

La decisione pubblica tra scienza e crisi

Jean-Bernard Auby

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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