

LE DECISIONI PUBBLICHE AI TEMPI DEL CORONAVIRUS: TRA FONDATEZZA SCIENTIFICA, PRINCIPIO DI PRECAUZIONE E TUTELA DEI DIRITTI

*Lavinia Del Corona**
*** 18 marzo 2020 ***

L'emergenza sanitaria provocata dall'epidemia di covid-19, nata in Cina, e poi progressivamente diffusasi nel mondo, ha tutt'altro che lasciato indenne l'Italia.

La drammatica situazione che stiamo vivendo offre moltissimi spunti di riflessione sul piano giuridico. Nel presente contributo si vuole concentrare l'attenzione su di un aspetto in particolare, ossia sulla fondamentale importanza che l'istaurazione di un dialogo con la comunità scientifica per l'assunzione di decisioni pubbliche implicanti valutazioni tecnico-scientifiche ha ai fini della tutela dei diritti fondamentali coinvolti, quale in particolare il diritto alla salute. Ciò anche, e, anzi, ancor di più, nel caso in cui si tratti di decidere su questioni scientifiche nuove e controverse, rispetto alle quali l'incertezza è elevata.

Che il sapere scientifico possa porsi in rapporto di stretta strumentalità rispetto al soddisfacimento e alla tutela di diritti fondamentali è noto, meno chiaro è invece come tale rapporto di strumentalità debba incidere sul modo di procedere e sulla discrezionalità del decisore pubblico.

Si tratta di un tema cui la Corte costituzionale ha negli ultimi anni prestato attenzione, fornendo importanti indicazioni in una serie di sentenze relative a leggi a contenuto tecnico-scientifico. Il riferimento è, in particolare, alla giurisprudenza inaugurata con la sentenza n. 282 del 2002 e poi consolidatasi in successive pronunce, quali le sentenze n. 151 del 2009 e 162 del 2014 in materia di procreazione medicalmente assistita, la sentenza n. 274 del 2014 sul "caso Stamina" e la sentenza n. 5 del 2018 relativa alla legge n. 119 del 2017 (v., *ex multis*, R. Bin, *La Corte e la scienza*, in A. D'Aloia (a cura di), *Bio-tecnologie e valori costituzionali*, Torino, 2005, 1 ss.; A. Mangia, *Tutela della salute e valutazioni tecniche: un limite al regionalismo? Discrezionalità*

* Dottoressa di ricerca in diritto costituzionale, Università degli Studi di Milano. Mail: lavinia.delcorona@unimi.it. Il contributo è stato accettato per la pubblicazione nell'ambito della call *Diritto, diritti ed emergenza ai tempi del Coronavirus*, sul n. 2/2020 di *BioLaw Journal* – Rivista di BioDritto.

legislativa e valutazioni tecniche, in L. Violini (a cura di), *Verso il decentramento delle politiche di welfare*, Milano, 2011, 53 ss.; A. Iannuzzi, *Il diritto capovolto*, Napoli, 2018).

La Corte ha affermato che la natura tecnico-scientifica della valutazione sottesa alla scelta legislativa che incide su diritti fondamentali impone che essa non possa fondarsi sull'esercizio di mera discrezionalità politica, ma, bensì, che in tali casi il legislatore debba provvedere a un accertamento dello stato delle conoscenze scientifiche, possibilmente con l'ausilio di organismi dotati di specifiche competenze tecniche. Dalle sentenze in questione è emersa, inoltre, l'esigenza che all'accertamento dello stato delle conoscenze scientifiche segua l'adozione di scelte legislative coerenti con le risultanze dello stesso, oltre che lo svolgimento di un'opera di periodico aggiornamento, di pari passo con l'evolversi del sapere scientifico. Di qui il sorgere in dottrina dell'idea della scienza come "limite" alla discrezionalità legislativa (si v. C. Casonato, *La scienza come parametro interposto di costituzionalità*, in *Rivista AIC*, II, 2016).

Quanto alle caratteristiche che dovrebbero connotare l'attività di accertamento, si vuole qui porre in evidenza come, posto che tale accertamento è reso necessario dallo stretto nesso di strumentalità spesso sussistente tra scienza e tutela dei diritti, pare anzitutto imprescindibile che quelle che sono le caratteristiche proprie del sapere scientifico e, in particolare, del metodo scientifico, siano debitamente prese in considerazione.

L'incertezza e la relatività del sapere scientifico, il suo procedere tramite dimostrazioni e confutazioni, dovrebbero dunque essere elementi non trascurabili dal decisore politico.

Sono aspetti che rendono essenziale l'ascolto di più voci, tramite l'istituzione di un serio contraddittorio tra esperti, in cui siano rispecchiate in modo fedele le posizioni presenti della comunità scientifica: è infatti il raffronto delle evidenze scientifiche a poter privare di forza persuasiva tesi che non hanno un valido fondamento empirico.

Tali considerazioni valgono rispetto al potere legislativo, ma, più in generale, parrebbero dover valere rispetto a ogni di potere normativo implicante l'esercizio di discrezionalità tecnica, e, quindi, anche rispetto al potere normativo del Governo.

È, dunque, da salutarsi con favore il fatto che sin dalle prime fasi, quando ancora l'epidemia risultava localizzata solo in Cina, e poi sempre più con il successivo estendersi delle aree interessate, il Governo abbia deciso di avvalersi per la gestione della crisi dell'ausilio di un comitato tecnico scientifico, composto da rappresentanti di importanti organismi scientifici, dotati delle competenze necessarie per fornire un quadro completo dei dati disponibili presso la comunità scientifica e delle tesi presenti nella stessa.

Nell'emergenza si è quindi tenuto conto dell'esigenza che rispetto a scelte, anche se urgenti, involgenti questioni tecnico-scientifiche la decisione pubblica sia legittimata dal previo svolgimento di una seria attività di accertamento delle conoscenze scientifiche, con l'ausilio di organismi indipendenti, composti da soggetti dotati di elevata competenza tecnica. Un'esigenza sempre presente quando si tratta di assumere decisioni pubbliche che presuppongono valutazioni tecnico-scientifiche, ma spesso trascurata, tanto dal Parlamento che dal potere esecutivo.

Non si tratterebbe di delegare *in toto* la decisione, e la relativa responsabilità, ai tecnici ma, piuttosto, di instaurare un dialogo con essi che garantisca la fondatezza scientifica della decisione politica.

Ciò posto, bisogna tuttavia evidenziare che, nell'ambito della presente emergenza sanitaria, si siano registrati anche episodi chiaramente indicativi di come una non corretta gestione del complesso rapporto tra scienza e potere pubblico possa fortemente mettere a repentaglio i diritti fondamentali coinvolti. Non sono in particolare mancate forme di sfruttamento dell'incertezza che è propria del sapere scientifico e della fisiologica presenza di divergenze tra gli esperti come mezzo per dare parvenza scientifica a posizioni nella sostanza fondate esclusivamente su ragioni di tipo non scientifico.

Basti pensare a come esponenti politici e amministratori locali, facendo esplicito o implicito riferimento alle opinioni espresse da alcuni esperti del settore circa la scarsa letalità del covid-19, abbiano, nelle fasi iniziali, e quindi più cruciali, dell'epidemia in Italia avallato una sostanziale equiparazione quanto a pericolosità per la salute pubblica del nuovo coronavirus a una "normale influenza stagionale" e invitato i cittadini al mantenimento delle loro consuete abitudini di vita.

Fermo restando che quello in questione è un virus nuovo, rispetto a molte delle cui caratteristiche sussistono ancora incertezze, bisogna considerare che, quando il primo caso di contagio è stato accertato in Italia, una considerevole quantità di dati sulle sue modalità di diffusione e i suoi effetti, alla luce in particolare dell'esperienza cinese, era già disponibile. Effettivamente da tali dati emergeva una letalità del virus non elevatissima in termini relativi, e non lontanissima da quella normalmente associata all'influenza stagionale. Ma allo stesso tempo dai dati emergeva chiaramente anche come in termini assoluti la differenza tra i due fenomeni fosse considerevole, a causa di una serie di fattori, primo fra tutti la maggior capacità e rapidità di diffusione del covid-19. In particolare, era chiaro alla stragrande maggioranza della

comunità scientifica che una diffusione incontrollata del covid-19 potesse essere in grado, a differenza di una normale influenza, di mettere in ginocchio il sistema sanitario nazionale.

Senza voler in questa sede indagare le ragioni, e soprattutto la consapevolezza o meno dell'operazione compiuta, pare da evidenziarsi però come si sia assistito all'utilizzo di dati statistici incompleti e totalmente travisati nel loro significato al fine di giustificare scientificamente un certo tipo di approccio all'epidemia, altrimenti giustificabile esclusivamente dalla volontà di evitare le ripercussioni negative che misure preventive avrebbero nell'immediato avuto sulla produttività e sull'economia delle zone interessate dall'epidemia.

Si tratta peraltro di una tendenza che si è registrata forse in modo ancor più evidente anche in altri Paesi, dove, pur alla luce del drammatico peggiorare della situazione italiana, la tesi per cui il covid-19 sarebbe paragonabile a una normale influenza è stata sostenuta addirittura da alte cariche istituzionali, al fine di giustificare un approccio tutt'altro che precauzionale al fenomeno.

Si tratta di episodi che aiutano a rendere ancor più chiaro come l'istaurazione di un confronto tra gli esperti, e la pubblicità dello stesso, sia uno strumento imprescindibile per la tutela dei diritti incisi da scelte pubbliche *science-based*, in quanto atto ad evitare che la decisione pubblica possa essere adottata sulla base di tesi apparentemente fondate ma in realtà confutate dalla comunità scientifica e che i dati scientifici possano non essere compresi, o volutamente travisati, del potere politico.

L'emergenza sanitaria sembra inoltre aver messo a nudo tutta la debolezza, già in passato evidenziata in dottrina, del principio di precauzione come "regola per decidere".

Per quanto riguarda il caso italiano, ha stupito in particolare che l'approccio prettamente precauzionale al fenomeno sia stato abbandonato proprio nel momento in cui il rischio di un'epidemia nel Paese si è fatto da possibile ad altamente probabile, ossia quando è stata accertata la sussistenza di focolai in alcuni territori del nord d'Italia.

Il Governo si è da subito attivato, con l'ausilio del comitato tecnico, per porre in essere misure di contenimento, ma queste sono parse più ispirate a una logica di eliminazione dei rischi certi piuttosto che al principio di precauzione propriamente inteso, che avrebbe invece imposto l'adozione di misure volte all'azzeramento dei rischi anche solo probabili.

Solo quando il rischio di una consistente diffusione del virus sull'intero territorio nazionale e del conseguente collasso del sistema sanitario è passato dall'essere probabile all'essere sostanzialmente certo, si è avuta l'introduzione di misure decisamente restrittive anche fuori

dalle originarie “zone rosse”.

Ma ciò che stupisce ancor di più è che, nonostante l’esperienza italiana, un approccio non precauzionale, se non, in alcuni casi, addirittura di negazione del pericolo, si sia registrato in molti Paesi in cui l’epidemia è arrivata con qualche giorno o settimana di ritardo rispetto all’Italia.

L’attuale emergenza sanitaria pare quindi essere stata ulteriore conferma della scarsa coerenza con cui il principio di precauzione è invocato da chi assume decisioni pubbliche: la portata precettiva del principio come “regola per decidere” risulta talvolta richiamata per legittimare misure restrittive, in nome della necessità di tutelare la salute avverso rischi anche se incerti, o addirittura anche se solo congetturali – si pensi ad esempio all’approccio di molti paesi europei in tema di OGM –, ma al contempo viene spesso del tutto trascurata in altri casi, specie allorché la precauzione non risulti in linea con interessi di tipo economico.

Sarebbe forse allora auspicabile, come prospettato da parte della dottrina (in tal senso S. Bartolommei, *Sul principio di precauzione: norma assoluta o regola procedurale?*, in *Bioetica. Rivista interdisciplinare*, II, 2001; C.R. Sunstein, *Il diritto della paura*, Bologna, 2010; F. De Leonardis, *Il principio di precauzione*, in M. Renna-F. Saitta (a cura di), *Studi sui principi del diritto amministrativo*, Milano, 2012), un abbandono del principio di precauzione inteso “in senso forte”, come “regola per decidere”, e che ci si concentri piuttosto sulla ragionevolezza del contemperamento tra interessi di volta in volta operato.

Il principio potrebbe mantenere rilevanza “in senso debole”, come principio che impone la considerazione anche del rischio non certo, ma probabile, nell’ambito del bilanciamento tra interessi. Così inteso, il principio varrebbe come “regola per procedere”, che impone non tanto un dovere assoluto di avversione al rischio ma, piuttosto, che nelle situazioni di incertezza scientifica sia data particolare rilevanza alla fase istruttoria che precede la decisione, in quanto necessaria per accertare quali siano i rischi, anche solo probabili, da tenersi in considerazione nel bilanciamento.

In quest’ottica, nel caso in questione si potrebbe dire che il Governo, pur avendo svolto un’attività istruttoria volta alla puntuale individuazione dei rischi, e pur essendosi dunque mosso nel rispetto del principio di precauzione “in senso procedurale”, abbia però poi effettuato, almeno inizialmente, un bilanciamento tra gli interessi in gioco non del tutto ragionevole.

La scelta di non adottare *ab initio* misure idonee all’eliminazione di qualsiasi rischio, anche non certo, di diffusione a livello nazionale del virus – evidentemente effettuata nella speranza di

poter limitare il danno economico – avrebbe infatti in realtà solo apparentemente tutelato gli interessi economici del Paese: si è poi compreso a caro prezzo che il conflitto tra tutela della salute pubblica e tutela dell'economia non era sussistente, avendo infatti la diffusione del virus a livello nazionale reso successivamente necessarie misure di contenimento ben più gravose di quelle che originariamente si sono volute evitare.

In altre parole, si potevano prevedere i rischi che una diffusione del contagio poteva comportare, oltre che per la salute, anche per l'economia, posto che nel nostro ordinamento l'inazione dinanzi al dilagare dell'epidemia non sarebbe, fortunatamente, un'opzione contemplabile: una totale compromissione del bene salute per la tutela di interessi economici contrasterebbe infatti nettamente con i fondamentali principi che regolano il bilanciamento tra diritti (si veda Corte cost., n. 58 del 2018, sul caso Ilva).

Desti grande preoccupazione che le dichiarazioni recentemente rese dal primo ministro inglese – il quale ha espressamente affermato di non essere intenzionato ad adottare misure particolari per il contenimento del contagio in corso nel Regno Unito – si siano invece poste in netto contrasto con suddetto fondamentale principio in tema di bilanciamento tra diritti.

La linea di azione – o inazione – prospettata si fonderebbe sulla tesi di un consigliere scientifico del governo, secondo cui sarebbe necessario che almeno il 60% della popolazione inglese contraesse l'infezione, perché solo in tal modo si svilupperebbe un'“immunità di gregge” atta a garantire la definitiva uscita del Paese dall'emergenza e a precludere l'insorgere di una nuova epidemia di covid-19 nei prossimi anni.

È stato osservato come tale strategia poggerrebbe su presupposti scientifici tutt'altro che certi, ma, anzi, ampiamente criticati dalla maggioranza della comunità scientifica. E, soprattutto, come si tratti di una scelta che implica un'inquietante accettazione da parte del Governo inglese del rischio sostanzialmente certo – ossia la morte di un ingente numero di persone, ottimisticamente circa 400.000 – in quanto necessario per scongiurare un rischio invece altamente incerto – in particolare, che il virus si possa ripresentare in modo identico l'anno prossimo e che nel frattempo non sopraggiunga un vaccino efficace.

Pare chiaro che a fondamento di una scelta di tal tipo non vi sia, come pur maldestramente si è cercato di far intendere, la ricerca della miglior strada per tutelare la salute pubblica, ma al contrario l'intento di non “sprecare” risorse pubbliche per il contenimento dei contagi e non compromettere la produttività del Paese.

Un misto dunque tra infondatezza scientifica e inosservanza delle più basilari regole in tema

contemperamento tra diritti.