere rimesso all'amministrazione è un potere implicante la spendita di competenze tecniche.

In assenza di una precisa delimitazione legislativa, ciò non pare però in alcun modo garantire che l'attività amministrativa sia in concreto esplicazione di mera discrezionalità tecnica e non sfoci invece nell'esercizio di un potere arbitrario, non delimitato da criteri e principi legislativi.

Esempi sul punto possono trarsi in materia di imposizione fiscale.

Si tratta di una materia che l'art. 23 Cost. copre con una riserva di legge, intesa dalla dottrina prevalente e dalla giurisprudenza come riserva relativa di legge²⁷¹.

Si ritiene in particolare che, benché deleghe al potere amministrativo siano ammissibili, debbano essere in ogni caso individuati con legge l'evento al cui verificarsi la prestazione si rende dovuta e i soggetti obbligati ad effettuarla, e che rispetto alla determinazione quantitativa della prestazione la legge debba provvedere almeno all'indicazione di criteri direttivi, limiti e controlli necessari a evitare che la scelta amministrativa sul punto possa essere completamente arbitraria²⁷².

Nella giurisprudenza della Corte costituzionale sono rinvenibili sentenze in cui è stato effettivamente confermato il principio per cui la fissazione di criteri direttivi, seppur di tipo generale e seppur tali da lasciare margini di discrezionalità, cui la p.a. deve attenersi nella quantificazione dell'imposta, è necessaria a garantire il rispetto della riserva di legge vigente in materia fiscale.

In tal senso, ad esempio, nella risalente sentenza n. 48 del 1961²⁷³ il potere del Ministero delle finanze è stato considerato sufficientemente delimitato in quanto da esercitarsi sulla base di tabelle e coefficienti che la Commissione censuaria centrale era tenuta ad elaborare in forza di criteri tecnici prefissati per legge.

²⁷¹ P. RUSSO, *Manuale di diritto tributario. Parte generale*, Milano, 2007, 45; P. PERLINGERI, *Art. 23*, in *Commento alla Costituzione italiana*, Napoli, seconda edizione, 127; V. CRISAFULLI-L. PALADIN-S. BORTOLE-R. BIN; *Art. 23*, in *Commentario breve alla Costituzione*, Padova, 2008, 197.

²⁷² Sul tema S. CIPOLLINA, *La riserva di legge in materia fiscale*, in L. PERRONE - C. BERLIRI (a cura di), *Diritto tributario e Corte costituzionale*, 173; P. PERLINGERI, *Art. 23*, in *Commento alla Costituzione italiana*, cit., 128, afferma che appare necessario «che a legge stabilisca quantomeno la disciplina dei soggetti e della fattispecie determinante l'imposizione e che fornisca altresì criteri direttivi relativamente all'esercizio dei poteri propri dell'organo impositore».

²⁷³ Corte cost., sent. 11 luglio 1961, n. 48.

La stessa logica pare sottesa alla sentenza n. 83 del 2015²⁷⁴, relativa alla tassazione di prodotti succedanei dei prodotti di fumo, con cui la Corte costituzionale ha dichiarato l'illegittimità costituzionale dell'art. 62-*quater* del decreto legislativo 26 ottobre 1995, n. 504 (Testo unico delle disposizioni legislative concernenti le imposte sulla produzione e sui consumi e relative sanzioni penali e amministrative), proprio perché la base imponibile non risultava sufficientemente determinata dal legislatore. In particolare è stato dalla Corte osservato che l'Agenzia delle dogane avrebbe dovuto selezionare i prodotti da sottoporre a tassazione sulla base del solo criterio della loro «*idoneità a sostituire il consumo dei tabacchi lavorati*», giudicato insufficiente ad escludere un uso arbitrario del potere.

Maggiormente opinabili sono invece parse in dottrina altre sentenze in cui la legittimità di leggi conferenti all'autorità amministrativa poteri di commisurazione dell'imposta è stata fatta salva facendo riferimento al concetto di discrezionalità tecnica e alla competenza tecnica dell'organo amministrativo, benché tuttavia i criteri direttivi posti dalle norme primarie fossero estremamente generici, mere tracce, e quindi tali da poter lasciare un margine di apprezzamento notevole, anche svincolato dalle regole tecniche²⁷⁵.

Il riferimento è ad esempio alla sentenza n. 129 del 1969²⁷⁶, in cui la Corte costituzionale ha ritenuto legittimo l'art. 10 del D.Lgs. Luogotenenziale n. 348 del 1944, benché, attribuendo al Ministero delle finanze il compito di determinare i canoni dell'imposta per il commercio di determinate categorie di merci «*ragguagliati al volume*

²⁷⁴ Corte cost., sent. 15 aprile 2015, n. 83.

²⁷⁵ Sul tema G. AMATO, *Normativa ministeriale in materia tributaria e art. 23 della Costituzione*, in *Riv. Dir. e sc. Finanze*, 1965, II, 315; D. LA MEDICA, *La riserva della legge in materia tributaria*, in *Archivio finanziario*, 1967, 80; A. FEDELE, *Art. 23*, in G. BRANCA (a cura di), *Commentario della Costituzione*, Bologna, 1978, 114 ss.; F. SALMONI, *Le norme tecniche*, cit., 123, critica la tendenza della Corte a fare salve discipline «*che pur derogano vistosamente a quei parametri che essa stessa aveva enumerato e ritenuto indifferibili perché potesse dirsi rispettata la riserva*»; P. RUSSO, *Manuale di diritto tributario*, cit., 46, osserva come siano «*frequenti i casi in cui risulta affidata ad atti del potere esecutivo la determinazione quantitativa della base imponibile: con riguardo ai quali la giustificazione, sotto il profilo della loro conformità al precetto costituzionale in esame, la si rinviene di solito facendo ricorso all'indeterminato e confuso concetto di discrezionalità tecnica, sul cui terreno resterebbe circoscritto il potere di affidato alla pubblica amministrazione (...). Senonché, ad una più attenta riflessione, ci si rende conto che per tale via non si può escludere in modo assoluto che si possa consentire all'esecutivo di influire sulla fisionomia e quindi sulla identificazione stessa dell'entità economica cui deve essere commisurata la prestazione impositiva*».

²⁷⁶ Corte cost., sent. 1 luglio 1969, n. 129.

degli affari», avesse conferito un potere impositivo da esercitarsi sulla base di un criterio la cui idoneità a delimitare la discrezionalità dell'autorità pubblica è parsa quantomeno dubbia.

Né esenti da critiche²⁷⁷ sono state quelle sentenze in cui la Corte ha ritenuto la mera disciplina legislativa della composizione di particolari organi tecnici sufficiente a limitare il potere degli stessi alla sola discrezionalità tecnica.

Tal tipo di impostazione è rinvenibile ad esempio nella sentenza n. 103 del 1957²⁷⁸, che ha riconosciuto la legittimità costituzionale dei d.lgs.lgt. 19 ottobre 1944, n. 347, e del d.lgs. C.P.S. 15 settembre 1947, n. 896. Tali decreti, nell'ambito di un sistema manovrato dei prezzi, conferivano al comitato interministeriale e ai comitati provinciali il compito di, da un lato, adeguare i prezzi alle sopravvenute esigenze attraverso la rivalutazione dei fattori della produzione e, dall'altro, di avviare, col sistema del blocco elastico dei prezzi, il mercato verso il libero scambio.

Nel ragionamento della Corte, la legittimità della norma era stata in questo caso desunta sia dalla natura astrattamente tecnica della materia affidata, che dalla particolare composizione dei comitati, mentre nessuno spazio era stato dato all'accertamento dell'esistenza e della sufficienza di criteri legislativi volti in concreto ad orientare l'esercizio della discrezionalità amministrativa.

Sempre in tal senso, la sentenza n. 507 del 1988²⁷⁹, in cui si è chiaramente affermato che *«il principio di riserva di legge, previsto dall'art. 23 Cost., è rispettato anche in assenza di una espressa indicazione legislativa dei criteri, limiti e controlli circa le prestazioni imposte, purché gli stessi siano desumibili dalla destinazione della prestazione e dalla composizione e dal funzionamento degli organi competenti a determinare la misura»* e la sentenza n. 180 del 1996²⁸⁰ in cui la carenza in termini di determinatezza dei criteri direttivi è stata considerata compensata e pertanto non confliggente con il principio di riserva di legge dalla *«partecipazione di organi consultivi dotati di spiccata competenza tecnica desumibile dalla loro composizione ordinaria, allargata, nei casi previsti, alla partecipazione di altri esperti o di possibili categorie interessate»*.

²⁷⁷ V. A. FEDELE, *Art. 23*, cit., 114.

²⁷⁸ Corte cost., sent. 25 giugno 1957, n. 103.

²⁷⁹ Corte cost., sent. 21 aprile 1988, n. 507.

²⁸⁰ Corte cost., sent. 27 maggio 1996, n. 180.

È stato quindi osservato come la Corte abbia in una certa misura “forzato” il concetto per cui laddove la determinazione quantitativa della prestazione debba essere effettuata da parte della p.a. sulla base dell’esercizio di sola discrezionalità tecnica non vi sarebbe alcuna violazione della riserva di legge di cui all’art. 23 Cost., fino a ritenere sufficiente a garantire una tale delimitazione dell’ambito dei poteri della pubblica amministrazione il sol fatto che le decisioni delegate agli organi amministrativi implicino la spendita di competenze tecniche o, addirittura, il sol fatto che tali organi siano composti da soggetti dotati di particolare competenza tecnica.

Si è osservato come una tale tendenza rischi di consentire di ritenere legittima pressoché ogni legge che rimette alla p.a. poteri di determinazione quantitativa delle prestazioni imposte, visto che si tratta di una materia dove è quasi sempre agevole individuare elementi di natura tecnica che influiscono sulla fissazione dell’entità della prestazione²⁸¹.

Da tale breve ricognizione della giurisprudenza costituzionale emerge quindi come la tesi per cui i problemi di compatibilità dell’affidamento alla pubblica amministrazione di poteri di regolamentazione implicanti lo svolgimento di valutazioni tecnico-scientifiche con il principio di riserva di legge siano superabili facendo leva sulla neutralità che connoterebbe la tecnica non sempre risulta del tutto scevra di criticità a livello applicativo.

In primo luogo, emerge infatti come spesso la delega di funzioni finisca per essere giustificata dal sol fatto che l’esercizio delle stesse implichi la spendita, anche se non esclusiva, di competenze tecniche e come tale tendenza trovi spesso l’avallo della Corte costituzionale, che in talune pronunce si è mostrata aperta a interpretazioni molto elastiche dei precetti da essa stessa posti circa la necessità di una delimitazione dei poteri della pubblica amministrazione. Il che può portare all’attribuzioni di compiti che fuoriescono dal mero esercizio di discrezionalità tecnica, così che il richiamo alla tecnica diviene strumento per consentire l’attribuzione di scelte attinenti di merito a fonti sub-primarie in modo non aderente a quanto sarebbe imposto dal principio di legalità in senso sostanziale.

In secondo luogo, l’idea stessa della neutralità della tecnica è stata nel tempo sempre più messa in discussione.

²⁸¹ Così A. FEDELE, *Art. 23*, cit., 116.

Con particolare riferimento alla discrezionalità tecnica si è visto nel Capitolo I²⁸² come rispetto a valutazioni tecniche che presentano ineliminabili margini di opinabilità, il margine di scelta sussistente tra più soluzioni, tutte corrette, renderebbe difficilmente qualificabile in termini di oggettività l'esito della valutazione, che parrebbe piuttosto caratterizzarsi per un certo tasso di soggettività, nel senso di essere suscettibile di variare a seconda del soggetto deputato allo svolgimento della stessa.

Per tale ragione la neutralità della tecnica come giustificazione della inapplicabilità del principio di riserva di legge risulta debole, o comunque incompleta.

È tenendo in debita considerazione le ragioni, ampiamente analizzate nel Capitolo II, che rendono l'atto legislativo in molte circostanze non idoneo alla regolamentazione di questioni tecnico-scientifiche che possono trarsi indicazioni ulteriori circa la giustificazione costituzionale della deroga al principio di riserva di legge e circa il ruolo che la disciplina legislativa dovrebbe assumere nella delimitazione dei poteri della p.a.

2.2. La neutralità della tecnica come fondamento dei poteri di regolamentazione delle autorità amministrative indipendenti: osservazioni critiche

I problemi di costituzionalità connessi alla delega di funzioni di regolamentazione in ambiti coperti da riserva di legge e alla configurazione della competenza tecnica come fonte di legittimazione alternativa a quella democratica sono emersi e sono stati oggetto di particolare considerazione rispetto al fenomeno delle autorità amministrative indipendenti. Una breve analisi delle riflessioni che si sono sviluppate sul tema può quindi fornire alcune indicazioni rilevanti ai fini del presente lavoro.

Per "autorità amministrative indipendenti" si intende, più che un istituto creato dal legislatore in adesione a un preciso modello o disegno, un fenomeno giuridico, sorto sulla spinta di esigenze di imparzialità e autonomia dell'attività amministrativa in determinati settori dell'ordinamento²⁸³.

Si tratta in particolare di un fenomeno che ha preso piede nel nostro ordinamento in tempi non molto lontani, che ha portato negli anni novanta al proliferare di un consistente numero di nuove autorità e che però ha ultimamente registrato una battuta di

²⁸² Cap. I, paragrafo 3.2.

²⁸³ F. CARINGELLA, *Manuale di diritto amministrativo*, 703.

arresto²⁸⁴. Attualmente le autorità amministrative indipendenti esistenti risultano consolidate e pienamente inserite nel panorama istituzionale, mentre pare che la tendenza alla creazione di nuove autorità abbia lasciato il passo a una attività di riordino e coordinamento – significativo, ad esempio, che uno degli ultimi interventi legislativi in materia²⁸⁵ sia stato nel senso della soppressione di una delle autorità esistenti, l’Autorità di vigilanza sui contratti pubblici (AVCP), le cui funzioni sono state trasferite interamente in capo all’Autorità nazionale anticorruzione (ANAC).

Non esiste una legge che ponga una disciplina unitaria delle autorità amministrative indipendenti e che ne definisca i tratti caratterizzanti.

Sicuramente, come si desume anche dall’espressione stessa “autorità amministrative indipendenti”, un tratto che dovrebbe unificare tale eterogeneo *genus* è l’indipendenza dal potere esecutivo, e quindi il non far parte dell’Amministrazione statale, come tradizionalmente intesa.

L’istituzione di autorità amministrative indipendenti è infatti corrisposta all’evidenza che la gestione di taluni settori c.d. “sensibili” – perché coinvolgenti la tutela di interessi di particolare rilevanza costituzionale – necessitasse dell’apporto di organismi tecnicamente qualificati e indipendenti, cioè posti in una posizione di terzietà rispetto agli interessi in gioco. Si sono quindi voluti neutralizzare determinati settori, sottraendoli alle influenze dei partiti politici e della maggioranza di turno, affidandone la cura ad autorità ad alta competenza tecnica.

È proprio il carattere dell’indipendenza ad aver reso complessa la collocazione sistematica di tali autorità nell’ambito della tradizionale tripartizione dei poteri dello Stato. La stessa espressione “autorità amministrative indipendenti” può sembrare infatti contraddittoria perché tradizionalmente i poteri indipendenti non fanno parte della sfera

²⁸⁴ M. CUNIBERTI, *Autorità indipendenti e libertà costituzionali*, Milano, 2007, VII; M. RAMAJOLI, *L’attuale configurazione delle Autorità indipendenti di regolazione dei mercati: la natura giuridica delle funzioni e la tipologia degli atti*, disponibile online in www.giustizia-amministrativa.it, marzo 2019, rileva che è corrente l’affermazione secondo cui «attualmente il modello delle Autorità di regolazione e, più in generale, il modello delle autorità amministrative indipendenti stia attraversando una crisi se non addirittura una parabola discendente» e a riguardo osserva come in realtà paia essere in atto, più che un declino, un «consolidamento del modello», affermando che «attualmente stiamo assistendo a un consolidamento e una metabolizzazione del modello delle Autorità di regolazione, mentre le originarie alte aspettative nei suoi riguardi sono state ragionevolmente ridimensionate».

²⁸⁵ D.l. 21 giugno 2014, n. 90, conv. con mod. in l. 11 agosto 2014, n. 114.

amministrativa o esecutiva²⁸⁶. La pubblica amministrazione, come tradizionalmente intesa, si caratterizza sì per imparzialità ma è comunque sempre soggetta al potere di indirizzo del Governo, così come previsto dall'art. 95 della Costituzione, con corrispondente responsabilità politica dei ministri per gli atti dei loro dicasteri²⁸⁷.

Di qui il sorgere dell'idea per cui tali autorità non potessero essere considerate parte dell'apparato amministrativo²⁸⁸, e che occupassero invece un peculiare spazio, sfuggente alle sistemazioni basate sulla tripartizione dei poteri, tanto da far parlare di un «quarto potere dello Stato»²⁸⁹.

Si è cercato in dottrina di individuare un fondamento costituzionale dei poteri delle autorità, alternativo alle norme costituzionali sulla pubblica amministrazione.

A tal fine, è stata in origine data grande rilevanza alla indipendenza delle autorità, intesa nel senso di neutralità, cioè come una condizione volta a garantire alle autorità una posizione non interessata, neutrale rispetto agli interessi pubblici, e tale da legittimare i poteri ad essa attribuiti.

A garanzia della neutralità delle *authorities* si faceva proprio riferimento alla particolare competenza tecnica delle stesse, che risultava così, oltre che elemento

²⁸⁶ S. CASSESE, *La Commissione Nazionale per le Società e la Borsa – Consob e i poteri indipendenti*, in *Rivista delle Società*, 1994, I, 420, a riguardo l'Autore parla di un'«anomalia dello Stato ordinamento, quale si è venuto a configurare nell'ultimo decennio»; E. CHELI, *Intervento* in Padoa Schioppa F. (a cura di) *Le autorità indipendenti e il buon funzionamento dei mercati*, Milano, 2002, 121, addirittura qualifica l'espressione «Autorità amministrative indipendenti» come una contraddizione in termini, un ossimoro.

²⁸⁷ A riguardo U. ALLEGRETTI, *L'imparzialità amministrativa*, Padova, 1965, 55 ss. individua due tipologie di imparzialità: «l'imparzialità della parte», che «che consiste nell'impedire a questa di ripiegarsi partigianamente sui propri fini, imponendo dall'interno alle sue qualificazioni soggettive la considerazione dei fini e qualificazioni altrui, e così dando a quelle un atteggiamento solidaristico nei confronti di queste», e l'imparzialità *tout court*, «propria di un soggetto che non è parte, (che) si concreta in una qualificazione ispirata ad un fine globale, comprensivo delle finalità garantite dalle singole qualificazioni parziali degli altri soggetti ad esso interessati». Osserva come tradizionalmente l'imparzialità della pubblica amministrazione è stata ricondotta al concetto di l'"imparzialità della parte", che non realizza quindi «che solo un limitato concetto dell'imparzialità». Secondo una tale impostazione, all'imparzialità amministrativa si contrapporrebbe dunque quella «*tout court*» propria di altre funzioni statali, sussistente, per esempio, «in primo luogo nella giurisdizione - dove essa è apparsa sempre intimamente operante- ma anche in altre autorità e funzioni: così nel capo dello stato e nello stesso legislatore»; sul tema anche A. CERRI, *Imparzialità ed indirizzo politico nella pubblica amministrazione*, Padova, 1973, 71 ss.

²⁸⁸ In questo senso S. CASSESE, *La Commissione Nazionale per le Società e la Borsa*, cit.; G. VESPERINI, *Le funzioni delle autorità amministrative indipendenti*, in *Diritto della banca e del mercato finanziario*, 1990, 417.

²⁸⁹ Così G. AMATO, *Le autorità indipendenti nella costituzione economica*, in S. LABRIOLA (a cura di), *Regolazione e garanzia del pluralismo: le autorità amministrative indipendenti*, Milano, 1997, 3 ss.

caratterizzante le varie figure ricondotte a tale *genus*, anche fonte di legittimazione dei poteri delle stesse, sulla base dell'assunto della neutralità della tecnica e delle attività implicanti la spendita di competenze tecniche²⁹⁰.

In tale ottica, infatti, le autorità amministrative indipendenti sarebbero autorità tenute a impiegare le proprie particolari competenze tecniche per l'applicazione e, in parte, per la produzione di norme c.d. "condizionali" o "di processo", ossia norme che, lungi dall'indirizzare a fini pubblici l'attività dei privati, si limitano a stabilire le condizioni e le modalità da rispettarsi nell'esercizio di determinate attività. Il fenomeno delle autorità amministrative indipendenti si assocerebbe quindi a una sorta di riserva di tecnicità delle funzioni pubbliche, con un ritiro dello Stato da taluni settori e l'affidamento ad autorità indipendenti di compiti implicanti lo svolgimento di valutazioni puramente logiche ed asettiche, non implicanti giudizi di valore, e quindi discrezionalità amministrativa, nell'ambito di un processo di neutralizzazione di tali settori.

La ricostruzione in questi termini del ruolo e della legittimazione costituzionale dei poteri delle autorità non ha avuto però nel tempo molto seguito.

La particolare competenza tecnica delle autorità indipendenti è indubbiamente stata una delle principali ragioni alla base della loro istituzione. Esse possono considerarsi infatti uno strumento con cui lo Stato moderno governa settori in cui si pongono problemi sempre più tecnici, *«una confessione di impotenza del Parlamento, che, nel dare la stura alle singole authorities, riconosce la sua incapacità a disciplinare la materia e riconosce, altresì, l'impossibilità da parte degli apparati ministeriali e del plesso giudiziario a dare risposta alla sete di regolazione del settore»*²⁹¹.

Tuttavia, il riferimento alla tecnica come fonte alternativa di legittimazione è risultato poco convincente.

Si è in primo luogo osservato come la specializzazione tecnica dell'organo nulla dica in realtà circa la sua non politicità e neutralità, mentre ciò che dovrebbe rilevare sul punto sono le funzioni concretamente esercitate. A riguardo una analisi degli importanti

²⁹⁰ Sul tema N. LONGOBARDI, *Autorità amministrative indipendenti e sistema giuridico-istituzionale*, Torino, 2009, 85, ricorda come inizialmente furono individuati nella scienza i criteri di legittimazione delle nuove realtà amministrative, osservando però come *«questa motivazione dell'indipendenza presta il fianco ad una facile critica, quella di atteggiamento fideistico nei confronti della scienza (e delle sue applicazioni), superato nella teoria (anche per quanto riguarda le scienze «esatte») e la cui validità non appare comprovata dai fatti»*.

²⁹¹ F. CARINGELLA, *Manuale di diritto amministrativo*, Roma, 2017, 705.

compiti – di vigilanza, sanzionatori, ma soprattutto di regolamentazione – ha mostrato come difficilmente l'attività delle autorità indipendenti possa considerarsi esercizio di sola discrezionalità tecnica e come il perseguimento di pubblici interessi sia tutt'altro che escluso²⁹².

Si potrebbe infatti dire, al contrario, che, con una tale riserva di compiti all'Autorità, «*il tecnico è stato promosso, è divenuto amministratore, e valuta interessi pubblici*»²⁹³.

Il fatto che funzioni pubbliche, quale è l'attività normativa, pur quando avente a oggetto norme “di processo”, siano trasferite ad organi non politici difficilmente può eliminare la politicità della funzione stessa. Si può in questi casi al massimo avere una «*depoliticizzazione partitica*»²⁹⁴ delle decisioni. Le scelte dei tecnici sarebbero discutibili quanto le altre laddove il tipo di scelta ad essi affidato richieda, oltre a valutazioni sugli aspetti tecnici, le quali peraltro possono anch'esse non portare a risultati univoci, anche valutazioni sull'assetto degli interessi, quindi valutazioni che rimangono soggettive²⁹⁵. Diversamente si cederebbe al mito positivistico della scienza che aveva portato ad ipotizzare una progressiva trasformazione, di pari passo col progresso scientifico, dell'intera pubblica amministrazione in attività tecnica²⁹⁶.

Tutte le ricostruzioni variamente tendenti al riconoscimento di un particolare fondamento costituzionale delle autorità amministrative indipendenti sono risultate

²⁹² Sul punto N. LONGOBARDI, *Autorità amministrative*, cit., 98 ss.,

²⁹³ Così M. MANETTI, *Poteri neutrali e costituzione*, Milano, 1994, 150.

²⁹⁴ In tal senso M. PASSARO, *Le amministrazioni indipendenti*, Torino, 1997, 32.

²⁹⁵ Sul tema R. DAHL, *La democrazia e i suoi critici*, Roma, 1990, 101 ss., muove una critica a quelle tesi favorevoli ad un governo retto da un'élite esclusivamente tecnocratica in quanto «*le valutazioni politiche esigono sempre tanto la comprensione morale quanto la conoscenza strumentale, né l'una né l'altra possono essere sufficienti se prese isolatamente*», e «*in generale i tecnocratici non sono più qualificati di chiunque altro per formulare le valutazioni morali essenziali*».

²⁹⁶ A riguardo V. BACHELET, *L'attività tecnica della pubblica amministrazione*, Milano, 1967, 111 ss., in particolare osserva come «*il carattere della azione amministrativa, anche se condizionata e limitata dal doveroso riferimento a criteri scientifici e tecnici, rimarrà pur sempre la discrezionalità, cioè l'esercizio di un potere libero anche se funzionalmente e teleologicamente collegato con il fine di pubblico interesse. Ciò conferma la «politicità» della scelta, attraverso la quale l'amministrazione esercita il potere discrezionale che le è attribuito*»; A. PREDIERI, *Il nuovo assetto dei mercati finanziari e creditizi nel quadro della concorrenza comunitaria*, Milano, 1992, I, 487, non condivide quelle tesi che portano a configurare in modo diverso il rapporto tra i regolamenti Consob e la riserva di legge di cui l'art. 41 Cost. in quanto essi sarebbero esclusivamente espressione di discrezionalità tecnica. Non condivide in particolare la estensione della nozione di tecnica, che resterebbe invece limitata «*all'area caratterizzata da cognizioni e giudizi apparsi sulla base di una scienza specialistica, ad eccezione delle scienze giuridiche e dell'amministrazione*».

deboli sotto il profilo dogmatico, oltre che rischiose sotto il profilo delle garanzie. Anche il progetto di revisione costituzionale, volto all'introduzione di specifiche disposizioni costituzionali che riconoscessero una particolare posizione alle autorità indipendenti, è stato definitivamente abbandonato.

Risulta nettamente prevalente e consolidata la tesi della natura amministrativa delle autorità.

In dottrina si è osservato come l'apparente incompatibilità dell'indipendenza dell'autorità con il modello di amministrazione desunto dall'art. 95 della Costituzione può essere superata adottando una «*più sciolta fantasia dogmatica*»²⁹⁷, e in particolare tramite una lettura congiunta dell'articolo con le altre disposizioni che la Costituzione dedica alla pubblica amministrazione, in particolare con l'art. 97 della Costituzione.

In proposito si è osservato anzitutto come l'art. 95 non affermi che tutti gli uffici dell'amministrazione statale debbano essere subordinati e dipendenti dall'autorità di governo, ma piuttosto si limiti ad affermare il principio per cui i ministri sono responsabili per «*gli atti del proprio dicastero*». Ossia, stando alla lettera dell'articolo, può dirsi non preclusa la creazione di uffici amministrativi collocati al di fuori dei dicasteri, quindi non alle dipendenze del Governo, fermo però che per questi non potrebbe valere la responsabilità ministeriale di cui all'art. 95²⁹⁸.

In secondo luogo, si è osservato come l'art. 95 della Costituzione non esaurisca affatto la disciplina che il testo costituzionale dedica alla pubblica amministrazione, ma come anzi, affianco a una concezione piramidale di pubblica amministrazione, implicita nel testo dell'art. 95 Cost., gli articoli successivi si preoccupino piuttosto di introdurre limiti alle possibili ingerenze del Governo nella attività amministrativa: l'art. 97, in particolare, pone i principi dell'accesso tramite concorsi pubblici, per cui «*agli impieghi nelle pubbliche amministrazioni si accede mediante concorso*», e della riserva di legge, per cui «*i pubblici uffici sono organizzati secondo disposizione di legge*».

²⁹⁷ N. LONGOBARDI, *Autorità amministrative indipendenti*, cit., 40.

²⁹⁸ V. CERULLI IRELLI, *Premesse problematiche allo studio delle «amministrazioni indipendenti»*, in F. BASSI-F. MERUSI (a cura di), *Mercati e amministrazioni indipendenti*, Milano, 1993, 24.

Emergono così dal testo costituzionale «*due diverse anime*»²⁹⁹ dell'amministrazione, che si caratterizza quindi per la contrapposizione dialettica³⁰⁰ tra dipendenza politica e autocefalia. Il principio di dipendenza e il principio di indipendenza convivono, senza poter l'uno prevalere definitivamente sull'altro, e anche gli interventi del legislatore che hanno caratterizzato la storia politica e amministrativa dalla Costituzione ad oggi sono andati in entrambi i sensi: per certi aspetti rafforzando l'influenza del governo sull'amministrazione, per altri potenziando l'indipendenza di questa dal potere politico.

L'istituzione di autorità indipendenti può essere letta come una forma di inveroimento di questo secondo aspetto o, se vogliamo, di questo secondo "modo di essere" dell'amministrazione: con le autorità amministrative indipendenti l'imparzialità avrebbe assunto i caratteri strutturali dell'indipendenza.

I dubbi circa la costituzionalità delle autorità indipendenti possono quindi essere dissipati individuando quale loro fondamento costituzionale il principio di separazione tra amministrazione e politica desumibile dagli articoli 97 e 98 della Costituzione³⁰¹. Esse sarebbero così inquadrabili in uno dei modelli di amministrazione previsti nella Costituzione, la cui adozione rientrerebbero nell'orizzonte delle scelte discrezionali che il legislatore è lasciato libero di compiere³⁰².

²⁹⁹ A. MASSERA, "Autonomia" e "indipendenza" nell'amministrazione dello Stato, in *Scritti in onore di M.S. Giannini*, Milano, 1988, III, 480.

³⁰⁰ M. NIGRO, *La pubblica amministrazione fra costituzione formale e costituzione materiale*, in *Studi in memoria di V. Bachelet*, Milano, 1987, II, 394 ss., parla proprio di una concezione dialettica dell'amministrazione che si rinviene sia nel testo costituzionale che negli interventi legislativi che hanno caratterizzato la storia politica amministrativa.

³⁰¹ Sul tema, tra i molti, N. LONGOBARDI, *Autorità amministrative indipendenti*, cit., 102, osserva che «*gli artt. 97 e 98 della Costituzione italiana, ponendo con forza l'esigenza di separazione tra politica ed amministrazione, predispongono uno spazio per amministrazioni in posizione di relativa indipendenza rispetto all'autorità politica, sottratte in particolare all'indirizzo governativo*»; M. RAMAJOLI, *L'attuale configurazione delle Autorità indipendenti*, cit., ricorda che «*un fondamento costituzionale per le autorità indipendenti è stato ravvisato anche a Costituzione invariata, ritenendosi conseguentemente superata la necessità di una previsione costituzionale espressa intesa a contemplare direttamente questi soggetti. In particolare l'art. 97 Cost. con il suo richiamo al principio d'imparzialità è stato considerato riferimento idoneo a fondare la compatibilità a Costituzione delle Autorità. Come osservato dal Consiglio di Stato in sede consultiva, l'indipendenza rispetto all'indirizzo politico che dovrebbe essere propria delle Autorità rappresenta non una violazione dell'art. 95 Cost., bensì un'esaltazione dell'imparzialità amministrativa di cui all'art. 97 Cost.*».

³⁰² M. CUNIBERTI, *Autorità indipendenti*, cit., 494, osserva come in tal modo «*ne riesce ridimensionato il problema di dover attribuire ad ogni costo un fondamento costituzionale all'esistenza delle autorità: tale*

È anzi stato osservato come in presenza di funzioni contenziose – spesso attribuite alle autorità amministrative indipendenti – il principio di imparzialità, non solo consentirebbe, ma esigerebbe una posizione di indipendenza dall'indirizzo governativo³⁰³.

Se è quindi assodata la natura amministrativa delle autorità, la particolare competenza tecnica delle stesse continua tuttavia a venire in rilievo ai fini della legittimazione di poteri eccentrici, tradizionalmente non configurabili in capo ad autorità amministrative.

Ciò risulta in maniera particolarmente evidente in relazione agli ampi poteri regolamentari che sono esercitati da tali autorità.

Molte delle leggi istitutive di amministrazioni indipendenti contengono, infatti, rinvii in bianco al potere regolamentare dell'autorità: si limitano all'indicazione di finalità, clausole generali o concetti indeterminati che spetta all'autorità amministrativa concretizzare³⁰⁴. Ciò dà luogo a forme di “normazione per obiettivi” la cui costituzionalità risulta quantomeno dubbia nel nostro ordinamento, specie sotto il profilo del rispetto del principio di legalità sostanziale.

Necessaria conseguenza del riconoscimento della natura amministrativa delle autorità indipendenti è infatti che i regolamenti delle stesse siano da considerarsi a tutti gli effetti atti amministrativi, sottoposti quindi ai principi propri dell'attività amministrativa e che, pertanto, la legge debba essere fonte di legittimazione del potere

fondamento potrà appunto rinvenirsi molto semplicemente nelle previsioni costituzionali che demandano al legislatore di dettare le regole sull'organizzazione ed il funzionamento dei pubblici uffici».

³⁰³ N. LONGOBARDI, *Autorità amministrative indipendenti*, cit., 102.

³⁰⁴ Sul punto si vedano le considerazioni del Cons. Stato, sez. VI, sent. 17 ottobre 2005, n. 5827. Sul tema A. TRAVI, *Il problema generale del sindacato giurisdizionale degli atti delle Autorità indipendenti; il riparto di giurisdizione e il controllo del Consiglio di Stato*, disponibile online in www.giustizia-amministrativa.it, marzo 2019, rileva come «le formule utilizzate dalla legge per definire i poteri delle Autorità di regolazione nei pubblici servizi sono piuttosto generiche (si pensi all'art. 2, comma 12, della legge n. 481/1995) e non rispondono perciò ai parametri necessari per assegnare a un soggetto pubblico poteri amministrativi: la legge non stabilisce i contenuti e le modalità cui devono conformarsi gli interventi delle Autorità, ma piuttosto identifica obiettivi da perseguire in relazione alle diverse tipologie di atti»; M. RAMAJOLI, *L'attuale configurazione delle Autorità indipendenti*, cit., rispetto alle Autorità di regolazione dei servizi di pubblica utilità, afferma che esse «operano in base a un dettato normativo laconico per natura», ricordando che «la legge 481 del 1995 è stata definita dalla giurisprudenza (costituzionale, di cassazione, amministrativa) “legge d'indirizzo” basata su “prognosi incerte” e “rinvii in bianco all'esercizio futuro del potere”, “inscritto in clausole generali o concetti generali che spetta all'Autorità concretizzare”. Con la conseguenza che la “natura della copertura legislativa” è “adeguata” alla “peculiarità dei poteri” esercitati dall'Autorità».

regolamentare ma, soprattutto, base sostanziale dello stesso³⁰⁵, tanto più negli ambiti coperti da riserva di legge.

A fondamento di tali ampie deleghe di poteri vi è certamente la considerazione del particolare tecnicismo della materia e della necessità di particolari competenze tecniche per l'elaborazione di una disciplina di dettaglio. Tuttavia, non pare che i problemi di costituzionalità sotto il profilo del rispetto della riserva di legge possano essere risolti con un semplice richiamo alla particolare competenza tecnica dell'autorità. Non convincono, cioè, quelle tesi che fonderebbero sul criterio di competenza il rapporto tra i regolamenti delle *authorities* e la legge³⁰⁶, per cui nei propri ambiti di competenza i regolamenti godrebbero di un proprio spazio di autonomia ed indipendenza, anche dalla legge, in forza del carattere tecnico e neutrale della regolazione in questione³⁰⁷. L'ampiezza delle deleghe risulta infatti tale da evidentemente non poter scongiurare l'esercizio di valutazioni esorbitanti l'ambito del mero apprezzamento tecnico e non pare, quindi, consentire deroghe al principio gerarchico che regola i rapporti tra legge e atto amministrativo.

Che il solo richiamo alla particolare competenza tecnica non sia di per sé solo sufficiente a risolvere i problemi di compatibilità con i principi di legalità e di riserva di legge emerge anche dalla giurisprudenza in materia.

La giurisprudenza amministrativa, chiamata a valutare la legittimità di regolamenti di autorità amministrative indipendenti sotto il profilo del rispetto del principio di riserva di legge, tende infatti a far salvi gli atti normativi delle autorità sulla base di argomenti che però solo in parte fanno leva sul carattere tecnico degli stessi.

In particolare, il Consiglio di Stato ritiene che il *deficit* di legittimazione possa essere compensato, oltre che dalla prevalenza del momento tecnico, e quindi della

³⁰⁵ Nel senso di una necessaria base legislativa sostanziale, tra i molti, V. CERULLI IRELLI, *La vigilanza «regolamentare»*, in U. MORERA-A. NUZZO (a cura di), *La nuova disciplina dell'impresa bancaria*, Milano, 1996, 62, sostiene che «la potestà regolamentare delle Autorità amministrative indipendenti deve trovare nella legge non solo una sola e specifica previsione, ma anche l'indicazione di criteri e di limiti atti a ricondurne le determinazioni in un ambito compatibile con le esigenze del rispetto del principio di legalità».

³⁰⁶ Sul tema N. MARZONA, *Il potere normativo delle autorità indipendenti*, in C. FRANCHINI-CASSESE S. (a cura di), *I garanti delle regole*, Bologna, 1996, 103.

³⁰⁷ Così F. MERUSI, *Sentieri interrotti di legalità*, Bologna, 2007, 7, afferma che «per l'intervento pubblico nell'economia la Costituzione prevede, come abbiamo visto, la riserva di legge, per la regolazione no».

discrezionalità tecnica, anche dalla c.d. legalità o legittimazione procedimentale³⁰⁸. Da oltre una decina di anni ricorre in tal senso in giurisprudenza l'affermazione che l'esercizio di poteri regolatori da parte di autorità amministrative indipendenti è «giustificato anche in base all'esistenza di un procedimento partecipativo»³⁰⁹.

Emerge quindi come l'elevato tecnicismo delle materie oggetto di regolazione non sia considerato elemento di per sé sufficiente a legittimare il potere normativo. L'ammissibilità dei regolamenti è infatti riconosciuta alla condizione che l'esercizio del potere normativo dell'autorità sia assistito da una forma rafforzata di procedimento, che assicuri l'apporto sostanziale dei destinatari di tale potere, per mezzo del rafforzamento del contraddittorio e della partecipazione procedimentale³¹⁰.

In tal senso si è espressa anche la Corte costituzionale con la decisione n. 69 del 2017³¹¹, nell'ambito di un giudizio vertente sulla legittimità dei poteri impositivi dell'Autorità di regolazione dei trasporti (ART), in cui era stata messa in dubbio la legittimità costituzionale della disposizione legislativa che istituiva l'onere contributivo a favore dell'ART, sospetta di non essere compatibile con la riserva di legge di cui all'art. 23 Cost.

In un passaggio della sentenza la Corte, nell'escludere l'illegittimità costituzionale della disposizione legislativa, ha prestato espressa adesione all'impostazione giurisprudenziale che riconosce la legalità procedurale quale fonte di

³⁰⁸ In tal senso, tra le molte sentenze, si veda Cons. Stato, sez. VI, 24 maggio 2016, n. 2182; Cons. Stato, sez. VI, 1 ottobre 2014, n. 4874; Cons. Stato, sez. VI, 2 maggio 2012, n. 2521; Cons. Stato, sez. VI, 27 dicembre 2008, n. 7972.

³⁰⁹ Cons. Stato, sez. VI, 20 aprile 2006, n. 2206.

³¹⁰ Sul tema si veda M. CLARICH, *Garanzia del contraddittorio nel procedimento innanzi alle Autorità amministrative indipendenti*, in www.giustiziaamministrativa.it, intervento al Convegno "Le Autorità amministrative indipendenti", Roma, Consiglio di Stato, 9 maggio 2003; ID., *Le autorità indipendenti nello "spazio regolatorio": l'ascesa e il declino del modello*, in *Dir. pubbl.*, 2004, 103; N. Longobardi, *Autorità amministrative indipendenti*, cit., 281; R. CHIEPPA, *Poteri esercitati, procedimento e contraddittorio davanti alle autorità indipendenti*, in R. CHIEPPA-G. P. CIRILLO, *Le autorità amministrative indipendenti*, Padova, 2010, osserva come in dottrina si ritenga sussistente «una correlazione inversa tra legalità sostanziale e legalità procedurale: quanto meno è garantita la prima, per effetto dell'attribuzione alle Autorità indipendenti di poteri normativi e amministrativi in bianco, tanto maggiore è l'esigenza di potenziare le forme di coinvolgimento di tutti i soggetti interessanti nel procedimento finalizzato all'assunzione di decisioni che hanno un impatto così rilevante sull'assetto del mercato e sugli operatori»; R. TITOMANLIO, *Riflessioni sul potere normativo delle autorità amministrative indipendenti fra legalità "sostanziale", legalità "procedurale" e funzione di regolazione*, in *Nomos*, 2017, 19 ss.

³¹¹ Corte cost., sent. 22 febbraio 2017, n. 69.

legittimazione dei poteri normativi delle autorità indipendenti, affermando che «la possibilità di valorizzare le forme di legalità procedurale previste dalla legge, ai fini della valutazione del rispetto dell'art. 23 Cost., vale, in particolare, nei settori affidati ai poteri regolatori delle autorità amministrative indipendenti, quando vengano in rilievo profili caratterizzati da un elevato grado di complessità tecnica», in quanto «in questi casi, la difficoltà di predeterminare con legge in modo rigoroso i presupposti delle funzioni amministrative attribuite alle autorità comporterebbe un inevitabile pregiudizio alle esigenze sottese alla riserva di legge, se non fossero quantomeno previste forme di partecipazione degli operatori di settore al procedimento di formazione degli atti».

Si tratta tuttavia di una impostazione vista con sospetto in dottrina, specie con riferimento alla sua applicazione a ipotesi in cui la legge, oltre a non indicare con precisione i principi e i criteri direttivi cui l'autorità amministrativa dovrebbe attenersi nell'esercizio dei poteri regolamentari, si astiene addirittura dall'attribuire espressamente tali tipo di potere, la cui sussistenza in capo all'autorità viene desunta dalla sola strumentalità degli stessi al conseguimento degli obiettivi fissati dalla legge istitutiva; ossia a quei casi in cui la giurisprudenza italiana fa particolare applicazione della teoria di origine comunitaria dei c.d. "poteri normativi impliciti"³¹², in base a cui la Corte di Giustizia ha sostenuto che le istituzioni europee possano esercitare tutti i poteri, anche se non espressamente previsti, necessari per il perseguimento delle competenze e delle finalità loro assegnate.

Vi è chi in particolare osserva criticamente come il riconoscimento di una tale rilevanza alla legalità procedurale comporti un depotenziamento della centralità che la norma attributiva del potere dovrebbe continuare ad avere, in elusione del principio di legalità sostanziale³¹³.

Le critiche non paiono prive di fondamento se si considera come i poteri regolamentari che si riconoscono in capo alle autorità amministrative indipendenti siano spesso di tale ampiezza da non potersi considerare inerenti a soli profili tecnici. Spesso mancherebbe quindi uno degli elementi che la giurisprudenza stessa pone come condizione per l'applicabilità della teoria dei poteri impliciti, ossia il carattere

³¹² Sul tema N. BASSI, *Principio di legalità e poteri amministrativi impliciti*, Milano, 2001; M. RAMAJOLI, *L'attuale configurazione delle Autorità indipendenti*, cit.

³¹³ In senso critico M. RAMAJOLI, *L'attuale configurazione*, cit.; A. TRAVI, *Il problema generale del sindacato*, cit.

esclusivamente tecnico della valutazione sottostante all'esercizio del potere regolamentare.

Il superamento del principio di legalità sostanziale rispetto a poteri implicanti valutazioni di opportunità, in senso lato politiche, pare peraltro ancor più preoccupante se si considera il *deficit* di legittimazione democratica che connota le autorità amministrative indipendenti, che dovrebbe piuttosto portare a una più attenta osservanza dei principi di cui all'art. 97 Cost., tra cui in primo luogo quello di legalità.

Ferme restando dunque le molte criticità insite nella giurisprudenza sui poteri regolamentari delle autorità amministrative indipendenti, bisogna evidenziare però come da tale giurisprudenza emergano alcuni aspetti che, come si vedrà nel prosieguo del lavoro, sono utili per comprendere l'importanza e il ruolo della legalità procedurale rispetto allo svolgimento di valutazioni tecnico-scientifiche da parte della p.a.

3. *Il procedimento come elemento di legittimazione della valutazione amministrativa*

Da quanto osservato nei precedenti paragrafi può quindi dirsi che la delega di funzioni implicanti la spendita di competenze tecnico-scientifiche alla pubblica amministrazione possa scontrarsi con il principio di legalità e che, specie nelle materie coperte da riserva assoluta di legge, la garanzia essenziale della legittimità di tali deleghe viene spesso individuata nella predisposizione di una disciplina legislativa del potere amministrativo atta a limitare lo stesso all'esercizio di sola discrezionalità tecnica.

Si è osservato anche però come una tale delimitazione dei poteri amministrativi risulti spesso decisamente ardua e difficilmente realizzabile in concreto, posto che il limite tra valutazione tecnica e valutazione di merito è non di rado sottile e incerto.

Si intende qui concentrarsi su di un ulteriore aspetto, ossia sul come – se effettivamente la ragione di fondo della riserva alla pubblica amministrazione di poteri implicanti lo svolgimento di valutazioni tecnico-scientifiche è da individuarsi nell'esigenza di una miglior tutela dei diritti in gioco, tra cui anche la stessa libertà della scienza – il collegare la legittimità della delega di funzioni al sol fatto che essa sia accompagnata da una restrizione dei poteri amministrativi allo svolgimento di valutazioni tecnico-scientifiche possa in ogni caso non essere sufficiente garanzia del raggiungimento della finalità che dovrebbe essere a fondamento della delega stessa.

Tale aspetto emerge in maniera particolarmente chiara laddove lo svolgimento di valutazioni tecnico scientifiche necessarie per la regolamentazione di un certo settore sia delegato a regolamenti ministeriali, o comunque ad atti normativi o generali della pubblica amministrazione.

La legge n. 241 del 1990 sul procedimento amministrativo prevede infatti che una serie consistente di obblighi procedimentali non valga per gli atti normativi e gli atti a contenuto generale: l'art. 3 prevede che la motivazione per tali atti «*non è richiesta*»; l'art. 13 esclude tale tipologia di atti dall'ambito di applicazione delle norme sulla partecipazione al procedimento; e all'art. 24 gli atti normativi e gli atti amministrativi generali sono inclusi nell'elenco che preclude l'esercizio del diritto di accesso.

Sostanzialmente sono dunque escluse per gli atti normativi o a contenuto generale le principali garanzie che la legge sul procedimento riconosce a tutela del cittadino e che, per ciò che interessa ai fini del presente lavoro, potrebbero valere come indice di una maggior adeguatezza, rispetto al procedimento legislativo, del procedimento amministrativo come luogo per l'espletamento di valutazioni tecnico-scientifiche.

Nel caso in cui quindi l'autorità amministrativa sia incaricata della produzione di atti normativi implicanti lo svolgimento di valutazioni tecniche controverse, la legge sul procedimento amministrativo, non prevedendo per tale tipologia di atti specifici obblighi partecipativi, sostanzialmente non fornisce alcuna garanzia in ordine alla possibilità che l'adozione dell'atto sia preceduta da un effettivo contraddittorio tra i soggetti interessati e, escludendo per tali atti l'obbligo di motivazione, rende del tutto eventuale, rimessa alla mera volontà dell'autorità amministrativa, lo svolgimento di una seria attività istruttoria in ordine alla questione scientifica controversa, minando, inoltre, la possibilità di un effettivo controllo a posteriori della adeguatezza dell'attività istruttoria e, quindi, l'effettività della tutela giurisdizionale.

L'esclusione delle garanzie partecipative per tale tipologia di atti trova ragione nella generalità che li connota, ossia nel fatto che essi si caratterizzano per il contenere disposizioni a carattere generale, applicabili a un numero di persone non determinabile a priori, che rende non adeguato il modello partecipativo delineato nella legge sul procedimento amministrativo.

Le deroghe previste per tali tipologie di atti nella legge sul procedimento amministrativo non sarebbero però da intendersi, secondo l'interpretazione prevalente,

nel senso di una preclusione assoluta alla partecipazione ma, piuttosto, nel senso della applicabilità di modelli partecipativi diversi da quello specificatamente contemplato all'art. 13 della l. 241 del 2001³¹⁴. In tal senso militerebbe lo stesso art. 13 della l. 241 del 1990, laddove, a proposito delle garanzie partecipative, afferma che «*restano ferme le particolari norme che ne regolano la formazione*».

È stato in particolare osservato che il regime riservato dalla legge n. 241 del 1990 agli atti normativi e agli atti amministrativi generali sarebbe indice della necessità di una configurazione per tali atti di garanzie partecipative diverse, che rispondano alla specifica funzione che dovrebbero svolgere rispetto all'attività amministrativa generale, e sia quindi da intendersi in una logica di "specialità funzionale" piuttosto che nel senso dell'esclusione di qualsiasi tipo di garanzia partecipativa nell'ambito dei procedimenti volti all'adozione di atti generali³¹⁵.

Alla base della scelta legislativa di escludere tale particolare categoria di atti dall'ambito di applicazione di talune disposizioni della legge sul procedimento vi sarebbe stata infatti anzitutto la considerazione di come l'impianto della legge sul procedimento, tutto calibrato sulla disciplina procedurale del provvedimento concreto, non sarebbe stato automaticamente traslabile alla attività amministrativa generale. Basti a riguardo pensare a come nell'ambito della formazione di decisioni generali la partecipazione dei privati dovrebbe rispondere a una pluralità di esigenze³¹⁶, fra le quali quella difensiva – ossia quella improntata al paradigma del contraddittorio e dell'aggiudicazione – non risulta avere la centralità che invece ha nell'ambito del procedimento volto alla emanazione del provvedimento concreto.

In secondo luogo, oltre che dell'inadeguatezza del regime procedurale del provvedimento amministrativo, il legislatore è parso anche consapevole della difficile configurabilità di un modello procedurale uniforme, da applicarsi all'intera categoria

³¹⁴ Sul tema G. DELLA CANANEA, *Gli atti amministrativi generali*, Padova, 2000, 270.

³¹⁵ M. COCCONI, *Garanzie procedurali e atti amministrativi a contenuto generale*, in *Istituzioni del federalismo*, I, 2018, 137.

³¹⁶ S. CASSESE, *La partecipazione dei privati alle decisioni pubbliche. Saggio di diritto comparato*, in *Riv. trim. di diritto pubblico*, 2007, 14, osserva come per la formazione di decisioni generali si chieda la partecipazione dei privati per motivi diversi, specificando come il primo sia quello di «*consentire all'amministrazione una migliore conoscenza dei fatti e degli interessi sui quali essa deve basare le sue scelte*», il secondo «*quello di permettere al privato di far valere i suoi diritti fin dalla fase preparatoria della decisione, oltre che nell'eventuale giudizio che sorga a seguito di un ricorso successivo*», e il terzo «*quello di assicurare il coinvolgimento dei privati interessati nel processo decisionale*».

degli atti normativi e generali e si è dunque astenuto dal tentare di fornire una disciplina generale per tale tipologia di atti.

L'assenza di una disciplina legislativa sulla partecipazione nei procedimenti volti all'adozione di scelte a carattere generale non implicherebbe dunque che per questi non sussistano esigenze partecipative, ma piuttosto che si debba procedere alla elaborazione di una pluralità di modelli procedurali, calibrati sulle caratteristiche e sulle funzioni degli atti in questione.

L'esigenza dell'elaborazione di un'apposita disciplina del procedimento, con attenzione in particolare ai profili della partecipazione, dell'attività istruttoria, e della motivazione dei provvedimenti, dovrebbe essere a maggior ragione presente allorché gli atti normativi della pubblica amministrazione si debbano occupare di questioni tecnico-scientifiche controverse.

Si è osservato infatti come la ragione di fondo della delega di compiti di normazione tecnica alla p.a. possa essere ravvisata nell'esigenza che tali scelte siano compiute all'esito di un'appropriata attività istruttoria, di un effettivo contraddittorio tra gli esponenti della comunità scientifica, nonché che di tali attività sia data adeguata pubblicità e che avverso la scelta finale sia in tal modo garantita una effettiva tutela giurisdizionale: ossia nell'esigenza che la valutazione tecnico-scientifica sia svolta all'esito di un procedimento che presenti caratteristiche non rinvenibili nel procedimento legislativo, se non solo in via eventuale e parziale.

La mera delega di poteri di normazione tecnica, non accompagnata da una disciplina del procedimento, rischia tuttavia di frustrare la funzione stessa che l'atto amministrativo di normazione dovrebbe conseguire. In altre parole l'atto amministrativo rischia di risultare, al pari della legge, inadeguato per la normazione tecnico scientifica – salvo forse per la maggior flessibilità e quindi per la possibilità di essere più agevolmente aggiornato con il progredire delle conoscenze scientifiche –, perché non necessariamente associato a una sufficiente attività istruttoria, a un effettivo contraddittorio e alla pubblicità delle fonti poste alla base della decisione tecnico-scientifica.

Tornando quindi al problema di partenza, si capisce come la tutela dei diritti incisi dalla normazione tecnica e della libertà della scienza potrebbe non trarre grande giovamento dalla delega di funzioni normative alla pubblica amministrazione ove a tale

delega non si accompagnasse una disciplina della procedura adeguata a garantire una certa qualità della valutazione tecnico-scientifica.

È nel procedimento che pare infatti ravvisarsi il fondamento di quella che potrebbe, impropriamente, definirsi “riserva di amministrazione”, da intendersi come opportunità, se non necessità – alla luce dei problemi che si è visto essere connessi all’affidamento a fonti di rango legislativo della disciplina di questioni tecnico-scientifiche controverse –, che talune valutazioni tecniche siano affidate alla pubblica amministrazione.

Al contempo, la sussistenza di una disciplina legislativa del procedimento per l’espletamento della valutazione tecnica potrebbe ritenersi elemento necessario ai fini del rispetto del principio di legalità e di riserva di legge.

La mancanza in capo al legislatore delle competenze scientifiche necessarie per la disciplina di questioni prettamente tecnico-scientifiche e la tendenziale inadeguatezza del procedimento legislativo alla raccolta delle stesse non può infatti che incidere sul normale rapporto tra fonte primaria e fonti secondarie. In particolare, si può osservare che l’effetto di maggior tutela e maggior garanzia dei diritti che è sotteso alle varie riserve, assolute e relative, di legge risulta frustrato quando l’oggetto di disciplina sia una questione prettamente scientifica, e forse ancor più quando trattasi di una questione controversa, rispetto alla quale sussista un elevato margine di incertezza scientifica.

In primo luogo, infatti, contrariamente a quanto normalmente può dirsi secondo la *ratio* garantista sottesa al principio di riserva di legge, che sia il legislatore a decidere sulla questione non pare poter essere in questi casi fonte di maggiori garanzie per la tutela dei diritti coinvolti rispetto ad una scelta amministrativa, potendosi anzi dire, a certe condizioni, il contrario.

In secondo luogo, per le medesime ragioni, anche il fatto che il legislatore, ove decidesse di delegare alla pubblica amministrazione, provveda, secondo quanto è di regola richiesto dal principio di legalità in senso sostanziale, alla elaborazione di una disciplina sostanziale dei poteri conferiti non risulterebbe particolarmente significativo dal punto di vista della tutela dei diritti coinvolti, ma anzi, viste le ragioni che spingono a una delega, potrebbe al contrario essere controproducente rispetto alla finalità di tutela.

Ciò non significa tuttavia che il principio di legalità non si applichi rispetto a valutazioni tecnico-scientifiche. Sul punto bisogna anzi osservare come non paia

nemmeno del tutto soddisfacente la ricostruzione che riserva al legislatore, ai fini del rispetto del principio di legalità, il solo onere di provvedere a una delimitazione dell'oggetto della delega tale da effettivamente conferire alla fonte secondaria la disciplina solo di questioni prettamente tecniche, e quindi l'esercizio di sola discrezionalità tecnica. Parrebbe infatti, a ben vedere, una configurazione riduttiva del ruolo della legge e del principio stesso di legalità, che risulterebbe sì formalmente rispettato ma rischierebbe di non esserlo dal punto di vista sostanziale.

Alla luce di quanto osservato sopra, potrebbe sostenersi che invece la massima tutela dei diritti coinvolti possa essere garantita solo laddove alla precisa delimitazione dell'oggetto della delega si associ anche una limitazione dei poteri della p.a. dal punto di vista procedurale, ossia tramite la predeterminazione legislativa di un procedimento adeguato a garantire una certa qualità della valutazione tecnico-scientifica³¹⁷.

In questo senso risultano interessanti alcune delle considerazioni fatte dalla giurisprudenza circa i poteri regolamentari delle autorità amministrative indipendenti. Si pensi ad esempio alle sopra citate osservazioni della Corte costituzionale su come, quando vengano in rilievo profili caratterizzati da un elevato grado di complessità tecnica, una rigorosa predeterminazione legislativa dei presupposti della funzione amministrativa risulterebbe difficile e sia dunque importante, ai fini del rispetto del principio di riserva di legge, una valorizzazione della legalità in senso procedurale.

3.1. *Le condizioni di “adeguatezza” procedimentale*

³¹⁷ In tal senso si pone M. CECCHETTI, *Criticità della “normazione tecnica” a tutela dell’ambiente nell’ordinamento italiano. Il caso dell’attuazione delle direttive n. 99/31/CE (sulle discariche di rifiuti) e n. 00/53/CE (sui veicoli fuori uso)*, in *Diritto e gestione dell’ambiente*, I, 2003, 80, che con riferimento alla riserva di legge in materia penale ritiene che non sia eccessivamente ardito affermare che «*la riserva di legge in materia di sanzioni penali possa ritenersi rispettata se ed in quanto la fonte legislativa, anziché entrare nei contenuti delle discipline tecniche integrative del precetto penale, stabilisca con precisione un determinato procedimento per la loro adozione con fonte subordinata, che sia in grado di fornire le medesime garanzie di democraticità e al tempo stesso tenga conto delle particolari peculiarità della normazione tecnica*», osservando che «*si tratterebbe di accogliere un’accezione procedimentale del criterio di sufficiente determinazione della fattispecie, che per la Corte costituzionale costituisce la condizione di legittimità delle norme penali “in bianco”(..) significherebbe passare dalla “sufficiente determinazione in senso sostanziale”, come specificazione da parte della legge dei presupposti, dei caratteri, del contenuto e dei limiti dei provvedimenti dell’autorità non legislativa, ad una più pervasiva (ma più realistica) “sufficiente determinazione in senso procedimentale”, attraverso la previsione nella fonte legislativa di procedure speciali per la normazione tecnica*».

L'accoglimento di una concezione procedurale del principio di legalità ha dunque l'importante effetto di riservare alla legge l'individuazione delle condizioni atte a rendere il procedimento amministrativo adeguato alla funzione della normazione tecnico-scientifica.

In quest'ottica, quindi, il riconoscimento dei possibili rischi, in termini di tutela dei diritti, connessi all'affidamento della normazione tecnica a fonti di rango legislativo non si assocerebbe a un mero accoglimento di una concezione del principio di legalità in senso solo formale, e quindi a un visione decisamente riduttiva del ruolo della legge. Il ruolo della legge risulterebbe anzi particolarmente rilevante, bastando considerarsi a riguardo quanto la procedura impatti sugli esiti della valutazione tecnico-scientifica e sulle possibilità di tutela dei soggetti interessati dalla decisione.

Se come si è visto la tutela di diritti e libertà costituzionali viene in questi casi a dipendere dalla adeguatezza scientifica della normazione tecnica, il legislatore nell'espletamento del delicato compito di configurazione della procedura dovrà tener conto delle caratteristiche proprie del sapere scientifico, sulla base delle quali sarebbero infatti individuabili alcuni oneri procedurali imprescindibili per una effettiva garanzia di scientificità degli esiti del procedimento e della tutela dei diritti coinvolti, ivi inclusa la libertà della scienza.

In primo luogo non potrebbe prescindersi da una istruttoria ampia, articolata e aperta a tutti i soggetti potenzialmente in grado di fornire dati scientifici e tecnici rilevanti, tenendo conto delle diverse discipline coinvolte nella elaborazione della decisione normativa. Si è infatti vista l'importanza che per la formazione di una regola tecnica scientificamente attendibile abbia il previo svolgimento di un contraddittorio tra gli esponenti della comunità scientifica che sia aperto, e quindi capace di far emergere con chiarezza quali siano le posizioni esistenti sulla questione e quale sia effettivamente il peso di ciascuna nella comunità scientifica. Così come si è evidenziata l'importanza che alla possibilità di contraddire si associ la possibilità di allegare dati e documenti che consentano una verifica a priori della attendibilità delle tesi sostenute.

Fondamentale dovrebbe inoltre essere l'imposizione di un onere di motivazione dell'atto finale, con cui l'autorità amministrativa sia tenuta a rendere conto di quanto emerso nella fase istruttoria e delle ragioni per cui si è ritenuta maggiormente attendibile una determinata posizione scientifica. La motivazione dell'atto conclusivo è infatti un

onere necessario per rendere effettivi gli obblighi istruttori oltre che essere elemento essenziale per consentire una successiva tutela giurisdizionale avverso l'atto normativo.

Infine dovrebbe provvedersi alla predisposizione di strutture e strumenti che consentano un periodico adeguamento delle norme al progresso delle conoscenze scientifiche³¹⁸.

Quanto ai soggetti tenuti all'espletamento della procedura, parrebbe opportuno che, quantomeno con riferimento alla fase istruttoria, si ricorra a pubblici impiegati selezionati tramite pubblici concorsi che ne garantiscano il possesso di particolari competenze tecniche ed esperienza professionale.

Ciò cui sarebbe tenuto il legislatore è dunque l'elaborazione, considerate le peculiarità che connotano la normazione tecnica, di procedure adeguate alla funzione.

Si tratterebbe di una soluzione in linea con quanto evidenziato da tempo da illustre dottrina circa la necessità di una correlazione tra la funzione e il tipo di organizzazione: già Massimo Severo Giannini osservava infatti come i profili organizzativi e procedimentali fossero «*accessori e conseguenti a quelli sostanziali*»³¹⁹, il valore determinante del momento organizzativo rispetto all'attività ha trovato poi ulteriore approfondimento nelle opere di Mario Nigro³²⁰ e Giorgio Berti³²¹, fino a trovare massima esplicitazione nel saggio *Sull'utilizzazione di modelli differenziati nell'organizzazione pubblica*³²² di Giuseppe Guarino.

3.2. *Le autorità amministrative indipendenti come laboratorio di modelli procedurali per la normazione tecnico-scientifica*

La configurazione di specifici modelli procedurali calibrati sulla funzione da conseguire ha trovato attuazione in modo particolare rispetto ai poteri normativi, o para-normativi, delle autorità amministrative indipendenti.

³¹⁸ In tal senso M. CECCHETTI, *Criticità della "normazione tecnica"*, cit., 85.

³¹⁹ M. S. GIANNINI, *In principio sono le funzioni*, in *Amm. Civ.*, 1955.

³²⁰ In particolare si veda M. NIGRO, *Studi sulla funzione organizzatrice della pubblica amministrazione*, Milano, 1966.

³²¹ In particolare G. BERTI, *La pubblica amministrazione come organizzazione*, Padova, 1968.

³²² G. GUARINO, *Sull'utilizzazione di modelli differenziati nell'organizzazione pubblica*, in *Scritti di diritto pubblico dell'economia*, Milano, 1970.

Si tratta di autorità amministrative che anzitutto si caratterizzano per la particolare competenza tecnica dei funzionari tramite cui operano, normalmente selezionati proprio in ragione delle specifiche competenze tecniche e professionali possedute. Tale caratteristica viene normalmente configurata quale elemento di legittimazione dei poteri delle autorità amministrative indipendenti, che compenserebbe il *deficit* di legittimazione democratica che le connota, ma, a ben vedere, essa rappresenta in primo luogo un elemento di garanzia: la particolare competenza tecnica del soggetto decidente garantisce infatti la comprensibilità da parte dello stesso dell'effettivo significato e della portata dei dati e delle informazioni tecniche raccolte nel corso del procedimento.

Le autorità amministrative indipendenti si caratterizzano inoltre per l'operare, e in particolare esercitare i loro poteri di regolamentazione, sulla base di specifiche regole procedurali elaborate avendo riguardo alla particolare funzione svolta dalle autorità nei loro settori di competenza.

Si tratta di una rete procedurale la cui singolarità ruota principalmente intorno a due elementi: la tendenza a garantire un'ampia partecipazione degli amministrati alla formazione delle decisioni regolamentari e l'obbligo di motivazione degli atti normativi.

Per quanto attiene alla partecipazione degli amministrati, in mancanza di una normativa organica per le procedure preliminari all'attività di regolazione, sono state introdotte specifiche disposizioni legislative e regolamentari che vincolano alcune autorità amministrative indipendenti a procedimenti caratterizzati da un ampio rispetto del contraddittorio e della partecipazione degli interessati.

Così, ad esempio, la legge n. 481 del 1995 – che ha introdotto nel nostro ordinamento le Autorità di regolazione dei servizi di pubblica utilità, dettando per esse regole comuni – ha disposto che le Autorità sentano gli esercenti e i rappresentanti degli utenti, prima di emanare le direttive sulla produzione e sull'erogazione del servizio (art. 2, comma 12, lett. h); che le Autorità devono definire procedure «*idonee a garantire agli interessati la piena conoscenza degli atti istruttori, il contraddittorio (...) e la verbalizzazione*» (art. 2, comma 23, lett. a); e che ogni Autorità, secondo il suo regolamento, deve disporre audizioni periodiche dei rappresentanti dei consumatori, degli utenti e delle organizzazioni sindacali e ambientaliste (art. 2, comma 23).

Analogamente, la legge sul risparmio (art. 23, comma 2, legge n. 262/2005) impone a Banca d'Italia, Consob e Ivass di consultare i rappresentanti degli operatori

finanziari e dei consumatori, prima di definire il contenuto degli atti regolamentari o a contenuto generale. Anche il Codice delle assicurazioni private (art. 191, comma 4, d.lgs. n. 209/2005) prevede una “procedura di consultazione aperta e trasparente” per l’adozione dei regolamenti dell’Ivass, in modo da rendere conoscibili la normativa in preparazione e i commenti eventualmente ricevuti.

In altri casi, in assenza di una espressa previsione legislativa, sono le stesse autorità indipendenti, nell’esercizio della propria autonomia organizzativa, a prevedere particolari forme di partecipazione per i procedimenti di formazione degli atti regolamentari.

Si tratta di forme procedurali di contraddittorio ideate avendo riguardo alla funzione di *regulation* svolta dalle autorità. In particolare, si parla a riguardo di “contraddittorio orizzontale”, nell’ambito del quale i soggetti interessati interverrebbero più in funzione collaborativa che prettamente difensiva, in contrapposizione alle, più tradizionali, forme c.d. di “contraddittorio verticale”³²³.

Molteplici sono i vantaggi arrecati da tali forme di consultazione preventiva alla qualità della regolazione: esse consentono alle autorità di avere a disposizione visioni alternative sulla questione oggetto dell’intervento, di avvalersi dell’*expertise* dei soggetti destinatari della regolazione, e di giungere a una più precisa definizione dell’impatto potenziale della regolazione.

Ma soprattutto, è stato osservato in dottrina, le garanzie partecipative consentirebbero un dialogo delle autorità con la società utile per colmare il *deficit* di legittimazione democratica che le caratterizza. I poteri delle autorità indipendenti, in assenza di responsabilità e di soggezione nei confronti del Governo, troverebbero così, almeno in parte, legittimazione “dal basso”, attraverso una apertura alle istanze che vengono dalla società e un coinvolgimento degli amministrati nell’adozione delle scelte del pubblico potere³²⁴.

³²³ Sul tema E. FREDIANI, *La produzione normativa nella sovranità “orizzontale”*, Pisa, 2010; R. Titomanlio, *Riflessioni sul potere normativo delle autorità amministrative indipendenti*, cit.

³²⁴ Sul tema, tra i molti, M. CLARICH, *Garanzia del contraddittorio*, cit.; ID., *Le autorità indipendenti nello “spazio regolatorio”*, cit., 1035; R. CHIEPPA, *Tipologie procedurali e contraddittorio davanti alle Autorità indipendenti*, in www.giustizia-amministrativa.it, intervento al Convegno “Imparzialità e indipendenza delle *Authorities* nelle recenti dinamiche istituzionali e amministrative”, Roma, Consiglio di Stato, 14 dicembre 2005; F. GAMBARDELLA, *Autorità indipendenti, semi-indipendenti e garanzie del contraddittorio (Nota a C. Stato, sez. VI, 11 aprile 2006, n. 2007, Autorità energia elettrica e gas c. Soc.*

Una tale configurazione della funzione degli obblighi procedurali è stata pienamente avallata dalla giurisprudenza amministrativa, che ha anzi elevato la sussistenza di garanzie procedurali stringenti in materia di partecipazione dei privati a condizione minima ed essenziale per la legittimità degli atti normativi e generali delle autorità indipendenti³²⁵.

La giurisprudenza ha anche riconosciuto la rilevanza per la legittimazione dell'azione delle *authorities* dell'ulteriore aspetto, che si è detto connotare gli atti di regolazione delle autorità indipendenti, ossia quello dell'obbligo di motivazione.

Contrariamente a quanto generalmente vale per i regolamenti amministrativi e per gli atti amministrativi generali, gli atti di regolamentazione delle autorità amministrative indipendenti devono essere accompagnati da una motivazione che illustri le ragioni della decisione alla luce della attività istruttoria e di consultazione svolta. Tale obbligo è espressamente previsto da talune leggi di settore³²⁶ e da atti di organizzazione adottati dalle autorità stesse³²⁷, ma, anche prescindendo da una espressa previsione, viene ritenuto sia dalla dottrina che dalla giurisprudenza un principio applicabile con riguardo agli atti sia normativi che amministrativi generali di ogni autorità indipendente³²⁸.

La giurisprudenza ha infatti, superando un'iniziale impostazione restrittiva, riconosciuto l'essenziale ruolo che l'obbligo di motivazione svolge nella garanzia della effettività della partecipazione e del contraddittorio, riconoscendo come esso consenta, da un lato, agli interessati di poter incidere concretamente sulle decisioni delle autorità e, d'altro lato, al giudice di poter comprendere l'*iter* logico seguito dall'Autorità e così offrire una effettiva tutela giurisdizionale.

Casakese Amc), in *Foro amministrativo – Consiglio di Stato*, 2006, 3152 ss.; M. CUNIBERTI, *Autorità indipendenti e libertà costituzionali*, cit., 52 ss.

³²⁵ Sul tema S. DEL GATTO, *La partecipazione ai procedimenti di regolazione delle autorità indipendenti*, in *Giornale di diritto amm.*, 2009, 947 ss.

³²⁶ Così ad esempio l'art. 23 della l. n. 262/2005 (legge per la tutela del risparmio) stabilisce, ad esempio, che i provvedimenti della Banca d'Italia, della Consob, dell'Isvap e della Covip aventi natura regolamentare o di contenuto generale, debbano essere motivati «con riferimento alle scelte di regolazione e di vigilanza del settore ovvero della materia su cui vertono».

³²⁷ Nel settore dell'energia, l'art. 5 dell'allegato A) alla nuova delibera n. 46/09 gop, in materia di consultazione, prevede ad esempio che l'atto di regolazione debba essere motivato tenendo conto anche delle eventuali osservazioni e proposte tempestivamente presentate nel corso della consultazione.

³²⁸ Sul tema S. DEL GATTO, *La partecipazione ai procedimenti di regolazione*, cit.; R. TITOMANLIO, *Riflessioni sul potere normativo delle autorità amministrative indipendenti*, 25; M. COCCONI, *La motivazione degli atti generali delle Autorità indipendenti e la qualità della regolazione*, in *Osservatorio sull'Analisi di Impatto della Regolazione*, aprile 2011.

Quelli sin qui brevemente delineati sono modelli e garanzie procedurali che, benché elaborati nell'ambito del fenomeno del tutto particolare delle autorità amministrative indipendenti, potrebbero costituire un punto di riferimento anche per settori – si pensi ad esempio quello sanitario o quello ambientale – in cui l'esigenza di elaborazione di una disciplina procedurale appositamente calibrata alla funzione da conseguirsi risulta forse ancor più sentita. Il riferimento è infatti a quelle ipotesi in cui organi dell'amministrazione tradizionale sono incaricati della produzione di atti normativi o generali inerenti a questioni di carattere prettamente tecnico-scientifico, in cui quindi le peculiarità proprie dell'attività di valutazione tecnico-scientifica richiederebbero una disciplina del procedimento differenziata rispetto a quella generalmente valida per gli atti normativi o generali.

Una tale estensione presupporrebbe però l'abbandono almeno in parte della configurazione di tali particolari garanzie procedurali previste per le autorità amministrative indipendenti in termini di eccezionalità, ossia come strettamente correlate alle peculiarità proprie delle *authorities*, e l'adesione invece a una configurazione delle stesse come espressione di un principio generale del diritto amministrativo in base a cui in tutti i procedimenti dovrebbe essere assicurato il contraddittorio e tutti gli atti dovrebbero essere motivati.

Una tale configurazione si porrebbe in linea con le considerazioni che si sono sopra fatte circa la *ratio* sottostante alle deroghe previste dalla legge sul procedimento amministrativo in relazione agli atti normativi e agli atti amministrativi generali. Si è detto infatti come la mancata previsione di specifiche garanzie partecipative con riferimento a procedimenti volti alla produzione di tale particolare tipologia di atti non è intesa in dottrina come indice della assenza di esigenze di partecipazione, ma piuttosto della impossibile applicazione ad essi del modello partecipativo proprio del provvedimento amministrativo e, al contempo, della impossibilità di prevedere in via generale per tale tipologia di atti un modello partecipativo unico. Di qui la necessità dunque che per la soddisfazione delle esigenze partecipative, che pur sussistono, siano, di volta in volta, elaborati modelli adeguati al tipo di attività di regolazione in questione.

Ciò peraltro non risulta neppure incompatibile con l'attribuzione di rilievo agli oneri procedurali propri dei procedimenti delle autorità indipendenti ai fini della compensazione del *deficit* di legittimazione democratica delle stesse. Escludendo

l'eccezionalità di tali garanzie partecipative non si esclude infatti che la carenza di democraticità delle autorità amministrative indipendenti debba indurre a rafforzare le garanzie procedurali, ma piuttosto si esclude che tale *deficit* sia l'unica e la principale ragione giustificativa del contraddittorio³²⁹: il contraddittorio sarebbe reso necessario dai principi generali del diritto amministrativo, mentre il *deficit* di legittimazione assumerebbe piuttosto rilievo nella definizione delle caratteristiche specifiche di tali garanzie partecipative.

Al processo in corso di consolidamento e metabolizzazione del modello delle autorità amministrative indipendenti, cui pare essersi associato un ridimensionamento della specialità del fenomeno e una progressiva “normalizzazione” delle autorità come parte integrante del sistema amministrativo, potrebbero, quindi, d'altro canto, accompagnarsi forme di “contaminazione” della pubblica amministrazione tradizionale. Le particolari esigenze di acquisizione di informazioni e di conoscenze specialistiche che possono sorgere anche, e forse ancor di più, in relazione all'attività di amministrazioni tradizionali, operanti in settori in cui vengono in rilievo diritti fondamentali e in cui l'attività di regolazione può attenersi a questioni involgenti profili tecnici particolarmente complessi, potrebbero infatti rendere opportuno l'impiego di soluzioni procedurali ispirate a quelle proprie delle autorità amministrative indipendenti – senza che per ciò sia necessaria l'istituzione di nuove autorità indipendenti, le aspettative nei cui riguardi sembrano peraltro essersi fortemente attenuate.

In questi casi le garanzie partecipative varrebbero non tanto come mezzo per colmare un *deficit* di legittimazione democratica, ma come mezzo di coinvolgimento degli esperti di settore nella decisione pubblica. Nel caso in cui si trattasse poi di decidere, come spesso accade, di questioni scientifiche rispetto alle quali, più che un conflitto nella comunità scientifica, sussistano contrasti nella società, una fase preventiva di dialogo tra l'autorità amministrativa, gli esponenti della comunità scientifica e la società, potrebbe, in una sorta di “circolo virtuoso”, portare ad una decisione maggiormente condivisa, oltre che dalla comunità scientifica, anche dalla società.

³²⁹ Così N. DESSI, *Attività ministeriale di regolazione e procedure di consultazione*, in *Rivista della regolazione dei mercati*, I, 2015, 170.

3.3. *Segue*

Che rispetto ad attività di valutazione tecnico-scientifica possano sorgere esigenze partecipative peculiari emerge in primo luogo anche da una analisi del procedimento, o meglio, dei procedimenti che portano alla formazione di provvedimenti amministrativi che presuppongono lo svolgimento di valutazioni tecnico-scientifiche.

Rispetto a taluni provvedimenti amministrativi implicanti l'incorporazione degli esiti di valutazioni prettamente tecnico-scientifiche il legislatore si preoccupa infatti di introdurre, in considerazione delle peculiarità dell'oggetto del procedimento, accorgimenti a livello di garanzie procedurali, con previsioni che integrano o addirittura sostituiscono quanto in via generale previsto dalla legge sul procedimento amministrativo. Si tratta di previsioni che paiono principalmente voler assicurare il coinvolgimento degli esperti di settore oltre quanto la mera possibilità di partecipazione delle parti interessate, anche tramite l'allegazione di documenti e memorie, garantita dalla legge n. 241 del 1990, potrebbe assicurare e incrementare il livello di pubblicità e di trasparenza dell'attività amministrativa.

Particolarmente significative sono, ad esempio, alcune previsioni legislative in materia ambientale, nel cui ambito, sotto la spinta del diritto comunitario³³⁰, il legislatore ha provveduto a compiutamente disciplinare una serie di procedimenti autorizzatori. Il riferimento è in particolare alla Valutazione di impatto ambientale (VIA), alla Valutazione ambientale strategica (VAS), e alla Autorizzazione integrata ambientale (AIA).

³³⁰ Il riconoscimento della VIA al livello comunitario avvenne nel 1997, anno in cui l'allora Comunità Economica Europea dispose l'obbligatorietà della VIA per tutti gli Stati Membri (direttiva del 27 giugno 1985, n. 85/337/CEE).

La Valutazione Ambientale Strategica (VAS) è stata invece introdotta a livello comunitario dalla Direttiva Europea 2001/42/CE che riguarda "la valutazione degli effetti di determinati piani e programmi sull'ambiente naturale".

Il Governo italiano ha recepito le direttive europee in materia ambientale attraverso il decreto legislativo n. 152 del 3 aprile 2006 "Norme in materia ambientale", successivamente modificato con decreto legislativo n. 4 del 16 gennaio 2008. Tale normativa regola i diversi settori di interesse ambientale (difesa suolo, gestione rifiuti, inquinamento atmosferico, danno ambientale, ecc.) e tra questi, alla Parte Seconda, le procedure per la Valutazione Ambientale Strategica (VAS), la Valutazione di Impatto Ambientale (VIA) e l'Autorizzazione Integrata Ambientale (AIA), introducendo la commissione tecnico-consultiva per le valutazioni ambientali, successivamente sostituita attraverso il D.p.r. 90 del 14 maggio 2007 dalla Commissione tecnica di verifica dell'impatto ambientale - VIA e VAS.

Nella consapevolezza del particolare tecnicismo che connota tali procedimenti, si è previsto a livello legislativo che lo svolgimento dell'istruttoria debba essere affidato a soggetti dotati di particolari e adeguate competenze tecnico-scientifiche. L'art. 8 del d.lgs. n. 152 del 2006, in particolare, prevede l'istituzione di una commissione tecnica avente il compito di assicurare al Ministero dell'ambiente e della tutela del territorio un supporto tecnico-scientifico per l'attuazione delle norme della parte seconda del decreto.

Particolare attenzione è prestata dal Codice dell'ambiente alla disciplina della composizione di suddetta commissione: è previsto all'art. 8 che i commissari siano scelti dal Ministro dell'ambiente con determinazione motivata in ordine «*al possesso da parte dei prescelti dei necessari requisiti di comprovata professionalità e competenza nelle materie ambientali, economiche, giuridiche e di sanità pubblica*».

A fondamento della disciplina risulta chiaramente sottostare l'idea per cui la valutazione delle risultanze istruttorie in procedimenti di tal tipo non possa che richiedere il possesso di particolari competenze tecnico-professionali, che risultano così fondamentale garanzia della qualità dell'esito della valutazione tecnica affidata all'autorità amministrativa.

La commissione tecnico-consultiva provvede all'istruttoria e, alla luce di questa, si esprime con pareri prettamente tecnici circa la compatibilità ambientale dei progetti, piani e programmi sottoposti a VAS, VIA o AIA. Si tratta di rapporti che in un certo qual modo vincolano il Ministero dell'ambiente, nel senso che questi non potrebbe pronunciarsi sul provvedimento di VIA e di VAS senza prendere in considerazione il parere della commissione tecnica³³¹.

Altro aspetto che connota tali procedimenti è la centralità riconosciuta al principio di partecipazione. Le garanzie partecipative risultano infatti rafforzate, e si esplicano nello svolgimento di consultazioni³³², secondo un modello di procedura "aperta", nell'ambito della quale qualsiasi soggetto interessato può intervenire presentando osservazioni.

L'effettività della partecipazione risulta poi strettamente correlata alla garanzia della possibilità di accesso alle informazioni relative alla procedura, di qui dunque la

³³¹ Sul tema, F. GIARDINI-G. MARINI, *La valutazione di impatto ambientale in Italia: applicazione al caso Expo*, in *Osservatorio AIR*, I, 2018, 31.

³³² Si veda l'art. 13 del D.lgs. 3 aprile 2006, n. 152.

previsione di una serie di oneri di pubblicità e trasparenza che consentono l'accesso da parte del pubblico a un'ampia gamma di informazioni relative al procedimento.

Simili soluzioni procedurali sono rinvenibili anche in altri procedimenti autorizzatori caratterizzati per lo svolgimento di valutazioni di carattere tecnico-scientifico. Si pensi ad esempio al procedimento per il rilascio dell'autorizzazione all'immissione in commercio dei prodotti farmaceutici (AIC) o al procedimento per il rilascio dell'autorizzazione alla commercializzazione di OGM.

L'autorizzazione all'immissione al commercio di prodotti farmaceutici, qualora sia avviata dal produttore una procedura decentralizzata, è di competenza dell'Agenzia italiana del farmaco (AIFA), la quale decide avvalendosi della valutazione scientifica in ordine all'efficacia terapeutica del farmaco che deve essere effettuata da una apposita commissione tecnico-scientifica. In considerazione della natura strettamente scientifica di talune valutazioni che sono necessarie ai fini dell'autorizzazione, l'art. 48 della legge n. 326 del 2003 ha infatti previsto l'istituzione di una struttura tecnico-scientifica deputata a fornire all'AIFA pareri vincolanti in ordine ai vantaggi terapeutici dei farmaci di cui si richiede l'immissione in commercio. Anche in tale caso dunque il legislatore ha ritenuto necessario che al carattere prettamente scientifico dei dati da analizzarsi e della valutazione da svolgersi si associasse l'attribuzione della valutazione a un organo composto da soggetti che si distinguono per le particolari competenze tecniche.

Del pari nel procedimento per l'autorizzazione all'immissione in commercio di OGM un ruolo centrale è affidato a un organismo tecnico scientifico, l'EFSA (Autorità europea per la sicurezza alimentare), cui è in particolare riservato lo svolgimento della valutazione dei rischi.

Il diritto dell'Unione prevede inoltre per tale procedimento particolari garanzie partecipative, disponendo che il parere dell'EFSA, una volta elaborato, sia pubblicato sul sito ufficiale della Commissione Europea e sottoposto a consultazione pubblica.

Emerge dunque da tali – seppur certamente non esaustivi – esempi come i procedimenti implicanti lo svolgimento di valutazioni prettamente scientifiche presentino talvolta alcuni elementi di peculiarità.

In primo luogo, è in alcuni casi realizzato un ampliamento della gamma dei soggetti legittimati alla partecipazione: secondo un modello di procedimento “aperto” si consente anche a soggetti solo indirettamente interessati di fornire – secondo una logica

più collaborativa che difensiva – il proprio apporto alla formazione della decisione amministrativa.

In secondo luogo, il legislatore si preoccupa di garantire che la valutazione dei dati raccolti nel corso dell'attività istruttoria sia riservata a pubblici funzionari selezionati in ragione delle particolari competenze tecniche possedute.

Tali accorgimenti procedurali paiono in linea con le peculiarità della valutazione tecnico-scientifica e, in particolari, con le peculiarità del sapere scientifico: l'adozione di un modello di procedimento "aperto" permette il confluire in esso di dati e opinioni sulla questione scientifica controversa ulteriori rispetto a quelli che possono trarsi dalla sola attività di allegazione delle parti e dunque, eventualmente, anche una più intensa partecipazione della comunità scientifica alla decisione; mentre la particolare competenza tecnica dell'organo amministrativo incaricato della valutazione tecnica fornisce una garanzia ulteriore circa la comprensibilità da parte dell'autorità decidente del significato e del valore dal punto di vista scientifico delle risultanze istruttorie, e dunque della qualità della decisione finale.

Tali peculiari modelli procedurali potrebbero ritenersi quindi indice della sussistenza anche rispetto a procedimenti volti all'emanazione di provvedimenti amministrativi, per i quali sarebbero già in via generale previste garanzie partecipative e di contraddittorio, di un'esigenza di adeguamento delle regole generali dell'azione amministrativa alle peculiari esigenze che rispetto allo svolgimento di attività di valutazione tecnico-scientifica si pongono affinché una effettiva tutela dei diritti coinvolti sia garantita.

Fra le ragioni del sorgere di tali peculiari esigenze si può individuare, da un lato, il fatto che il contraddittorio tra le sole parti direttamente interessate potrebbe non consentire l'emergere di tutte le posizioni presenti nella comunità scientifica sulla questione controversa e, d'altro lato, il fatto che l'organo decidente potrebbe non possedere competenze sufficienti per l'effettiva comprensione dei dati emergenti dall'attività istruttoria, specie quando questa, pur se completa, attenga a profili tecnico-scientifici particolarmente complessi.

Ciò posto, bisogna evidenziare come, se l'esigenza della predisposizione di apposite regole procedurali risulta sussistere rispetto a provvedimenti amministrativi, a maggior ragione dovrebbe allora ritenersi presente rispetto ad atti amministrativi

generali e ad atti normativi, rispetto ai quali non valgono neppure molte delle garanzie procedurali previste invece in generale per il provvedimento amministrativo.

A ben vedere, accogliendo l'idea per cui il principio di partecipazione al procedimento dovrebbe avere valenza generale rispetto a ogni attività della p.a., il problema della predisposizione di una apposita disciplina per i procedimenti volti alla formazione di atti amministrativi generali e normativi si pone in via generale, anche a prescindere dal carattere prettamente tecnico delle valutazioni sottostanti agli atti in questione.

Si è detto infatti come l'effettiva attuazione del principio di partecipazione al procedimento amministrativo per ogni attività della p.a. abbia trovato un ostacolo nella particolare natura degli atti normativi e degli atti amministrativi generali, in particolare poiché rispetto ad essi non risulta individuabile a priori il numero e l'identità dei soggetti avvantaggiati o pregiudicati dall'attività amministrativa.

Sul punto bisogna tuttavia evidenziare come non paia invece preclusa una previa individuazione delle categorie di soggetti che saranno interessate dall'attività amministrativa e come questo sia un dato su cui il legislatore potrebbe lavorare ai fini della elaborazione di modelli partecipativi da applicarsi in procedimenti volti alla produzione di atti aventi carattere normativo, specie se si considera il rilievo che l'ordinamento ha iniziato a riconoscere a soggetti portatori di interessi collettivi.

In particolare, bisogna ricordare come la giurisprudenza più recente sia giunta al riconoscimento della tutelabilità giurisdizionale degli interessi collettivi³³³ e quindi alla elaborazione di una nozione ampia ed elastica di interesse legittimo, tale da includere anche situazioni giuridiche soggettive differenziate ma aventi carattere non strettamente individuale. Si vuole così evitare che siano sottratti al controllo giurisdizionale atti lesivi di posizioni superindividuali, riconoscendo la legittimazione ad agire in giudizio anche a enti c.d. esponenziali, ossia a enti che si fanno portatori di interessi presenti in modo omogeneo nell'ambito di certe categorie di soggetti, siano essi pubblici, quali Ordini e Collegi, o "spontanei", ossia frutto dell'autonomia associativa o negoziale³³⁴.

Gli enti esponenziali risultano in tal modo legittimati all'impugnazione, oltre che di provvedimenti concreti, anche degli atti normativi che, se normalmente non ledono

³³³ Si veda Consiglio di Stato, Ad. plen., 2 novembre 2015, n. 9.

³³⁴ Sul tema F. CARINGELLA, *Manuale di diritto amministrativo*, Roma, 2017, 28 ss.

direttamente la posizione del singolo, possono certamente direttamente arrecare pregiudizio all'interesse collettivo facente capo a una certa categoria di soggetti.

Alla luce di tale evoluzione giurisprudenziale, risulterebbe quindi ancor più incongrua la mancanza di garanzie partecipative nei procedimenti relativi ad atti normativi e atti amministrativi generali: la possibilità di partecipare e contribuire alla formazione dell'atto amministrativo potrebbe infatti in tali casi essere quantomeno garantita a quei soggetti portatori di interessi collettivi che sono *ex post* legittimati all'impugnazione dell'atto.

In tal senso pare deporre anche la stessa legge sul procedimento amministrativo che, seppur con riferimento al procedimento volto alla formazione di atti provvedimenti, all'art. 9 prevede che anche i «*portatori di interessi diffusi costituiti in associazioni o comitati, cui possa derivare un pregiudizio dal provvedimento, hanno facoltà di intervenire nel procedimento*».

Interventi legislativi volti alla introduzione di garanzie partecipative nei procedimenti normativi non sono mancati in Italia, grazie, in particolare, all'influenza delle iniziative intraprese dall'Unione europea in tema di “buona regolazione” - o *better regulation*³³⁵.

Bisogna a riguardo ricordare che a livello europeo il tema della “partecipazione” ha iniziato ad assumere una sua consistenza e rilevanza a partire dalle proposte elaborate nel c.d. Rapporto Mandelkern³³⁶, redatto da una Commissione di esperti voluta dai ministri della funzione pubblica dei singoli Stati membri, che presentò un preciso piano di azione per la realizzazione di una “migliore regolazione”. Tra i principi-obiettivo indicati compariva in particolare anche quello della trasparenza nella elaborazione delle regole, per il cui raggiungimento si evidenziava la necessità dell'attivazione di meccanismi di partecipazione volti alla consultazione delle parti interessate.

³³⁵ Per un'ampia ricostruzione delle tappe che hanno caratterizzato il cammino europeo su questa tematica si veda F. BASSANINI-S. PAPARO-G. TIBERI, *Competitività e regolazione: un intralcio o una risorsa? Metodologie, tecniche e strumenti per la semplificazione burocratica e la qualità della regolazione*, in L. TORCHIA-F. BASSANINI (a cura di), *Sviluppo o declino. Il ruolo delle istituzioni per la competitività del Paese*, Firenze, 2005, 175 ss.; G. TIBERI, *La qualità della regolazione in un sistema di governance multilivello tra Unione europea e Stati membri*, in A. NATALINI-G. TIBERI (a cura di), *La tela di Penelope. Primo rapporto Astrid sulla semplificazione legislativa e burocratica*, Bologna, 2010, 31 ss.; L. CARBONE-G. TIBERI, *La “better regulation” in ambito comunitario*, in *Quad. cost.*, 2001, 699 ss.

³³⁶ *Mandelkern group on better regulation. Final report*, 3 novembre 2001, in www.federalismi.it.

Una precisa strategia di intervento prese poi forma nel Libro bianco sulla *governance*³³⁷ e in una serie di comunicazioni della Commissione adottate in attuazione dei principi espressi nel rapporto Mandelkern³³⁸.

In tale contesto l'esigenza di partecipazione e di coinvolgimento dei cittadini e delle parti interessate si è tradotta nell'impegno a rivedere e migliorare i meccanismi di consultazione e nell'affermarsi di una vera e propria "cultura della consultazione"³³⁹.

In particolare, con la Comunicazione *Piano d'azione "semplificare e migliorare la regolamentazione"*, la Comunicazione *Verso la cultura di una migliore consultazione e dialogo* e la Comunicazione *In materia di valutazione di impatto*, la Commissione ha provveduto a precisare i requisiti minimi necessari per lo svolgimento di consultazioni efficaci e trasparenti.

Nell'ordinamento interno i primi segni di attenzione per la "politica della qualità della regolazione" si sono avuti con la legge 15 marzo 1997 n. 5947, che individuava in leggi di semplificazione da emanarsi successivamente il principale strumento per la realizzazione di tale politica.

Tra le molte novità introdotte dalle leggi di semplificazione vi fu la fissazione dell'obiettivo di promozione di forme di consultazione «*delle organizzazioni produttive e delle categorie, comprese le associazioni nazionali riconosciute per la protezione ambientale e per la tutela dei consumatori, interessate ai processi di regolazione e semplificazione*»³⁴⁰ e la creazione, in via sperimentale, dell'analisi di impatto della regolazione sugli schemi degli atti normativi adottati dal Governo e sui regolamenti ministeriali e interministeriali, anche essa implicante, per sua natura, lo svolgimento di consultazioni pubbliche.

³³⁷ Commissione europea, *La governance europea. Un libro bianco*, Bruxelles, 5.8.2001, COM (2001) 428, in [www. Europa.eu.int](http://www.Europa.eu.int).

³³⁸ Si vedano la Comunicazione *Governance europea: legiferare meglio* (Bruxelles, 5.6. 2002, COM, 2002, 275); La Comunicazione *In materia di valutazione d'impatto* (Bruxelles, 5.6.2002, COM,2002,276); la Comunicazione *Piano d'azione "semplificare e migliorare la regolamentazione"* (Bruxelles, 5.6.2002, COM, 2002, 278); la Comunicazione *Verso una cultura di maggiore consultazione e dialogo: principi generali e requisiti minimi per la consultazione delle parti interessate ad opera della Commissione* (Bruxelles, 11.12.2002 COM, 2002, 704).

³³⁹ Così M. C. GRISOLIA, *Il ravvicinamento formale/procedurale delle fonti comunitarie e nazionali: la valorizzazione dei meccanismi di partecipazione/ consultazione nell'attività normativa del governo*, in *Osservatoriosullefonti.it*, fasc. 3, 2012.

³⁴⁰ Art. 1, comma 2, l. n. 50 del 1999.

Le consultazioni venivano così introdotte nel nostro ordinamento come strumenti conoscitivi potenzialmente in grado di migliorare e rendere più efficaci i processi normativi³⁴¹.

L'efficacia di tali strumenti è stata tuttavia fortemente depotenziata a causa della non chiara ed esigua disciplina contenuta nel dpcm che doveva regolarne l'applicazione³⁴², oltre che della breve durata degli istituti destinati alla realizzazione degli obiettivi previsti dal legislatore³⁴³.

Anche le discipline successivamente intervenute sul tema non si sono dimostrate sufficienti alla realizzazione di un coinvolgimento delle parti interessate nei processi normativi dell'esecutivo adeguata agli *standard* internazionali e europei.

La previsione di nuove forme di partecipazione, aperte a tutti i cittadini mediante la pubblicazione sul sito *web* dell'esecutivo delle notizie relative ad iniziative normative del Governo contenuta nella legge di semplificazione n. 229 del 2003 non ha, ad esempio, in concreto portato a risultati di particolare rilievo, non essendo state predisposte serie garanzie circa l'adeguata sistemazione dei dati raccolti, ma soprattutto, circa la loro reale utilizzazione³⁴⁴.

Allo stesso modo, molti dei propositi insiti nel d.l. n. 4 del 2006, e in particolare l'impegno di «*individuare forme e modalità stabili di consultazione con le organizzazioni rappresentative degli interessi della società civile*» non paiono aver trovato compiuta realizzazione. Il “Tavolo permanente per la semplificazione”, ad esempio, istituito in attuazione di tale decreto³⁴⁵ – che avrebbe dovuto costituire una sede stabile di consultazione con le categorie produttive, le associazioni di utenti e consumatori ed i

³⁴¹ Sul tema N. LUPO, *La prima legge annuale di semplificazione: commento alla legge n. 50 del 1999*, Milano, 2000, 71 ss.

³⁴² In tal senso M. C. GRISOLA, op. ult. cit.; N. LUPO, *La prima legge*, cit., 77, osserva come l'intera disciplina, risultante dalla l. n. 50 del 1999 e dal dpcm di esecuzione, fosse decisamente a “maglie larghe” oltre che caratterizzata da notevoli ambiguità.

³⁴³ Sia l'“Osservatorio” che il “Nucleo per la semplificazione” vennero, infatti, aboliti in occasione della nuova organizzazione della Presidenza del consiglio introdotta pochi anni dopo con dpcm 23 luglio 2002 dal secondo Governo Berlusconi. Più precisamente, il Nucleo per la semplificazione delle norme e delle procedure ex art. 11, comma 1, della l. n. 137 del 2002 (Delega per la riforma dell'organizzazione del Governo e della Presidenza del consiglio dei ministri, nonché di enti pubblici) e l'Osservatorio sulle semplificazioni con dpcm del 23 luglio 2002 (art. 37).

³⁴⁴ M. C. GRISOLA, *Il riavvicinamento*, cit.

³⁴⁵ In particolare si vedano dpcm 12 settembre 2006 (art. 5) e il dpcm 8 marzo 2007.

rappresentanti degli enti locali – ha assunto invece una veste decisamente politica³⁴⁶, con una componente “interna” formata da una consistente rappresentanza ministeriale e una componente “esterna” composta da soggetti individuati secondo rigidi criteri³⁴⁷, inidonei a garantire la possibilità che, in base agli argomenti da trattare, la composizione del Tavolo potesse variare, aprendosi alla partecipazione di ulteriori esponenti delle categorie produttive e delle associazioni di consumatori e di utenti.

Le ipotesi in cui il Governo è tenuto ad attivare il contraddittorio prima di adottare un atto normativo possono quindi dirsi decisamente rare³⁴⁸.

Consultazioni di soggetti direttamente o indirettamente interessati risultano attualmente trovare spazio principalmente nel solo ambito della Analisi di impatto della regolazione (AIR), che è stata introdotta, in via sperimentale, dalla legge n. 50 del 1999 e poi nuovamente oggetto di disciplina nella legge di semplificazione n. 246 del 2005, con la quale si è posto fine alla fase di sperimentazione e si è dato inizio ad una più organica e stabile disciplina della materia.

L’AIR consiste «*nella valutazione preventiva degli effetti di ipotesi di intervento normativo ricadenti sull’attività dei cittadini e delle imprese e sull’organizzazione e sul funzionamento delle pubbliche amministrazioni, mediante comparazione di opzioni alternative*»³⁴⁹. L’obiettivo dell’AIR è dunque quello di offrire nel corso dell’istruttoria relativa ad atti normativi dell’esecutivo un supporto informativo in merito all’opportunità e ai contenuti dell’intervento normativo.

Il ricorso alle pubbliche consultazioni può considerarsi elemento indispensabile all’AIR, tant’è che il richiamo ad esse è da sempre una comune raccomandazione sia dell’OCSE sia dell’Unione europea nelle politiche assunte in tema di AIR³⁵⁰.

Tuttavia bisogna evidenziare che la l. n. 246 del 2005, pur effettivamente indicando la consultazione quale «*parte integrante dell’AIR*», non si è preoccupata di predisporre una disciplina della stessa tale da delinearne almeno i tratti essenziali, rinviando piuttosto al dpcm di attuazione, il quale a sua volta ha rinviato ad un altro

³⁴⁶ Sul tema M. C. GRISOLIA, *Il riavvicinamento*, cit.

³⁴⁷ Art. 3, comma 2, dpcm 8 marzo 2007.

³⁴⁸ N. DESSI, *Attività ministeriale di regolazione e procedure di consultazione*, in *Rivista di regolazione dei mercati*, fasc. I, 2015, 166.

³⁴⁹ Così art. 14, comma 1, l. n. 246 del 2005.

³⁵⁰ A. LA SPINA-S. CAVATORTO, *La consultazione nell’analisi di impatto della regolazione*, Soveria Mannelli, 2001, 12.

dpcm³⁵¹. Si comprende quindi perché anche nell'ambito dell'AIR il ricorso alle consultazioni sia stato scarso, e comunque non in linea con i requisiti minimi di efficacia e trasparenza previsti a livello europeo.

Un maggior rilievo della fase delle consultazioni potrebbe però affermarsi a seguito delle nuove disposizioni introdotte in materia dal dpcm n. 169 del 2017. Tale decreto ha predisposto, agli articoli 16 e 17, una disciplina più dettagliata delle consultazioni, disciplina che era prima affidata al solo comma 5 dell'articolo 6 del dpcm n. 170 del 2008. Mentre il decreto del 2008 prevedeva che l'AIR potesse indicare le ragioni per cui non si era proceduto allo svolgimento di consultazioni con i soggetti e le categorie interessate, gli articoli 16 e 17 del dpcm n. 169 del 2017 prevedono ora invece un obbligo, salvo casi straordinari di necessità e di urgenza, di consultazione dei destinatari dell'intervento ai fini dell'AIR. La consultazione può essere aperta, cioè rivolta a chiunque abbia interesse a parteciparvi (per via telematica), o ristretta, se rivolta a soggetti predefiniti dall'amministrazione responsabile sulla base degli interessi coinvolti.

Bisogna comunque considerare che l'ambito di applicazione dell'AIR interessa i regolamenti e gli atti amministrativi generali solo parzialmente, a seconda della significatività dell'impatto che essi hanno su cittadini, imprese e pubbliche amministrazioni³⁵²: si prevede infatti la possibilità per l'amministrazione proponente di richiedere l'esenzione dall'AIR *«in relazione al ridotto impatto dell'intervento, in presenza delle seguenti condizioni, congiuntamente considerate: a) costi di adeguamento attesi di scarsa entità in relazione ai singoli destinatari, tenuto anche conto della loro estensione temporale; b) numero esiguo dei destinatari dell'intervento; c) risorse pubbliche impiegate di importo ridotto; d) limitata incidenza sugli assetti concorrenziali del mercato»*.

E, infatti, delle Analisi di impatto svolte la maggior parte risulta riguardare – piuttosto che atti regolamentari – decreti legislativi, decreti legge, disegni di legge e decreti del Presidente del Consiglio dei ministri³⁵³.

³⁵¹ Art. 5, comma 1 e 4, del dpcm n. 170 del 2008

³⁵² L'Art. 2, comma 3, del dpcm n. 170 del 2008 prevede che l'AIR «è riservata ad iniziative normative di impatto significativo su cittadini, imprese e pubbliche amministrazioni».

³⁵³ In tal senso i dati indicati in Camera dei Deputati, XIII Legislatura, Servizio studi, *Analisi tecnico normativa, analisi di impatto e verifica della regolamentazione*, 14 giugno 2018.

La disciplina legislativa della partecipazione nei procedimenti volti alla elaborazione di regolamenti amministrativi o atti amministrativi generali risulta dunque fortemente carente. Eppure, si è detto, ciò non significa che siano carenti le esigenze partecipative in relazione a tali procedimenti, specie in quei casi in cui all'atto amministrativo sia affidata la disciplina di questioni prettamente tecnico-scientifiche. In tali casi, infatti, l'esigenza della elaborazione legislativa di una apposita disciplina del procedimento e della partecipazione dovrebbe essere ancor più pressante, posto che proprio nel procedimento potrebbe ravvisarsi la ragione di fondo della attribuzione della funzione normativa alla autorità amministrativa.

Molti sono tuttavia gli esempi che consentono di concludere che il legislatore italiano sia ancora ben lontano dall'aver colto la rilevanza che l'organizzazione del procedimento amministrativo assume rispetto alla qualità dell'esito delle valutazioni tecnico-scientifiche e rispetto alla legittimazione stessa della riserva alla p.a. di tal tipo di valutazioni.

Si può ad esempio osservare come il T.U. delle sostanze stupefacenti (D.P.R. n. 309 del 1990) attribuisca al Ministro della salute importanti compiti di regolazione, implicanti valutazioni di carattere prettamente tecnico, senza tuttavia soffermarsi particolarmente sulla disciplina del procedimento. Ciò anche nei casi in cui si tratti dell'elaborazione di atti normativi che, nonostante la riserva assoluta di legge di cui all'art. 25 della Costituzione, in una certa misura integrano il precetto penale.

L'art. 73 del T.U. prevede, ad esempio, che sia punito chiunque, senza l'autorizzazione di cui all'articolo 17, importi, esporti, acquisti, riceva a qualsiasi titolo o comunque illecitamente detenga sostanze stupefacenti o psicotrope che, tenute in considerazione varie circostanze – tra le quali il superamento dei limiti massimi «*indicati con decreto del Ministro della salute emanato di concerto con il Ministro della giustizia sentita la Presidenza del Consiglio dei Ministri*»³⁵⁴– risultino destinate a uso non esclusivamente personale. Così anche integra reato il fatto di chi «*illecitamente cede, mette o procura che altri metta in commercio le sostanze o le preparazioni indicate nelle tabelle I e II di cui all'art. 14*»³⁵⁵, tabelle che, ai sensi dell'art. 2, comma 1, lett. e), il Ministro della Salute può completare e aggiornare con proprio decreto.

³⁵⁴ Art. 73, comma 1 bis, lett. a), D.P.R. n. 309 del 1990.

³⁵⁵ Art. 73, comma 2, D.P.R. n. 309 del 1990.

È qui evidente come alla base dell'attribuzione di funzioni di regolazione all'apparto amministrativo vi sia la considerazione del carattere prettamente tecnico della materia. Tuttavia a tale delega non si è associata la previsione di particolari disposizioni in ordine al procedimento amministrativo da seguirsi nello svolgimento delle valutazioni tecnico-scientifiche, il che, per le ragioni viste sopra, può considerarsi problematico, tanto dal punto di vista della qualità dell'esito della valutazione tecnica, tanto sotto il profilo del rispetto del principio di riserva di legge.

Il carattere tecnico-scientifico delle valutazioni delegate alla p.a. dovrebbe anzitutto conferire centrale importanza alla partecipazione al procedimento di soggetti esperti, capaci di fornire al soggetto decidente le informazioni e i dati necessari. A riguardo, le disposizioni del T.U. sono però decisamente scarse: in tal senso si prevede solamente che il completamento e l'aggiornamento delle tabelle di cui all'art. 13 sia svolto «*sentiti il Consiglio superiore di sanità e l'Istituto superiore di sanità*»³⁵⁶.

Si tratta di una previsione sicuramente positiva ai fini degli esiti della valutazione, in quanto garantisce che per lo svolgimento di talune funzioni il Ministero della salute si avvalga di organi pubblici dotati di particolare competenza tecnica, ma a cui si sarebbe certamente potuto garantire una maggiore efficacia e significatività tramite la previsione di indicazioni ulteriori, ad esempio circa il livello di vincolatività da riconoscersi al parere di tali organi, o circa la sussistenza di un obbligo di motivazione della decisione finale, specie se discordante rispetto al parere degli organi tecnici.

Particolarmente indicative della tendenza del legislatore a sottovalutare la rilevanza che le regole procedurali hanno per la tutela dei diritti interessati dalla normazione tecnica sono anche le disposizioni della legge n. 36 del 2001, in materia di protezione dalla esposizione a campi elettrici, magnetici ed elettromagnetici.

Tale legge ha demandato la fissazione dei limiti di esposizione, dei valori di attenzione e degli obiettivi di qualità, delle tecniche di misurazione e rilevamento dell'inquinamento elettromagnetico e dei parametri per la previsione di fasce di rispetto per gli elettrodotti a un decreto del Presidente del Consiglio dei ministri, da adottarsi «*su proposta del Ministro dell'ambiente, di concerto con il Ministro della sanità, sentiti il Comitato di cui all'articolo 6 e le competenti Commissioni parlamentari, previa intesa*

³⁵⁶ Art. 73, comma 1 bis, lett. a), D.P.R. n. 309 del 1990.

in sede di Conferenza unificata di cui all'articolo 9 del decreto legislativo 29 agosto 1997, n. 281»³⁵⁷.

Dalla medesima legge è inoltre demandato a un regolamento del Governo, da adottarsi *«su proposta dei Ministri dei lavori pubblici e per i beni e le attività culturali, previo parere del Comitato di cui all'articolo 6 e sentite le competenti Commissioni parlamentari»*, la definizione di *«misure specifiche relative alle caratteristiche tecniche degli impianti e alla localizzazione dei tracciati per la progettazione, la costruzione e la modifica di elettrodotti e di impianti per telefonia mobile e radiodiffusione»*, di *«misure atte ad evitare danni ai valori ambientali e paesaggistici»*, di *«misure specifiche per la progettazione, la costruzione e la modifica di elettrodotti nelle aree soggette a vincoli imposti da leggi statali o regionali, nonché da strumenti di pianificazione territoriale ed urbanistica, a tutela degli interessi storici, artistici, architettonici, archeologici, paesaggistici e ambientali»*, di *«misure di contenimento del rischio elettrico degli impianti di cui allo stesso comma 1, ed in particolare del rischio di elettrolocazione e di collisione dell'avifauna»* e di *«una nuova disciplina dei procedimenti di autorizzazione alla costruzione e all'esercizio degli elettrodotti con tensione superiore a 150 kV, in modo da assicurare il rispetto dei principi della presente legge, ferme restando le vigenti disposizioni in materia di valutazione di impatto ambientale»³⁵⁸.*

Visto il contenuto della delega, risulta chiara la scelta legislativa di delegare al potere esecutivo la disciplina di aspetti la cui regolazione non può che implicare lo svolgimento di complesse valutazioni di carattere tecnico-scientifico.

È altrettanto chiaro tuttavia che a tale delega non si sia accompagnata la predisposizione di un procedimento dotato di quelle caratteristiche che si è visto – sulla base di quelli che sono i connotati propri del sapere scientifico – essere fondamentali per garantire la qualità dell'esito della valutazione e, dunque, la tutela dei diritti su cui essa incide.

Anzitutto, infatti, quello previsto dalle, peraltro scarse, disposizioni legislative non risulta essere un procedimento aperto all'apporto di esperti del settore: il procedimento si apre all'apporto del Parlamento – tramite il parere delle Commissioni

³⁵⁷ Art. 4, comma 2, lett. a) della legge n. 36 del 2001.

³⁵⁸ Art. 5 della legge n. 36 del 2001.

competenti – e delle autonomie – tramite l’intesa con la Conferenza unificata – ma rimane chiuso al contributo di organi tecnici³⁵⁹.

Si prevede la previa acquisizione del parere di un Comitato che però, ben lungi dal costituire un organo tecnico di ausilio al decisore politico, presenta una natura propriamente politica: l’art. 6 prevede infatti che il Comitato sia «*presieduto dal Ministro dell’ambiente o dal Sottosegretario all’ambiente*» e «*composto altresì dai Ministri, o dai Sottosegretari delegati, della sanità, dell’università e della ricerca scientifica e tecnologica, del lavoro e della previdenza sociale, del tesoro, del bilancio e della programmazione economica, dei lavori pubblici, dell’industria, del commercio e dell’artigianato, per i beni e le attività culturali, dei trasporti e della navigazione, delle comunicazioni, della difesa e dell’interno*».

Il procedimento risulta inoltre carente anche dal punto di vista della pubblicità e trasparenza, non essendo in particolare previsto alcun obbligo di motivazione o di indicazione delle fonti alla base delle scelte normative.

Manca poi la previsione di meccanismi di periodica revisione delle norme in questione che conduca alla loro riconferma o modifica a seconda degli sviluppi tecnico-scientifici che nel tempo possono verificarsi.

Infine, bisogna osservare come, oltre che all’apporto degli esperti del settore, il procedimento in questione risulti anche chiuso al recepimento delle istanze provenienti dalla società, essendo concepito, anziché sulla base di un modello di istruttoria “aperta”, secondo modelli procedurali infrastrutturali, in cui è ammessa la partecipazione di soli soggetti portatori di pubblici interessi³⁶⁰.

Tutte tali mancanze risultano particolarmente gravi se si considera che i compiti normativi delegati dalla legge n. 36 del 2001 alla p.a. attengono a una materia – quella della protezione da campi-elettromagnetici – che notoriamente si caratterizza per l’alto livello di incertezza scientifica e in cui pertanto si rende necessaria l’applicazione del principio di precauzione.

³⁵⁹ F. FEDERICO, *Tutela dall’inquinamento elettromagnetico e amministrazione «precauzionale»*, in *Giornale di dir. amm.*, III, 2004, 339, che in senso critico evidenzia che inspiegabilmente «*non è previsto il contributo di organi tecnici pubblici, autorevoli e indipendenti (Istituto superiore sanità-ISS; Agenzia nazionale per la protezione dell’ambiente e per i servizi tecnici-APAT; ISPESL; Istituto di ricerca sulle onde elettromagnetiche del Consiglio nazionale delle ricerche)*».

³⁶⁰ Così F. FEDERICO, *Tutela dall’inquinamento*, cit., 339.

Si è anticipato sopra³⁶¹ come a livello europeo vada affermandosi una “concezione procedurale” del principio di precauzione, secondo la quale il rafforzamento degli obblighi istruttori sarebbe tanto più dovuto tanto maggiore risulti il livello di incertezza scientifica. In particolare, negli ambiti connotati da un alto livello di incertezza scientifica sarebbe ancor più importante l’assunzione della decisione pubblica solo all’esito di un procedimento il più aperto possibile all’apporto degli esperti del settore, che siano previsti specifici obblighi di motivazione in ordine alle ragioni scientifiche che hanno portato alla scelta precauzionale – non potendo essa fondarsi su meri rischi “possibili”, ma essendo richiesto almeno un certo grado, per quanto basso, di “probabilità” –, e che siano previsti meccanismi di aggiornamento della normativa al mutare delle conoscenze scientifiche.

Alcune rilevanti indicazioni in ordine ai tratti salienti della concezione “in senso procedurale” del principio di precauzione sono rinvenibili in quanto affermato dalla Commissione europea nella Comunicazione sul principio di precauzione del 2000.

In tale occasione, infatti, la Commissione aveva chiarito come il ricorso al principio di precauzione presupponesse in primo luogo una valutazione scientifica, essendo anzitutto necessaria, quale primo passaggio imprescindibile, *«l’identificazione di effetti potenzialmente negativi derivanti da un fenomeno, da un prodotto o da un procedimento»*. A riguardo si era precisato che *«una valutazione scientifica degli effetti potenzialmente negativi dovrebbe essere adottata sulla base dei dati disponibili nel momento in cui si considera se siano necessarie misure volte a proteggere l’ambiente e la salute umana, animale o vegetale»* e che a tal fine *«dovrebbero essere compiuti tutti gli sforzi possibili per valutare le informazioni scientifiche disponibili»*.

La Commissione aveva inoltre evidenziato come al fine della individuazione dei dati disponibili, delle lacune nella conoscenza e delle incertezze scientifiche, potesse risultare necessario affidare a un gruppo di esperti la realizzazione di una valutazione scientifica quanto più possibile oggettiva e completa.

Infine, nella Comunicazione si era auspicato che, laddove possibile, gli interventi precauzionali fossero accompagnati da *«una relazione comprendente una valutazione delle conoscenze esistenti e delle informazioni disponibili, oltre ai pareri degli scienziati sull’affidabilità della valutazione ed un’indicazione sulle persistenti incertezze»*.

³⁶¹ Cap. II, par. 4.

Alla luce di ciò, può dirsi quindi che il legislatore italiano nel caso in questione, pur avendo posto l'attuazione del principio di precauzione di cui all'articolo 174, paragrafo 2, del Trattato istitutivo dell'Unione Europea tra le finalità della legge³⁶², non abbia però anche associato a tale finalità una disciplina del procedimento per l'adozione delle scelte precauzionali in linea con la concezione del principio di precauzione dominante nel diritto comunitario.

In tale panorama, è degno di nota il decreto legge n. 73 del 2017, recante disposizioni urgenti in materia di prevenzione vaccinale, come modificato dalla legge di conversione n. 119 del 2017, in quanto si distingue per una più accentuata attenzione agli aspetti procedurali della normazione tecnica della pubblica amministrazione.

La scelta dei vaccini da inserirsi nell'elenco delle vaccinazioni obbligatorie – certamente implicante complesse valutazioni di tipo tecnico-scientifico – non è stata delegata *ab origine* alla pubblica amministrazione, ma direttamente compiuta dal Governo con decreto legge, e poi recepita dal legislatore in sede di conversione. Tuttavia, il possibile mutare nel tempo dei presupposti di fatto e scientifici posti a fondamento della scelta incorporata nel testo legislativo, hanno al contempo spinto il legislatore, in sede di conversione, a prevedere, per i quattro vaccini di cui all'art. 1 *bis*, un peculiare meccanismo di flessibilizzazione della disciplina, implicante in particolare la delega al Ministro della salute del potere di sancire, con decreto da adottarsi decorsi tre anni dalla data di entrata in vigore della legge di conversione e successivamente con cadenza triennale, la cessazione dell'obbligatorietà per una o più delle vaccinazioni di cui al comma 1 *bis* del decreto legge.

È attribuito dunque al Ministro della salute il compito di periodicamente vagliare l'originaria scelta legislativa e verificarne la persistente adeguatezza. Si tratta di un potere implicante lo svolgimento di valutazioni prettamente tecniche, che il legislatore stesso prevede debba essere svolto «*sulla base della verifica dei dati epidemiologici, delle eventuali reazioni avverse segnalate in attuazione delle vigenti disposizioni di legge e delle coperture vaccinali raggiunte*».

Si è visto analizzando la sentenza n. 5 del 2018 come la Corte costituzionale si sia mostrata particolarmente favorevole a tale sistema di flessibilizzazione della normativa e

³⁶² Art. 1, comma 1, lett. *b*) della legge n. 36 del 2001.

in particolare al fatto che il compito di aggiornamento periodico risulti «*da attivarsi alla luce dei dati emersi nelle sedi scientifiche appropriate*»³⁶³.

Effettivamente, infatti, il legislatore, tenendo in debita considerazione la natura tecnico-scientifica della valutazione demandata alla fonte secondaria, ha previsto che il Ministro della salute debba avvalersi del parere di organi dotati di specifica competenza tecnica, ossia, in particolare, il Consiglio superiore di sanità, l'Agenzia italiana del farmaco (AIFA) e l'Istituto superiore di sanità, che dovrebbero così svolgere un importante funzione di ausilio. Si prevede peraltro che l'AIFA provveda, avvalendosi della Commissione tecnico-scientifica, all'uopo integrata da esperti indipendenti, e in collaborazione con l'Istituto superiore della sanità, a predisporre e trasmettere al Ministero della salute una relazione annuale sui risultati del sistema di farmacovigilanza e sui dati degli eventi avversi per i quali sia confermata un'associazione con la vaccinazione. Dovrebbe quindi in tal modo instaurarsi un dialogo costante con l'organo tecnico, tale da consentire al Ministero di acquisire nel corso del triennio un'ampia gamma di dati tecnico-scientifici essenziali per la decisione in ordine al mantenimento dell'obbligo vaccinale.

Si è detto come tuttavia la previsione di obblighi di decidere solo previa acquisizione del parere di soggetti dotati di particolari competenze tecniche possa vedere fortemente ridotta la propria efficacia in termini di garanzia dei diritti coinvolti laddove a tali obblighi non si accompagnino disposizioni che garantiscano un certo di livello di pubblicità in ordine al contenuto del parere dell'organo tecnico e di vincolatività dello stesso, ad esempio imponendo a carico del soggetto decidente un obbligo di motivazione della decisione finale, che garantisca una correlazione tra questa e le risultanze della fase istruttoria.

A riguardo, il decreto legge in questione è di particolare interesse poiché espressamente prevede un onere di motivazione della decisione ministeriale, anche se con solo riferimento al caso in cui essa vada nel senso di mantenimento degli obblighi vaccinali: si prevede infatti che «*in caso di mancata presentazione alle Camere degli schemi di decreto, il Ministro della salute trasmette alle Camere una relazione recante le*

³⁶³ Corte cost., sent. 22 novembre 2018, n. 5.

motivazioni della mancata presentazione nonché i dati epidemiologici e quelli sulle coperture vaccinali»³⁶⁴.

Parrebbe però ragionevole ritenere che, pur in assenza di una espressa previsione legislativa in tal senso, anche nel caso in cui la scelta amministrativa sia per la cancellazione dell'obbligatorietà di uno o più vaccini la decisione dovrebbe essere comunque accompagnata da una motivazione in cui siano indicati i dati presi in considerazione e da cui possa emergere la correlazione sussistente tra l'apporto degli organi tecnici e la decisione ministeriale.

Sulla scelta legislativa può dirsi sussistere una presunzione di correttezza scientifica e, quindi, ragionevolezza, di durata triennale. Alla scadenza del triennio tale presunzione cade e la scelta viene rimessa all'autorità amministrativa. Se una motivazione è necessaria nel caso in cui il Ministro della salute decidesse di confermare l'originaria scelta legislativa – facendola in tal modo propria – non si vede per quale ragione non dovrebbe esserlo laddove invece il Ministro della salute decidesse di discostarsene e di disciplinare diversamente la materia. In entrambi i casi – tanto che sia nel senso del mantenimento dell'obbligo vaccinale, tanto che invece sia nel senso della cancellazione – si tratterebbe di una scelta, delegata alla pubblica amministrazione, che incide su diritti fondamentali.

Una tale lettura renderebbe la legge in questione di particolare interesse: si potrebbe dire che all'attribuzione all'autorità amministrativa del potere di disciplinare complesse questioni tecnico-scientifiche il legislatore abbia associato un articolato sistema procedurale che, nell'ambito di un meccanismo di revisione periodica degli esiti della valutazione tecnico-scientifica, impone all'autorità decidente l'obbligo di consultare organismi dotati di particolare competenza tecnica, i cui pareri sarebbero resi almeno in parte vincolanti dall'ulteriore obbligo gravante sull'autorità decidente di motivare la decisione finale.

Volendo ora trarre alcune conclusioni, può dirsi che da tale, seppur breve, analisi del rapporto tra il procedimento amministrativo e le valutazioni tecnico-scientifiche della pubblica amministrazione, con particolare riguardo ai casi in cui la valutazione tecnica sia necessaria per l'elaborazione di atti amministrativi generali o regolamentari, paiono emergere due principali aspetti.

³⁶⁴ Art. 1 *ter* del decreto legge 7 giugno 2017, n. 73.

In primo luogo, risultano rari i casi in cui il legislatore nel delegare compiti di regolazione alla p.a. implicanti l'analisi di complessi profili tecnico-scientifici si preoccupa anche di introdurre una disciplina del procedimento che tenga adeguatamente conto delle esigenze sottese alla valutazione tecnico-scientifica.

In secondo luogo, emerge come, quando disposizioni specifiche sul procedimento sono configurate, esse vadano per lo più nel senso della previsione dell'intervento nel procedimento di uno o più organi pubblici dotati di particolare competenza tecnica, mentre manca un ricorso a modelli di istruttoria "aperta", fondata sulle pubbliche consultazioni.

4. *La tutela giurisdizionale*

La tutela giurisdizionale è un elemento da tenere in particolare considerazione nella ricerca delle tecniche normative che meglio possono assicurare la tutela dei diritti coinvolti, specie laddove si tratti di disciplinare questioni a forte connotazione tecnico-scientifica.

Si è detto come la possibilità che nell'ambito del procedimento amministrativo si aprano spazi di dialogo tra gli esperti di settore, di contraddittorio tra i soggetti interessati dall'intervento, nonché la flessibilità che connota l'atto amministrativo, sono alcuni degli elementi che possono far propendere per l'opportunità che scelte normative implicanti valutazioni tecnico-scientifiche siano affidate alla pubblica amministrazione.

Si vuole qui evidenziare, come le possibilità di tutela giurisdizionale avverso gli atti della p.a. siano un ulteriore, e non di minor rilievo, elemento che milita nel senso della configurabilità del procedimento amministrativo quale "luogo naturale" della valutazione tecnico-scientifica: le caratteristiche della tutela giurisdizionale che è nell'ordinamento garantita avverso gli atti amministrativi che disciplinino in modo erroneo o irragionevole questioni tecnico-scientifiche possono cioè ritenersi un elemento che contribuisce a rendere l'affidamento di compiti di normazione tecnica alla p.a. la soluzione atta a garantire il più elevato livello di tutela dei diritti coinvolti.

Se è pur vero che anche avverso l'atto legislativo il singolo non è privo di tutela giurisdizionale – come peraltro più volte sottolineato dalla Corte costituzionale in tema

di legge-provvedimento³⁶⁵ – non si può, d’altro lato, non rilevare che trattasi tuttavia di una tutela ben diversa, in quanto diverso è il giudice e diverso è il sindacato esperibile. Tale diversità risulta, peraltro, ancor più accentuata laddove il singolo necessita di tutela avverso scelte frutto di discrezionalità tecnica.

Si è sopra osservato³⁶⁶ come rispetto a leggi a contenuto tecnico-scientifico la Corte costituzionale si mostri particolarmente prudente, non spingendo il proprio sindacato sulla valutazione tecnica oltre i limiti di un mero controllo esterno, giungendo a ravvisare vizi di costituzionalità nei soli casi di palese irragionevolezza della valutazione, per di più utilizzando in modo assai parco i poteri istruttori di cui pur essa dispone. Chi fosse leso a causa dell’erroneità della valutazione scientifica sottesa alla disposizione godrebbe quindi di una tutela giurisdizionale che, oltre a essere solo “indiretta”, in quanto l’accesso alla stessa dovrebbe previamente passare il vaglio del giudice *a quo*, sarebbe anche limitata quanto al sindacato, posto che la Corte costituzionale, ove adita, difficilmente si spingerebbe a sindacare nel merito la correttezza della valutazione tecnico-scientifica operata dal legislatore.

La tutela giurisdizionale che l’ordinamento garantisce avverso gli atti della pubblica amministrazione è invece sicuramente più pregnante.

Anzitutto, si tratta infatti di una tutela “diretta”, anche rispetto ad atti amministrativi generali e regolamenti, che sono impugnabili direttamente, ove immediatamente lesivi dell’interesse del singolo o di una categoria di soggetti rappresentata da un ente esponenziale, o congiuntamente al provvedimento applicativo, ove non immediatamente lesivi.

Ma oltre che per l’immediata azionabilità, la tutela giurisdizionale dinanzi al giudice amministrativo si differenzia anche, e soprattutto, per la maggiore intensità del sindacato esperibile.

³⁶⁵ Si veda Corte cost., sent. 8 febbraio 1993, n. 62 e Corte cost., sent. 9 aprile 2013, n. 85 in cui la Corte ha osservato come «*in assenza nell’ordinamento attuale di una “riserva di amministrazione” opponibile al legislatore, non può ritenersi preclusa alla legge ordinaria la possibilità di attrarre nella propria sfera di disciplina oggetti o materie normalmente affidate all’azione amministrativa [...] con la conseguenza che il diritto di difesa [...] non risulterà annullato, ma verrà a connotarsi secondo il regime tipico dell’atto legislativo adottato, trasferendosi dall’ambito della giustizia amministrativa a quello proprio della giustizia costituzionale*».

³⁶⁶ Cap. II, par. 5.

Nel Capitolo I³⁶⁷ si sono descritte le principali tappe che hanno portato al riconoscimento nella giurisprudenza amministrativa della ontologica diversità sussistente tra discrezionalità amministrativa e discrezionalità tecnica e all'affermarsi della sindacabilità intrinseca di quest'ultima.

Il giudice amministrativo sottopone le valutazioni tecniche della pubblica amministrazione a un sindacato diverso e ben più intenso rispetto a quello di mera legittimità cui normalmente è soggetta la discrezionalità amministrativa, potendo vagliare – avvalendosi degli strumenti istruttori di cui dispone, quale anche la consulenza tecnica d'ufficio – il merito della scelta amministrativa, verificandone la correttezza e l'attendibilità.

Nell'abito del processo amministrativo sarà dunque possibile per chi si ritenga leso dalla valutazione tecnica della p.a. presentare documenti, dati, e valutazioni di esperti per dimostrarne l'erroneità e il giudice amministrativo potrà, ove ritenga le censure fondate, annullare il provvedimento o l'atto impugnato.

Si è però anche visto come la possibilità per il giudice di sindacare la discrezionalità tecnica della p.a. incontri un limite dinanzi alla valutazione tecnico-scientifica opinabile: in giurisprudenza è consolidato il principio per cui il controllo intrinseco della correttezza e dell'attendibilità della valutazione tecnica della p.a. non possa essere tale da consentire finanche la sostituzione di valutazioni opinabili della p.a. con valutazioni, altrettanto opinabili, del giudice.

L'opinabilità che caratterizza certi ambiti del sapere scientifico fa sì che sussista anche per le valutazioni tecnico-scientifiche uno spazio valutativo riservato alla p.a., rispetto al quale non sono ammessi poteri sostitutivi del giudice: ove dall'accertamento risulti una diversità dell'opinione del giudice rispetto a quella della p.a., ma non l'erroneità tecnica della stessa, è escluso un potere sostitutivo del giudice.

Si è sopra evidenziato come parte della dottrina giustifichi tale riserva facendo riferimento all'interesse pubblico di cui la pubblica amministrazione sarebbe portatrice e che ne orienterebbe l'attività anche nella adozione della scelta tecnica opinabile, così

³⁶⁷ Cap. I, par. 3.2.

avvicinando molto il concetto di opinabilità tecnica a quello di discrezionalità amministrativa pura³⁶⁸.

D'altro lato si è anche osservato come tuttavia tale impostazione non vada esente da critiche, principalmente in quanto pare non del tutto conciliabile con l'assunto di partenza della ontologica distinzione tra discrezionalità tecnica e discrezionalità amministrativa, che dovrebbe sostanziarsi in primo luogo nella mancanza nell'ambito della discrezionalità tecnica di un momento valutativo del pubblico interesse, e vi sia in dottrina chi ritiene che nulla osti a che il giudice possa ripetere integralmente l'apprezzamento tecnico e sostituire i propri risultati a quelli dell'amministrazione³⁶⁹.

Ciò che si vuole nel presente lavoro porre in luce è come le considerazioni sin qui svolte circa il ruolo che il procedimento amministrativo può assumere nella tutela dei diritti incisi dalla valutazione tecnico-scientifica potrebbero consentire di ravvisare un fondamento parzialmente diverso della riserva: proprio nel procedimento amministrativo potrebbe individuarsi la ragione di fondo del residuo di uno spazio di non sostituibilità della scelta amministrativa.

Si potrebbe in altre parole sostenere che nei casi in cui residui un margine all'interno del quale si possano collocare soluzioni applicative diverse, ma tutte – allo stato delle conoscenze scientifiche – ugualmente corrette, la scelta tra tali soluzioni sia riservata alla autorità amministrativa, senza possibilità di sostituzione da parte dell'autorità giudiziaria, perché da elaborarsi nell'ambito di un procedimento appositamente pensato per garantire massima tutela ai diritti coinvolti.

Si tratterebbe di una ricostruzione in parte in linea con quanto già sostenuto da Marzuoli, il quale, ritenendo che «*i valori espressi dall'amministrazione (per il fatto che essi scaturiscono dalla forzata compresenza di valori portati da gruppi individuati e individuabili in base a criteri diversi e per il fatto che sono sistematicamente mediati dall'indirizzo politico) siano più rappresentativi dell'insieme del corpo sociale*»³⁷⁰, era

³⁶⁸ F. VOLPE, *Discrezionalità tecnica e presupposti dell'atto amministrativo*, in *Dir. amm.*, 2008, 791; Id., *Eccesso di potere giurisdizionale e limiti al sindacato della discrezionalità tecnica*, in *Giur. it.*, 2013, 694. In termini simili P. LAZZARA, *Autorità indipendenti e discrezionalità*, Padova, 2002.

³⁶⁹ Sul tema si veda D. DE PRETIS, *Discrezionalità tecnica e incisività*, cit., 1183; G. DE ROSA, *La discrezionalità tecnica: natura e sindacabilità da parte del giudice amministrativo*, in *Dir. proc. amm.*, 2013; F. GOISIS, *Il canone della full jurisdiction, tra proteiformità e disconoscimento della discrezionalità tecnica come merito. Riflessioni critiche sull'art.7,co.1,d. lgs. 19 gennaio 2017, n. 3*, in *Persona e amministrazione*, II, 2018, 199 ss.

³⁷⁰ C. MARZUOLI, *Potere amministrativo e valutazioni tecniche*, Milano, 1985, 218.

giunto a individuare il fondamento della riserva in via esclusiva di valutazioni tecniche alla competenza amministrativa nel fatto che *«nell'amministrazione risiedono i mezzi per evitare che il sapere tecnico costituisca veicolo per imporre a tutti i valori solo di alcuni, quelli propri di un determinato gruppo e della cultura che esso esprime»*³⁷¹.

Particolarmente interessanti sono le osservazioni dell'Autore su come tale riserva, rispondendo a un interesse pubblico *«diverso da quegli interessi pubblici che volta a volta l'amministrazione deve perseguire, che non coincide con l'interesse concreto e contingente ad uno anziché ad un altro esito della valutazione tecnica»*³⁷², sarebbe espressione, non di una supremazia della pubblica amministrazione, ma della *«diversità dell'amministrazione rispetto al giudice, o, meglio, rispetto a un apparato organizzativo risultante dall'insieme del giudice e del consulente»*³⁷³.

E infatti, assumendo il procedimento come elemento di legittimazione della competenza amministrativa, la ragione di fondo della esclusività di tale competenza sarebbe da ravvisarsi, piuttosto che nei particolari interessi pubblici di cui l'autorità amministrativa è portatrice, nella irripetibilità dinnanzi al giudice del procedimento tramite cui la valutazione è, in base alla legge, da svolgersi.

Bisogna evidenziare che, se da un lato la previsione legislativa di un apposito procedimento per lo svolgimento di valutazioni tecnico-scientifiche potrebbe quindi ritenersi elemento fondante la sussistenza di spazi di irripetibilità della valutazione tecnica, d'altro lato però esso certamente determinerebbe al contempo anche un notevole incremento dell'effettività della tutela giurisdizionale: gli obblighi di pubblicità, di contraddittorio e partecipazione che dovrebbero caratterizzare il procedimento consentirebbero infatti di far valere in giudizio vizi altrimenti di difficile individuazione e dimostrazione. Sarebbe in particolare assicurata la conoscibilità dell'*iter* logico seguito dall'autorità amministrativa nel decidere e quindi la più agevole individuazione di incongruenze tra le risultanze istruttorie e la decisione finale.

Chiaramente tale fondamento della riserva presuppone che una disciplina legislativa del procedimento amministrativo vi sia e che, inoltre, sia una disciplina che tenga conto delle peculiarità del sapere tecnico-scientifico, dando preminente rilievo alla

³⁷¹ C. MARZUOLI, *Potere*, cit., 219.

³⁷² C. MARZUOLI, *Potere*, cit., 219.

³⁷³ C. MARZUOLI, *Potere*, cit., 219.

garanzia del contraddittorio tra esperti, alle garanzie partecipative, agli obblighi di motivazione e di pubblicità.

Nel caso – che si è visto essere non raro – in cui tale disciplina manchi, la riserva di valutazioni tecniche alla competenza esclusiva della p.a. perderebbe il proprio fondamento e potrebbe, anzi, considerarsi un concetto pericoloso per la tutela dei diritti. Non si comprenderebbe infatti per quale ragione in tali circostanze la scelta tra più soluzioni tecnico-scientifiche attendibili compiuta dall'autorità amministrativa dovrebbe considerarsi sempre prevalente rispetto a quella effettuata da un giudice, tramite l'ausilio del proprio consulente tecnico e nell'ambito del contraddittorio tra le parti che si istaura nel processo amministrativo.

La tesi per cui la riserva di valutazione del fatto opinabile troverebbe fondamento nella particolare organizzazione della pubblica amministrazione e nelle particolari garanzie procedurali che sarebbero dalla stessa garantite trova un parziale riscontro a livello giurisprudenziale nelle pronunce rese nell'ambito del sindacato della discrezionalità tecnica delle autorità amministrative indipendenti.

La giurisprudenza amministrativa, a partire dalla sentenza del Consiglio di Stato n. 2199 del 2002³⁷⁴, ha applicato anche alle autorità amministrative indipendenti l'impostazione che si era affermata in tema di sindacato della discrezionalità tecnica con riferimento alla pubblica amministrazione in generale. In particolare il Consiglio di Stato nella sentenza n. 2199/2002 ha affermato che per le valutazioni tecniche dell'Autorità garante della concorrenza e del mercato *«la tutela giurisdizionale, per essere effettiva, non può limitarsi a un sindacato meramente estrinseco, ma deve consentire al giudice un controllo intrinseco, avvalendosi eventualmente anche di regole e conoscenze tecniche appartenenti alla medesima scienza specialistica applicata all'amministrazione»*, precisando tuttavia come non sia però consentito *«un potere sostitutivo del giudice tale da sovrapporre la propria valutazione tecnica opinabile o il proprio modello logico di attuazione del concetto indeterminato all'operato dell'Autorità»*.

Benché quindi dal punto di vista dell'intensità del sindacato risulti esservi un sostanziale allineamento, è stato osservato come vi sia invece una tendenziale distinzione a livello teorico tra la posizione delle autorità amministrative indipendenti e le altre

³⁷⁴ Cons. Stato, sez. VI, 23 aprile 2002, n. 2199.

amministrazioni quanto all'individuazione delle ragioni della non sostituibilità della valutazione tecnica opinabile³⁷⁵.

In particolare, rispetto alle autorità amministrative indipendenti la giurisprudenza tende a spiegare il persistere di un margine di insostituibilità della valutazione facendo riferimento alla particolare posizione di indipendenza delle autorità in questione e alle particolari garanzie che connotano il procedimento.

Significativo, ad esempio, che nella sentenza del Consiglio di Stato n. 2199 del 2002, e in altre successive³⁷⁶, si sia affermato che *«l'indice dell'assenza del potere sostitutivo deve ricercarsi soprattutto nelle esigenze di efficienza e buon andamento dell'amministrazione, di cui all'art. 97 Costituzione, e nella rilevanza della materia della tutela della concorrenza, affidata dal legislatore ad una Autorità amministrativa, caratterizzata da una particolare composizione e qualificazione tecnica, oltre che da un elevato grado di autonomia e indipendenza»*.

Rispetto invece alle valutazioni tecniche opinabili delle altre amministrazioni la giurisprudenza tende a non soffermarsi sulla definizione delle ragioni della riserva, per lo più limitandosi a richiamare i caratteri del giudizio che deve essere condotto entro i limiti di un sindacato di legittimità, così sostanzialmente operando una equiparazione tra merito dell'atto amministrativo e opinabilità tecnica³⁷⁷, difficilmente conciliabile però con l'assunto della ontologica distinzione tra discrezionalità amministrativa pura e discrezionalità tecnica.

Le particolari motivazioni rese rispetto alle valutazioni tecniche delle autorità amministrative indipendenti potrebbero intendersi come prettamente legate alla specialità che connota tale modello di amministrazione, oppure, invece, potrebbero essere considerate fonte di utili indicazioni per l'individuazione delle ragioni di fondo della riserva alla pubblica amministrazione della valutazione del fatto tecnicamente opinabile. Potrebbero cioè, in tale seconda prospettiva, considerarsi come indice del fatto che una riserva sia da ritenersi sussistente solo ove avente a oggetto valutazioni rese da autorità che operano nel rispetto di procedimenti che tengono in debito conto le peculiari esigenze sottese all'espletamento di valutazioni tecnico-scientifiche.

³⁷⁵ G. SIGISMONDI, *Il sindacato sulle valutazioni tecniche nella pratica delle Corti*, in *Rivista trim. di dir. pubb.*, II, 705.

³⁷⁶ Si veda ad esempio Cons. Stato, sez. IV, 2 marzo 2004, n. 926.

³⁷⁷ Per un approfondito esame a riguardo si veda G. SIGISMONDI, *Il sindacato*, cit.

CONCLUSIONI

L'analisi svolta ha messo in luce come la complessità del rapporto che sussiste tra scienza e potere politico – nell'ambito del quale a tentativi del potere politico di orientare l'attività scientifica, limitandone in maniera più o meno ampia l'autonomia, si affiancano tentativi della comunità scientifica di orientare l'impiego che del sapere scientifico è fatto – si rifletta nell'ordinamento giuridico e, soprattutto, incida profondamente su diritti fondamentali.

Si è in particolare osservato come alla tendenza del potere politico a imporre la propria supremazia sulla scienza, in vario modo limitando l'autonomia scientifica – ad esempio ostacolando il progresso di certi ambiti del sapere scientifico o privilegiando tesi e linee di ricerca che risultino conformi al perseguimento di obiettivi di natura politica – si associ la presenza di disposizioni normative che cristallizzano le regole tecniche, escludendo qualsiasi forma di rinvio mobile ai tecnici, e perfino prescindendo dalle indicazioni provenienti dal mondo scientifico.

D'altro lato, l'affermarsi della scienza come potere concorrente a quello politico si associa normalmente a una tendenza del diritto a rinunciare ad una regolamentazione di questioni tecnico-scientifiche e a un conseguente totale rinvio della scelta a tecnici.

Si tratta di tendenze spesso coesistenti in un medesimo ordinamento che possono profondamente incidere sulla tutela dei diritti coinvolti.

L'assunzione di decisioni su questioni tecnico-scientifiche se effettuata prescindendo o comunque non dando sufficiente spazio alle diverse indicazioni provenienti dal mondo scientifico non può che compromettere infatti i diritti su cui l'attività normativa incide. Ciò principalmente in forza del rapporto di strumentalità che si è visto sussistere tra la scienza e la soddisfazione di molti diritti costituzionalmente protetti.

D'altro lato, tuttavia, l'astensione del potere pubblico dal disciplinare determinate materie in forza delle particolari competenze tecnico-scientifiche che sarebbero necessarie e il completo rinvio all'autonomia dei tecnici e degli esperti di settore rischia in talune circostanze di attribuire agli stessi un potere di incidere sulla sfera altrui privo di fondamento costituzionale, esercitabile arbitrariamente, e pertanto estremamente pericoloso sotto il profilo della tutela dei diritti.

In altre parole, è emerso come l'incorporazione di regole tecniche in norme giuridiche possa essere necessaria per la tutela di diritti fondamentali, ma come anche, al contempo, l'attività di normazione tecnica possa non garantire un sufficiente livello di tutela dei diritti, o addirittura essere lesiva per gli stessi, qualora non sia nel rispetto di certe condizioni.

Nella ricerca di criteri che possano orientare la scelta, anzitutto, sull'intervenire o meno tramite la cristallizzazione della norma tecnica in atti normativi e, in secondo luogo, in ordine ai soggetti cui affidare la valutazione tecnico-scientifica e alle modalità in cui essa debba essere espletata, si è partiti dall'analisi della Costituzione e in particolare delle disposizioni che essa dedica alla scienza.

A riguardo è emerso come nel testo costituzionale la scienza, piuttosto che forma di potere o piuttosto che strumento di cui il potere politico si avvale per il perseguimento dei propri obiettivi, è configurata come oggetto di una libertà.

Si è rilevato come dottrina e giurisprudenza abbiano tuttavia negli anni dato una interpretazione che potrebbe dirsi riduttiva della portata precettiva dell'articolo 33 Cost. nella parte in cui afferma che *«l'arte e la scienza sono libere»*. In particolare, dalle varie letture che si sono prospettate in dottrina e dall'impiego che dell'articolo è stato fatto in giurisprudenza risulta una tendenza al riconoscere un contenuto e una portata precettiva all'art. 33, comma 1, Cost. solo se posto in collegamento con ulteriori prescrizioni costituzionali che si occupano di singole fattispecie cui risulta riconducibile il più generale concetto di libertà scientifica, quali la manifestazione del pensiero scientifico, l'insegnamento e la ricerca scientifica.

Nel corso del lavoro si è però evidenziata la sussistenza di elementi che potrebbero portare alla configurabilità di ulteriori profili della libertà della scienza. In particolare si è posto in evidenza come all'attività scientifica possa ritenersi riconducibile, oltre alle attività di ricerca, di insegnamento e di manifestazione del pensiero scientifico, anche una fase che si potrebbe definire "applicativa": in cui viene data applicazione in concreto ai risultati della ricerca scientifica e al pensiero scientifico. La riconducibilità di tale fase nell'alveo della libertà della scienza di cui all'art. 33 Cost. amplierebbe la tutela costituzionale dell'autonomia dello scienziato, garantendo, oltre che l'autonomia nell'elaborazione del pensiero scientifico, anche l'autonomia nell'applicazione dello stesso.

Nella seconda parte del lavoro si è cercato di verificare se il riconoscimento di una più ampia portata alla libertà della scienza possa essere utile per l'inquadramento e la soluzione delle criticità che si pongono nel rapporto tra potere legislativo e scienza.

A riguardo è stata anzitutto analizzata un'interessante giurisprudenza della Corte costituzionale, inaugurata con la sentenza n. 282 del 2002 e poi rafforzata da successive pronunce, che ha sottoposto talune disposizioni legislative a contenuto tecnico-scientifico a particolari "condizioni di validità", in forza della quale si è fatta strada in dottrina l'idea della scienza come limite alla discrezionalità legislativa.

In più occasioni la Corte è giunta ad affermare che la natura tecnico-scientifica della valutazione sottesa alla scelta legislativa impone che essa non possa fondarsi sull'esercizio di mera discrezionalità politica, ma che bensì in tali casi il legislatore debba provvedere alla *«elaborazione di indirizzi fondati sulla verifica dello stato delle conoscenze scientifiche e delle evidenze sperimentali acquisite, tramite istituzioni e organismi – di norma nazionali e sovra-nazionali – a ciò deputati, dato l'essenziale rilievo che a questi fini rivestono gli organi tecnico-scientifici»*³⁷⁸.

Di qui l'idea che la cristallizzazione della regola tecnica nel testo di una norma primaria debba essere frutto di una previa attività istruttoria, in cui siano accertati i presupposti tecnico-scientifici della scelta, possibilmente con l'ausilio di organismi dotati di specifiche competenze tecniche.

Si è inoltre osservato come talune pronunce della Corte costituzionale e delle Corti internazionali abbiano posto in luce l'esigenza che l'attendibilità tecnico-scientifica dei presupposti dell'attività istruttoria permanga nel tempo, nonostante il progredire delle conoscenze tecniche scientifiche, e come una tale esigenza renderebbe configurabile in capo al legislatore un obbligo di periodico aggiornamento delle leggi che non siano più coerenti con lo stato delle conoscenze scientifiche.

Si può quindi dire che l'assenza di fondamento scientifico si ponga come causa di illegittimità della legge in una duplice prospettiva: come causa di illegittimità originaria, laddove collegata alla mancanza di una verifica iniziale dello stato delle conoscenze scientifiche, e come causa di illegittimità sopravvenuta, ove invece sia effetto di un sopraggiunto mutamento di tali conoscenze.

³⁷⁸ Corte cost., sent. 19 giugno 2002, n. 282.

La giurisprudenza in questione ha aperto la strada per una più attenta considerazione delle peculiarità delle leggi a contenuto tecnico-scientifico e, in particolare, dei rapporti tra potere legislativo e scienza.

Sul punto è emerso come la Corte costituzionale non sia mai giunta a valutare la legittimità di leggi a contenuto tecnico scientifico assumendo quale parametro l'art. 33 della Costituzione. L'esigenza di fondatezza e attendibilità dei presupposti scientifici è sempre stata correlata all'esigenza di tutela di altri diritti e libertà su cui la valutazione legislativa era destinata a incidere – quale, ad esempio, il diritto alla salute.

La centralità che però la scienza ha assunto ai fini della valutazione della costituzionalità delle leggi che si occupano di questioni scientifiche ha portato a una configurazione da parte della dottrina di essa, se non come parametro di costituzionalità, quantomeno come limite della discrezionalità legislativa o, addirittura, come “parametro interposto” di costituzionalità.

Si è a riguardo evidenziato come tali ricostruzioni, pur avendo il pregio di porre in evidenza la rilevanza che il contrasto tra la disposizione legislativa e la scienza assume ai fini della costituzionalità della legge, possano risultare però in parte contraddittorie. Non convince in particolare l'idea che, in un sistema in cui la scienza è oggetto di una libertà costituzionale, il contrasto della legge con la scienza possa avere rilievo solo se foriero di un ulteriore contrasto della legge con un diritto costituzionalmente tutelato.

A tali riduttive interpretazioni della portata precettiva dell'art. 33 della Costituzione potrebbe invece contrapporsi una lettura più estensiva.

Si è in particolare osservato come l'attribuzione di rilevanza alla scienza, non come mero parametro interposto, ma come vero e proprio parametro per la valutazione della legittimità costituzionale di leggi a contenuto tecnico-scientifico comporterebbe una serie di corollari che consentirebbero un più completo inquadramento dei principi regolativi del rapporto tra potere legislativo e scienza.

Anzitutto si è osservato come la decisione stessa del legislatore di intervenire disciplinando una questione tecnico-scientifica controversa potrebbe essere intesa come una forma di limitazione della libertà della scienza, se intesa in senso ampio, ossia in particolare se tale da comprendere anche una tutela dell'autonomia dello scienziato nella fase applicativa del sapere scientifico.

Un legge che prende posizione su questioni tecnico-scientifiche tramite l'incorporazione nel testo legislativo della regola tecnica da applicarsi ai casi concreti lascerebbe infatti impregiudicata la libertà dello scienziato di criticare la scelta legislativa ed eventualmente di diffondere o sostenere la propria difforme opinione scientifica, né inciderebbe sulla libertà di ricerca scientifica – se non indirettamente, nei limiti in cui l'intervento legislativo spinga la comunità scientifica a prediligere determinate tesi a discapito di altre –, mentre, si è osservato, una effettiva limitazione si avrebbe rispetto alla libertà dell'esperto di esercitare la propria professione coerentemente con quanto personalmente ritenuto scientificamente più esatto. A essere disciplinato, e limitato, sarebbe quindi il momento applicativo del sapere scientifico, ossia la fase in cui il professionista dà applicazione a ciò che è oggetto della declinazione della libertà della scienza come libertà di manifestazione del pensiero scientifico

L'intervento legislativo in quanto limitativo di una libertà costituzionalmente tutelata potrebbe quindi considerarsi legittimo solo se giustificato da esigenze di tutela di altri beni di rilievo costituzionale, ossia qualora la completa autonomia nella fase di applicazione del sapere scientifico risultasse pregiudizievole per i diritti coinvolti dalla valutazione tecnico-scientifica.

Sul punto risulta particolarmente interessante quanto affermato dalla Corte costituzionale nella sentenza n. 151 del 2009 circa il fatto che *«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»*, essendo la regola di fondo nella *«pratica»* dell'arte medica *«costituita dalla autonomia e dalla responsabilità del medico che, sempre con il consenso del paziente, opera le scelte professionali basandosi sullo stato delle conoscenze a disposizione»*.

Inoltre, laddove un intervento normativo, e quindi una limitazione dell'autonomia scientifica, fosse necessario per la tutela di altri diritti, il riconoscimento di una ampia accezione di libertà della scienza, comprensiva anche della fase applicativa del sapere scientifico, avrebbe ricadute in ordine alle modalità in cui tale limitazione potrebbe essere apportata. Sia sotto il profilo delle modalità con cui la regola tecnica dovrebbe essere elaborata, sia, conseguentemente, sotto il profilo della adeguatezza della legge come fonte di regolamentazione della questione tecnico-scientifica.

In tale ottica le particolari condizioni che la Corte costituzionale ha richiesto per la legittimità di leggi a contenuto tecnico-scientifico potrebbero intendersi come necessarie per evitare anzitutto violazioni della libertà della scienza, che sarebbe limitata illegittimamente laddove la regola tecnica fosse elaborata e cristallizzata nel testo legislativo senza una previa ricognizione dello stato delle conoscenze scientifiche.

Le caratteristiche che dovrebbero connotare l'onere procedurale non sono state tuttavia dalla Corte costituzionale descritte nello specifico.

Si è posto però in luce nel corso del lavoro come, se la finalità dell'onere procedurale richiesto dalla Corte è da ravvisarsi nella tutela dei diritti coinvolti dalla scelta legislativa – tra i quali si potrebbe ipotizzare di includere anche la libertà della scienza – e se tale tutela deve passare necessariamente dalla garanzia del carattere scientifico dei presupposti su cui la valutazione normativa si fonda, dovrebbe anzitutto ritenersi imposto al legislatore un *iter* procedurale nella elaborazione della scelta normativa che prenda in specifica considerazione le peculiarità proprie del sapere scientifico.

In tale ottica, il metodo scientifico assumerebbe centrale rilevanza per l'accertamento dei presupposti scientifici della scelta normativa, in quanto principale criterio di demarcazione tra ciò che è qualificabile come scientifico e ciò che non lo è.

Esso in particolare imporrebbe al legislatore che intendesse occuparsi di questioni tecnico-scientifiche di tenere in considerazione alcuni fondamentali principi su cui si basa l'attività scientifica, primo fra tutti quello per cui è su chi intende sostenere una nuova tesi che grava l'onere di fornire le prove e renderla verificabile. Di qui quindi la necessaria centralità nell'attività istruttoria dell'acquisizione delle prove e dei dati sussistenti a sostegno della validità delle tesi oggetto di esame.

Sono, infatti, i riscontri e le prove a consentire un distinguo tra ciò che è scienza e ciò che è mera opinione. Solo esigendo che affermazioni che si pretendono scientifiche siano provate e confrontate tra loro, nell'ambito dell'istruttoria, secondo i canoni propri del metodo scientifico, sarà possibile privare di forza tesi che, seppur presentate come dotate di validità scientifica, risultino, all'esito dell'istruttoria, prive di qualsiasi fondamento.

Il meccanismo su cui si fonda il progresso del sapere scientifico, ossia il susseguirsi di dimostrazioni e confutazioni, e l'opinabilità che caratterizza molti ambiti dello stesso renderebbe inoltre essenziale la garanzia del contraddittorio tra gli esperti del

settore. Ciò, non solo al fine di garantire la validità e l'attualità dei presupposti scientifici dell'intervento normativo, e in tal modo la tutela dei diritti incisi dallo stesso, ma anche – si potrebbe sostenere – per garantire la loro libertà scientifica, consentendo agli esperti di settore, che vedono limitata la propria libertà per effetto dell'intervento normativo, di poter intervenire *ex ante*, influenzando sulla elaborazione della regola tecnica.

Si è infine evidenziato come essenziale dovrebbe anche essere la pubblicità dell'attività istruttoria e dei dati posti a fondamento della decisione normativa, considerata l'importanza che nel metodo scientifico ha la citazione delle fonti e la verificabilità delle stesse.

Ciò posto, si sono analizzate le caratteristiche del procedimento legislativo al fine di verificare se possano dirsi tali da garantire lo svolgimento di valutazioni tecniche nel rispetto delle condizioni che la natura tecnico-scientifica dell'oggetto dell'attività legislativa imporrebbe.

All'esito di tale analisi si è concluso che gli strumenti istruttori a disposizione del Parlamento per l'acquisizione delle conoscenze necessarie per l'espletamento di valutazioni tecnico-scientifiche – quali in particolare le commissioni di inchiesta, le audizioni e le indagini conoscitive – non possano dirsi completamente adeguati rispetto alle particolari esigenze che si è visto essere connesse alla disciplina di questioni scientifiche controverse. Si è peraltro rilevato come nel nostro ordinamento, a differenza di quanto previsto invece in molti altri paesi europei, manchi completamente la previsione di organi di consulenza scientifica, composti da membri della comunità scientifica, cui siano stabilmente affidati compiti di accertamento delle conoscenze e delle posizioni scientifiche esistenti rispetto a temi oggetto di iniziativa legislativa.

Si è inoltre osservato come una particolare applicazione del principio di precauzione rischi di aggravare le carenze nell'attività istruttoria, portando a una ulteriore riduzione della rilevanza della fase di accertamento dei presupposti tecnico-scientifici della legge.

La tesi per cui l'intervento precauzionale può prescindere, in tutto o in parte, da un accertamento della fondatezza scientifica dei presupposti, fa sì che l'applicazione di tale principio divenga fonte di una non chiara commistione tra valutazione tecnica e valutazione politica, se non di una totale sostituzione della seconda alla prima. Ciò inevitabilmente incide sul rapporto tra scienza e potere legislativo: il principio di

precauzione può divenire in tali casi strumento atto a consentire un'attenuazione, o finanche eliminazione, dei limiti che si è visto il sapere scientifico porre alla discrezionalità legislativa. Il rispetto dei particolari oneri procedurali a garanzia della fondatezza scientifica della legge non sarebbe infatti dovuto laddove anche la minima incertezza a livello scientifico circa la presenza o meno di rischi per beni di particolare valore possa giustificare l'operare del principio di precauzione.

Accertato quindi come il procedimento legislativo non riesca a garantire un effettivo contraddittorio tra gli esperti in merito alla questione scientifica controversa, né tantomeno la pubblicità delle fonti, e come, inoltre, il continuo progredire delle conoscenze scientifiche poco si concili con i tempi del procedimento legislativo, cui risulta vincolato l'aggiornamento del testo di legge, ci si è dunque interrogati circa la preferibilità, laddove l'attività di regolamentazione sia necessaria, del ricorso a una diversa tecnica di regolamentazione e, in particolare, a una diversa fonte normativa.

A riguardo, si è osservato come le "condizioni di legittimità" che la Corte costituzionale nella giurisprudenza sulle norme a contenuto tecnico-scientifico richiede per la legittimità delle disposizioni legislative presentino molte assonanze con le condizioni di legittimità che caratterizzano il provvedimento amministrativo. Si pensi in particolare a come l'istruttoria, la partecipazione dei soggetti interessati, la trasparenza e la pubblicità siano divenuti elementi imprescindibili del procedimento amministrativo, il cui rispetto è condizione di legittimità del provvedimento amministrativo.

Sotto il profilo della tutela giurisdizionale, le possibilità di tutela avverso gli atti della pubblica amministrazione costituiscono un ulteriore elemento che rafforza la tesi per cui l'affidamento di compiti di normazione tecnica alla pubblica amministrazione possa in molte circostanze essere una soluzione atta a garantire un più elevato livello di tutela dei diritti coinvolti rispetto a quanto invece la disciplina a livello legislativo possa garantire.

Infatti, mentre avverso una legge che incorpori gli esiti di valutazioni tecniche errate l'unica possibilità di tutela giurisdizionale può aversi dinnanzi alla Corte costituzionale, con tutti i limiti che la particolare natura della Corte comporta, avverso un atto amministrativo è invece garantita una ben diversa e più pregnante tutela dinnanzi al giudice amministrativo, che può essere direttamente adito e che può effettuare un sindacato intrinseco della valutazione tecnica sottesa alla scelta normativa.

Si è dunque ipotizzato che un possibile corollario delle osservazioni fatte circa l'inadeguatezza della legge come strumento di disciplina di questioni tecnico-scientifiche possa essere l'opportunità, se non addirittura la necessità, che compiti di regolazione tecnica siano delegati alla pubblica amministrazione.

A riguardo si è anzitutto osservato come effettivamente non di rado la delega di funzioni, anche in deroga al principio di riserva di legge, alla pubblica amministrazione venga giustificato proprio in forza delle particolari competenze tecniche necessarie per l'espletamento delle stesse. Ma si è anche rilevato come spesso a tali deleghe non si accompagni la disciplina a livello legislativo di un procedimento appositamente calibrato sulle peculiarità della valutazione tecnico-scientifica e come ciò rischi di compromettere la tutela dei diritti coinvolti, specie nei casi in cui è all'autorità amministrativa delegato il compito di emanare atti regolamentari o atti amministrativi generali, rispetto ai quali non valgono molte delle garanzie procedurali in via generale previste per il provvedimento amministrativo dalla l. 241 del 1990.

La mera delega di poteri di normazione tecnica, non accompagnata da una disciplina del procedimento, comporta infatti il rischio che l'atto amministrativo risulti, al pari della legge, inadeguato per la normazione tecnico scientifica, in quanto non necessariamente associato a una sufficiente attività istruttoria, a un effettivo contraddittorio e alla pubblicità delle fonti poste alla base della decisione tecnico-scientifica. Ciò farebbe venir meno il fondamento di quella che potrebbe, impropriamente, definirsi "riserva di amministrazione" della valutazione tecnica – da intendersi come opportunità, se non necessità – che talune valutazioni tecniche siano affidate alla pubblica amministrazione. Ed, inoltre, la sussistenza di una disciplina legislativa del procedimento per l'espletamento della valutazione tecnica potrebbe ritenersi elemento necessario ai fini del rispetto del principio di legalità e di riserva di legge.

Si è osservato come l'idea, presente nella giurisprudenza della Corte costituzionale, per cui deleghe di funzioni di regolamentazione alla pubblica amministrazione implicanti lo svolgimento di valutazioni tecniche che derogano al principio di riserva di legge possano ritenersi legittime in forza del carattere neutrale e oggettivo della tecnica non convinca del tutto, o comunque paia fornire una non completa giustificazione delle ragioni dell'inapplicabilità del principio di riserva di legge.

L'opinabilità che connota molti ambiti del sapere tecnico-scientifico, e quindi il margine di scelta spesso sussistente tra più soluzioni tutte scientificamente attendibili, renderebbe infatti in alcuni casi difficilmente qualificabile in termini di oggettività l'esito della valutazione, che si caratterizzerebbe piuttosto per un certo tasso di soggettività, nel senso di essere suscettibile di variare a seconda del soggetto decidente.

Potrebbe sostenersi piuttosto che il principio di legalità in questi casi imponga non solo una delimitazione dell'oggetto della delega ma anche una limitazione dei poteri della pubblica amministrazione dal punto di vista procedurale, ossia tramite la predeterminazione legislativa di un procedimento adeguato a garantire una certa qualità della valutazione tecnica.

Dall'analisi di alcune fattispecie concrete è emerso tuttavia come siano rari i casi in cui il legislatore nel delegare compiti di regolazione alla pubblica amministrazione implicanti l'analisi di complessi profili tecnico-scientifici si preoccupa anche di introdurre una disciplina del procedimento che tenga adeguatamente conto delle esigenze sottese alla valutazione tecnico-scientifica e come, quando disposizioni specifiche sul procedimento sono configurate, esse vadano per lo più nel senso della previsione dell'intervento nel procedimento di uno o più organi pubblici dotati di particolare competenza tecnica, mentre manca un ricorso a modelli di istruttoria "aperta", e soprattutto manca la previsione di obblighi di motivazione della decisione.

Diversa risulta invece la situazione rispetto alle autorità amministrative indipendenti, le quali si caratterizzano per operare tramite funzionari selezionati in ragione delle loro peculiari competenze tecniche e per l'operare sulla base di specifiche regole procedurali, elaborate avendo riguardo all'elevato tecnicismo che caratterizza l'oggetto delle funzioni attribuite a tali autorità.

All'esito dell'analisi svolta si è giunti quindi a ipotizzare che una strada percorribile per il miglioramento della tutela dei diritti incisi da valutazioni tecnico-scientifiche delegate alla pubblica amministrazione potrebbe essere quella di affiancare al processo in corso di consolidamento e metabolizzazione del modello delle autorità amministrative indipendenti l'"esportazione" dei modelli procedurali che le connotano e l'applicazione degli stessi all'attività di amministrazioni tradizionali, operanti in settori in cui l'attività di regolazione attiene a questioni involgenti profili tecnici particolarmente complessi.

Infine, si è evidenziato come la rilevanza della disciplina del procedimento sia emersa anche nell'analisi del rapporto tra potere amministrativo e scienza sotto il profilo della tutela giurisdizionale.

Sul punto bisogna considerare come il sindacato della discrezionalità tecnica della pubblica amministrazione trovi un limite rispetto alle valutazioni tecniche opinabili: la giurisprudenza è infatti ferma nell'escludere la sostituibilità della valutazione tecnica opinabile della pubblica amministrazione con una valutazione altrettanto opinabile del giudice amministrativo. Sulla ragione di fondo del residuo di tale margine di insostituibilità della scelta amministrativa diverse tesi sono state elaborate in dottrina e la giurisprudenza stessa non ha fornito chiare e univoche indicazioni.

Le considerazioni svolte in ordine al ruolo che il procedimento amministrativo può assumere nella tutela dei diritti incisi dalla valutazione tecnico-scientifica potrebbero però portare alla individuazione proprio nel procedimento, e nella sua irripetibilità dinanzi al giudice, la ragione di fondo di tale margine di insostituibilità.

Parziale conferma di tale tesi si trae dalla giurisprudenza sulla discrezionalità tecnica delle autorità amministrative indipendenti, mentre invece con riferimento agli atti dell'amministrazione tradizionale risulta prevalente il riferimento ai particolari interessi pubblici di cui la pubblica amministrazione sarebbe portatrice, e quindi una sostanziale equiparazione dell'opinabilità tecnica alla discrezionalità pura.

Aderendo alla tesi per cui la *ratio* della insostituibilità della valutazione tecnica opinabile risiederebbe nelle garanzie procedurali, non può inoltre che concludersi per la infondatezza, e la lesività del diritto di difesa, della sussistenza di tale margine di insindacabilità quando oggetto del giudizio siano decisioni assunte dalla pubblica amministrazione in assenza di un procedimento adeguato alle peculiarità della valutazione tecnico-scientifica; così come peraltro in tali casi si è visto potersi ritenere dubbia la legittimità stessa dell'attribuzione di valutazioni tecniche incidenti su diritti tutelati da riserva di legge alla pubblica amministrazione.

In conclusione, può dirsi che nel presente lavoro si sia cercato, senza pretese di esaustività, di porre in evidenza alcuni dei principali aspetti problematici per la tutela dei diritti legati al rapporto tra scienza e potere politico e di individuare alcuni principi che potrebbero guidare l'interprete nella ricerca delle soluzioni che maggiormente

garantirebbero il rispetto e la soddisfazione di diritti fondamentali, quali, ad esempio, il diritto alla salute e all'ambiente salubre.

Si tratta di osservazioni che potrebbero essere utile base di partenza per un futuro approfondimento anche di temi strettamente correlati a quelli che sono stati oggetto di analisi. Il riferimento è, ad esempio, al fenomeno della “esternalizzazione”³⁷⁹, ossia della delega da parte della pubblica amministrazione di compiti implicanti specifiche competenze tecniche a soggetti privati, o al fenomeno della “normalizzazione” – sviluppatasi su impulso del diritto comunitario – che sta comportando una forte commistione tra pubblico e privato nell'attività di normazione tecnica e che consta nell'attribuzione ad organismi di normalizzazione, che sono in genere associazioni di diritto privato, del compito di produzione di norme tecniche di armonizzazione³⁸⁰.

Fermo restando quindi che il tema del rapporto tra scienza e potere non può che collegarsi a una molteplicità di profili di indagine rilevanti per il diritto costituzionale, nel presente lavoro ci si è concentrati sugli aspetti più strettamente legati alla ripartizione tra i pubblici poteri di funzioni implicanti lo svolgimento di valutazioni tecnico-scientifiche. Si è a riguardo giunti alla conclusione che il fine di massimizzazione della tutela dei diritti impone che sia data centralità alle peculiarità proprie del sapere scientifico e che sulla base di queste sia definita la disciplina della valutazione tecnico-scientifica, specie per quanto attiene alla definizione delle modalità di svolgimento della valutazione e alla determinazione del soggetto pubblico competente all'espletamento della stessa.

³⁷⁹ Sul tema F. MERLONI, *Le attività conoscitive e tecniche delle amministrazioni pubbliche. Profili organizzativi*, in *Dir. pubbl.* 2013.

³⁸⁰ Sul tema si veda A. PREDIERI, *Le norme tecniche nello Stato pluralista e prefederativo*, in *Il diritto dell'economia*, 1996, 251 ss.; M. GIGANTE, *Effetti giuridici nel rapporto tra tecnica e diritto: il caso delle «norme armonizzate»*, in *Rivista italiana di diritto pubblico comunitario*, 1997, 313 ss.; A. BENEDETTI, *Certezza pubblica e “certezze” private*, Milano, 2010; A. IANNUZZI, *Il diritto capovolto*, cit., 29 ss.

BIBLIOGRAFIA

ABBAGNANO N., voce *Scienza*, in N. ABBAGNANO-G. FORNERO (a cura di), *Dizionario di filosofia*, Torino, 1998.

ABBAMONTE G., *Libertà e convivenza*, Napoli, 1953.

AMATO G., *Normativa ministeriale in materia tributaria e art. 23 della Costituzione*, in *Riv. Dir. e sc. Finanze*, 1965.

AMATO G., *Le autorità indipendenti nella costituzione economica*, in Labriola (a cura di), *Regolazione e garanzia del pluralismo: le autorità amministrative indipendenti*, Milano, 1997.

ANGIOLINI V., *Attività tecniche della pubblica amministrazione e riparto delle competenze tra Stato ed autonomie: in margine alla giurisprudenza costituzionale sulle omologazioni industriali*, in P. Andreini-G. Caia-G. Elias-F. Roversi Monaco (a cura di), *La normativa tecnica industriale. Amministrazioni e privati nella normativa tecnica e nella certificazione*, Bologna, 1995.

ALLEGRETTI U., *L'imparzialità amministrativa*, Padova, 1965.

ARISTOTELE, *Etica Nicomachea*, a cura di C. MAZZARELLI, Milano, 2000.

BACHELET V., *L'attività tecnica della pubblica amministrazione*, Milano, 1967.

BALDASSARRE A., *I poteri conoscitivi della Corte costituzionale e il sindacato di legittimità astratto*, in *Giur. Cost.*, 1973.

BARTOLOMMEI S., *Sul principio di precauzione: norma assoluta o regola procedurale?*, in *Bioetica*, 2/2001.

BASSANINI F.-PAPARO S.-TIBERI G., *Competitività e regolazione: un intralcio o una risorsa? Metodologie, tecniche e strumenti per la semplificazione burocratica e la qualità della regolazione*, in L. TORCHIA-F. BASSANINI (a cura di), *Sviluppo o declino. Il ruolo delle istituzioni per la competitività del Paese*, Firenze, 2005.

BASSI N., *Principio di legalità e poteri amministrativi impliciti*, Milano, 2001.

BENEDETTI A., *Certezza pubblica e "certezze" private*, Milano, 2010.

- BERNATZIK E., *Rechtsprechung und materielle Rechtskraft*, Aalen, 1924.
- BERTI G., *La pubblica amministrazione come organizzazione*, Padova, 1968.
- BICCHIERI C., *Ragioni per credere, ragioni per fare. Convenzioni e vincoli nel metodo scientifico*, Milano, 1988.
- BIN R., *La Corte e la scienza*, Relazione al Seminario “Bio-tecnologie e valori costituzionali il contributo della giustizia costituzionale”, Parma 19 marzo 2004.
- BIN R., *Libertà di ricerca scientifica in campo genetico*, in M. D’Amico-B. Randazzo (a cura di), *Alle frontiere del diritto costituzionale. Scritti in onore di Valerio Onida*, Milano, 2011.
- BOBBIO N., *L’età dei diritti*, Torino, 1990.
- BONIFACIO F., *Ricerca scientifica*, in *Atti Congr. I cent. Unif. Leggi amm.*, Vicenza, 1967.
- BRIANI R., *L’istruzione probatoria nel processo amministrativo. Una lettura alla luce dell’articolo 111 della Costituzione*, in *Riv. trim. dir. pubbl.*, 2014.
- BRICCIOLA F., *Teoria generale del reato*, voce del *Novissimo digesto*, vol. XIX, 1973.
- CAMERLENGO Q., *Indizi di perdurante asimmetria tra legge statale e legge regionale. La primazia delle valutazioni scientifiche*, in *Le istituzioni del federalismo*, 2002.
- CAMERLENGO Q., *I poteri istruttori della Corte costituzionale e l’accesso degli elementi scientifici nel giudizio di costituzionalità*, in A. D’Aiola (a cura di), *Bio-tecnologie e valori costituzionali*, Torino, 2005.
- CAMMEO F., *Commentario delle leggi sulla giustizia amministrativa*, Milano, 1911.
- CAMMEO F., *Corso di diritto amministrativo*, Padova, 1960.
- CANOVA L., *Galileo Reloaded*, Milano, 2018.
- CAPACCIOLI E., *Manuale di diritto amministrativo*, Padova, 1980.
- CARBONE L.-TIBERI G., *La “better regulation” in ambito comunitario*, in *Quad. cost.*, 2001.
- CARINGELLA F., *Manuale di diritto amministrativo*, Roma, 2017.

CARTABIA M., *Qualche riflessione di un giudice costituzionale intorno al problema dell'intreccio tra diritto, scienza e tecnologia*, in *Biolaw Journal*, 1/2017.

CARTWRIGHT N., *How the Laws of Physics Lie*, Oxford, 1983.

CASSESE S., *La Commissione Nazionale per le Società e la Borsa – Consob e i poteri indipendenti*, in *Rivista delle Società*, 1994.

CASSESE S. - FRANCHINI C., *I garanti delle regole*, Bologna, 1996.

CASSESE S., *La partecipazione dei privati alle decisioni pubbliche. Saggio di diritto comparato*, in *Riv. trim. di diritto pubblico*, 2007.

CASONATO C., *La scienza come parametro interposto di costituzionalità*, in *Rivista AIC*, II, 2016.

CATTANEO E., *Ogni giorno tra scienza e politica*, Milano, 2016.

CATTANEO E., *Fecondazione, Consulta: “No a ricorso su ricerca embrioni”*, intervista in *www.repubblica.it*, 22 marzo 2016.

CAVALIERE S., *La regolamentazione degli organismi geneticamente modificati e il principio di precauzione alla luce della sentenza della Corte di giustizia UE, causa C-111/16*, in *Rivista AIC*, fasc. 1, 2018.

CECCHETTI M., *Criticità della “normazione tecnica” a tutela dell’ambiente nell’ordinamento italiano. Il caso dell’attuazione delle direttive n. 99/31/CE (sulle discariche di rifiuti) e n. 00/53/CE (sui veicoli fuori uso)*, in *Diritto e gestione dell’ambiente*, I, 2003.

CERRI A., *Imparzialità ed indirizzo politico nella pubblica amministrazione*, Padova, 1973.

CERULLI IRELLI V., *Note in tema di discrezionalità amministrativa e sindacato di legittimità*, in *Dir. proc. amm.*, 1984.

CERULLI IRELLI V., *Premesse problematiche allo studio delle «amministrazioni indipendenti»*, in F. BASSI-F. MERUSI (a cura di), *Mercati e amministrazioni indipendenti*, Milano, 1993.

- CERULLI IRELLI V., *La vigilanza «regolamentare»*, in U MORERA-A. NUZZO (a cura di), *La nuova disciplina dell'impresa bancaria*, Milano, 1996.
- CHELI E., *Intervento* in F. PADOA SCHIOPPA (a cura di) *Le autorità indipendenti e il buon funzionamento dei mercati*, Milano, 2002.
- CHELI E., *Scienza, tecnica e diritto: dal modello costituzionale agli indirizzi della giurisprudenza costituzionale*, in *Rivista AIC*, 1/2017.
- CHIEFFI L., *Ricerca scientifica e tutela della persona. Bioetica e garanzie costituzionali*, Napoli, 1993.
- CHIEPPA R., *Tipologie procedimentali e contraddittorio davanti alle Autorità indipendenti*, in www.giustizia-amministrativa.it, intervento al Convegno “Imparzialità e indipendenza delle Authorities nelle recenti dinamiche istituzionali e amministrative”, Roma, Consiglio di Stato, 14 dicembre 2005.
- CHIEPPA R., *Poteri esercitati, procedimento e contraddittorio davanti alle autorità indipendenti*, in R. CHIEPPA-G. P. CIRILLO, *Le autorità amministrative indipendenti*, Padova, 2010.
- CLARICH M., *Garanzia del contraddittorio nel procedimento innanzi alle Autorità amministrative indipendenti*, in www.giustiziainministrativa.it, intervento al Convegno “Le Autorità amministrative indipendenti”, Roma, Consiglio di Stato, 9 maggio 2003.
- CLARICH M., *Le autorità indipendenti nello “spazio regolatorio”: l’ascesa e il declino del modello*, in *Dir. pubbl.*, 2004.
- COCCONI M., *La motivazione degli atti generali delle Autorità indipendenti e la qualità della regolazione*, in *Osservatorio sull’Analisi di Impatto della Regolazione*, aprile 2011.
- COCCONI M., *Garanzie procedurali e atti amministrativi a contenuto generale*, in *Istituzioni del federalismo*, I, 2018.
- COGNETTI S., *Potere amministrativo e principio di precauzione fra discrezionalità tecnica e discrezionalità pura*, in S. COGNETTI-A. CONTIERI-S. LICCIARDELLO-F. MANGANARO-S. PERONGINI-F. SAITTA (a cura di), *Percorsi di diritto amministrativo*, Torino, 2016.

- CORBELLINI G., *Opportunità rischi e fraintendimenti della biotecnologia e dell'ingegneria genetica*, in *Bioetica*, 1/2001.
- CORBELLINI G., *Scienza, quindi democrazia*, Torino, 2011.
- COSSIRI A., *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 *Giur. cost.*, fasc. 2, 2016.
- CUNIBERTI M., *Autorità indipendenti e libertà costituzionali*, Milano, 2007.
- CUNIBERTI M., *Sull'organizzazione del governo tra tecnica e politica*, in G. GRASSO (a cura di), *Il governo tra tecnica e politica*, Napoli, 2016.
- DAHL R., *La democrazia e i suoi critici*, Roma, 1990.
- D'AMICO G., *Scienza e diritto nella prospettiva del giudice delle leggi*, Messina, 2008.
- D'AMICO M., *La decisione della Corte costituzionale fra aspetti di principio e ricadute pratiche. Il punto di vista dei giuristi*, in M. D'AMICO-I. PELLIZZONE (a cura di), *I diritti delle coppie infertili*, Milano, 2010.
- D'AMICO M., *L'incostituzionalità del divieto assoluto della c.d. fecondazione eterologa*, in *Rivista di Biodiritto*, II, 2014.
- D'AMICO M., *La Corte costituzionale chiude la porta agli scienziati in nome della dignità dell'embrione*, in *Rivista di Biodiritto*, II, 2016.
- D'AMICO M., *Scienza e diritti nella giurisprudenza costituzionale*, in Aa.Vv., *Scritti in onore di Gaetano Silvestri*, Torino, 2016.
- D'AMICO M.-ARCONZO G.-LEONE S., *Lezioni di diritto costituzionale*, Milano, 2018.
- DE CESARE G., *L'organizzazione della ricerca scientifica: aspetti problematici ed organizzativi*, in *Riv. it. sc. giur.*, 1969.
- DE LEONARDIS F., *Il principio di precauzione*, in M. Renna-F. Saitta (a cura di), *Studi sui principi del diritto amministrativo*, Milano, 2012.
- DEL GATTO S., *La partecipazione ai procedimenti di regolazione delle autorità indipendenti*, in *Giornale di diritto amm.*, 2009.

- DELLA CANANEA G., *Gli atti amministrativi generali*, Padova, 2000.
- DEMURO G., *La ricerca scientifica e il diritto alla salute*, in *Rivista AIC*, n. 4/2013.
- DE PRETIS D., *Valutazione amministrativa e discrezionalità tecnica*, Verona, 1995.
- DE PRETIS D., *Discrezionalità tecnica e incisività del controllo giurisdizionale*, in *Gior. dir. amm.*, 1999.
- DE ROSA G., *La discrezionalità tecnica: natura e sindacabilità da parte del giudice amministrativo*, in *Dir. proc. amm.*, 2013.
- DESSI N., *Attività ministeriale di regolazione e procedure di consultazione*, in *Rivista della regolazione dei mercati*, I, 2015.
- DI CIOLO V.-CIAURRO L., *Il diritto parlamentare nella teoria e nella pratica. Quarta edizione*, Milano, 2013.
- DI GENIO G., *Il primato della scienza sul diritto (ma non sui diritti) nella fecondazione eterologa*, in *Forum di Quaderni costituzionali*, 2009.
- DONATI F., *I poteri istruttori nel processo costituzionale*, in *Rivista del Gruppo di Pisa*, 2017.
- FEDELE A., *Art. 23*, in G. BRANCA (a cura di), *Commentario della Costituzione*, Bologna, 1978.
- FEDERICO F., *Tutela dell'inquinamento elettromagnetico e amministrazione «precauzionale»*, in *Giornale di diritto amministrativo*, III, 2004.
- FERRARI G. F., *Biotecnologie e diritto costituzionale*, in R. FERRARA-I. M. MARINO (a cura di), *Gli organismi geneticamente modificati. Sicurezza alimentare e tutela dall'ambiente*, Padova, 2003.
- FERRI F., *Corte di giustizia dell'Unione europea e (non) applicazione del principio di precauzione alle misure provvisorie di emergenza in materia di OGM: note sulla sentenza Fidenato*, in *Federalismi.it*, 18 luglio 2018.
- FOIS S., *Principi costituzionali e libera manifestazione del pensiero*, Milano, 1957.

- FONTANA G., *Art. 33*, in BIFULCO R.-CELOTTO A.-OLIVETTI M. (a cura di), *Commentario alla Costituzione*, Torino, 2006.
- FORSTHOFF E., *Lo Stato della società industriale*, a cura di A. MANGIA, Milano, 2011.
- FREDIANI E., *La produzione normativa nella sovranità “orizzontale”*, Pisa, 2010.
- GALASSO G., *Il principio di precauzione nella disciplina degli OGM*, Torino, 2006.
- GALILEI G., *Dialogo sopra i due massimi sistemi del mondo*, a cura di A. BELTRÁN MARÍ, Milano, 2008.
- G. GALILEI, *Il saggiatore*, a cura di L. SOSIO, Milano, 2015.
- GALLO C. E., *La prova nel processo amministrativo*, Milano, 1994.
- GAMBARDELLA F., *Autorità indipendenti, semi-indipendenti e garanzie del contraddittorio (Nota a C. Stato, sez. VI, 11 aprile 2006, n. 2007, Autorità energia elettrica e gas c. Soc. Casakese Amc)*, in *Foro amministrativo – Consiglio di Stato*, 2006.
- GARRI F., *La normazione tecnica in Italia*, in *Foro Amm.*, 1977.
- GEMMA G., *Corte costituzionale e giudizi scientifici del legislatore*, in *Rivista del Gruppo di Pisa*, 2017.
- GIANNINI M. S., *In principio sono le funzioni*, in *Amm. Civ.*, 1955.
- GIANNINI M. S., *Diritto amministrativo*, Milano, 1988.
- GIANNITI L.-LUPO N., *Corso di diritto parlamentare. Terza edizione*, Bologna, 2018.
- GIARDINI F.-MARINI G., *La valutazione di impatto ambientale in Italia: applicazione al caso Expo*, in *Osservatorio AIR*, I, 2018.
- GIGANTE M., *Effetti giuridici nel rapporto tra tecnica e diritto: il caso delle «norme armonizzate»*, in *Riv. Ital. Dir. Pubbl. Comunitario*, 1997.
- GIGANTE M., *Effetti giuridici nel rapporto tra tecnica e diritto: il caso delle «norme armonizzate»*, in *Rivista italiana di diritto pubblico comunitario*, 1997.
- GIUFFRIDA R., *L'evoluzione della politica ambientale comunitaria*, in A. TIZZANO (a cura di), *Il diritto privato dell'Unione europea*, Torino, 2000.

- GIUSEPPE M., *Ricerca scientifica sugli embrioni non impiantabili: non spetta alla Consulta decidere*, in *Diritto & Giustizia*, fasc.18, 2016.
- GOISIS F., *Il canone della full jurisdiction, tra proteiformità e disconoscimento della discrezionalità tecnica come merito. Riflessioni critiche sull'art.7,co.1,d. lgs. 19 gennaio 2017, n. 3*, in *Persona e amministrazione*, II, 2018.
- GOMETZ G., *Le regole tecniche. Una guida refutabile*, Pisa, 2008.
- GRAGNANI A., *Il principio di precauzione come modello di tutela dell'ambiente, dell'uomo, delle generazioni future*, in *Riv. dir. civ.*, 2003.
- GRASSI S.-GRAGNANI A., *Il principio di precauzione nella giurisprudenza costituzionale*, in L. CHIEFFI (a cura di), *Biotecnologie e tutela del valore ambientale*, Torino, 2003.
- GRASSO G., *Le autorità amministrative indipendenti della Repubblica*, Milano, 2006.
- GRISOLIA M. C., *Il ravvicinamento formale/procedurale delle fonti comunitarie e nazionali: la valorizzazione dei meccanismi di partecipazione/ consultazione nell'attività normativa del governo*, in *Osservatoriosullefonti.it*, fasc. 3, 2012.
- GUARINO G., *Sull'utilizzazione di modelli differenziati nell'organizzazione pubblica*, in *Scritti di diritto pubblico dell'economia*, Milano, 1970.
- GUSTON D. H., *Retiring the Social Contract for Science*, in *Issues in Science and Technology*, Summer 2000, http://www.issues.org/issues/16.4/p_guston.htm.
- HACKING I., *Representing and Inventing*, Cambridge, 1983.
- IANNUZZI A., *Poteri istruttori e valutazioni tecnico-scientifiche tra discrezionalità legislativa, autonomia della scienza ed esigenze processuali*, in *Rivista del Gruppo di Pisa*, 2017.
- IANNUZZI A., *Il diritto capovolto*, Napoli, 2018.
- IANNUZZI A., *L'obbligatorietà delle vaccinazioni a giudizio della Corte costituzionale fra rispetto della discrezionalità del legislatore statale e valutazioni medico-statistiche*, in *Consulta online*, I, 2018.
- LABRIOLA S., *Libertà di scienza e promozione della ricerca*, Padova, 1979.

LABRIOLA S., *Le autorità indipendenti. Da fattori evolutivi ad elementi di transazione del diritto pubblico italiano*, Milano, 1999.

LA MEDICA D., *La riserva della legge in materia tributaria*, in *Archivio finanziario*, 1967.

LA SPINA A.-CAVATORTO S., *La consultazione nell'analisi di impatto della regolazione*, Soveria Mannelli, 2001.

LAZZARA P., *Autorità indipendenti e discrezionalità*, Padova, 2002.

LEDDA F., *Potere, Tecnica e sindacato giudiziario sull'amministrazione pubblica*, in *Studi in memoria di Vittorio Bachelet*, Milano, 1987.

LEVI F., *L'attività conoscitiva della pubblica amministrazione*, Torino, 1967.

LIBERALI B., *Problematiche costituzionali nelle scelte procreative. Riflessioni intorno alla fecondazione medicalmente assistita e all'interruzione volontaria di gravidanza*, Milano, 2017.

LIMONE G., *La scienza contemporanea al confronto con le generazioni future*, in L. CHIEFFI (a cura di), *Bioetica e diritti dell'uomo*, Torino, 2000.

LIPPOLIS V., *Indagine conoscitiva*, *Enc. Giur.*, Roma, 1989.

LONGOBARDI N., *Autorità amministrative indipendenti e sistema giuridico-istituzionale*, Torino, 2009.

LUCIANI M., *I fatti e la Corte: sugli accertamenti istruttori del giudice costituzionale nei giudizi sulle leggi*, AA. VV., *Strumenti e tecniche di giudizio della Corte costituzionale*, Milano, 1988.

LUCIFREDI R., *La nuova Costituzione italiana*, Milano 1952.

LUGARESÌ N., *Profili comparatistici della normazione tecnica: l'esperienza francese dell'Afnore*, in AA. VV., *La normativa tecnica industriale*, Bologna, 1995.

LUPO N., *La prima legge annuale di semplificazione: commento alla legge n. 50 del 1999*, Milano, 2000.

MAFFEIS D., *Prometeo incatenato: la redazione non informata, o informata per modo di dire, e l'attenuata vincolatività delle DAT*, in *Resp. Civ. e prev.*, fasc. 5, 2018.

- MAIOCCHI R., *Scienza italiana e razzismo fascista*, Milano, 1999.
- MANETTI M., *Poteri neutrali e Costituzione*, Milano, 1994.
- MANETTI M., *Procreazione assistita: una political question disinnescata*, in *Giur. cost.*, 2009.
- MANFREDI G., *Note sull'attuazione del principio di precauzione in diritto pubblico*, in *Dir. Pubbl.*, 2004.
- MANGIA A., *Tutela della salute e valutazioni tecniche: un limite al regionalismo? Discrezionalità legislativa e valutazioni tecniche*, in L. Violini (a cura di), *Verso il decentramento delle politiche di welfare*, Milano, 2011.
- MARINI L., *Principio di precauzione, sicurezza alimentare e organismi geneticamente modificati nel diritto comunitario*, in *Dir. Un. Eur.*, 1/2004.
- MORRONE A., *Ubi scientia ibi iura*, in *Forum Quad. Cost.*, 11 giugno 2014.
- MARTINES T.-DE CARLO C.-LIPPOLIS V.-MORELLI R., *Diritto parlamentare*, Rimini, 1992.
- MARTINI C., *Il dibattito parlamentare sulla Pma nella XIII e XIV legislatura*, in G. TONINI, *La ricerca e la coscienza. La procreazione assistita tra legge e referendum*, Roma, 2005.
- MARZONA N., *Il potere normativo delle autorità indipendenti*, in C. FRANCHINI-S. CASSESE (a cura di), *I garanti delle regole*, Bologna, 1996.
- MARZUOLI C., *Potere amministrativo e valutazioni tecniche*, Milano, 1985.
- MASSERA A., *“Autonomia” e “indipendenza” nell'amministrazione dello Stato*, in *Scritti in onore di M.S. Giannini*, Milano, 1988.
- MAZZIOTTI F., *Il diritto al lavoro*, Milano, 1956.
- MERLONI F., *Autonomie e libertà nel sistema della ricerca scientifica*, Milano, 1990.
- MERLONI F., *Le attività conoscitive e tecniche delle amministrazioni pubbliche. Profili organizzativi*, in *Dir. pubbl.* 2013.

- MERUSI F., *Democrazia e autorità indipendenti. Un romanzo quasi giallo*, Bologna 2000.
- MERUSI F., *Sentieri interrotti di legalità*, Bologna, 2007.
- MONDOLFO R., *Il pensiero di Galileo e i suoi rapporti con l' antichità e con il Rinascimento*, in *Figure e idee della filosofia del Rinascimento*, Firenze, 1963-1970.
- MORANA D., *La salute nella Costituzione italiana. Profili sistematici*, Milano, 2002.
- MORRIS J., *Defining the Precautionary Principle*, in ID. (a cura di), *Rethinking risk and the precautionary principle*, Elsevier, 2000.
- MORTATI C., *Istituzioni di diritto pubblico*, Padova, 1952.
- MORTATI C., *Discrezionalità*, in *Novissimo Digesto Italiano*, Milano, 1968.
- MURA A., *Rapporti etico-sociali*, in AA. VV., *Commentario della Costituzione a cura di G. Branca*, Milano, 1975.
- NARDOCCI C., *Caso «Stamina»: la Corte rimette ordine nel dialogo tra scienza e diritto*, in *Quaderni costituzionali*, I, 2015.
- NEGROTTI N., *Metodo scientifico e legittimazione della sociologia*, in *Scientia*, settembre-ottobre 1971.
- NICCOLAI S., *I poteri garanti della costituzione e le autorità indipendenti*, Pisa, 1996.
- NIGRO M., *Studi sulla funzione organizzatrice della pubblica amministrazione*, Milano, 1966.
- NIGRO M., *La pubblica amministrazione fra costituzione formale e costituzione materiale*, in *Studi in memoria di V. Bachelet*, Milano, 1987.
- NISTICÒ M., *Le problematiche del potere istruttorio nelle competenze della Corte*, in *Rivista del Gruppo di Pisa*, 2017.
- ORSI BATTAGLINI A., *Libertà scientifica, libertà accademica e valori costituzionali*, in *Nuove dimensioni nei diritti di libertà. Scritti in onore di Paolo Barile*, Padova, 1990.
- OTTAVIANO V., *Giudice ordinario e giudice amministrativo di fronte agli apprezzamenti tecnici della pubblica amministrazione*, in *Riv. trim. dir. e proc. civ.*, 1986.

- PASSARO M., *Le amministrazioni indipendenti*, Torino, 1997.
- PENASA S., *Nuove dimensioni della ragionevolezza? La ragionevolezza scientifica come parametro della discrezionalità legislativa in ambito medico-scientifica*, in *Forum Quad. Cost.*, 16 giugno 2014.
- PENASA S., *La legge della scienza: nuovi paradigmi di disciplina dell'attività medico scientifica. Uno studio comparato in materia di procreazione medicalmente assistita*, Trento, 2015.
- PERFETTI L. R., *L'istruzione nel processo amministrativo e il principio dispositivo*, in *Riv. dir. proc.*, 2015.
- PERLINGERI P., *Commento alla Costituzione italiana*, Napoli, 1997.
- PEZZINI B., *Diritto alla salute e dimensione della discrezionalità nella giurisprudenza costituzionale*, 2 in *Cittadinanza, corti e salute*, IV Convegno nazionale di diritto sanitario e sociosanitario, Genova, 23-24 settembre 2005, Padova 2007.
- PREDIERI A., *Parlamento 75*, in Id. (a cura di), *Il Parlamento nel sistema politico italiano*, Milano, 1975.
- PREDIERI A., *Il nuovo assetto dei mercati finanziari e creditizi nel quadro della concorrenza comunitaria*, Milano, 1992.
- PREDIERI A., *Le norme tecniche nello Stato pluralista e prefederativo*, in *Il diritto dell'economia*, II, 1996.
- PREDIERI A., *L'erompere delle autorità amministrative indipendenti*, Firenze, 1997.
- POPPER K., *Congesture e confutazioni*, a cura di PANCALDI G., Bologna, 1972.
- POTOTSCHNIG U., *Insegnamento (libertà di)*, in *Enc. dir. vol. XXI*, Milano, 1971.
- PUGIOTTO A., *La "concretezza" nel sindacato di costituzionalità: polisemia di un concetto*, in *Jus*, 1994.
- RAGONE G., *Scienza e diritto nell'argomentazione della Corte costituzionale*, in *Rivista del Gruppo di Pisa*, n. 3/2015.

- RAGONE G., *L'Italia e la questione OGM alla luce della recente normativa UE*, in AA. AA., *Ambiente, energia, alimentazione modelli giuridici comparati per lo sviluppo sostenibile*, in www.cesifin.it, Vol. I, Tomo II, 2016.
- RAGONE G., *Valutazioni e fatti scientifici tra ragionevolezza e proporzionalità: brevi note sul ragionamento giuridico della Corte costituzionale e della corte europea dei diritti dell'uomo*, in *Rivista del Gruppo di Pisa*, 2017.
- RAMAJOLI M., *Attività amministrativa e disciplina Antitrust*, 1998.
- RAMAJOLI M., *L'attuale configurazione delle Autorità indipendenti di regolazione dei mercati: la natura giuridica delle funzioni e la tipologia degli atti*, disponibile online in www.giustizia-amministrativa.it, marzo 2019.
- RAVÀ A., *Lezioni di filosofia del diritto. Volume III: Il concetto del diritto*, Padova, 1929.
- ROMBOLI R., *Il giudizio costituzionale incidentale come processo senza parti*, Milano, 1985.
- ROMBOLI R., *Il giudizio di costituzionalità delle leggi in via incidentale*, in AA. VV., *Aggiornamenti in tema di processo costituzionale (2011-2013)*, Torino, 2014.
- ROSSI DAL POZZO F., *Profili comunitari e internazionali della disciplina degli organismi geneticamente modificati*, Milano 2005.
- RUGGERI A., *La "federalizzazione" del diritto fondamentali, all'incrocio tra etica, scienza e diritto*, in *Rivista di diritto dei media*, II, 2018.
- RUSSO P., *Manuale di diritto tributario. Parte generale*, Milano, 2007.
- SALMONI F., *Le norme tecniche*, Milano, 2001.
- DI SALVATORE E., *La tutela della salute e dell'ambiente nel diritto costituzionale e nel diritto comunitario*, con particolare riguardo alla disciplina degli organismi geneticamente modificati, in *Teor. dir. e Stato*, 2008.
- SANDULLI A. M., *Le norme tecniche nell'edilizia*, in *Studi in onore di Pietro Agostino d'Avack*, Milano, 1976.
- SANDULLI A. M., *Manuale di diritto amministrativo*, Napoli, 1989.

- SANTOSUOSSO A., *Libertà di cura e libertà di terapia. La medicina tra razionalità scientifica e soggettività del malato*, Roma, 1998.
- SANTOSUOSSO A.-PINOTTI G., *Il diritto delle corti, la scienza e la tecnica: una tassonomia*, in *BioLaw Journal*, 2017.
- SCHMITT C., *Le categorie del politico*, a cura di MIGLIO G.-SCHIERA P., Bologna, 1972.
- SERENO G., *Il “caso Stamina” all’esame della Corte costituzionale: un esito condivisibile sorretto da una motivazione lacunosa*, in *Osservatorio AIC*, gennaio 2015.
- SIGISMONDI G., *Il sindacato sulle valutazioni tecniche nella pratica delle Corti*, in *Rivista trim. di dir. pubbl.*, II, 705.
- SPAGNUOLO VIGORITA V., *Notazioni sull’istruttoria nel processo amministrativo*, in *Dir. proc. amm.*, 1984.
- SUNSTEIN C. R., *Il diritto della paura*, Bologna, 2010.
- TALLACCHINI M., *The Epistemic State – The Legal Regulation of science*, in C. M. MAZZONI (Ed.), *Ethics of Biological Research*, Dordrecht, 2002.
- TALLACCHINI M., *Politiche della scienza contemporanea: le origini*, in S. RODOTÀ-M. TALLACCHINI (a cura di), *Trattato di biodiritto*, Milano, 2010.
- TEZNER F., *Das freie Ermessen der Verwaltungsbehörden*, Wien, 1924.
- TIBERI G., *La qualità della regolazione in un sistema di governance multilivello tra Unione europea e Stati membri*, in A. NATALINI-G. TIBERI (a cura di), *La tela di Penelope. Primo rapporto Astrid sulla semplificazione legislativa e burocratica*, Bologna, 2010.
- TITOMANLIO R., *Riflessioni sul potere normativo delle autorità amministrative indipendenti fra legalità “sostanziale”, legalità “procedurale” e funzione di regolazione*, in *Nomos*, 2017.
- TOMASI M., *Il diritto alla salute fra comprensione del bisogno e ragioni della scienza: note a margine della «vicenda Stamina»*, in *Rass. dir. pubbl. eur.*, n. 1/2013.
- TORRETTA P., *Qualità della legge e informazione parlamentare. Contributo allo studio dell’indagine conoscitiva nel procedimento legislativo*, Roma, 2007.

TRAVI A., *Il problema generale del sindacato giurisdizionale degli atti delle Autorità indipendenti; il riparto di giurisdizione e il controllo del Consiglio di Stato*, disponibile online in www.giustizia-amministrativa.it, marzo 2019.

TRUCCO L., *Procreazione assistita: la Consulta, questa volta decide (almeno in parte) di decidere*, in *Giur. it.*, 2010.

UVA V., *In Parlamento sale la febbre delle indagini*, in *Il Sole 24 ore*, 25 maggio 2015.

VALLETTA M., *La disciplina delle biotecnologie agroalimentari. Il modello europeo nel contesto globale*, Milano, 2005.

VECA S., *Il metodo e le condizioni dell'oggettività*, in Pietro Rossi (a cura di), *Max Weber e l'analisi del mondo moderno*, Torino, 1981.

VERONESI P., *Le cognizioni scientifiche nella giurisprudenza costituzionale*, in *Quad. cost.*, 2009.

VESPERINI G., *Le funzioni delle autorità amministrative indipendenti*, in *Diritto della banca e del mercato finanziario*, 1990.

VILLATA R., *Considerazioni in tema di istruttoria, procedimento e processo*, in *Dir. proc. amm.*, 1995.

VIOLINI L., *Sui contrasti tra valutazioni giuridiche e valutazioni scientifiche nella qualificazione della fattispecie normativa: la Corte compone il dissidio ma non innova l'approccio*, in *Giur. cost.*, 1998.

VIOLINI L., *La tutela della salute e limiti al potere di legiferare: sull'incostituzionalità di una legge regionale che vieta specifici interventi terapeutici senza adeguata istruttoria tecnico-scientifica*, in *Le Regioni*, 2002.

VENTURI A., *Questioni tecnico-scientifiche e tutela delle posizioni giuridiche*, in *Quad. cost.*, 2006.

VERONESI P., *Le cognizioni scientifiche nella giurisprudenza costituzionale*, in *Quad. cost.*, 3/2009.

VOLPE F., *Discrezionalità tecnica e presupposti dell'atto amministrativo*, in *Dir. amm.*, 2008.

VOLPE F., *Eccesso di potere giurisdizionale e limiti al sindacato della discrezionalità tecnica*, in *Giur. it.*, 2013.

ZAGREBELSKY G., *Processo costituzionale*, in *Enc. dir.*, Milano, 1987.

JASANOFF S., *The essential Parallel Between Science and Democracy*, in *See Magazine*, Febbraio, 17, 2009.

KANT. I., *Fondazione della metafisica dei costumi*, a cura di VIGORELLI A., Milano, 1995.

KUHN T. S., *The Structure of Science Revolutions*, Chicago, 1962.