Essays

La legge tra sapere scientifico e decisione politica. Per uno statuto costituzionale della «legalità epistemica»

Daniele Vitale*

LAW BETWEEN SCIENTIFIC KNOWLEDGE AND POLITICAL DECISION-MAKING: TOWARDS A CONSTITUTIONAL STATUS OF «EPISTEMIC LEGALITY»

ABSTRACT: This essay develops «epistemic legality» as the form constitutional legality assumes when the legislative command depends on fallible, contested knowledge the political will cannot produce. From the constitutional triangle of Articles 3, 32 and 97 it derives a «constitutional reserve of method», articulated in three canons: transparency of premises, minimal proceduralisation of expertise, and adaptivity of the rule. Categorial rather than parametric, distinct from scientific reasonableness, the category identifies a third axis of review, the *quibus*, beside the *quid* and the *quomodo*, capturing two proper vices, opacity of the premise and dynamic disproportion, so that error remains distinguishable from arbitrariness.

KEYWORDS: epistemic legality; constitutional reserve of method; scientific premises of legislation; constitutional review; technical discretion.

ABSTRACT: Il contributo ricostruisce la «legalità epistemica» come la forma che la legalità costituzionale assume quando il comando legislativo dipende da un sapere fallibile e controverso, che la volontà politica non produce. Dal triangolo degli artt. 3, 32 e 97 Cost. ricava una «riserva costituzionale di metodo», articolata in tre canoni: trasparenza delle premesse, procedimentalizzazione minima dell'*expertise* e adattività della regola. Categoriale, non parametrica, distinta dalla «ragionevolezza scientifica», la categoria individua un terzo asse del sindacato, il *quibus*, accanto al *quid* e al *quomodo*, intercettando due vizi propri, l'opacità della premessa e la sproporzione dinamica, sì che l'errore resti distinguibile dall'arbitrio.

PAROLE CHIAVE: legalità epistemica; riserva costituzionale di metodo; premesse scientifiche della legge; sindacato di costituzionalità; discrezionalità tecnica.

SOMMARIO: 1. «Dal fatto alla fattispecie». Il ruolo della scienza come questione costituzionale – 2. Il reticolato costituzionale delle premesse normative – 3. La funzione legislativa fra scienza e politica. Una teoria della «legalità epistemica» – 4. Il sindacato sulle premesse scientifiche fra processo e amministrazione – 5. La Costituzione di fronte al sapere. La responsabilità epistemica del potere pubblico.

* *Professore a contratto di Istituzioni di diritto pubblico, Università degli Studi di Napoli Federico II. Mail: daniele.vitale@unina.it.* *Contributo sottoposto a doppio referaggio anonimo.*

Downloaded from https://teseo.unitn.it/biolaw ISSN 2284-4503

Essays

1. «Dal fatto alla fattispecie». Il ruolo della scienza come questione costituzionale

Nella fase attuale del costituzionalismo la nota (e ambigua) formula della «crisi della legge» non sembra più esaurirsi nella trama della tensione tra la generalità del precetto, la pluralità sociale e il mutamento storico, assumendo una propria più peculiare consistenza teorica ogni qualvolta l'atto legislativo venga chiamato a governare realtà la cui intelligibilità dipende da premesse conoscitive mobili, controverse e strutturalmente rivedibili[1].

In simili circostanze la legge non deve, per la sua natura ordinante, cessare di esser decisione o perdere la propria collocazione nel circuito democratico, pur mutando la struttura della propria giustificazione. Il comando legislativo, difatti, non può più presentarsi quale prescrizione astratta e autosufficiente nell'intera sfera del giuridico, dovendo sempre più spesso misurarsi con nessi causali, con giudizi prognostici, con valutazioni di rischio e, finanche, con criteri di appropriatezza che l'investitura rappresentativa, da sé stessa, non può produrre. La questione del ruolo della scienza non sta nella «apertura» del diritto a quest'ultima, come se il primo fosse ordinamento chiuso e la seconda un materiale esterno da importare, bensì nella configurazione costituzionale del rapporto fra potere, sapere e legalità, laddove l'effettività della tutela dipende dal modo in cui la premessa scientifica viene assunta, selezionata e resa pubblicamente controllabile[2].

La portata del problema si coglie nei settori in cui diritti qualificabili come «fondamentali»[3], quali la tutela della salute e la salvaguardia ambientale, sono fisiologicamente esposti alla mediazione di saperi tecnici, protocolli scientifici, valutazioni probabilistiche e acquisizioni sperimentali. È in tale sede, invero, che la questione dei rapporti fra diritto e scienza si radicalizza, imponendo di stabilire che cosa resti della legalità quando il comando dipende da premesse che la politica non può produrre per via «democratica» e che, tuttavia, non può recepire come «verità a-critica».

La dimensione politica e «assiologica» della decisione dev'essere affidata alla responsabilità del legislatore, mentre quella cognitiva del presupposto impone un diverso regime di giustificazione, sicché il circuito democratico, pur potendo scegliere fini, priorità e sacrifici, non può creare la consistenza del fatto.

---

[1] Sul nesso genetico fra il diritto e la stabilizzazione del fatto, F. CARNELUTTI, *La crisi della legge*, in *Rivista di diritto pubblico*, 1930, 424, secondo cui «il diritto è nato per cristallizzare in fattispecie le situazioni umane, rendendole certe e stabili». Come attentamente posto in luce da L. LONGHI, *La certezza del diritto oggi tra sovranità legislativa e democrazia giurisdizionale*, in *Nomos*, 1, 2019, 7, questa «cristallizzazione» trova attualmente il suo regime di operatività «nella prospettiva della "provvisorietà" a cui la realtà – sociale, economica, tecnica, bioetica, giuridica – costantemente costringe la legge».

[2] Nella riflessione che verrà operata, è d'uopo evidenziare, la crisi della legge è interpretata secondo l'idea che essa impone agli atti legislativi il mutamento della propria «struttura di giustificazione», più che come immagine della decadenza secondo la più diffusa espressione. Sulla perdita di autosufficienza giustificativa della legge, *amplius*, F. MODUGNO, *Appunti dalle lezioni sulle fonti del diritto*, Torino, 2005, 31 ss.

[3] Sulla qualificazione e riconoscimento di questi diritti, a titolo rappresentativo, A. PACE, *Problematica delle libertà costituzionali. Parte generale*, Padova, 2003, 27 ss., il quale riconduce la «fondamentalità», in senso amplio, all'idoneità dei diritti a integrare il contenuto minimo essenziale della persona. In direzione affine, mostrando la presa operativa della scienza su questa tipologia di posizioni soggettive, P. VERONESI, *Il corpo e la Costituzione*, Milano, 2007, 235 ss. Al netto di pur utili classificazioni dogmatiche, ai fini del presente discorso, la qualificazione si ritiene operi come criterio di intensità: quanto più la posizione soggettiva protetta è «fondamentale», tanto più la qualità della premessa scientifica ne condiziona l'effettività, e tanto meno l'ordinamento può disinteressarsi del modo in cui quella premessa è costruita.

Downloaded from https://teseo.unitn.it/biolaw
ISSN 2284-4503

La distinzione fra la «validità» degli enunciati normativi e la «verità» delle premesse fattuali, necessaria sul piano teorico, non basta tuttavia a neutralizzare il problema. È esatto che la validità della norma non si deduce dalla verità del sapere che la sorregge, in quanto la scienza non è fonte del diritto, né conferisce all'enunciato una legittimazione esterna, ma la distinzione decide meno di quanto prometta poiché lavora su un solo piano – il fondamento dell'obbligatorietà del comando, cioè la sua imputazione a una fonte competente secondo le regole di riconoscimento del sistema – e su quel piano il suo rendimento resta intatto[4].

Il costituzionalismo contemporaneo vincola anche un profilo ulteriore che quella distinzione non raggiunge, vale a dire la giustificazione dell'esercizio del potere, la quale non si esaurisce nella regolarità dell'investitura e nemmeno nella correttezza formale del procedimento. Ed è qui che la qualità della premessa acquista un suo rilievo giuridico poiché nello Stato costituzionale la legittimazione del potere non può restare indifferente al modo in cui esso costruisce, seleziona, ordina e rende pubblico il sapere posto a fondamento del comando[5]. Quando la disciplina governa «relazioni causali» che incidono su diritti fondamentali, l'opacità della premessa cessa di essere un limite conoscitivo e diventa difetto di legalità, perché sottrae alla critica la catena inferenziale che lega il presupposto al precetto e degrada così la discrezionalità in arbitrio. La legalità, su questa soglia, non muta perché vi si aggiunga un parametro nuovo, ma perché se ne rende esplicito uno già implicito nella struttura razionale dell'autorità normativa.

Il diritto, del resto, non incontra mai il «fatto» in forma bruta o naturalisticamente disponibile, ma lo costruisce, trattando fatti già selezionati, qualificati e resi «significativi» entro categorie normative, assiologiche e istituzionali. L'epistemologia giuridica di matrice costruttivistica ha dimostrato questo assunto nella misura in cui tale teorizzazione concepisce l'ordinamento quale «soggetto epistemico» autonomo che non riceve la realtà sociale, ma la ricostruisce secondo i propri codici, donde il corollario per cui il fatto giuridicamente rilevante è sempre un enunciato selezionato dalla norma, giammai un dato preesistente alla qualificazione.

Detto altrimenti, il fatto entra così nel circuito giuridico come «fatto-per-il-diritto», ossia come esito di una costruzione discorsiva che ne fissa la rilevanza, lo traduce in fattispecie, lo espone all'argomentazione e lo sottopone al controllo[6]. La premessa scientifica non può, perciò, essere un antecedente esterno del

[4] La nozione di regole di riconoscimento, evocata nel testo, corrisponde alla ben nota definizione di H.L.A. HART, *The Concept of Law*, Oxford, 1994, spec. cap. VI.

[5] La saldatura fra teoria generale e dogmatica costituzionale corre, in questo crinale, lungo il concetto di giustificazione di secondo grado, come osservato in N. MACCORMICK, *Legal Reasoning and Legal Theory*, Oxford, 1978, 100 ss., il quale riferisce la «*second-order justification*» alla scelta fra le premesse rivali e alla sua tenuta argomentativa. Sul punto, M. SOPIŃSKI, *Neil MacCormick's Theory of Legal Reasoning and Its Evolution*, in *Archiwum Filozof Prawa i Filozofii Społecznej*, 1, 2019, 63 ss., che estende l'impianto dal giudice al legislatore, ponendo in luce come nello Stato costituzionale la giustificazione del comando riposi sulla qualità «pubblicamente controllabile» delle premesse fattuali assunte. Sul versante della teoria dell'autorità, J. RAZ, *The Authority of Law. Essays on Law and Morality*, Oxford, 1979, 28 ss., secondo cui se l'autorità si legittima in quanto media ragioni pratiche, la qualità delle premesse mediate non è esterna alla legittimazione, ma ne è una condizione interna.

[6] La matrice teorica della costruzione giuridica del fatto è duplice. Sul versante sistemico-costruttivistico, G. TEUBNER, *How the Law Thinks: Toward a Constructivist Epistemology of Law*, in *Law & Society Review*, 5, 1989, 727 ss., per il quale il diritto opera come soggetto epistemico autonomo che non riceve la realtà sociale ma la ricostruisce secondo i propri codici. Sul versante della teoria della prova, M. TARUFFO, *La prova dei fatti giuridici*, Milano, 1992, per il quale il fatto giuridicamente rilevante è sempre un enunciato selezionato dalla norma, non dato preesistente alla qualificazione. Gli sviluppi della dottrina più recente ne traggono la formula impiegata nel testo: a titolo esemplificativo,

Downloaded from https://teseo.unitn.it/biolaw ISSN 2284-4503

comando, bensì deve partecipare anch'essa della giustificazione normativa in quanto condiziona la configurazione della fattispecie, la plausibilità del nesso mezzo-fine e l'effettività della tutela, discendendo da tale assunto due riduzioni speculari da evitare, ovvero che il sapere scientifico si imponga al diritto quale verità autoevidente e che la legge disponga del fatto come di un materiale interamente rimesso alla volontà politica[7].

Così intesa, la premessa scientifica della legge non è ogni dato tecnico richiamato dal legislatore, bensì l'insieme di enunciati che incide in modo determinante sulla costruzione della disciplina e sulla sua giustificabilità costituzionale. La scienza non entra nel diritto quale contesto culturale o, comunque, fondamento esterno della validità, ma come quella «condizione di intelligibilità» della decisione pubblica, da essa dipendendo, a titolo esemplificativo, la definizione del rischio, l'individuazione dei destinatari, la proporzione del sacrificio imposto e la possibilità effettiva di realizzare il bene protetto. La domanda pertinente sul ruolo della scienza non è se la legge debba «seguirla», ma come l'ordinamento disciplini il passaggio dal sapere alla decisione, evitando che il sapere divenga argomento d'autorità e la decisione pura asserzione di comando[8].

La scienza assume i connotati di questione costituzionale non per una sua pretesa superiorità epistemica, ma perché il sapere prodotto dalle scienze, quando è assunto a fondamento della legge, esige la modifica della struttura di legalità entro cui il potere deve giustificarsi. La dimensione conoscitiva del decidere ha, infatti, una consistenza diversa da quella istituzionale-assiologica, cosicché la politica, pur conservando la scelta dei fini, non può elevare a presupposto giuridico un dato cognitivo che non sia stato almeno reso ricostruibile e criticabile.

In questa accezione può essere intesa la formulazione diffusa della «materia non democratica» che designa il segmento conoscitivo della decisione sottratto alla validazione per maggioranza e non una suggestione tecnocratica. Essa non sottrae alla democrazia la scelta dei fini e dei mezzi, ma le impedisce di costruire per atto di volontà ciò che è prodotto altrove, né apre alcuna deriva epistocratica, poiché la competenza superiore non fonda, da sola, un titolo a decidere per gli altri. Il problema costituzionale non

---

A. CONTINIELLO, F. MAZZA, *Law without law. Epistemologia giuridica e conclusioni aporetiche*, in *Giurisprudenza Penale Web*, 2, 2021, secondo cui «la norma traduce il fatto in fattispecie e quest'ultima, affidata alla razionalità dell'argomentazione, seleziona la realtà giuridica». Dall'impianto costruttivistico discende l'aporia su cui il contributo muove e individua la traiettoria ermeneutica, ovverosia la circostanza per cui, se il diritto costruisce il proprio fatto, la qualità di tale costruzione non può restare giuridicamente indifferente.

[7] I due poli della riduzione sono stati indagati dalla dottrina costituzionalistica soprattutto separatamente: per il quadro dei rapporti fra scienza, tecnica e Costituzione, *ex multis*, E. CHELI, *Scienza, tecnica e diritto: dal modello costituzionale agli indirizzi della giurisprudenza costituzionale*, in *Rivista AIC*, 3, 2018, 1 ss.; P. VERONESI, *La scienza secondo la Costituzione italiana (e le sue applicazioni)*, in *Costituzionalismo.it*, 3, 2017, 1 ss. Resta in ombra, in tale letteratura, la struttura del passaggio fra i due poli – il modo in cui il sapere diviene premessa del comando – e su di essa si concentra la categoria qui proposta.

[8] In questi termini, V. BALDINI, *L'apporto della scienza nelle decisioni razionali dello Stato costituzionale di diritto*, in *Dirittifondamentali.it*, 1, 2018, 15 ss., secondo cui «la razionalità dell'atto pubblico non si misuri sulla scienza recepita, ma sulla qualità del procedimento di assunzione del sapere e sulla sua argomentabilità di fronte alla critica pubblica». In una cornice teorico-generale, come posto in evidenza da L.J. WINTGENS, *Legisprudence as a New Theory of Legislation*, in *Ratio Juris*, 1, 2006, 134, «*on freedom as principium, any external limitation of freedom must be justified. This amounts to a justification on grounds of "alternativity"*». La razionalità del legislatore, in questa prospettiva non si presume, ma deve emergere dagli atti e dalle ragioni che la sorreggono, essendo oggetto della giustificazione non la scienza in sé, ma l'atto con cui il potere la assume, ovverosia la legge e le fonti ad essa subordinate.

Downloaded from https://teseo.unitn.it/biolaw ISSN 2284-4503

è, dunque, mai riducibile alla domanda aporetica sul chi sappia di più, ma come il sapere entri nel circuito della decisione legittima[9].

In questo crinale si colloca il presente contributo che propone una ricostruzione dello statuto costituzionale delle premesse scientifiche della legge muovendo dall'opinione teoretica per cui il confronto con le scienze non diminuisce il tono della legalità costituzionale, ma rende ad essa necessaria una qualificazione più intensa. L'indagine procede su un doppio registro, traendo dalla teoria generale del diritto le sue categorie strumentali – la giustificazione dell'autorità, la struttura di secondo grado della motivazione, l'epistemologia della costruzione del fatto – e dalla dogmatica costituzionale i parametri e le tecniche del sindacato entro cui tali strumenti operano. La categoria della «legalità epistemica» che si vuol perimetrare appartiene a entrambi i campi e in nessuno dei due, da sola, potrebbe essere costruita, poiché nomina la forma che la legalità assume quando il potere pubblico decide attraverso premesse cognitive non interamente disponibili alla volontà sovrana. La scienza ne è oggi il caso paradigmatico, ma il problema ha portata più ampia, perché ovunque la decisione si fondi su un sapere fallibile – dalle valutazioni di rischio alla regolazione algoritmica, dalle decisioni economiche sistemiche alle infrastrutture computazionali del decidere – la legalità non si riduce alla conformità del precetto alla fonte e alla validità formale del procedimento, dipendendo la giustificabilità del comando anche dal modo in cui il potere assume ciò che non produce[10].

Il lessico dottrinale disponibile mostra il proprio limite quando lo si consideri nel suo insieme, poiché ciascuna formulazione – come, ad esempio, quelle di «riserva di scienza», «parametro interposto», «sussidiarietà scientifica» – illumina un segmento della trasformazione senza, però, raccogliere in una figura unitaria il problema del metodo con cui la premessa scientifica entra nella legge[11]. È da questa osservazione che muovono le sezioni seguenti, in una progressione che va dalla fondazione costituzionale del problema alla costruzione teorica della categoria e, da questa, alla sua verifica istituzionale e al suo esito sistematico, ossia a un terzo asse del controllo costituzionale, relativo alle premesse del comando.

---

[9] Per la formula utilizzata, U. ADAMO, *Materia «non democratica» e ragionevolezza della legge. Una chiave di lettura della giurisprudenza costituzionale in tema di scienza e valori*, in *Consulta Online*, 1, 2018, 296 ss., il quale osserva che «non tutto può essere deciso per alzata di mano o attraverso il consenso popolare; ad esempio, non si decide per maggioranza l'esistenza del bosone di Higgs o l'efficacia di un vaccino». Il rovescio della formula, ossia la circostanza che la competenza non può fondare titolo a comandare, trova l'elaborazione teorica più rigorosa in D.M. ESTLUND, *Democratic Authority. A Philosophical Framework*, Princeton, 2008, 13 ss., con la critica della «*expert/boss fallacy*», condensata nell'interrogativo «*You might be right, but who made you boss?*». Dalla verità del giudizio non discende alcuna autorità di chi lo formula.

[10] L'enunciazione completa delle tre torsioni – sulla teoria della legalità, della giustificazione e della costituzione, con la triade *quid/quomodo/quibus* – trova la propria sede nella parte conclusiva, dopo che la ricostruzione giurisprudenziale e la verifica istituzionale ne avranno costruito il carico probatorio: l'anticipazione qui formulata vale come promessa argomentativa, non come tesi già dimostrata.

[11] Le tre formule hanno ciascuna una sede dottrinale precisa. Per la «riserva di scienza» come sintomo del problema più che come soluzione, C. CASONATO, *La scienza come parametro interposto di costituzionalità*, in *Rivista AIC*, 2, 2016, 1 ss.; per il «fattore scientifico» quale oggetto, strumento e soggetto della regolazione, L. BUSATTA, *Tra scienza e norma: il fattore scientifico come oggetto, strumento e soggetto della regolazione*, in *Costituzionalismo.it*, 1, 2021, 132 ss.; per la «riserva di legge relativa necessaria», E. CASTORINA, *Scienza, tecnica e diritto costituzionale*, in *Rivista AIC*, 4, 2015, 39 ss. L'efficacia diagnostica di queste formule non equivale, però, a una teoria del metodo in quanto ciascuna di esse nomina un aspetto del rapporto fra scienza e fonte, ma non tematizza, integralmente, la struttura costituzionale del modo in cui la premessa entra nella legge.

Downloaded from https://teseo.unitn.it/biolaw ISSN 2284-4503

2. Il reticolato costituzionale delle premesse normative

Il punto primario da cui occorre muovere è l'osservazione pacifica per cui la Costituzione italiana non «assorbe» la scienza né come sua fonte (normativa) né come un criterio autosufficiente di validazione della decisione pubblica, ma le assegna uno statuto complesso nel quale promozione e libertà si sorreggono a vicenda poiché la ricerca è riconosciuta costituzionalmente come bene pubblico senza che tale identificazione autorizzi alcuna istituzionalizzazione del vero.

L'intreccio fra gli artt. 9 e 33 Cost. non si offre quale accostamento occasionale, bensì è indice di una scelta di sistema in quanto la Repubblica promuove lo sviluppo della cultura e della ricerca scientifica e tecnica esclusivamente entro un orizzonte di pluralismo etico-giuridico nel quale la libertà della scienza e del suo insegnamento preclude, già sul piano costituzionale, la costruzione di una ipotetica «scienza ufficiale». Promuovere la ricerca – da parte dei soggetti costitutivi della Repubblica – non significa la possibilità di una sua appropriazione, così come garantirne la libertà non significa disinteressarsi delle condizioni istituzionali che sostanziano la conoscenza[12].

La tradizione dello «Stato di cultura» conserva in questa traiettoria una sua utilità, nella misura in cui essa mantiene la sua estraneità ad ogni impiego organicistico, poiché rende visibile come la democrazia costituzionale tuteli la ricerca scientifica non per richiamo ad un valore culturale evocato in astratto, ma perché la libertà e il pluralismo del sapere si offrono quali «condizioni costitutive» della convivenza libera. La promozione della scienza e la «non-ufficialità» del vero, difatti, discendono dalla stessa logica in quanto il sapere è costituzionalmente rilevante proprio perché non è incorporabile in una verità pubblica autoritativamente certificata. La legge che si fondi su una premessa scientifica giammai può trasformare questa in un «dogma istituzionale», dovendo trattarla come materiale di giustificazione esposto alla critica della ragione pubblica, intesa non come opinione diffusa e critica direttamente sui postulati scientifici, ma come «spazio argomentativo» in cui l'esercizio del potere si difende con ragioni accessibili a tutti[13].

L'elaborazione tedesca del «*Kulturstaat*» e del «*Kulturverfassungsrecht*» supporta, in un affine senso, l'impostazione *de qua* poiché la linea che dal primo concetto conduce al secondo e, infine, alla cultura in

[12] Sul nesso fra promozione della ricerca e garanzia della libertà della scienza, letto come cifra di uno statuto costituzionale del sapere irriducibile a una scienza ufficiale, G. REPETTO, *Il diritto alla cultura*, in V. BALDINI (a cura di), *Cos'è un diritto fondamentale?*, Napoli, 2017, 53-57, il quale evidenzia attentamente come la categoria dello «Stato di cultura» accolta dal Costituente rifugga da ogni tratto organicistico e ne conservi il nucleo nel riconoscimento di una funzione culturale democratica, fondata sull'implicazione reciproca di promozione, accesso, libertà e pluralismo. Per la lettura combinata degli artt. 9 e 33 Cost. quale matrice del pluralismo scientifico, *ex multis*, G. ZAGREBELSKY, *Fondata sulla cultura. Arte, scienza e Costituzione*, Torino, 2014, 5 ss. Per una lettura più restrittiva del nesso fra promozione pubblica e libertà del sapere, A. ORSI BATTAGLINI, *Libertà scientifica, libertà accademica e diritti individuali del docente*, in AA.VV., *L'autonomia delle università*, Napoli, 1989, 105 ss.

[13] La nozione di «ragione pubblica» evocata nel testo rinviene la propria sede classica in J. RAWLS, *Political Liberalism*, New York, 1993, 213, secondo cui «*public reason is characteristic of a democratic people: it is the reason of its citizens, of those sharing the status of equal citizenship*». In una prospettiva discorsiva, J. HABERMAS, *Faktizität und Geltung*, Frankfurt am Main, 1992, 34 ss., per il quale la legittimità delle norme dipende dalla loro giustificabilità entro discorsi pubblici razionali fra i potenziali destinatari. Nel presente contributo non si assume l'impianto normativo delle due teorie, ma il loro nucleo comune – *i.e.* l'esercizio del potere come dovere di difesa secondo ragioni accessibili a tutti – che la legalità epistemica traduce dal piano della filosofia politica a quello del diritto costituzionale positivo. Ciò che in quelle costruzioni è condizione di legittimazione è ritenuto, nelle materie cognitivamente condizionate, requisito sindacabile della costruzione della premessa in seno all'atto legislativo.

Downloaded from https://teseo.unitn.it/biolaw ISSN 2284-4503

quanto dimensione del «*Verfassungsstaat*», impone di abbandonare ogni concezione sostanzialistica, ancorando la responsabilità pubblica per il sapere non alla essenza dello Stato, ma alla «struttura costituzionale» dei diritti, della dignità e del pluralismo. La cultura, in questo orizzonte, non è posta a modello di oggetto «posseduto» dall'Autorità pubblica, ma rappresenta una dimensione che lo Stato deve garantire e rendere accessibile senza, però, uniformarla, di modo che questa genealogia, applicata alla scienza, mostra il confine del potere politico, il quale può organizzare condizioni e risorse della conoscenza, senza mai fissarne autoritativamente i contenuti[14].

La dottrina critica del *Kulturstaat* ha affinato il punto, osservando che il compito culturale dello Stato è reale solo finché non si identifica con la fissazione di indirizzi culturali o scientifici e resta vincolato alla preservazione delle condizioni di libertà, accesso e sviluppo[15].

La giurisprudenza costituzionale tedesca ha consolidato tale lettura sul piano del *Grundgesetz*, identificando la libertà dell'arte, della scienza, della ricerca e dell'insegnamento come diritto soggettivo e, insieme, come una garanzia oggettiva dell'ordinamento scientifico, fondata su una decisione di valore che impone al «*Kulturstaat*» di dare protezione delle condizioni di libertà del sapere[16]. Il dato rileva per equivalenza funzionale, non per trasposizione meccanica, in quanto sia l'art. 5, co. 3, GG, sia la coppia degli artt. 9 e 33 Cost. assolvono, nelle rispettive architetture, al medesimo compito di garantire insieme promozione e non-direzione del sapere.

---

[14] Per una ricostruzione delle menzionate categorie, *amplius*, E.R. HUBER, *Zur Problematik des Kulturstaats*, Mohr, Tübingen, 1958, 21-24, di cui va rilevata la matrice ancora marcatamente statualistica. Decisiva è, in ogni caso, la torsione operata da P. HÄBERLE, *Vom Kulturstaat zum Kulturverfassungsrecht*, in ID. (a cura di), *Kulturstaatlichkeit und Kulturverfassungsrecht*, Darmstadt, 1982, 27 ss., che trasforma il *Kulturstaat* da formula sostanzialistica in clausola di pluralismo costituzionale. La responsabilità pubblica per la cultura non si fonda sull'essenza dello Stato, ma sulla struttura costituzionale dei diritti, della dignità e della libertà del sapere. Il retroterra metodologico della traiettoria è illustrato puntualmente in ID., *Verfassungslehre als Kulturwissenschaft*, Berlin, 1998, 33 ss., dove la Costituzione viene postulata non soltanto come testo normativo, ma come forma storica, simbolica e culturale dell'ordinamento. Il sapere scientifico, in questa prospettiva, non è elemento esterno occasionalmente rilevante per la legge, ma una delle forme culturali entro cui l'ordinamento costruisce le proprie premesse di decisione. Sulle acquisizioni nella prospettiva italiana, E. SPAGNA MUSSO, *Lo Stato di cultura nella Costituzione italiana*, Napoli, 1961, 49 ss.

[15] La torsione critica del *Kulturstaatskonzept* in chiave di libertà culturale si deve a M.-E. GEIS, *Kulturstaat und kulturelle Freiheit,* Baden-Baden, 1990, che problematizza la categoria proprio nel punto in cui rischia d'esser incompatibile con una concezione liberale e plurale del *Grundgesetz*. In direzione complementare, U. SCHEUNER, *Die Bundesrepublik als Kulturstaat*, in *Bitburger Gespräche. Jahrbuch 1977-1978*, 1978, 128-129, inscrive il compito culturale dello Stato nella logica di neutralità e non identificazione in quanto in una società pluralistica lo Stato non può assumere come propri determinati indirizzi culturali, artistici o scientifici fino a trasformare la promozione in una gestione contenutistica. Trasposto nel quadro italiano, l'argomento rafforza la lettura degli artt. 9 e 33 Cost. come coppia promozione/libertà e fonda la legalità epistemica come garanzia contro l'uso ufficializzante del sapere scientifico da parte del potere.

[16] In questa direzione. BVerfG, 5 marzo 1974, 1 BvR 712/68, *Schallplatten*, BVerfGE 36, 321, spec. 331, ove si afferma che l'art. 5, comma 3, GG non possiede soltanto significato difensivo, ma esprime una decisione di valore che assegna allo Stato, in quanto *Kulturstaat*, il compito di conservare e promuovere una libera vita artistica. Ulteriormente, BVerfGE 35, 79, *Hochschulurteil*, spec. 112-114, ove la libertà della scienza è valorizzata come diritto individuale e, insieme, come garanzia oggettiva dell'ordinamento scientifico, e la scienza stessa è definita come «*alles, was nach Inhalt und Form als ernsthafter planmäßiger Versuch zur Ermittlung der Wahrheit anzusehen ist*». La definizione, volutamente formale, conferma da angolatura giurisdizionale la tesi spendibile anche nell'ordinamento italiano in quanto la «funzione culturale» dello Stato non si traduce in facoltà di dirigere contenuti scientifici, ma in responsabilità di protezione delle condizioni – metodiche, non contenutistiche – della libertà del sapere.

Downloaded from https://teseo.unitn.it/biolaw ISSN 2284-4503

Entro i limiti di questa omologia la giurisprudenza tedesca conferma una tesi valida anche per l'ordinamento italiano, nel senso che promuovere il sapere non equivale a ufficializzarlo e sostenerne le condizioni istituzionali non equivale a farne una fonte di legittimazione autosufficiente della decisione pubblica. Rifiutare una «scienza di Stato» non esaurisce il problema poiché la libertà del sapere non ha unicamente una funzione difensiva verso l'ingerenza del potere, ma ne ha anche una ordinante verso la legalità. Se il sapere scientifico è per struttura rivedibile, criticabile e plurale, la decisione pubblica non può legittimarsi con il suo semplice richiamo, quasi la parola «scienza» bastasse a colmare un deficit di giustificazione, talché la libertà della scienza impedisce – limite negativo – alla politica di appropriarsi dell'autorità del sapere per schermare le proprie scelte e impedisce che il sapere sia usato per immunizzare il bilanciamento dalla responsabilità.

La Repubblica può sì sostenere, organizzare e finanziare la ricerca, ma giammai può convertirne i risultati in predicati di verità sottratti a contestazione né evocare il sapere come una autorità che sostituisce il discorso pubblico. È proprio in questo frangente che lo statuto costituzionale della scienza restituisce il proprio rendimento giuridico nella misura in cui non attribuisce al sapere un rango superiore, ma lo sottrae a ogni investitura autoritativa e impone che il suo uso pubblico resti sempre argomentabile[17]. Il passaggio dallo statuto della scienza al problema della legge richiede uno spostamento di piano, che la struttura stessa dei diritti fondamentali impone. Nello Stato costituzionale questi diritti hanno una conformazione «stabile e mobile», stabile perché si raccolgono attorno a un nucleo assiologico che rende l'ordinamento riconoscibile in quanto ordinamento dei diritti, mobile perché le forme del loro inveramento cambiano con grado quasi proporzionale insieme ai contesti, tecniche e possibilità storiche di tutela.

La scienza e la tecnologia incidono su questa seconda dimensione, portando alla luce bisogni che chiedono riconoscimento e modificando i modi in cui i diritti si esercitano, si comprimono o si potenziano, cosicché la premessa scientifica della legge condiziona la configurazione concreta delle posizioni protette, soprattutto ove il progresso apre spazi nuovi di autodeterminazione, di cura o di protezione da rischi prima ignoti.

È in questo varco che il problema cambia natura poiché, finché il sapere resta nella sfera della ricerca, il nucleo della garanzia resta la libertà, il pluralismo e la promozione, mentre, quando il sapere diventa fondamento di una disciplina che incide sui diritti, la questione si sposta sul piano del metodo con cui il potere lo seleziona e lo converte in premessa normativa. Il reticolato costituzionale delle premesse si ricompone in questo senso di due metà complementari poiché dagli artt. 9 e 33 Cost. viene la condizione negativa, ovverosia la non-ufficialità del vero, che vieta al potere di certificare autoritativamente il sapere, mentre dagli artt. 3 e 32 Cost. e dai principi che essi esprimono, insieme a quelli fondanti l'attività pubblica, espressi in senso non integrale nella lettera dell'art. 97 Cost., provengono i requisiti positivi che disciplinano l'uso pubblico del sapere posto a fondamento della legge. È su questa seconda metà che occorre concentrarsi.

[17] In questi termini, E. SPAGNA MUSSO, *Lo Stato di cultura*, cit., 56, secondo cui «l'attività intellettuale non libera, cioè asservita a interessi d'altra natura non è arte, né scienza». L'osservazione, riferita al regime statutario, conserva piena attualità e vale a fondare la funzione «ordinante» della libertà della scienza rispetto alla legalità stessa. Se il sapere asservito cessa di essere scienza, il potere che lo evoca come una sorta di «autorità muta» e oracolo non invoca la scienza, ma la propria immagine riflessa.

Downloaded from https://teseo.unitn.it/biolaw
ISSN 2284-4503

Essa non si presenta quale somma di disposizioni eterogenee, ma come struttura unitaria in cui l'effettività della tutela, la non-arbitrarietà della fattispecie e la razionalità procedurale della azione pubblica convergono sul medesimo nucleo. L'art. 32 Cost., in particolare, in virtù della sua «duplicità di diritto individuale» e «interesse della collettività» rende pacifica e ineliminabile la dimensione cognitiva poiché la tutela della salute, allorquando traduce in organizzazione dei trattamenti, misure limitative o valutazioni di appropriatezza, dipende, giustappunto, da talune «premesse» in merito al rischio, alla causalità e alla proporzione terapeutica. La salute, difatti, non è solo un bene protetto, ma anche il luogo in cui l'ordinamento tocca il limite della propria autosufficienza conoscitiva in quanto il potere può sì decidere fini e assetti di tutela, ma non può pretendere di produrre per atto di volontà il fondamento scientifico della disciplina[18].

Tuttavia, la sola lettera dell'art. 32 Cost. non spiega la portata sistemica del problema poiché è l'art. 3 Cost. a convertire l'insufficienza, la selettività o l'opacità della premessa in una questione di non-arbitrarietà, dovendo ogni differenziazione normativa che poggi su presupposti tecnici poter essere giustificata in modo coerente con la struttura della fattispecie e con la distribuzione della tutela. Selezionare in forma arbitraria un fatto rilevante equivale, detto più precisamente, a selezionare arbitrariamente i destinatari e, dunque, a distribuire in modo irragionevole vantaggi o sacrifici, sicché l'eguaglianza-ragionevolezza controlla la costruzione della fattispecie, non imponendo al legislatore la soluzione scientificamente migliore, ma vietandogli di fondare trattamenti differenziati su presupposti non spiegati, selezionati unilateralmente o presentati come univoci a dispetto di un'incertezza significativa.

Il vizio non è l'errore tecnico in sé, ma una disciplina che rende non argomentabile il rapporto fra premessa scientifica, qualificazione normativa e posizione dei soggetti incisi[19].

Il terzo menzionato polo del reticolato è l'art. 97 Cost., la rilevanza del quale nelle materie scientificamente condizionate eccede la mera dimensione organizzativa del «buon andamento», potendo il principio da tale enunciato espresso leggersi, altresì, quale clausola di razionalità procedurale, ossia come la esigenza che il circuito pubblico renda tracciabile il modo in cui acquisisce, seleziona, valuta e impiega il sapere tecnico-scientifico rilevante.

Il ricorso a una disposizione testualmente riferita all'organizzazione dei pubblici uffici esige in ogni caso una più stretta cautela perché segna un'asimmetria del triangolo. L'art. 97 Cost. non vincola il legislatore al medesimo modo in cui esso vincola l'amministrazione in quanto per la legge il «buon andamento» non è regola diretta dell'atto, ma indice della razionalità del circuito attraverso cui il sapere viene acquisito e

[18] Sul carattere bifronte dell'art. 32 Cost. e sull'inevitabilità, che ne consegue, del rapporto fra disciplina legislativa e premessa scientifica, *amplius*, M. LUCIANI, *Salute I) Diritto alla salute – dir. cost.*, in *Enciclopedia giuridica*, XXVII, Roma, 1991, 5 ss. Sul versante della razionalità della decisione legislativa, ID., *Diritti sociali e livelli essenziali delle prestazioni pubbliche nei sessant'anni della Corte costituzionale*, in *Rivista AIC*, 3, 2016, 9 ss., che mostra come la determinazione dei livelli essenziali, pur essendo saturazione di principi costituzionali, presupponga acquisizioni tecnico-scientifiche non riducibili a discrezionalità pura. Il duplice rilievo precisa l'affermazione del testo: il limite dell'autosufficienza conoscitiva non è confine esterno alla tutela della salute, ma sua struttura interna.

[19] Sul principio di ragionevolezza quale criterio di controllo della non-arbitrarietà delle differenziazioni legislative, L. PALADIN, voce *Ragionevolezza (principio di)*, in *Enciclopedia del diritto*, Milano, 1997, 905 ss. Per la ricostruzione della ragionevolezza come «principio strutturale» della Costituzione, *ex plurimis*, F. MODUGNO, *Ragione e ragionevolezza*, Napoli, 2009; G. SCACCIA, *Gli strumenti della ragionevolezza nel giudizio costituzionale*, Milano, 2000; A. MORRONE, *Il custode della ragionevolezza*, Milano, 2001. Nella prospettiva adottata nella riflessione, deve sottolinearsi, la ragionevolezza non è ancora la categoria, ma il canale positivo attraverso cui il vizio della premessa diviene giustiziabile, ovverosia la sua funzione è di tecnica di emersione del difetto epistemico, distinta dal suo fondamento teorico.

Downloaded from https://teseo.unitn.it/biolaw ISSN 2284-4503

validato. Verso il legislatore esso fonda, perciò, la sola dimensione procedurale-istruttoria – quella che troverà il proprio rendimento pieno nel canone della procedimentalizzazione e nella sede amministrativa – mentre il carico fondativo del vincolo che grava direttamente sulla legge resta affidato agli artt. 3 e 32 Cost.

Il triangolo non poggia, dunque, su tre pilastri di eguale portata, poiché due parametri vincolano la forma della legge in via immediata, mentre il terzo vi contribuisce in via puramente mediata, completandosi a valle nell'amministrazione di guisa che questa asimmetria non indebolisce la costruzione, ma ne precisa l'architettura. In questi contesti il problema non è, difatti, solo quale contenuto conoscitivo venga assunto, ma come esso entri nella sequenza decisionale attraverso quali sedi sia validato, con quali criteri reso imputabile e in che modo tradotto nella regola. Amministrazione, consulenza tecnica, motivazione e controllo acquistano, in questa sede, un proprio rilievo costituzionale non perché essi elevino la tecnica a fonte del diritto, ma perché permettono di verificare il rapporto fra sapere e potere.

La scelta di questi tre parametri non è arbitraria, poiché essi presidiano i tre momenti strutturali della costruzione cognitiva – la non-arbitrarietà della fattispecie (art. 3), l'effettività della tutela esposta all'incertezza (art. 32), la razionalità della sequenza di acquisizione (art. 97).

Le disposizioni contigue, che esprimono principi rilevanti per l'ordine costituito, concorrono su un piano diverso, in quanto, ad esempio, l'art. 2 Cost. fornisce i doveri di solidarietà e gli interessi sostanziali in gioco, non il metodo della loro costruzione conoscitiva, l'art. 41 Cost. ne delimita l'esercizio in nome della salute e dell'ambiente, e, sul versante del bilanciamento sostanziale, l'art. 81 Cost. specifica, per le premesse economico-finanziarie, la stessa logica di tracciabilità qui generalizzata. I primi due sono assorbiti come fonti dell'interesse, non del metodo, mentre il terzo è una proiezione settoriale del medesimo vincolo, non un quarto polo autonomo, donde segue che il triangolo degli artt. 3, 32 e 97 Cost. fornisce, entro il più ampio reticolato, gli elementi essenziali della nozione di legalità epistemica, vale a dire l'effettività della tutela, la non-arbitrarietà dell'assetto e la razionalità della sequenza di assunzione delle premesse[20].

3. La funzione legislativa fra scienza e politica. Una teoria della «legalità epistemica»

La «legalità epistemica», come in parte anticipato, non offre una forma settoriale della legalità, nata dalla crescente densità tecnica di alcune materie, ma è la trasformazione strutturale che la legalità costituzionale, si ritiene, subisca ogni qualvolta l'esercizio del potere vada a dipendere da premesse cognitive non interamente disponibili alla volontà sovrana. Il terreno su cui muove la qualificazione costituzionale della decisione è la condizione cognitiva del fondamento, distinta tanto dal contenuto del precetto quanto dalla procedura della sua adozione.

La teoria della legalità ha tradizionalmente predicato la fonte come regola di «*open texture*» del linguaggio normativo, ma il sapere scientifico costringe attualmente a riconoscere uno spazio ulteriore, cioè una

[20] Sul rapporto fra i paradigmi evocati nel testo, D. ZANONI, *Razionalità scientifica e ragionevolezza giuridica a confronto in materia di trattamenti sanitari obbligatori*, in *Costituzionalismo.it*, 1, 2020, 140 ss., secondo cui «la razionalità scientifica e la ragionevolezza giuridica, pur muovendo da paradigmi epistemici diversi, convergono nella pretesa di una giustificazione argomentabile della scelta normativa». La convergenza dei tre parametri sul medesimo nucleo metodologico costituisce l'ancoraggio operativo della «riserva costituzionale di metodo»: il reticolato fornisce alla categoria il fondamento positivo, la categoria restituisce al reticolato l'unità che la lettura atomistica delle singole disposizioni non consente di vedere.

Downloaded from https://teseo.unitn.it/biolaw ISSN 2284-4503

porzione del comando che il potere non produce ma assume e che, per questo motivo, non può essere abbandonata alla logica unilaterale della volontà sovrana. La non-disponibilità cognitiva del fondamento non è un limite contingente, legato alla complessità del settore, bensì struttura costituzionale della decisione che dipende da saperi etero-prodotti[21].

È necessario, *in limine*, sciogliere subito una ambiguità che espone la costruzione a un'obiezione dirimente. Sostenere che la legalità epistemica è un «terzo asse» del controllo, accanto al «*quid*» del contenuto e al «*quomodo*» della procedura, e insieme ch'essa non costituisca un autonomo parametro di legittimità, ma la condizione costituzionale di possibilità del controllo, non è da ritenersi postulato contraddittorio, discendendo da una scelta di piano precisa.

L'autonomia che vuol rivendicarsi è categoriale, non parametrica, perché nomina un oggetto del sindacato – la costruzione cognitiva della premessa – che né il contenuto del precetto né la regolarità del procedimento esauriscono, mentre non è parametrica in quanto non aggiunge un criterio inedito al catalogo testuale dei vincoli della legge e, dunque, non reclama una base testuale ulteriore rispetto a quella da cui è ricavata, esplicitando, detto altrimenti, una esigenza già immanente alla struttura razionale dell'autorità normativa.

La distinzione ha un risvolto operativo, che conviene enunciare subito per non lasciarla sul piano della pura teorizzazione. Il giudice che trova ad applicare la categoria non chiede se il legislatore abbia scelto la teoria scientifica migliore – questo apparterrebbe alla congruenza dell'esito – ma se il nesso inferenziale fra la premessa e il precetto sia stato reso pubblicamente ricostruibile e contestabile. È un controllo sul modo, non sul merito politico, e ch'esso individui vizi propri, non riducibili agli altri due assi, sarà dimostrato in chiusura attraverso due casi che né il sindacato sul contenuto né quello sulla procedura sono in grado di intercettare, vale a dire l'opacità della premessa e la sproporzione dinamica. Da ciò una duplice irriducibilità.

Verso l'alto, la categoria non si dissolve nella ragionevolezza scientifica, di cui rappresenta un elemento presupposto e non equivalente poiché ragionevolezza e proporzionalità sono tecniche di emersione del vizio epistemico nel giudizio, mentre la legalità epistemica è la categoria sostanziale che quel vizio definisce, e che sussiste o difetta nella forma della legge prima e indipendentemente dal proprio accertamento processuale. Verso il basso, non si confonde con i singoli parametri – gli artt. 3, 32 e 97 Cost. – da cui trae i requisiti, perché ne raccoglie il rendimento in una figura unitaria che la lettura atomistica delle disposizioni non lascia vedere. In questo senso, e solo in questo, la categoria «completa» senza «duplicare» la grammatica del sindacato, non come asse sovrapposto al testo costituzionale, ma come dimensione che ne riorganizza la lettura dove il comando dipende da un sapere prodotto altrove.

La traduzione dogmatica di questa esigenza è la «riserva costituzionale di metodo». A differenza della riserva di legge, essa non riguarda in senso unilaterale e diretto la fonte che sia abilitata a intervenire in

[21] Per le tematizzazioni classiche, H.L.A. HART, *The Concept of Law*, cit., 124 ss. Sull'insufficienza della indeterminatezza semantica a esaurire la fenomenologia dell'incertezza giuridica, *amplius*, M. TALLACCHINI, *Tecnoscienza e razionalità del legislatore nell'Unione europea*, in F. FERRARO, S. ZORZETTO (a cura di), *La motivazione delle leggi*, Torino, 2018, 149 ss., per la quale il rapporto fra la tecnoscienza e la legislazione comporta la doverosa trasformazione della razionalità stessa del legislatore, chiamato a rendere pubbliche le condizioni cognitive e procedurali della propria scelta.

Downloaded from https://teseo.unitn.it/biolaw ISSN 2284-4503

una materia, e a differenza della «riserva di scienza»[22] – proposta in dottrina quale «ipotesi di riserva di legge relativa necessaria» in cui la scienza interviene come «integrazione» e non come «sostituzione» dell'attività legislativa – non sospende né svuota la discrezionalità politica, ma ne disciplina il modo di esercizio quando la decisione dipende da premesse cognitive non interamente disponibili. La riserva di metodo opera su un piano logicamente anteriore al merito della scelta nella misura in cui essa pretende che nelle aree cognitivamente condizionate il legislatore costruisca il proprio fondamento conoscitivo in forme riconoscibili, tracciabili, criticabili e aperte alla revisione. Così collocata, la scienza «assume la funzione di indicatore della ragionevolezza» della legge, senza divenire parametro autonomo di costituzionalità[23].

Della riserva di metodo la legalità epistemica è la traduzione operativa, non nel significato di principio aggiunto alla legge né come correttivo introdotto *a posteriori*, ma, secondo quanto in premessa osservato, come la forma assunta dalla legalità quando il comando dipende dal sapere ch'il decisore politico non può produrre da sé o trattare come materiale interamente disponibile, potendo identificarsi tre principali «canoni» che ne articolano il rendimento, *i.e.* la «trasparenza delle premesse», la «procedimentalizzazione minima dell'*expertise*», l'«adattività della regola», traducendo essi in regole di metodo i tre requisiti positivi ricavati dal triangolo costituzionale.

Mentre la trasparenza rende una struttura alla non-arbitrarietà dell'art. 3 Cost., perché solo una premessa riconoscibile può essere argomentata e contestata, la procedimentalizzazione traduce la razionalità della sequenza decisionale che discende dall'art. 97 Cost., e, infine, la adattività custodisce, nel tempo,

[22] La formulazione è di E. CASTORINA, *Scienza, tecnica e diritto costituzionale*, cit., 39-40, che la sviluppa muovendo dalla considerazione per cui, nelle aree cognitivamente condizionate, la fonte legislativa non può disporre del proprio oggetto senza un'integrazione tecnico-scientifica esterna. La riserva di metodo raccoglie l'intuizione e la sposta di piano: non più la fonte e la sua integrazione, ma il modo dell'assunzione – ciò che consente di trattare unitariamente ipotesi che la prospettiva della fonte è costretta a distinguere.

[23] In questi termini, *ex multis*, S. PENASA, *Nuove dimensioni della ragionevolezza?*, in *Forum di Quaderni Costituzionali*, 2014, 4 ss., secondo cui «la scienza […] oltre che assumere la funzione di indicatore della ragionevolezza, può contribuire alla definizione del contenuto del bene oggetto della discrezionalità legislativa». Il sintagma «indicatore» è esatto e rivelatore del limite della prospettiva: l'indicatore segnala il vizio, non lo costituisce, mentre la costituzione del vizio, il suo statuto dogmatico, è ciò che la categoria proposta della legalità epistemica intende tematizzare. Così sinteticamente definita la riserva di metodo, la proposta va delimitata rispetto alla categoria che, nella riflessione più recente, ne è l'interlocutore privilegiato, ossia la «ragionevolezza scientifica» come parametro della discrezionalità legislativa, teorizzata come una dimensione qualificata del giudizio di ragionevolezza nelle materie tecnicamente connotate. La differenza fra le due categorie non è nominalistica, riposando su due distinzioni non coincidenti, l'una di oggetto e l'altra di rango. Quanto all'oggetto, anzitutto, la ragionevolezza scientifica, si ritiene, che misuri la congruenza fra evidenza, fine e mezzo, e resta ancorata al risultato sostanziale della scelta, mentre la legalità epistemica disciplina il modo di costruzione della premessa – la sequenza con cui il sapere è assunto, ordinato e trasformato in fondamento del comando – a monte del merito della disciplina. L'una valuta il rapporto fra premessa e precetto come esito, laddove l'altra ne governa le condizioni di esposizione alla critica pubblica. Quanto al rango, la ragionevolezza scientifica è una tecnica del giudizio, poiché presuppone i due assi classici del sindacato – il contenuto del precetto e la procedura della sua adozione – e li raffina dall'interno, mentre la legalità epistemica è la categoria sostanziale che quella tecnica serve, e individua, accanto al *quid* e al *quomodo*, un terzo oggetto del controllo, il *quibus*, che i primi due non contemplano. Dalla differenza di rango discende, derivata, quella degli esiti, in quanto il difetto di ragionevolezza scientifica appare come incongruenza fra premessa e precetto, mentre il difetto di legalità epistemica colloca il vizio nella struttura giustificativa dell'atto e lo qualifica come arbitrio costituzionale, non come semplice incongruenza. La ragionevolezza scientifica può perciò servire la legalità epistemica senza esaurirla, essendo tecnica del giudizio l'una e categoria della legalità l'altra.

Downloaded from https://teseo.unitn.it/biolaw ISSN 2284-4503

l'effettività della tutela imposta dall'art. 32 Cost., perché una disciplina ferma su un sapere superato cessa di tutelare.

La corrispondenza fra i vertici e i canoni è di tipo funzionale, non perfettamente simmetrica, poiché, come si è visto, l'art. 97 vincola la legge solo nella dimensione procedurale-istruttoria, di modo che il canone della procedimentalizzazione trova nella legge il proprio fondamento minimo e nella sede amministrativa il proprio rendimento pieno. Con questa avvertenza, a ciascun vertice del triangolo corrisponde un canone.

Il primo canone è la condizione di criticabilità della decisione in quanto impone di rendere riconoscibili l'immagine del fatto su cui la disciplina poggia, le fonti assunte, i criteri della loro selezione e i margini di incertezza reputati accettabili. Un sapere richiamato come «blocco indifferenziato», col dissenso neutralizzato da formule unificanti, non è da identificarsi come una premessa, ma come un'immunizzazione, cosicché la sua violazione tipica è l'evocazione generica, ovverosia la legge che si dichiara fondata «sulla scienza» senza che si possa risalire a quali acquisizioni, di quale provenienza, con quale grado di consolidamento[24].

Il secondo canone disciplina le condizioni di «pubblica assumibilità» del sapere, non come una moltiplicazione degli organi e degli adempimenti istituzionali, ma come identificabilità delle sedi, criteri di composizione non arbitrari, regole minime su indipendenza, conflitti di interesse e gestione del dissenso. La procedura, in tale funzione, non si identifica in mero *iter* burocratico, bensì esprime la forma istituzionale attraverso cui un sapere controverso diventa socialmente assumibile senza essere autoritativamente certificato di guisa che la sua violazione tipica è da individuarsi nel cd. «*expertise* informale», ovvero il sapere che entra nella decisione senza sede riconoscibile, per canali che ne impediscono l'imputazione e, con essa, la critica[25].

Il terzo canone introduce la dimensione temporale della legalità. Una disciplina fondata su conoscenze dinamiche non può irrigidirsi senza alterare la sostenibilità del rapporto fra mezzi e fini, sicché l'adattività non è clausola di opportunità politica, ma componente della legalità nel tempo. Soprattutto, la dogmatica costituzionale tedesca ha fornito una veste tecnica a questo peculiare corollario della legalità laddove dal rinvio legislativo allo «stato della scienza e della tecnica» ha ricavato un dispositivo di «dinamizzazione

[24] Il canone della trasparenza traduce, sul piano costituzionale, l'esigenza che gli studi sociali della scienza hanno formulato per i contesti di conoscenza incerta e a poste elevate: ciò che la decisione pubblica può ragionevolmente pretendere dal sapere non è la verità pura e semplice, ma – secondo la formula di S. JASANOFF, *Serviceable Truths: Science for Action in Law and Policy*, in *Texas Law Review*, 7, 2015, 1724 – una «*serviceable truth*», ossia «*knowledge that is sufficiently valid for the institutional purposes at hand*». Se la validità del sapere è relativa agli scopi istituzionali, la rappresentazione delle fonti e dei margini di incertezza non è un di più informativo, ma la condizione perché quella validità possa essere apprezzata e contestata. Il «blocco indifferenziato» censurato nel testo è la negazione di tale condizione.

[25] Il fondamento teorico del canone è duplice. Sul versante della teoria sociale del diritto, N. LUHMANN, *Legitimation durch Verfahren*, Neuwied-Berlin, 1969, e sul versante degli studi sociali della scienza, S. JASANOFF, *The Fifth Branch. Science Advisers as Policymakers*, Cambridge, 1990. Dalla prima teorizzazione si ricava l'indicazione per cui la procedura non garantisce la verità dell'esito, ma genera le condizioni della sua accettabilità, assorbendo il dissenso senza sopprimerlo. Dalla seconda si riprende l'assunto per cui la consulenza scientifica, anche se istituzionalizzata, non «trasmette» un sapere già formato, ma concorre a stabilizzarlo entro procedure di validazione che sono, a un tempo, cognitive e normative. La convergenza dei due piani fonda l'affermazione per cui se la legittimazione passa per la procedura, e se il sapere regolatorio prende forma nelle sedi che lo validano, allora identificabilità delle sedi, indipendenza e gestione del dissenso non sono adempimenti, ma condizioni di assumibilità pubblica della premessa.

Downloaded from https://teseo.unitn.it/biolaw ISSN 2284-4503

della tutela», configurando in capo al legislatore che decide in condizioni di incertezza, un dovere di osservazione dell'evoluzione delle conoscenze «*Beobachtungspflicht*» e il dovere correlato di «*Nachbesserungspflicht*». L'apertura della regola al mutamento delle evidenze non è, in questa luce, concessione alla precarietà, ma tecnica di mantenimento della giustificazione, mentre la violazione corrispondente è la regola che cristallizza un'immagine datata del sapere senza predisporre meccanismi di revisione, la quale col tempo diventa ingiustificata senza che nulla, nel testo, sia cambiato[26].

La portata teorico-generale della categoria della legalità epistemica si precisa nel confronto con le due tradizioni che, nel Novecento, hanno trattato con maggiore rigore il rapporto fra legalità, autorità e ragioni, ovvero la teoria hartiana della struttura aperta del diritto e la teoria raziana dell'autorità come «*service conception*». Il confronto serve a collocare la legalità epistemica sul piano della teoria della legalità e della giustificazione e a mostrare che essa occupa uno spazio che entrambe hanno presupposto senza colmarlo.

La «*open texture*» hartiana descrive la zona di indeterminatezza semantica che si apre nel suo momento applicativo poiché il linguaggio normativo, per la propria generalità, lascia uno spazio interpretativo successivo alla creazione del precetto, affidato alla discrezionalità del giudice e dell'amministrazione. L'analisi presuppone, tuttavia, che il fatto a cui la regola trovi applicazione appartenga a un orizzonte conoscitivo disponibile, e guarda all'asimmetria fra linguaggio e realtà al momento dell'applicazione, non a quella fra produzione normativa e sapere assunto a fondamento della regola. La legalità epistemica nomina questa seconda asimmetria, ulteriore e strutturalmente diversa, ossia non l'indeterminatezza del precetto rispetto al caso, ma la non-disponibilità cognitiva della premessa rispetto al precetto. Detto altrimenti, l'*open texture* è proprietà dell'applicazione, mentre, diversamente, la legalità epistemica si situa quale proprietà della produzione normativa cognitivamente condizionata, individuando le zone di indisponibilità che precedono l'applicazione e ne condizionano, di conseguenza, il funzionamento[27].

La nozione di «*service conception*» raziana offre, all'altro estremo, la cornice per riportare la categoria sul piano della giustificazione. Per Raz, è d'uopo rilevare, l'autorità si legittima nella misura in cui media

[26] Le figure evocate hanno sede nella giurisprudenza del *Bundesverfassungsgericht*: BVerfG, 8 agosto 1978, 2 BvL 8/77, *Kalkar I*, BVerfGE 49, 89, spec. 135 ss., ove il rinvio legislativo allo «stato della scienza e della tecnica» (*Stand von Wissenschaft und Technik*) è valorizzato come tecnica che mantiene la tutela al passo con l'evoluzione delle conoscenze, in funzione di un «*dynamischer Grundrechtsschutz*» (ivi, 137); BVerfG, 14 gennaio 1981, 1 BvR 612/72, *Fluglärm*, BVerfGE 56, 54, spec. 78 ss., per la configurazione, in capo al legislatore che abbia deciso in condizioni di incertezza, di un dovere di osservazione dell'evoluzione delle conoscenze (*Beobachtungspflicht*) e di un correlato dovere di correzione della disciplina divenuta inadeguata (*Nachbesserungspflicht*). Le due costruzioni mostrano che l'adattività non è concessione del legislatore, ma figura dogmatica dotata di conseguenze giuridiche: la dinamizzazione del parametro nel primo caso, l'obbligo costituzionale di revisione nel secondo. È la veste tecnica che il terzo canone assume nel presente contributo, e che si estende alla dimensione intergenerazionale.

[27] La distinzione fra *open texture* applicativa e non-disponibilità cognitiva del fondamento sviluppa un punto implicito in H.L.A. HART, *The Concept of Law*, cit., 124, ma da Hart non tematizzato. Per una lettura critica dell'*open texture* applicata alle decisioni cognitivamente condizionate, G. PINO, *Diritti fondamentali e ragionamento giuridico*, Torino, 1990, 113 ss., il quale rileva come la indeterminatezza semantica del linguaggio normativo non esaurisca la fenomenologia dell'incertezza giuridica, ma la dimensione cognitiva della decisione richieda strumenti analitici ulteriori. La riflessione accoglie il rilievo, dandovi specificazione in una distinzione strutturale. Ciò che per Hart è una zona di penombra del linguaggio diviene qui zona di indisponibilità del fondamento, trattandosi di due fenomeni che esigono garanzie diverse, perché diversa è la loro collocazione nella vita della norma: l'una nel momento applicativo, l'altra in quello genetico.

Downloaded from https://teseo.unitn.it/biolaw ISSN 2284-4503

ragioni pratiche che il destinatario potrebbe, in linea di principio, riconoscere come proprie, poiché una pretesa di obbedienza viene a dipendere dalla capacità di trasformare la complessità delle ragioni di prima istanza in indicazioni operative pubblicamente controllabili. Quando la premessa scientifica è assunta in forma opaca, tuttavia, non v'è mediazione di ragioni, ma una pura sostituzione retorica in quanto la legge non chiede obbedienza perché media fra evidenze, fini e mezzi, bensì perché si avvale dell'autorità simbolica della scienza per esonerarsi dalla mediazione. La legalità epistemica è, in questa luce, un limite costituzionale interno alla concezione raziana poiché dove il sapere è mobilitato in forma simbolica la legge fallisce la sua funzione di servizio verso le ragioni pratiche del destinatario, e perde legittimazione[28].
Letta e interpretata come una progressione, anzitutto dogmatica e non soltanto come una pura successione cronologica, le trame della giurisprudenza costituzionale italiana paiono conferma e insieme delimitare questa ricostruzione. Una prima anticipazione è nella sentenza n. 185 del 1998 secondo cui la disciplina legislativa dell'accesso alle terapie non può essere costruita ignorando lo stato della sperimentazione in corso, pena l'irragionevole compressione del nucleo del diritto alla salute dei non abbienti. Il fondamento conoscitivo della scelta vi compare, per la prima volta con nettezza, come termine interno del giudizio di ragionevolezza[29]. Il primo arresto paradigmatico è, però, la sentenza n. 282 del 2002, in cui il limite della discrezionalità si rivela non esterno, ma cognitivo in quanto la legge che pretende di disporre della pratica medica senza misurarsi con lo stato delle conoscenze travalica la propria competenza, trasformando in volontà ciò che per atto di volontà non può essere prodotto[30].
Con la sentenza n. 151 del 2009 il principio approda alla legislazione statale. Nella disciplina della procreazione medicalmente assistita è censurata la pretesa del legislatore di cristallizzare in una regola rigida – l'obbligo di un unico e contemporaneo impianto, il limite numerico degli embrioni – un dato che appartiene alla valutazione clinica del caso concreto, e la Corte ribadisce i «limiti che alla discrezionalità

[28] In merito alla *service conception of authority*, J. RAZ, *The Authority of Law*, cit., 28 ss., e ID., *The Morality of Freedom*, Oxford, 1986, 53 ss., per la *normal justification thesis*. La torsione proposta nel testo – la mobilitazione simbolica del sapere come fallimento della funzione di servizio dell'autorità – non è esplicitamente argomentata da Raz, ma ne sviluppa l'impianto. Ove la mediazione di ragioni è sostituita da evocazioni retoriche, la *normal justification thesis* non opera e l'autorità non si legittima razionalmente. La legalità epistemica si pone, perciò, come limite interno alla concezione raziana e ne assume il criterio di legittimazione. La legalità epistemica converte questo assunto in *standard* costituzionale, traducendo quel difetto di legittimazione in un vizio della forma della legge, accertabile in sede di sindacato. Non si tratta, perciò, di sostituire la teoria della legalità o quella dell'autorità con una categoria nuova, ma di mostrare che entrambe, nelle aree cognitivamente condizionate, richiedono un'integrazione strutturale.

[29] Corte cost., sent. n. 185 del 1998, sul «multitrattamento Di Bella». Per la cornice dottrinale, *amplius*, R. BIN, *La Corte e la scienza*, in A. D'ALOIA (a cura di), *Bio-tecnologie e valori costituzionali*, Torino, 2005, 98 ss., secondo cui «è fuori dubbio che viga una sorta di "presunzione" favorevole alle valutazioni che il legislatore ha compiuto in merito a ciò che, da un punto di vista scientifico, è ragionevolmente vero o falso, possibile o impossibile, accertato o ipotetico, ma è ovvio che si tratti di una presunzione debole, che cede di fronte alle valutazioni di organi tecnici qualificati». La «presunzione debole» rappresenta la prima formalizzazione dottrinale della struttura che la progressione svilupperà, ovverosia la deferenza come regola e la cedevolezza come condizione. Ciò che il testo chiamerà, a valle, deferenza condizionata.

[30] Il passaggio riprodotto nel testo è tratto da Corte cost., 26 giugno 2002, n. 282, *Considerato in diritto*, § 4, ove la fondazione delle scelte terapeutiche su indirizzi verificati «tramite istituzioni e organismi, di norma nazionali o sovranazionali, a ciò deputati» è elevata a limite costituzionale della discrezionalità del legislatore regionale. La pronuncia fissa il punto su cui il testo insiste: il limite non protegge una competenza tecnica altrui, ma la struttura cognitiva della decisione – ed è per questo che vale, *mutatis mutandis*, anche per il legislatore statale, come la sentenza n. 151 del 2009 confermerà.

Downloaded from
https://teseo.unitn.it/biolaw
ISSN 2284-4503

legislativa pongono le acquisizioni scientifiche e sperimentali, che sono in continua evoluzione e su cui si fonda l'arte medica», saldando, in tal senso, l'irragionevolezza alla pietrificazione normativa di un sapere per struttura dinamico[31].

La sentenza n. 162 del 2014 segna il passaggio successivo poiché, nel dichiarare illegittimo il divieto di fecondazione eterologa, la Corte mostra che la premessa scientifica può incidere sulla ragionevolezza della disciplina senza per ciò trasformarsi in parametro autonomo, dato che ciò che si censura è l'incongruenza fra finalità dichiarata, presupposto assunto e sproporzione del divieto[32]. La sentenza n. 96 del 2015 estende il controllo all'antinomia interna del sistema in quanto è irragionevole vietare la diagnosi genetica preimpianto alle coppie fertili portatrici di gravi patologie trasmissibili cui l'ordinamento consente l'interruzione della gravidanza di guisa che la coerenza della disciplina con il proprio presupposto conoscitivo diventa qui oggetto diretto del sindacato, avendo la traiettoria un ulteriore sviluppo nella sentenza n. 84 del 2016[33].

La pronuncia n. 5 del 2018 introduce il momento della «deferenza condizionata» laddove, in materia di obblighi vaccinali, la Corte riconosce al legislatore un margine di apprezzamento nelle scelte complesse, ma solo finché il rapporto fra evidenze, rischio collettivo e sacrificio individuale resti sempre non arbitrario. La sentenza n. 14 del 2023 consolida il controllo sul metodo, poiché la aggiornabilità del sapere e la mutevolezza del quadro scientifico esigono una disciplina capace di mantenere nel tempo un rapporto non arbitrario con le evidenze disponibili. Nel suo insieme la progressione conferma la formula con cui la dottrina l'ha colta, per cui oggetto del sindacato è «non l'*an* dell'intervento legislativo, pertanto, ma il suo *quomodo*»[34].

---

[31] Corte cost., sent. n. 151 del 2009, *Considerato in diritto*, § 6.1, da cui il passaggio riprodotto nel testo. Il vizio censurato – la regola rigida che cristallizza un dato clinico per struttura dinamico – è la figura indicata come violazione tipica del terzo canone: la disciplina che fissa un'immagine datata del sapere senza predisporre meccanismi di revisione. La saldatura fra irragionevolezza e pietrificazione normativa anticipa così, sul terreno del diritto positivo italiano, la componente temporale della legalità epistemica.

[32] Corte cost., 9 aprile 2014, n. 162, *Considerato in diritto*, §§ 5-13: l'illegittimità del divieto di fecondazione eterologa discende dal difetto di proporzione fra finalità dichiarata, presupposto assunto e compressione dei diritti incisi, struttura argomentativa che conferma la lettura proposta: la premessa scientifica incide sul giudizio senza divenire parametro. Sulla pronuncia de qua, *ex multis*, M. D'AMICO, *I dubbi della Corte costituzionale rispetto alla complessità della scienza: la sentenza n. 162 del 2014*, in *Studium Iuris*, 1, 2015, 30 ss. Per l'antinomia interna rilevata nel testo, Corte cost., sent. n. 96 del 2015: il divieto di diagnosi genetica preimpianto per le coppie fertili portatrici di gravi patologie trasmissibili è irragionevole in un ordinamento che consente l'interruzione terapeutica della gravidanza. Il sindacato investe qui la coerenza della disciplina con il proprio presupposto conoscitivo: terza modalità di emersione del vizio, dopo la verifica esterna della premessa (n. 282 del 2002) e quella temporale (n. 151 del 2009).

[33] Corte cost., sent. n. 84 del 2016. Per una lettura critica, A. RUGGERI, *Il futuro dei diritti fondamentali e dell'Europa*, in *Consulta Online*, 3, 2016, 390, secondo cui, in pronunce siffatte, «il giudice delle leggi, allo stesso tempo, riconosce il ruolo cruciale, decisivo, della scienza in ordine alla soluzione di alcune tra le più spinose questioni di biodiritto […] e però sacrifica proprio alcune delle maggiori aspettative della stessa scienza». Il contrappunto è incluso nella progressione per onestà ricostruttiva: una traiettoria che lo ignorasse sarebbe esposta all'accusa di selezione orientata; assunto come sintomo del rischio opposto – la deferenza che, in nome del carattere «tragico» della scelta, rinuncia anche al controllo del metodo – esso conferma per converso la necessità della soglia che il testo si appresta a costruire.

[34] Corte cost., 18 gennaio 2018, n. 5, *Considerato in diritto*, §§ 8.2.1-8.2.6: il margine di apprezzamento è riconosciuto «purché tale discrezionalità sia esercitata alla luce delle diverse condizioni sanitarie ed epidemiologiche, accertate dalle autorità preposte (sentenza n. 268 del 2017), e delle acquisizioni, sempre in evoluzione, della ricerca medica, che debbono guidare il legislatore nell'esercizio delle sue scelte in materia», con sindacato destinato a intensificarsi

Downloaded from https://teseo.unitn.it/biolaw ISSN 2284-4503

Dalla progressione emerge un problema teorico più severo, ossia stabilire quando l'imperfezione fisiologica della decisione cognitivamente condizionata si converte in «arbitrio costituzionale». La soglia non si costruisce in termini binari quasi come se l'ordinamento dovesse distinguere leggi «scientifiche» e leggi «ascientifiche», o affidare al giudice la scelta della «migliore teoria disponibile», ma va pensata quale modulazione di standard di giustificazione, che si irrigidiscono al crescere di tre fattori, vale a dire la dipendenza della disciplina dalla premessa, l'incidenza della misura sui diritti e la difficoltà di reversibilità degli effetti.

Lo statuto epistemico di tale terreno è quello che è stato attentamente appellato come «scienza post-normale», ovvero d'un regime in cui, essendo i fatti incerti e i valori controversi, l'incertezza va gestita anziché rimossa e i valori esplicitati anziché presupposti. Qui la legalità epistemica si distacca da ogni pretesa di certezza scientifica della legge poiché l'incertezza non viene espulsa, ma resa «giuridicamente trattabile», di modo che la sua gestione non può essere affidata alla sola autorità della fonte[35]. Che l'incertezza sia trattabile, e non invocabile a guisa, quasi, di salvacondotto, è acquisizione consolidata anche nella giurisprudenza europea sul principio di precauzione, per la quale una misura preventiva non può fondarsi su «*a purely hypothetical approach to the risk, founded on mere conjecture which has not been scientifically verified*» in quanto l'incertezza legittima la cautela, non dispensa dalla giustificazione[36].

---

ove la discrezionalità risultasse esercitata «in modo manifestamente irragionevole»; sulla pronuncia, F. PATERNITI, *La discrezionalità del legislatore in materia di vaccinazioni obbligatorie tra ragionevolezza scientifica e ragionevolezza giuridica*, in *Federalismi.it*, 8, 2018, 1 ss. Per il consolidamento, Corte cost., 9 febbraio 2023, n. 14, *Considerato in diritto*, §§ 8.1-8.2.4. La formula riprodotta in chiusura è di S. PENASA, *Nuove dimensioni della ragionevolezza?*, cit., 9 («la sistematicità degli interventi giurisprudenziali […] lascia supporre […] che non l'*an* dell'intervento legislativo, pertanto, ma il suo *quomodo* costituisce l'oggetto del sindacato»); lo stesso A., in *La ragionevolezza scientifica delle leggi nella giurisprudenza costituzionale*, cit., evidenzia un «rapporto di proporzionalità inversa fra latitudine della discrezionalità politica del Parlamento e grado del sindacato della Corte sulla qualità della premessa scientifica della legge».

[35] La caratterizzazione richiamata nel testo riprende S.O. FUNTOWICZ, J.R. RAVETZ, *Science for the Post-Normal Age*, in *Futures*, 25, 7, 1993, 740 ss. Nei contesti in cui i fatti sono incerti, i valori controversi, le poste elevate e le decisioni urgenti, la scienza non opera secondo il paradigma della conoscenza stabilizzata applicata dall'esterno alla politica. La conseguenza per il diritto è duplice, e la coglie la *legal epistemology*: l'incertezza non riduce l'onere di giustificazione, ma lo intensifica – in questo senso, ad esempio, S. HAACK, *Legalizzare l'epistemologia. Prova, probabilità e causa nel diritto*, Milano, 2015, e G. GARDINER, *Legal Epistemology*, in D. PRITCHARD (ed.), *Oxford Bibliographies: Philosophy*, Oxford, 2019 – e la sua gestione, divenendo oggetto di standard, cessa di poter operare come alibi. È la funzione che la teoria della soglia assegna alla modulazione degli standard di giustificazione.

[36] Trib. UE, 11 settembre 2002, T-13/99, *Pfizer Animal Health SA c. Consiglio*, pt. 143, da cui il passaggio riprodotto nel testo. Il principio di precauzione, nella costruzione del giudice dell'Unione, non è clausola di sospensione della giustificazione, ma suo regime speciale: legittima la decisione in condizioni di incertezza, a condizione che l'incertezza stessa sia stata accertata, rappresentata e valutata secondo una procedura riconoscibile. La convergenza con la teoria della soglia è puntuale: anche per il diritto europeo l'incertezza è trattabile, non invocabile come salvacondotto. Nella dottrina, sul principio di precauzione come canone procedurale dell'amministrazione del rischio, F. DE LEONARDIS, *Il principio di precauzione nell'amministrazione del rischio*, Milano, 2005, e R. TITOMANLIO, *Il principio di precauzione fra ordinamento europeo e ordinamento italiano*, Torino, 2018. Nella prospettiva costituzionalistica, e per la distinzione dal principio di prevenzione – che opera in condizioni di certezza, mentre la precauzione interviene in condizioni di incertezza epistemica, ove la questione non è se agire, ma come meglio agire – M. CECCHETTI, *Principi costituzionali per la tutela dell'ambiente*, Milano, 2000, 174 ss.

Downloaded from https://teseo.unitn.it/biolaw ISSN 2284-4503

Su questa base, la distinzione fra l'errore scientifico fisiologico e l'arbitrio costituzionale si costruisce quale teorema operativo, articolato in tre figure di vizio che elevano a statuto dogmatico le violazioni tipiche dei canoni.

La prima è l'«opacità epistemica», in cui il presupposto resta implicito, selettivo o rappresentato in modo unilaterale, e destinatari della norma, organi di garanzia e circuito pubblico non sono in grado di comprendere quale immagine del fatto sia stata fatta valere. Se ne possono indicare tre indizi sintomatici, ovverosia l'irriconoscibilità delle fonti assunte, quando non si sappia quali acquisizioni siano state impiegate né da dove provengano, la mancata rappresentazione dei margini di incertezza, quando la premessa sia data per univoca nonostante una provvisorietà o un dissenso significativi, e la neutralizzazione del dissenso scientifico rilevante, quando le posizioni alternative siano soppresse anziché argomentate. In ogni caso, ciò che difetta non è la verità della premessa, ma la ricostruibilità pubblica del suo rapporto con il precetto, poiché l'opacità è l'inverso della tracciabilità del nesso inferenziale, non dell'esattezza scientifica.

La seconda figura è il «deficit istruttorio-procedurale», in cui l'*expertise* entra nella decisione senza sedi riconoscibili, senza criteri di acquisizione, senza tracciabilità dei materiali, senza una gestione non elusiva del dissenso e delle alternative.

La terza è la «sproporzione dinamica», in cui una disciplina che incide in modo rilevante su diritti o libertà è costruita senza alcuna apertura al mutamento delle evidenze, cosicché il sacrificio imposto si emancipa via via dalla giustificazione originaria e diventa, nel tempo, insostenibile. Le tre figure non sono un catalogo, ma una grammatica del controllo, poiché la prima censura l'occultamento della premessa (trasparenza violata), la seconda la sua acquisizione irregolare (procedimentalizzazione mancata), la terza la sua persistenza inerziale (adattività negata).

In tutte, il vizio non sta nella «falsità» della legge, ma nel venir meno della sua controllabilità in quanto atto di potere giustificato, sicché la domanda, di nuovo, non è se il decisore abbia «scelto bene» fra teorie concorrenti, ma se abbia reso pubblicamente controllabile il rapporto fra il precetto e la premessa da cui dipende[37]. Questa ricostruzione restituisce a ragionevolezza e proporzionalità la loro funzione propria, non come fondamento teorico della legalità epistemica, ma come sue principali tecniche di emersione nel sindacato. I due principi «introducono un *quid pluris* nei criteri valutativi e argomentativi della Corte e operano quali paradigmi di giudizio che superano, senza rinnegarlo, il ragionamento sussuntivo»[38].

---

[37] La distinzione fra fisiologica fallibilità della scienza e deficit costituzionalmente rilevante nella costruzione dei presupposti di fatto è discussa, sotto angolature differenti, da R. BIN, *La Corte e la scienza*, cit., e U. ADAMO, *Materia «non democratica»*, cit. Sul versante comparato, il teorema trova un contraltare polemico nella prassi opposta: E.H. MEAZELL, *Scientific Avoidance: Toward More Principled Judicial Review of Legislative Science*, in *Indiana Law Journal*, 1, 2009, 239 ss., secondo cui «*Courts increasingly confront legislative enactments made in light of scientific uncertainty. Even so, science avoidance has emerged as a robust judicial response*»: il rifiuto del controllo in nome della tecnicità della materia non è prudenza, ma sottrazione del metodo al sindacato. Il teorema eleva a statuto dogmatico le violazioni tipiche – evocazione generica, expertise non imputabile, cristallizzazione senza revisione – e ne fa figure di vizio autonome: il passaggio dalla descrizione alla grammatica.

[38] In questi termini, sul rapporto fra la proporzionalità e la legittimazione del controllo, A. BARAK, *Proportionality. Constitutional Rights and Their Limitations*, Cambridge, 2012, 131 ss., e R. ALEXY, *Teoria dei diritti fondamentali*, Bologna, 2012, 110 ss. La funzione assegnata nel testo ai due principi – tecniche di emersione, non fondamento – ne ricolloca l'impiego: il *quid pluris* non è un contenuto ulteriore del giudizio, ma il varco attraverso cui il vizio della premessa, costruito altrove, diviene visibile al sindacato.

Downloaded from https://teseo.unitn.it/biolaw ISSN 2284-4503

Ne deriva un ancoraggio metodologico più severo in quanto una disciplina può risultare irragionevole non solo perché incoerente o discriminatoria, ma anche perché opaca nel rapporto con la premessa da cui dipende, così come una misura può risultare sproporzionata non solo perché eccessiva rispetto al fine, ma perché insiste su un presupposto non reso sufficientemente trattabile, o perché ignora il mutamento delle evidenze che sorreggono la compressione. Su questo terreno – le sedi del processo costituzionale, gli strumenti dell'istruttoria, le forme della deferenza, il ruolo dell'amministrazione– la categoria va ora portata alla prova del rendimento.

4. Il sindacato sulle premesse scientifiche fra processo e amministrazione

La legalità epistemica richiede un banco di prova istituzionale poiché una forma della legalità che si esaurisse sul piano teorico resterebbe priva di rendimento, venendo due peculiari sedi in rilievo, ciascuna con una funzione propria. Il sindacato di costituzionalità è il luogo in cui la premessa scientifica della legge diventa giudicabile e in cui la modulazione fra la deferenza e il controllo rinviene una coerenza sistematica, mentre l'amministrazione tecnica è l'infrastruttura attraverso cui la stessa premessa diventa operativa.
Le due dimensioni non si sommano, ma si presuppongono in quanto il giudizio sulla legge dipende dalla qualità della trattazione amministrativa – ovverosia la attuazione in concreto della legge – che ne ha tradotto le evidenze in dispositivi operativi, e quella trattazione dipende a sua volta dalla giustificazione legislativa che ne ha disegnato lo spazio, talché entrambe trovano nel sindacato la propria verifica costituzionale. Le connette uno strumento trasversale, ossia la motivazione – amministrativa e, nei limiti che si diranno, legislativa –, che mantiene visibile la costruzione della premessa nel passaggio da una sede all'altra[39].
Il sindacato di costituzionalità si articola, anzitutto, in un profilo istruttorio. Nel processo costituzionale la Corte è giudice della conformità della legge alla Costituzione, non collegio di validazione epistemica, ed è perciò il luogo del metodo, non della verità. Essa non può però ignorare *amici curiae*, esperti e materiali tecnici, che le recenti modifiche alle Norme integrative hanno ammesso nel contraddittorio, sebbene proprio tale apertura ne abbia reso ambivalente la portata. L'ampliamento delle voci accresce la razionalità del giudizio solo se il materiale conoscitivo è acquisito in forme riconoscibili, sottoposto a contraddittorio effettivo e restituito nella motivazione quando incide sull'argomento decisorio, poiché altrimenti il rischio è doppio e simmetrico, cioè l'«opacità informale», quando il sapere entra come conoscenza di sfondo non ricostruibile, e la «spettacolarizzazione dell'*expertise*», quando l'autorevolezza sociale si sostituisce alla qualità controllabile dell'argomento[40].

[39] Sul rilievo del «come decide» quale componente della legittimazione della Corte nelle controversie ad alta densità fattuale e tecnico-scientifica, F. BIONDI, G. RAGONE, *La Corte costituzionale e i fatti: istruttoria ed effetti delle decisioni*, in *Quaderni costituzionali*, 3, 2020, 555 ss.; per la ricostruzione complessiva del rapporto fra Corte e complessità tecnico-scientifica, G. RAGONE, *Eine empirische Wende? La Corte costituzionale e le sfide della complessità tecnico-scientifica*, Torino, 2020, passim. L'interdipendenza fra le tre sedi, affermata nel testo, è il riflesso istituzionale della tesi teorica: se il vizio risiede nella costruzione della premessa, nessuna sede può intercettarlo da sola, perché quella costruzione attraversa legislazione, amministrazione e giudizio.

[40] Sull'apertura dell'istruttoria costituzionale a esperti, *amici curiae* e contraddittorio tecnico, introdotta dalle Modificazioni alle Norme integrative per i giudizi davanti alla Corte costituzionale del 2020, F. BIONDI, *L'incognita delle nuove Norme Integrative*, in *Quaderni costituzionali*, 1, 2020, 169 ss.; G. RAGONE, *Quali prospettive per terzi, amici curiae ed esperti a più di un anno dalla riforma delle Norme integrative? Spunti a partire dalla giurisprudenza*

Downloaded from https://teseo.unitn.it/biolaw ISSN 2284-4503

All'amministrazione tecnica spetta la funzione di infrastruttura operativa della legalità epistemica, poiché è nelle sedi amministrative che la premessa scientifica prende corpo, là dove protocolli, linee guida, valutazioni di rischio, autorizzazioni e standardizzazioni traducono il presupposto cognitivo in misure che incidono sui destinatari. Gli studi sociali della scienza hanno documentato che la consulenza tecnica istituzionalizzata non «trasmette» un sapere già formato, ma concorre a stabilizzarlo entro procedure di validazione insieme cognitive e normative[41], il che rende tanto più necessaria una disciplina giuridica delle sedi, dei criteri e dei conflitti di interesse.

La discrezionalità tecnica non è perciò un sotto-prodotto della discrezionalità amministrativa, ma una figura dotata di statuto proprio, di modo che la legalità epistemica non assorbe questa dogmatica né la rinomina, bensì ne assume l'esito come conferma che, in una delle due sedi, il controllo del metodo è già diritto vivente[42].

Anche la motivazione amministrativa non è un adempimento formale, ma una traduzione operativa della legalità epistemica nel procedimento. L'art. 3 della l. 7 agosto 1990, n. 241, non chiede una giustificazione di facciata, ma esige che il provvedimento rechi i presupposti di fatto e le ragioni giuridiche dell'adozione, così da rendere effettivamente controllabile la sequenza decisionale[43]. La motivazione opera dunque

---

costituzionale, in *Osservatorio costituzionale*, 4, 2021, 105 ss.; C. MALINVERNO, D. CAMONI, *La Corte costituzionale si apre al dialogo (in udienza) con gli avvocati. Brevi note comparate a partire dalla recente riforma delle Norme Integrative*, in *Forum di Quaderni Costituzionali*, 3, 2020, 84 ss. Il fondamento teorico dell'ambivalenza segnalata nel testo è in N. PETERSEN, *Avoiding the Common Wisdom Fallacy: The Role of Social Sciences in Constitutional Adjudication*, in *International Journal of Constitutional Law*, 11(2), 2013, 294 ss., secondo cui «legal reasoning in constitutional law is often based on empirical assumptions so that there is a strong need for the use of social sciences»: ma se i presupposti empirici devono divenire argomento, anziché governare occultamente il giudizio, l'ingresso del sapere nel processo va disciplinato nelle forme, non soltanto consentito nell'*an* – ed è il punto esatto in cui la riforma del 2020 rivela la propria ambivalenza.

[41] Il riferimento è a S. JASANOFF, *The Fifth Branch*, cit., la cui analisi sui comitati consultivi della amministrazione statunitense, mostra che la *regulatory science* non coincide con la scienza accademica: opera sotto vincoli di tempo, mandato e rilevanza decisionale che ne fanno un genere conoscitivo proprio, validato in sedi insieme epistemiche e istituzionali. Donde la conseguenza tratta nel testo: se il sapere regolatorio prende forma nelle sedi che lo trattano, la disciplina giuridica di tali sedi – composizione, indipendenza, conflitti di interesse – non è cornice esterna del sapere, ma parte della sua qualità.

[42] Sul rapporto fra discrezionalità tecnica, sapere specialistico e sindacato del giudice amministrativo, A. MOLITERNI, *Le disavventure della discrezionalità tecnica fra dibattito dottrinario e concrete dinamiche dell'ordinamento*, in ID. (a cura di), *Le valutazioni tecnico-scientifiche tra amministrazione e giudice. Concrete dinamiche dell'ordinamento*, Napoli, 2021, 5 ss., per il quale il sindacato non può essere sostitutivo, ma deve restare metodologico e proporzionato; in senso aderente, A. TRAVI, *Il giudice amministrativo e le questioni tecnico-scientifiche: formule nuove e vecchie soluzioni*, in *Diritto pubblico*, 2, 2004, 439 ss., e F. LEDDA, *Potere, tecnica e sindacato giudiziario sull'amministrazione pubblica*, in *Diritto processuale amministrativo*, 1983, 371 ss. Per una più ampia trattazione, F. CINTIOLI, *Giudice amministrativo, tecnica e mercato. Poteri tecnici e giurisdizionalizzazione*, Milano, 2005, e G. SIGISMONDI, *Il sindacato sulle valutazioni tecniche nella pratica delle Corti*, in *Rivista trimestrale di diritto pubblico*, 4, 2015, 705 ss. La formula del controllo «forte sulla struttura, prudente sul merito», fatta propria dal testo, è la traduzione amministrativistica del principio che la legalità epistemica enuncia per la legge: il metodo si controlla, il merito si rispetta.

[43] Sull'obbligo motivazionale dell'atto amministrativo come dispositivo di legalità sostanziale, M.S. BONOMI, *La motivazione dell'atto amministrativo: dalla disciplina generale alle regole speciali*, Roma, 2020, spec. 19, 44 e 97 ss.; A. CASSATELLA, *Il dovere di motivazione nell'attività amministrativa*, Padova, 2013, 25 ss.; M. DE BENEDETTO, *Motivazione dell'atto amministrativo*, in *Enciclopedia giuridica*, XXIII, Roma, 2003, 1 ss. Sull'attenuazione contemporanea dell'obbligo e sui suoi riflessi, M. DELSIGNORE, M.M. RAMAJOLI, *The «Weakening» of the Duty to Give Reasons in Italy: An Isolated Case or a European Trend?*, in *European Public Law*, 27(1), 2021, 23 ss., le quali rilevano come «procedural

Downloaded from https://teseo.unitn.it/biolaw ISSN 2284-4503

quale strumento di tracciabilità, e separa le ragioni dell'atto dall'autorità di chi ha fornito l'*expertise*. Sul versante legislativo serve una precisazione di metodo. L'obbligo motivazionale dell'atto amministrativo non si estende automaticamente alla legge – sarebbe un travisamento della sua natura politica –, ma nella legge che incide su diritti fondamentali sulla base di premesse tecnico-scientifiche l'assenza di una motivazione riconoscibile apre un vuoto di controllabilità che la motivazione amministrativa dei provvedimenti attuativi, da sola, non colma. La riserva costituzionale di metodo non impone alla legge il modello dell'art. 3 della l. n. 241 del 1990, ma indica un'esigenza più sobria di tracciabilità delle ragioni, tanto più rilevante quando la fonte si specializza, si inserisce in procedimenti multilivello o incide restrittivamente sulla sfera giuridica dei destinatari[44].

Qualificare questa tracciabilità delle ragioni cognitive come «motivazione attenuata» della legge richiede di distinguerla da quattro istituti contigui. Il primo è la *relazione illustrativa* del progetto di legge, atto descrittivo *ex ante*, di funzione politico-parlamentare, che accompagna la presentazione dell'iniziativa e non costituisce, di per sé, vincolo costituzionale, rilevando semmai, nel giudizio di costituzionalità, come elemento ricognitivo della *ratio legis* e non come adempimento motivazionale autonomo. Il secondo è l'*analisi di impatto della regolamentazione* (AIR), procedura tecnico-istruttoria *ex ante*, introdotta dalla l. 8 marzo 1999, n. 50, che valuta gli effetti attesi della regolazione ma resta interna al processo di formazione della scelta. Il terzo è la *motivazione amministrativa* in senso proprio, prevista dall'art. 3 della l. n. 241 del 1990, operante *ex post*, immediatamente sindacabile dal giudice amministrativo e ancorata al provvedimento in quanto atto concreto che incide sulla sfera giuridica del destinatario. Il quarto è la *tracciabilità delle ragioni cognitive*, qui proposta come componente strutturale della legalità epistemica, la

guarantees play an increasingly important role in the attempts of modern governments to address the multiplicity of complex factors that characterize contemporary regulatory issues»; in direzione comparata, I. OPDEBEEK, S. DE SOMER, *The Duty to Give Reasons in the European Legal Area: a Mechanism for Transparent and Accountable Administrative Decision-Making?*, in *Rocznik Administracji Publicznej (Public Administration Yearbook)*, 2, 2016, 97 ss., e, per il trattamento delle valutazioni tecniche nella giurisprudenza della Corte di giustizia, A. VOLPATO, M. ELIANTONIO, *Il trattamento giurisprudenziale della «discrezionalità tecnica» nell'esperienza della Corte di Giustizia dell'Unione europea*, in A. MOLITERNI (a cura di), *Le valutazioni tecnico-scientifiche*, cit., 379 ss. Il rilievo sull'indebolimento della garanzia vale da monito anche per la tesi qui sostenuta: se la motivazione amministrativa si attenua mentre cresce la complessità regolatoria, la tracciabilità che la legalità epistemica esige dalla legge non può contare sul travaso del modello amministrativo, ma deve fondarsi su un titolo costituzionale autonomo.

[44] Sulla motivazione della legge, in posizione di riferimento, il volume F. FERRARO, S. ZORZETTO (a cura di), *La motivazione delle leggi*, cit.; ivi, l'Introduzione dei curatori, *Il legislatore argomentante: sfondi e sottintesi*, 1 ss., e M. PICCHI, *L'obbligo di motivazione delle leggi: le ragioni economico-finanziarie degli interventi legislativi secondo la giurisprudenza della Corte costituzionale*, 13 ss.; della stessa A., *L'obbligo di motivazione delle leggi*, Milano, 2011. Inoltre, N. LUPO, *Spunti sulla motivazione della legge, dal punto di vista di un legislatore sempre più «vincolato»*, ivi, 45 ss.; S. BOCCALATTE, *La motivazione della legge. Profili teorici e giurisprudenziali*, Padova, 2008; F. FERRARI, *Sulla motivazione della legge. Specializzazione della fonte e* intentio legis, in *Le Regioni*, 6, 2023, 1205 ss. Sull'estensione dell'onere motivazionale alla legge restrittivamente incidente, G. PEPE, *Necessità di un'adeguata motivazione della legge restrittivamente incidente nella sfera giuridica dei cittadini*, in *Forum di Quaderni Costituzionali*, 24 maggio 2015, spec. 1-2 e 7-10, che, muovendo da Corte cost. n. 70 del 2015, isola una traiettoria di rafforzamento dell'obbligo motivazionale analoga, *mutatis mutandis*, a quella che la presente categoria sostiene per le decisioni cognitivamente condizionate. Sul versante tedesco, W. HOFFMANN-RIEM, *Methoden einer anwendungsorientierten Verwaltungsrechtswissenschaft*, in E. SCHMIDT-AßMANN, W. HOFFMANN-RIEM (a cura di), *Methoden der Verwaltungsrechtswissenschaft*, Baden-Baden, 2004, 9 ss., con la nozione di *Wissensgenerierung* quale dimensione costitutiva dell'azione pubblica regolatrice. La «precisazione di metodo» formulata nel testo segna il confine della tesi: non estensione dell'art. 3 alla legge, ma esigenza più sobria, e per ciò difendibile, di tracciabilità delle ragioni cognitive.

Downloaded from https://teseo.unitn.it/biolaw ISSN 2284-4503

quale non si confonde con i primi tre, ma li attraversa, configurandosi quale vincolo strutturale alla forma della legge cognitivamente condizionata, sindacabile attraverso ragionevolezza e proporzionalità come tecniche di emersione del vizio, e indipendente dall'adempimento degli altri tre.

La distinzione chiarisce il rendimento autonomo della categoria. Una legge cognitivamente condizionata che si corredi di una relazione illustrativa anche compiuta, o di un'AIR formalmente regolare, non soddisfa per ciò solo il vincolo di tracciabilità, se la sua premessa scientifica resta opaca, mentre, all'inverso, una disciplina priva di motivazione formale, ma la cui costruzione cognitiva sia ricostruibile in modo argomentato – attraverso i materiali parlamentari, le sedi di valutazione tecnica, l'apparato consultivo della Corte –, può soddisfare il canone della trasparenza. La legalità epistemica non esige l'adozione di un modello motivazionale, ma la possibilità di una ricostruzione pubblicamente controllabile del rapporto fra premessa e precetto. La verifica comparata che segue ne saggia la «generalizzabilità» poiché un controllo del metodo isolato all'ordinamento italiano indebolirebbe la tesi, mentre una convergenza fra ordinamenti maturi la corrobora[45].

Sul piano comparato, l'impostazione converge con esperienze mature di altri ordinamenti, che vale richiamare non a guisa di ornamento, ma come verifica esterna della categoria. Nell'Unione, l'art. 296 TFUE configura un dovere generale di motivazione degli atti, che la Corte di giustizia ha saldato a un sindacato sulle valutazioni tecniche complesse, articolato, per formula costante, nel controllo del rispetto delle regole procedurali, dell'esattezza materiale dei fatti, dell'assenza di errore manifesto di valutazione e dello sviamento di potere[46].

La «*manifest error review*» non equivale però ad astensione, poiché la stessa Corte ha precisato che il giudice dell'Unione deve verificare «*whether the evidence relied on is factually accurate, reliable and consistent* e, soprattutto, *whether that evidence contains all the information which must be taken into account in order to assess a complex situation and whether it is capable of substantiating the conclusions*

[45] La quadripartizione si pone in continuità critica con le elaborazioni sulla motivazione delle leggi: per la ricostruzione complessiva, M. PICCHI, *L'obbligo di motivazione delle leggi*, cit., spec. 89 ss., 134 ss. e 211 ss., che, muovendo dall'esperienza francese e dall'art. 9 della Costituzione di Cadice, individua una pluralità di vincoli graduati per tipologia di fonte e per intensità della compressione dei diritti; in senso convergente, S. BOCCALATTE, *La motivazione della legge*, cit., e G. PEPE, *Necessità di un'adeguata motivazione della legge*, cit. Sul piano comparato, per l'art. 296 TFUE come dovere generale di motivazione degli atti dell'Unione, P. CRAIG, *EU Administrative Law*, Oxford, 2018, 437; sul versante tedesco, gli sviluppi dottrinali sulla *Begründungspflicht des Gesetzgebers* ricostruiscono l'obbligo motivazionale del legislatore come esigenza strutturale, pur in assenza di espressa previsione testuale. Sull'analisi di impatto della regolamentazione, introdotta dall'art. 5 della l. 8 marzo 1999, n. 50, e sulla sua collocazione fra strumenti di razionalità procedurale e vincolo motivazionale, M. DE BENEDETTO, *La qualità della funzione regolatoria: ieri, oggi e domani*, in *Federalismi.it*, 18, 2017, 1 ss. Il quarto istituto, la tracciabilità, vive, a differenza dei primi tre, non in un atto, ma in una proprietà del rapporto fra atti: è la ragione per cui può essere soddisfatto, o violato, indipendentemente dall'adempimento degli altri.

[46] Il dovere generale di motivazione degli atti dell'Unione è fissato dall'art. 296, comma 2, TFUE; su di esso, P. CRAIG, *EU Administrative Law*, cit., 437. La formula del sindacato richiamata nel testo è costante nella giurisprudenza sulle valutazioni tecniche complesse: CGUE, 21 gennaio 1999, C-120/97, *Upjohn*, pt. 34, e CGUE, 15 ottobre 2009, C-425/08, *Enviro Tech (Europe)*, pt. 47. Per il quadro complessivo, A. VOLPATO, M. ELIANTONIO, *Il trattamento giurisprudenziale della «discrezionalità tecnica»*, cit. La struttura della formula merita attenzione: dei quattro elementi, due (rispetto delle regole procedurali, assenza di sviamento) attengono al *quomodo*, uno (esattezza materiale dei fatti) al *quibus*, uno (errore manifesto di valutazione) al confine fra *quibus* e *quid* – il sindacato europeo contiene, cioè, già al proprio interno, allo stato implicito, la tripartizione che il presente contributo formalizza.

Downloaded from https://teseo.unitn.it/biolaw ISSN 2284-4503

drawn from it», ossia un controllo che investe la completezza e la capacità giustificativa della base conoscitiva, non il merito della valutazione[47].

Lo stesso paradigma è stato esteso al legislatore dell'Unione, poiché l'esercizio della discrezionalità normativa presuppone «*the taking into consideration of all the relevant factors and circumstances of the situation the act was intended to regulate*», talché un atto legislativo adottato senza che le istituzioni sappiano esibire i dati di base considerati è stato annullato per difetto della propria infrastruttura conoscitiva, mentre la presenza di un'analisi d'impatto esaustiva è stata valorizzata quale indice di proporzionalità[48].

Negli Stati Uniti, la «*hard look review*» impone alle agenzie federali di «*examine the relevant data and articulate a satisfactory explanation*» della propria azione, con una « *rational connection between the facts found and the choice made*», vale a dire un sindacato che, senza sostituirsi all'amministrazione, ne esige la razionalità ricostruibile, pur conoscendo anche la tentazione opposta della *scientific avoidance*, cioè il rifiuto del controllo in nome della tecnicità della materia[49].

L'esperienza tedesca offre la sistemazione dogmatica più compiuta della modulazione del controllo. Dalla giurisprudenza sulla cogestione, il *Bundesverfassungsgericht* ha graduato il sindacato sulle prognosi legislative lungo una scala che muove dal mero controllo di evidenza (*Evidenzkontrolle*) al controllo di sostenibilità della valutazione (*Vertretbarkeitskontrolle*), fino, nelle materie a più intensa incidenza sui diritti, a un controllo contenutistico intensificato (*intensivierte inhaltliche Kontrolle*), in funzione della peculiarità della materia, della possibilità di formarsi un giudizio sufficientemente sicuro e del rango dei beni in gioco. La stessa Corte ha mostrato che il controllo può investire direttamente il metodo di costruzione della base conoscitiva della legge, poiché nella decisione sulle prestazioni assistenziali fondamentali il legislatore è stato vincolato a determinarle «in un procedimento trasparente e appropriato, in modo realistico e comprensibile, sulla base di cifre affidabili e di procedimenti di calcolo coerenti», di guisa che il vizio non sta nel risultato quantitativo, ma nella non ricostruibilità del suo fondamento. Difficile immaginare conferma

[47] CGUE, 15 febbraio 2005, C-12/03 P, *Commissione c. Tetra Laval*, pt. 39, da cui i passaggi riprodotti nel testo. Lo standard – esattezza, affidabilità e coerenza degli elementi di prova; loro completezza rispetto alla situazione complessa da valutare; idoneità a sostenere le conclusioni che se ne traggono – è divenuto formula di riferimento per il controllo delle valutazioni economiche e tecniche complesse. La sua rilevanza, per la presente ricostruzione, sta nel punto di applicazione: non il merito della valutazione, ma la capacità giustificativa della base conoscitiva – l'oggetto che la legalità epistemica assegna al sindacato sul *quibus*.

[48] CGUE, 7 settembre 2006, C-310/04, *Regno di Spagna c. Consiglio*, spec. pt. 122, da cui il passaggio riprodotto, e 133 ss., ove l'atto è annullato perché le istituzioni non sono state in grado di dimostrare che i dati di base della nuova disciplina fossero stati effettivamente presi in considerazione: il vizio colpisce, alla lettera, l'infrastruttura conoscitiva della scelta normativa, non il suo contenuto. Simmetricamente, per la valorizzazione dell'analisi d'impatto esaustiva quale indice di proporzionalità della scelta legislativa, CGUE, 8 giugno 2010, C-58/08, *Vodafone e a.*, pt. 55 ss. I due arresti disegnano il doppio movimento registrato nel testo: la carenza della base conoscitiva travolge l'atto; la sua cura documentata lo sorregge.

[49] *Motor Vehicle Manufacturers Association of the United States, Inc. v. State Farm Mutual Automobile Insurance Co.*, 463 U.S. 29 (1983), spec. 43, da cui i passaggi riprodotti nel testo. La *hard look review* ivi consolidata esige che l'agenzia esamini i dati rilevanti e articoli una spiegazione soddisfacente della propria azione, comprensiva del nesso razionale fra fatti accertati e scelta compiuta: lo standard opera sull'amministrazione, ma la dottrina che lo difende contro la tentazione della *scientific avoidance* – E.H. MEAZELL, *Scientific Avoidance*, cit. – ne rivendica la logica anche per il controllo sulla legislazione fondata su scienza incerta. Il trasferimento non è automatico; la struttura, però, è la medesima: il controllo cade sul rapporto fra base conoscitiva e decisione, non sulla decisione in sé.

Downloaded from https://teseo.unitn.it/biolaw ISSN 2284-4503

comparata più puntuale, poiché il sindacato sul *quibus* non giudica la verità della premessa, ma la qualità controllabile del suo trattamento[50].

La rassegna esige una precisazione che ne governa l'uso probatorio. I pilastri di matrice amministrativa – la formula *Upjohn-Enviro Tech*, lo standard *Tetra Laval*, la *hard look review* di *State Farm* – hanno ad oggetto atti dell'amministrazione, non leggi, e solo *Spagna c. Consiglio* e *Vodafone* investono atti legislativi dell'Unione, mentre soltanto l'esperienza tedesca raggiunge la legge parlamentare in senso proprio. L'asimmetria non indebolisce la verifica, ma la orienta, poiché il comparato non documenta l'identità dell'oggetto, bensì la migrazione di uno standard – il controllo sulla base conoscitiva della decisione – dall'amministrazione alla legislazione, già compiuta in Germania[51], in corso nell'Unione, non recepita negli Stati Uniti. Lì la *scientific avoidance* non riflette necessariamente un ritardo rispetto a un esito predeterminato, potendo esprimere una scelta costituzionale di principio – la separazione dei poteri, l'assenza di un obbligo generale di motivazione della legge, la tradizione del *rational basis* – che sottrae il legislatore a un controllo ormai acquisito per le agenzie.

La direzione della migrazione, beninteso, è una chiave di lettura, non una legge di sviluppo, valida finché i materiali la sostengono, e gli Stati Uniti segnano il limite entro cui può essere affermata. Entro questa mappa la traiettoria italiana trova la propria collocazione, non come eccentricità nazionale, ma come tratto intermedio della stessa migrazione.

Prima di trarne le conseguenze per il sindacato, la convergenza richiede una delimitazione.

La legalità epistemica non coincide né con il *due process of lawmaking* né con l'*evidence-based legislation*, pur intersecandoli entrambi. Il primo enfatizza il momento procedurale-deliberativo, e pretende che l'iter di formazione della legge rispetti standard di razionalità procedurale, mentre la seconda chiede al legislatore di fondarsi sulle evidenze disponibili, configurando una sorta di obbligo di «migliore conoscenza».

La legalità epistemica guarda al contenuto cognitivo del fondamento, indipendentemente dalla qualità procedurale dell'iter, e non esige che la legge sia «scientificamente migliore», ma che il rapporto con la premessa sia reso pubblicamente controllabile. Va riconosciuto che, sul piano applicativo, i tre piani si toccano, in quanto spesso valutare la controllabilità del rapporto richiede di entrare, almeno in parte, nel merito dell'evidenza. La distinzione resta però concettualmente netta nell'oggetto e nel punto d'arresto del controllo, poiché l'oggetto è la ricostruibilità del nesso fra premessa e precetto, e il giudice si ferma alla controllabilità, non alla correttezza. Il distinguo è teoricamente decisivo, in quanto la categoria non

[50] BVerfG, 1° marzo 1979, 1 BvR 532/77 e a., *Mitbestimmung*, BVerfGE 50, 290, spec. 332 s.: il sindacato sulle prognosi legislative si gradua dal controllo di evidenza (*Evidenzkontrolle*) al controllo di sostenibilità della valutazione (*Vertretbarkeitskontrolle*), sino al controllo contenutistico intensificato (*intensivierte inhaltliche Kontrolle*), in funzione della peculiarità della materia, della possibilità di formarsi un giudizio sufficientemente sicuro e del rango dei beni giuridici in gioco. La tripartizione costituisce il più compiuto equivalente dogmatico della modulazione proposta nel testo: essa mostra che l'intensità del sindacato può essere governata da criteri, anziché oscillare fra deferenza e sostituzione.

[51] BVerfG, 9 febbraio 2010, 1 BvL 1/09 e a., *Hartz IV*, BVerfGE 125, 175, spec. 225: il legislatore è tenuto a determinare le prestazioni esistenziali minime «in einem transparenten und sachgerechten Verfahren realitätsgerecht sowie nachvollziehbar auf der Grundlage verlässlicher Zahlen und schlüssiger Berechnungsverfahren» (trad. it. nostra nel testo). Il rilievo dogmatico della pronuncia, ai fini della presente ricostruzione, è considerevole: il *Bundesverfassungsgericht* non censura l'importo della prestazione – il *quid* –, né la regolarità formale dell'iter – il *quomodo* –, bensì la non ricostruibilità del procedimento di calcolo. Il vizio abita esattamente il terreno che il presente contributo denomina *quibus*.

Downloaded from https://teseo.unitn.it/biolaw ISSN 2284-4503

duplica esperienze consolidate, ma individua un terreno autonomo del controllo, su cui si gioca la sua effettiva utilità dogmatica[52].

In questo assetto, il sindacato di costituzionalità opera quale sede in cui le acquisizioni precedenti si traducono in controllo, e modula la propria intensità su tre variabili interdipendenti – le stesse poste a fondamento della soglia, qui trasferite dal piano della qualificazione del vizio a quello dell'intensità del controllo – vale a dire il grado di dipendenza della disciplina dalla premessa, l'intensità della compressione dei diritti e la difficoltà di reversibilità degli effetti.

Quando i tre fattori convergono al massimo, il sindacato si fa più stringente sulla qualità della premessa e sulla tracciabilità del suo trattamento, mentre, quando si attenuano, accorda al legislatore un margine di apprezzamento maggiore, senza rinunciare al controllo del metodo. È una scala di intensità che trova nella tripartizione tedesca il proprio equivalente dogmatico più prossimo. La «deferenza condizionata» non è allora una formula prudenziale, ma una forma tecnica del controllo, poiché riconosce al legislatore la responsabilità della scelta, ma esige che la scelta sia accompagnata da una sufficiente intelligibilità delle sue ragioni cognitive. Il sindacato sulle premesse non invade il merito politico, bensì è la condizione di possibilità di un controllo che non si limiti alla coerenza formale degli enunciati[53].

La prova più impegnativa si svolge sul terreno della giurisprudenza costituzionale pandemica, ovvero nelle pronunce nn. 14, 15 e 16 del 2023, con cui la Corte ha respinto le questioni sull'obbligo vaccinale anti SARS-CoV-2 per gli esercenti le professioni sanitarie, per gli operatori delle strutture residenziali per anziani e per ulteriori categorie soggette a obbligo.

L'interpretazione corrente vi vede una riaffermazione della deferenza legislativa nelle materie scientificamente complesse, in continuità con la sent. n. 5 del 2018, ma una rilettura attenta alla legalità epistemica restituisce un esito più articolato, poiché la deferenza della Corte non è puramente prudenziale né cieca al merito tecnico, ma condizionata al riscontro di una costruzione cognitiva del fondamento legislativo

[52] Per il *due process of lawmaking*, H. LINDE, *Due Process of Lawmaking*, in *Nebraska Law Review*, 55, 1976, 197 ss., con un modello di sindacato sulla procedura legislativa fondato su standard di razionalità procedurale; per il dibattito sul controllo giurisdizionale del processo legislativo, I. BAR-SIMAN-TOV, *Lawmakers as Lawbreakers*, in *William & Mary Law Review*, 52, 2010, 805 ss., e ID., *The Puzzling Resistance to Judicial Review of the Legislative Process*, in *Boston University Law Review*, 91, 2011, 1915 ss. La sistemazione più ampia del sindacato di razionalità sul legislatore, condotta sull'esperienza tedesca, è in K. MEßERSCHMIDT, A.D. OLIVER-LALANA (eds.), *Rational Lawmaking under Review. Legisprudence According to the German Federal Constitutional Court*, Cham, 2016. Le tre categorie – *due process*, *evidence-based legislation*, legalità epistemica – condividono la sensibilità per la qualità cognitiva della decisione pubblica, ma operano su piani distinti: la prima sulla qualità procedurale dell'iter, la seconda sulla qualità sostanziale dell'evidenza, la terza sul rapporto fra il precetto e la premessa da cui esso dipende – ed è questo rapporto, non l'iter né l'evidenza, l'oggetto proprio del *quibus*.

[53] La condizione di possibilità evocata nel testo ha un fondamento epistemologico-giuridico preciso: la giustificazione delle credenze fattuali della decisione è problema autonomo rispetto alla razionalità procedurale e sostanziale della decisione stessa. In questo senso, R.J. ALLEN, *Naturalized Epistemology and the Law of Evidence Revisited*, in *Quaestio Facti. International Journal on Evidential Legal Reasoning*, 2, 2021, 253 ss., secondo cui «the evolution of the relative plausibility theory of juridical proof is offered as evidence of the advantages of replacing a Cartesian epistemology with one that draws on the actual operations of the mind», e A. AMAYA, *Coherence, Evidence, and Legal Proof*, in *Legal Theory*, 19(1), 2013, 1 ss., secondo cui «the main claim of the coherence theory proposed in this article is that a belief about the events being litigated is justified if and only if it is a belief in an "optimally coherent" theory of the case». Per il versante amministrativistico italiano, A. MOLITERNI (a cura di), *Le valutazioni tecnico-scientifiche*, cit. Le tre variabili di modulazione proposte nel testo traducono in criteri ciò che altrove resta affidato a clausole: dipendenza dalla premessa, incidenza sui diritti e reversibilità degli effetti sono parametri accertabili, non formule di stile.

Downloaded from https://teseo.unitn.it/biolaw ISSN 2284-4503

che soddisfi i tre canoni. Conviene a questo punto enunciare la condizione di falsificabilità della rilettura, perché è il suo punto di massima esposizione. La categoria non si limita a spiegare *ex post* qualunque esito, ma predice la direzione del controllo, e sarebbe smentita se la Corte annullasse una legge i cui tre canoni risultino soddisfatti adducendo l'inadeguatezza della premessa, o se validasse una legge in cui i canoni difettino trattando la premessa come adeguata. La progressione esaminata non offre, allo stato, contro-esempi di questo tipo, di guisa che i due poli del controllo, cioè la provenienza del sapere, vale a dire la sede da cui proviene, e la tracciabilità del rapporto inferenziale, vale a dire la possibilità di ricostruire quali acquisizioni, con quale grado di consolidamento e con quali margini di incertezza abbiano sostenuto la misura, vanno tenuti distinti.

Il primo profilo attiene al canone della procedimentalizzazione, il secondo a quello della trasparenza, e i due non si implicano, poiché una sede qualificata può consegnare una premessa opaca, e una premessa di provenienza informale può risultare verificabile. Il canone della trasparenza è soddisfatto non perché il legislatore abbia invocato l'autorità di organi tecnici, ma perché il rapporto fra le evidenze assunte e l'obbligo imposto è rimasto pubblicamente intelligibile, dato che dalle pronunce si risale alle acquisizioni su cui la scelta poggia, al loro grado di consolidamento e ai margini di incertezza dichiarati, cosicché la catena che lega presupposto e precetto non è stata sottratta alla critica.

Il canone della procedimentalizzazione minima dell'*expertise* trova riscontro nel rilievo, ricorrente nelle tre pronunce, che la disciplina è stata adottata sulla base di una sequenza istruttoria identificabile, con sedi di valutazione tecnica autonome dal decisore politico – il Comitato Tecnico Scientifico, l'Agenzia Italiana del Farmaco, l'Istituto Superiore di Sanità, l'Agenzia europea per i medicinali – e con criteri non opachi di gestione del dissenso, sicché è qui, e non nella trasparenza, che la provenienza istituzionale del sapere acquista rilievo. Il canone dell'adattività è verificato attraverso la modulazione temporale del regime obbligatorio – sospensioni differenziate, riaperture per i guariti, aggiornamento dei criteri di idoneità –, che ha impedito alla disciplina di cristallizzarsi su un'immagine statica del rischio.

Così ricostruita, la deferenza non poggia sul pedigree degli organi consultati – il che reintrodurrebbe, sotto mentite spoglie, quella deduzione dell'autorità dalla competenza che la categoria respinge –, ma sulla controllabilità pubblica del nesso fra sapere e comando, poiché non basta sapere chi ha parlato, occorrendo che ciò che è stato detto regga alla critica.

La deferenza della Corte non è dunque il sintomo di una rinuncia al controllo, ma il risultato di un giudizio positivo sulla qualità epistemica della costruzione legislativa. La «deferenza condizionata» trova qui la collocazione più precisa, poiché dove i tre canoni sono soddisfatti il sindacato si attenua sul merito, mentre dove uno di essi manchi si intensifica, a prescindere dalla tecnicità della materia. La lettura proposta permette di apprezzare la differenza fra la sequenza pandemica e quella sulla l. n. 40 del 2004, poiché nella prima la Corte trova le tre condizioni soddisfatte e arretra, mentre nella seconda le trova carenti e demolisce. La diversità degli esiti non dipende dall'opzione politica, ma dalla qualità del fondamento conoscitivo, sicché la legalità epistemica funziona quale operatore unificante, facendo apparire come traiettoria coerente ciò che, in sua assenza, sembrerebbe oscillazione[54].

[54] Corte cost., 9 febbraio 2023, 14, *Considerato in diritto*, §§ 8.1-8.2.4, sull'obbligo vaccinale per gli esercenti le professioni sanitarie; Corte cost., 9 febbraio 2023, 15, sull'estensione agli operatori delle strutture residenziali per anziani; Corte cost., 9 febbraio 2023, 16, sulle ulteriori categorie soggette all'obbligo. Per la rilettura della giurisprudenza pandemica come emersione del controllo sul metodo di assunzione delle evidenze, A. LAMBERTI, *Consulenza*

Downloaded from https://teseo.unitn.it/biolaw ISSN 2284-4503

Il rendimento della categoria si misura, infine, sulla capacità di resistere a obiezioni di principio. La prima vuole che la legalità epistemica mascheri un giudizio di merito politico, ma essa non chiede al giudice di sostituirsi al legislatore nella scelta del contenuto, bensì di verificare la qualità del fondamento conoscitivo, e il rischio reale è semmai quello opposto, documentato dalla sent. n. 84 del 2016, ovvero la deferenza che, in nome del carattere tragico della scelta, abdica anche al controllo del metodo. I due pericoli si delimitano a vicenda, e la categoria è costruita per tenere il punto tra entrambi.

La seconda obiezione lamenta un'esigenza eccessiva verso il legislatore, destinata a farsi paralisi nell'emergenza, ma in linea di principio la riserva di metodo non pretende dalla legge una motivazione paragonabile a quella dell'atto amministrativo, bensì la sola controllabilità pubblica del rapporto con la premessa, poiché l'incertezza legittima la cautela, non dispensa dalla giustificazione. In linea di fatto, la prova è stata appena condotta, e il banco più severo, la legislazione dell'emergenza pandemica, si è risolto in validazioni e non in annullamenti, proprio perché il metodo era tracciabile. La terza obiezione vuole che la categoria accrediti un modello scientista di razionalità giuridica, una pretesa di «scientificità» della legge, ma è vero il contrario, poiché la legalità epistemica è l'antidoto al funzionamento simbolico del sapere nel ragionamento costituzionale, esigendo che la scienza sia trattata come materiale di giustificazione e non come dispositivo retorico di immunizzazione. Su questo passaggio si gioca la tenuta complessiva della categoria, il cui esito teorico è affidato al paragrafo conclusivo[55].

5. La Costituzione di fronte al sapere. La responsabilità epistemica del potere pubblico

L'esito teorico può ora essere formulato per esteso, come torsione che la legalità epistemica imprime a tre piani classici della riflessione giuridica. Sul piano della *teoria della legalità*, mostra che la forma costituzionale della legge non si riduce alla conformità del precetto alla fonte e alla competenza, poiché esiste una porzione del comando che il potere non produce, e che proprio per questo non può essere consegnata alla logica unilaterale della volontà sovrana.

La non-disponibilità cognitiva del fondamento è condizione costituzionale, non limite contingente. Sul piano della *teoria della giustificazione*, mostra che l'autorità non si legittima per la pretesa di verità del proprio fondamento, ma per la produzione di ragioni accessibili alla verifica intersoggettiva, talché l'opacità della premessa non è un vizio tecnico, ma un difetto di giustificazione dell'autorità normativa, che

tecnica, ragionevolezza scientifica e pandemia: questioni aperte, in *Corti supreme e salute*, 1, 2024, 89 ss.; in senso convergente, già S. PENASA, *Nuove dimensioni della ragionevolezza?*, cit., 9 ss., con la tesi della proporzionalità inversa. La rilettura qui proposta è dichiaratamente ricostruttiva: le tre pronunce non enunciano i canoni, ma la loro motivazione ne soddisfa le condizioni: è questa soddisfazione, non una formula, ciò che la deferenza condizionata registra. La distinzione fra ciò che la Corte dice e ciò che la sua prassi realizza è, del resto, ordinaria amministrazione della dogmatica: la categoria non pretende di descrivere l'autocomprensione del giudice, ma la struttura del suo operato.

[55] D.M. HASHIMOTO, *Science as Mythology in Constitutional Law*, in *Oregon Law Review*, 76, 1997, 111, secondo cui «*the Court does not subject scientific facts to serious substantive analysis because they serve as symbols rather than as data, used in legal opinions to express in an abbreviated fashion a host of unstated value judgments*». Il funzionamento simbolico della scienza, qui enunciato sul versante giudiziario, è il bersaglio esatto della terza risposta formulata nel testo: la legalità epistemica non chiede alla legge di essere «scientifica», ma impedisce che la parola «scienza» operi come abbreviazione di giudizi di valore non dichiarati – il sapere come materiale di giustificazione contro il sapere come dispositivo retorico di immunizzazione. Sul punto si tornerà in chiave di teoria della giustificazione.

Downloaded from https://teseo.unitn.it/biolaw ISSN 2284-4503

altera le condizioni stesse di «obbedibilità» della norma. Sul piano della *teoria della costituzione*, dischiude un terzo asse del controllo, accanto al *quid* del contenuto e al *quomodo* della procedura, ovvero il *quibus*, inteso quale disciplina costituzionale delle premesse su cui il comando poggia. Non è un livello aggiunto, ma una dimensione che attraversa gli altri due, perché la qualità del *quid* e l'integrità del *quomodo* dipendono, nelle decisioni cognitivamente condizionate, dalla disciplina del *quibus*.

Ne consegue una conclusione più netta di quanto una formula prudenziale lascerebbe intendere. La legalità epistemica non trasforma la scienza in fonte del diritto, non assegna agli esperti una funzione sostitutiva del legislatore, non sottrae alla democrazia la responsabilità delle scelte difficili. Impedisce, piuttosto, che il potere usi il sapere come presupposto muto del comando, come immagine di neutralità che immunizza la decisione dalla critica, o a guisa di schermo dietro cui occultare opzioni assiologiche, selezioni di rischio, distribuzioni di sacrificio. Nelle materie cognitivamente condizionate il pericolo costituzionale non è solo che la scienza venga ignorata, ma anche, e talvolta più gravemente, che venga evocata in forma simbolica.

È il fenomeno che la dottrina nordamericana ha descritto come *science charade*, il mascheramento di scelte politiche sotto le insegne di una scientificità apparente, che riduce lo spazio della contestazione invece di ampliarlo, perché trasferisce sul terreno della tecnica – inattaccabile per il profano – ciò che appartiene al terreno della scelta, per definizione discutibile. La democrazia non è diminuita dal metodo, ma dal suo occultamento, poiché una decisione che nasconde la premessa da cui dipende non è più forte perché meno vincolata, bensì più esposta all'arbitrio[56].

La nozione di *quibus* come terzo asse autonomo richiede a questo punto una dimostrazione, non un'affermazione assiomatica. Come annunciato, due figure di vizio che né il sindacato sul *quid* né quello sul *quomodo* riescono a intercettare ne provano il rendimento. La scelta delle due figure è obbligata, poiché la seconda del teorema – il deficit istruttorio-procedurale – confina per definizione con il *quomodo*, e non potrebbe provare l'autonomia dell'asse, mentre le altre due lo possono. La prima è l'opacità della premessa.

Il precetto può essere formulato con perfetta chiarezza, e dunque irreprensibile sul contenuto, e l'*iter* di adozione può rispettare integralmente le regole procedurali, mentre la legge può nondimeno fondarsi su una premessa cognitiva opaca, in cui le fonti assunte, i criteri della loro selezione e i margini di incertezza non sono resi riconoscibili. Questo vizio sfugge al sindacato sul contenuto, perché la disciplina non è internamente incoerente, e a quello sulla procedura, perché l'iter è formalmente regolare, e lo coglie solo il sindacato sul *quibus*, perché riguarda la base cognitiva su cui il precetto poggia.

La seconda figura è la sproporzione dinamica. Una misura può essere proporzionata al fine al momento dell'adozione, ed essere stata adottata con un iter ineccepibile, e nondimeno divenire insostenibile nel tempo, al mutare delle evidenze, senza che il legislatore abbia previsto meccanismi di adattività. È anch'esso vizio costituzionale, e né il *quid* statico né il *quomodo* puntuale sono in grado di rilevarlo. Il *quibus* non è dunque un'etichetta retorica per problemi già coperti, bensì un operatore dogmatico

[56] Il riferimento è a W.E. WAGNER, *The Science Charade in Toxic Risk Regulation*, in *Columbia Law Review*, 95, 7, 1995, 1613 ss., che ha documentato, sul terreno della regolazione del rischio tossico, la sistematica presentazione come «scientifiche» di scelte che la scienza non è in grado di determinare, con l'effetto di sottrarle al circuito della responsabilità politica e della contestazione pubblica. La mitologia giudiziaria della scienza denunciata da Hashimoto e la sua mascherata legislativa documentata da Wagner sono le due facce del medesimo funzionamento simbolico del sapere che la legalità epistemica intende rendere costituzionalmente visibile e, perciò, criticabile.

Downloaded from https://teseo.unitn.it/biolaw ISSN 2284-4503

autonomo, che individua vizi esistenti solo sul terreno della costruzione cognitiva della premessa, e che le tecniche tradizionali non sono attrezzate a riconoscere come vizi propri. In questo modo la legalità epistemica completa la grammatica costituzionale del sindacato, senza duplicarla[57].

Su queste basi, la categoria restituisce alla legge, nelle materie a fondamento cognitivo indisponibile, la propria piena responsabilità ordinamentale. Il legislatore conserva la scelta dei fini, la graduazione del rischio socialmente tollerabile, le priorità distributive, la decisione sul livello di tutela, la Corte conserva la propria funzione di garanzia senza farsi collegio di validazione epistemica, e l'amministrazione conserva il proprio spazio di trattazione tecnica senza divenire vettore di sapere immunizzato. Ciò che la legalità epistemica aggiunge non è un parametro nuovo, ma un'esigenza di intelligibilità pubblica del rapporto fra potere e sapere, che attraversa fonti, procedure e sindacato senza sovrapporsi a nessuno di essi. La fallibilità della scienza non è un argomento contro la sua assunzione, ma la ragione per cui il suo uso pubblico deve restare controllabile[58].

La distinzione fra correttezza scientifica del contenuto e controllabilità costituzionale del metodo non è un espediente retorico, ma la conseguenza necessaria di una concezione dell'autorità che lega legittimazione e ragioni. Dove il potere non può produrre la verità della premessa né evitarne l'assunzione, resta esposto al controllo del modo in cui la premessa viene scelta, ordinata e resa giustificabile.

La legalità epistemica nomina il punto preciso in cui la teoria della giustificazione si traduce in vincolo costituzionale, e in cui la responsabilità del decisore cessa di essere questione di virtù politica per divenire requisito strutturale dell'azione pubblica. Distribuite per sede, le responsabilità vanno ora graduate per

---

[57] La dimostrazione svolta ha il proprio fondamento teorico-generale nella *second-order justification* di N. MacCormick, *Legal Reasoning and Legal Theory*, cit., 100 ss.: se la giustificazione di secondo grado investe la scelta fra premesse rivali, allora un vizio che colpisca tale scelta – e non il contenuto del precetto, né la procedura della sua adozione – richiede un asse di controllo proprio; in senso convergente, L.J. Wintgens, *Legisprudence as a New Theory of Legislation*, cit., e, per lo statuto autonomo della giustificazione delle credenze fattuali, R.J. Allen, *Naturalized Epistemology and the Law of Evidence Revisited*, cit., e A. Amaya, *Coherence, Evidence, and Legal Proof*, cit. Le due figure impiegate nella prova corrispondono alla prima e alla terza figura del teorema, qui assunte non più come vizi tipici, ma come esperimenti cruciali: ciascuna sopravvive all'adempimento integrale degli altri due assi, e dunque non è da essi assorbibile. In senso critico rispetto alla costituzionalizzazione del fattore scientifico qui proposta, A. Morrone, *Il bilanciamento nello Stato costituzionale*, Torino, 2014, 68 ss., che paventa una deriva scientista del personalismo, osservando che «[n]on è la persona umana disegnata nella Costituzione a definire il recinto delle libertà fondamentali, ma sono la scienza e la tecnica, con le potenzialità ad esse collegate, a tracciare lo spazio di libertà consentito all'individuo», con la conseguenza che «non è solo la politica legislativa ad essere limitata […] ma è l'idea costituzionale di persona ad esserne condizionata, venendo riformulata *more geometrico*». L'obiezione coglie un rischio reale, ma investe una costituzionalizzazione del *contenuto* del sapere, non del suo *modo* di assunzione: la legalità epistemica opera in senso inverso, perché – lungi dal far definire alla scienza i confini dei diritti – disciplina le condizioni alle quali il sapere entra nella decisione, impedendo che esso operi come «autorità muta», ed è perciò l'antidoto, non il veicolo, della deriva paventata.

[58] La distinzione ha radici nella teoria generale: per il nesso fra autorità e ragioni, ancora J. Raz, *The Authority of Law*, cit.; per la legalità come «morale interna» del diritto, fatta di requisiti formali la cui violazione è accertabile indipendentemente dal merito del contenuto, L.L. Fuller, *The Morality of Law*, 2ª ed., New Haven-London, 1969, 33 ss.; per il legame fra giustificazione e obbligatorietà della norma, S. Cotta, *Giustificazione e obbligatorietà delle norme*, Milano, 1981; nella riflessione costituzionalistica italiana sulla razionalità del decidere, F. Modugno, *Ragione e ragionevolezza*, cit. La «controllabilità costituzionale» qui distinta dalla «correttezza epistemica» appartiene alla medesima famiglia dei requisiti fulleriani: non dice se la premessa sia vera, ma se il rapporto fra premessa e precetto sia stato costruito in forma accertabile: è questa accertabilità, non la verità, ciò che un ordinamento può esigere senza travalicare i propri limiti.

Downloaded from
https://teseo.unitn.it/biolaw
ISSN 2284-4503

oggetto, in un assetto più articolato della coppia tradizionale «contenuto/procedura», in cui la responsabilità per i fini resta integralmente politica, quella per il metodo è insieme politica e ordinamentale, perché chiama in causa il modo in cui il potere costruisce la propria base cognitiva, e quella per la sostenibilità nel tempo è strutturalmente costituzionale, perché si misura sulla coerenza della disciplina con un sapere in trasformazione. Questa articolazione non sostituisce le responsabilità distribuite per sede, ma le precisa dall'interno, assegnando a ciascuna il proprio oggetto.

La distinzione fra responsabilità per il contenuto e responsabilità per il metodo non è un'invenzione della categoria, bensì la sua condizione di rendimento, poiché senza di essa il controllo costituzionale rischia di confondere il vizio del precetto con quello della premessa, o, all'opposto, di lasciare immune la premessa in nome dell'incompetenza tecnica del giudice[59].

La portata della categoria oltrepassa allora il terreno biogiuridico che ne è stato il primo banco di prova. Nell'ordinamento contemporaneo, le materie cognitivamente condizionate hanno una geografia più ampia, che abbraccia la regolazione ambientale, il rischio sanitario su scala collettiva, le tecnologie digitali, l'uso pubblico di sistemi algoritmici e di intelligenza artificiale, le valutazioni di impatto intergenerazionale, le architetture computazionali del decidere.

Qui la dipendenza della legge da premesse non interamente disponibili alla volontà sovrana raggiunge intensità inedite, e il rischio della scienza in quanto autorità muta si moltiplica con la velocità di mutamento dei saperi. La legalità epistemica non è perciò un parametro destinato a contrarsi, bensì mostra la propria utilità là dove il potere governa attraverso conoscenze sempre più tecniche e sempre meno politicamente disponibili. Sul terreno algoritmico la sua proiezione non è una trasposizione meccanica, ma un adattamento dei tre canoni. La trasparenza delle premesse diventa tracciabilità dei modelli, dei dati di addestramento e delle assunzioni statistiche su cui il sistema poggia, di modo che il legislatore non può limitarsi a evocare l'oggettività dell'output, ma deve rendere riconoscibile la struttura inferenziale che dall'input conduce alla decisione.

La procedimentalizzazione minima dell'*expertise* si articola in regole sull'auditabilità tecnica, sull'indipendenza degli organi di valutazione di conformità e sulla gestione dei conflitti di interesse strutturali fra produttori, certificatori e regolatori. L'adattività trova la propria traduzione nei meccanismi di monitoraggio post-immissione sul mercato e di aggiornamento delle valutazioni di rischio, sicché una disciplina algoritmica statica è strutturalmente inadeguata rispetto al terzo canone, perché ignora la velocità di trasformazione del proprio oggetto[60].

---

[59] La figura del legislatore tenuto a «rendere conto» del modo in cui seleziona e traduce il sapere converge con la prospettiva del legislatore argomentante: F. FERRARO, S. ZORZETTO, *Il legislatore argomentante: sfondi e sottintesi*, cit.; per l'estensione al legislatore dell'impianto giustificativo elaborato per il giudice, M. SOPIŃSKI, *Neil MacCormick's Theory of Legal Reasoning and Its Evolution*, cit.; per la responsabilità epistemica come categoria normativa, S. HAACK, *Legalizzare l'epistemologia*, cit. La tripartizione delle responsabilità proposta nel testo – per i fini, per il metodo, per la sostenibilità nel tempo – è la proiezione soggettiva dei tre canoni: a ciascun canone corrisponde un titolo di responsabilità, e la corrispondenza conferma che la categoria non aggiunge obblighi al decisore, ma nomina quelli che la struttura della decisione cognitivamente condizionata già contiene.

[60] Per la proiezione della categoria sul terreno algoritmico, nella dottrina italiana, A. D'ALOIA, *Il diritto verso «il mondo nuovo». Le sfide dell'Intelligenza Artificiale*, in *BioLaw Journal – Rivista di BioDiritto*, 1, 2019, 3 ss.; per il versante della consulenza tecnica, A. LAMBERTI, *Consulenza tecnica, ragionevolezza scientifica e pandemia*, cit. La traduzione positiva più prossima ai tre canoni adattati nel testo è offerta dal reg. (UE) 2024/1689 (*AI Act*): gli obblighi di trasparenza (art. 13) e di documentazione tecnica (art. 11 e allegato IV) specificano la trasparenza delle premesse; gli

Downloaded from https://teseo.unitn.it/biolaw ISSN 2284-4503

La dimensione intergenerazionale aggiunge un vincolo di sostenibilità temporale che il diritto costituzionale ha cominciato solo di recente a elaborare. Il caso paradigmatico è la pronuncia del *Bundesverfassungsgericht* del 24 marzo 2021, *Klimaschutz*, che ha dichiarato l'incostituzionalità parziale della legge federale sul clima nella parte in cui non garantiva una sufficiente programmazione della riduzione delle emissioni oltre il 2030, lasciando alle generazioni future un onere sproporzionato di restrizione della libertà. Il rilievo dogmatico, ai fini della legalità epistemica, è duplice.

Da un lato, la Corte non ha sostituito la propria valutazione climatologica a quella del legislatore, ma ha verificato la coerenza fra premesse scientifiche assunte, obiettivi dichiarati e architettura temporale della disciplina. Dall'altro, ha riconosciuto che la mancata predisposizione di un percorso di riduzione oltre il 2030 costituisce essa stessa un vizio costituzionale di adattività[61].

Le due estensioni convergono nel confermare che la legalità epistemica non è la formula descrittiva di una stagione giurisprudenziale, ma una categoria dogmatica della teoria della Costituzione contemporanea. Non si tratta di accreditare un principio nuovo dotato di autonomia parametrica, ma di riconoscere, dentro la grammatica costituzionale, l'esigenza ordinante che la struttura della legalità incorpora ogni volta che il comando dipende da un sapere prodotto altrove. La portata sistemica della categoria si misura nella capacità di tenere insieme una teoria della legalità non riducibile alla competenza, una teoria della giustificazione non riducibile al consenso e una teoria della costituzione non riducibile al testo, e di mostrare che le tre convergono, nelle aree cognitivamente condizionate, su un nucleo unitario, la responsabilità del potere rispetto al sapere.

La legalità epistemica non sostituisce la legalità formale né quella sostanziale, ma le qualifica entrambe quando il comando dipende da premesse cognitive non disponibili. Essa indica la condizione costituzionale di possibilità del controllo, non un autonomo parametro di legittimità, ragion per cui la sua autonomia, come anticipato, è categoriale e non parametrica, in quanto nomina un requisito sostanziale del controllo senza aggiungere un criterio al catalogo testuale dei vincoli della legge. In questa convergenza la categoria

---

obblighi dei fornitori (artt. 16-21) e la valutazione della conformità (art. 43) procedimentalizzano l'expertise; il monitoraggio successivo all'immissione sul mercato (art. 72) dà veste normativa all'adattività. La convergenza non è invocata come fondamento – il regolamento disciplina sistemi, non leggi –, ma come conferma strutturale: quando l'ordinamento ha dovuto regolare il decidere computazionale, ha riprodotto, in forma positiva, la medesima triade che la categoria ricava dalla Costituzione.

[61] BVerfG, 24 marzo 2021, 1 BvR 2656/18 e a., *Klimaschutz*, BVerfGE 157, 30, spec. §§ 142-156, sulla protezione intertemporale delle libertà (*intertemporale Freiheitssicherung*). La pronuncia compie un passo ulteriore: il dovere di osservazione e di correzione che la giurisprudenza di Karlsruhe aveva costruito sulla scala del singolo rapporto normativo (*Fluglärm*) si proietta qui sulla scala intergenerazionale, e l'adattività della regola diviene, per tale via, vincolo di equità temporale. Ai fini della presente ricostruzione, il punto decisivo è il secondo dei rilievi formulati nel testo: l'assenza del meccanismo di adattamento è trattata come vizio autonomo, indipendente dal merito degli obiettivi – la struttura argomentativa del *quibus*, applicata alla dimensione del tempo. Per un antecedente dottrinale italiano della dimensione temporale qui valorizzata, già G.F. FERRARI, *Biotecnologie e diritto costituzionale*, in *Diritto pubblico comparato ed europeo*, 4, 2002, 1572 ss., il quale rilevava che il principio di precauzione «modifica la valenza medesima dei principali protagonisti del quadro assiologico del costituzionalismo democratico: è evidente infatti che vita, salute e ambiente subiscono una sorta di trasfigurazione metacostituzionale […] e imponendo all'operatore del bilanciamento responsabilità totali non solo nella dimensione spaziale, ma anche in quella temporale, verso le generazioni future»: la responsabilità intergenerazionale, prima ancora che dalla giurisprudenza di Karlsruhe, era stata colta dalla dottrina costituzionale italiana come implicazione del trattamento giuridico dell'incertezza.

Downloaded from https://teseo.unitn.it/biolaw ISSN 2284-4503

trova la propria collocazione architettonica, e la riflessione sullo Stato di cultura, sulla razionalità del legislatore argomentante e sull'epistemologia della decisione pubblica si compone in una figura costituzionale unitaria[62].

Si può chiudere con una formula che non ricapitoli i passaggi, ma ne porti l'esito al nucleo. Lo Stato costituzionale non deve scegliere fra il governo della politica e il governo della scienza, poiché l'alternativa è mal posta. Deve, più radicalmente, costruire le condizioni perché la decisione politica, quando dipende da un sapere fallibile e rivedibile, non perda la propria natura democratica nel momento stesso in cui pretende di fondarsi sulla conoscenza. La legalità epistemica nomina questa esigenza e ne rende sindacabile la violazione, non perché la Costituzione esiga dalla legge la verità, ma perché esige dal potere che, là dove il sapere ne sostiene il comando, l'errore resti distinguibile dall'arbitrio.

[62] Per la teoria della Costituzione come quadro entro cui simili esigenze ordinanti trovano collocazione, A. SPADARO, *Contributo per una teoria della Costituzione*, I, *Fra democrazia relativista e assolutismo etico*, Milano, 1994. La chiusa riconduce la categoria alla traiettoria iniziale: la crisi della legge, da cui il discorso ha preso le mosse, non è negata ma riqualificata – ciò che appariva decadenza della forma legislativa si rivela trasformazione del suo statuto, e la legalità epistemica nomina il punto in cui tale trasformazione cessa di essere patologia per divenire struttura. In questo senso, e solo in ciò, la categoria «completa» la legalità costituzionale: non aggiungendo un parametro, ma esplicitando una condizione.

Downloaded from https://teseo.unitn.it/biolaw
ISSN 2284-4503