

Le forme di produzione delle fonti a contenuto tecnico-scientifico nell'epoca del diritto transnazionale

di Antonio Iannuzzi

Abstract: The production of sources with a technical and scientific content in the era of the transnational law – The different ways of producing the legal sources with a technical and scientific content in the era of the transnational law is a very interesting topic and is a test bench for the contemporary constitutionalism. This paper deals with four principal issues: i) the changes that affect the system of the sources of the law and the different methods to create sources with a technical and scientific content; ii) the interaction between law and other sciences and the resumption of the dialogue between jurists and “scientists”; iii) the breach of the traditional border between public and private law as well as between external and internal, namely the territorial limits of the legal orders as a consequence of the transnational validity of the technical rules and of the regulation of technologies; iv) the problem of sovereignty in the digital era.

Keywords: Technical regulations; Science-based laws; Sources of law.

3277

Lo scibile è talmente vasto che gli specialisti si aggrappano alle loro specialità come a uno scudo, per non dover conoscere nulla degli altri campi ed evitare di essere sommersi.
(...)

Rivolto quasi a se stesso, Seldon commentò: «Com'è dannosa la specializzazione eccessiva. Recide la conoscenza in mille punti e lascia aperte le ferite.

I. Asimov, *Preludio alla Fondazione* (1988), in Id., *Fondazione. Il ciclo completo*, Milano, 2020

1. Il tema della regolazione tecnica come crocevia delle sfide nuove poste al costituzionalismo del XXI secolo: un ventaglio di questioni

Il tema delle forme di produzione delle fonti a contenuto tecnico-scientifico nell'epoca del diritto transnazionale è davvero ricco di spunti di interesse e rappresenta uno dei principali banchi di prova per il costituzionalismo contemporaneo.

La questione oggetto del presente contributo coinvolge diversi piani di indagine quali, limitandosi solo ai più rilevanti: *a)* i mutamenti del sistema delle fonti del diritto; *b)* le forme di interazione del diritto con le altre scienze e la ripresa del dialogo, nella società attuale fra giuristi e “scienziati”; *c)* la rottura dell'argine fra pubblico e privato e fra esterno e interno, vale a dire dei limiti territoriali degli ordinamenti giuridici a fronte dell'efficacia transnazionale delle norme tecniche e della regolazione delle tecnologie; *d)* l'incessante processo di emersione di nuovi

diritti – talvolta forieri di dubbi etici – cui fanno da sfondo le nuove possibilità offerte alla tutela dei diritti; e) le conseguenze sulla forma di Stato e sulla forma di governo; f) il problema della sovranità nell'era digitale.

Il presente contributo si incentrerà principalmente sui primi tre aspetti elencati, ma inevitabilmente finirà per offrire considerazioni anche sugli ultimi tre punti e sull'ultimo in special modo.

Lo sconvolgimento di così tanti ambiti del diritto costituzionale finisce per spingere la riflessione in avanti, fino ad esaminare alcune proposte volte a proporre persino il superamento del costituzionalismo contemporaneo come soprattutto le teorie del costituzionalismo societario e del *global administrative law*.

Oggi assistiamo ad una rivoluzione tecnologica «che rende tutto istantaneo e planetario» e che, nel «dilatare la dimensione dello spazio e [nel] mortificare quella del tempo», mette in crisi diritti e leggi nazionali, che, invece, poggiano costitutivamente sul binomio spazio-tempo. Anche il giurista deve aggiornare il suo bagaglio di competenze tenendo conto che, com'è stato riconosciuto in altri settori della conoscenza, «dobbiamo attrezzarci per capire e renderci amico questo futuro-presente carico di complessità e incognite» che sconvolge le nostre identità «consolidate e rassicuranti»: l'identità professionale è «scalzata dalla robotica» e l'identità personale «- in un vero e proprio sovvertimento parentale - vede l'eclisse persino di parole che ritenevamo uniche, inalterabili e insostituibili, come “padre” e “madre”: prima il sangue del *ghénos* superato dall'adozione del *nomos*, la legge, e ora il *nomos* soppiantato dalla provetta della *téchne*, quella tecnologia che sta esplorando e varcando i territori del trans-umano e del post-umano»¹.

Si tratta di fenomeni che spiegano ora tutte le loro potenzialità e che determinano un importante condizionamento sul diritto e sui diritti, ma che sono il portato di una trasformazione, veloce ma graduale, innescata dalla rivoluzione industriale e poi portata avanti dalla rivoluzione scientifica. Benché la distinzione non sia netta, la prima può essere datata con buona approssimazione fra metà del diciottesimo secolo e l'inizio del ventesimo, andando a caratterizzarsi per l'introduzione delle macchine nei settori della produzione e per la trasformazione dei lavoratori agricoli in occupati nelle fabbriche, mentre la seconda si produce per effetto dell'applicazione della scienza all'industria, a partire dai primi del ventesimo secolo. Entrambe le fasi, come d'altra parte sta avvenendo in quella attuale, hanno prodotto, tuttavia, un cambiamento che «ci capitò addosso senza che ce n'accorgessimo, senza che gli accademici lo prendessero in considerazione»².

La rivoluzione tecnologica in atto rappresenta lo sbocco della rivoluzione scientifica, andando ora a caratterizzarsi per la capillare diffusione delle tecnologie, in specie di quelle digitali, nella società e nella vita quotidiana. In Germania dal 2011 si parla diffusamente di *Industry 4.0* per significare come l'attuale rivoluzione tecnologica, con la creazione di “fabbriche intelligenti”, «muterà a livello globale

¹ La riflessione efficace e stilisticamente raffinata è di I. Dionigi, *Osa sapere. Contro la paura e l'ignoranza*, Milano, 2019.

² Seguendo la proposta di C.P. Snow, *Le due culture*, trad. it., Milano, 1964, 28 s.

la configurazione della cosiddetta “catena del valore”, ossia le attività aziendali strategicamente rilevanti»³. Tale rivoluzione presenta sfide inedite e impervie al costituzionalismo contemporaneo: «si pone (...) la questione del costituzionalismo oltre lo stato per significare che i problemi costituzionali si pongono al di fuori dei confini degli stati, in processi politici transnazionali, e contemporaneamente al di fuori del settore politico istituzionalizzato, nei settori “privati” della società mondiale»⁴.

Faccio mie, per introdurre problematicamente il presente lavoro, ancora le domande poste da Teubner: «sulla base di quale legittimazione regimi transnazionali regolano interi ambiti della società fin dentro i più minuti aspetti del vivere quotidiano? (...) I diritti umani e fondamentali possono rivendicare la propria validità anche in spazi sociali liberi dallo stato e, specialmente rispetto a organizzazioni internazionali?»⁵.

A proposito del notevole protagonismo di questi settori privati della società mondiale, nel contesto degli studi sulla protezione dei dati personali, Giusella Finocchiaro ha parlato con efficacia di «nuova sovranità privata»⁶.

Le norme tecniche, in questo quadro, rappresentano lo strumento privilegiato di questo “mondo nuovo” perché assicurano un’efficacia transnazionale e perché consentono ai soggetti “privati” di non subire limitazioni eteronome nello sviluppo delle loro tecnologie, cosicché da regolati possano al contempo assurgere a regolanti⁷. Tuttavia, parafrasando le illuminanti considerazioni di Stefano Rodotà in materia di nuove tecnologie e *privacy*, la «forte tendenza dello stesso settore privato ad adottare codici di autoregolamentazione» risponde «in taluni casi a precisi interessi economici delle imprese», ma rivela anche «il bisogno di affidare la soluzione di eventuali conflitti a regole obiettive, e non alle transazioni e agli automatismi del mercato»⁸.

Dopo aver svolto queste considerazioni preliminari relativamente allo sfondo concettuale, così gravido di implicazioni teoriche, in cui il tema della produzione delle fonti a contenuto tecnico-scientifico viene ad essere collocato, passo a presentare l’oggetto del presente contributo che abbraccia una triplice

³ Utili benché agili indicazioni in K. Schwab, *La quarta rivoluzione industriale*, trad. it., Milano, 2016, spec. 21 e in A. Magone e T. Mazali, *Industria 4.0. Uomini e macchine nella fabbrica digitale*, Milano, 2016.

⁴ G. Teubner, *Nuovi conflitti costituzionali. Norme fondamentali dei regimi transnazionali* (2012), trad. it., Milano-Torino, 2012, 4.

⁵ Ancora, G. Teubner, *op. cit.*, 11.

⁶ L’intervista è consultabile al seguente link: www.dimt.it/index.php/it/notizie/17993-sovranita-aziende-tecnologiche-ambivalenza-dato-personale-giusella-finocchiaro.

⁷ Esattamente osserva M. Cecchetti, *Prospettive per una razionalizzazione della “normazione tecnica” a tutela dell’ambiente nell’ordinamento italiano*, in S. Grassi e M. Cecchetti (a cura di), *Governo dell’ambiente e formazione delle norme tecniche*, Milano, 2006, 40 s., che la riflessione giuspubblicistica sul tema delle norme tecniche, come anche quella sul «tema della formazione delle normative tecniche attraverso atti delle autorità pubbliche qualificabili propriamente come fonti del diritto», viene considerata ancora oggi, «a torto (...) spesso “di nicchia”», quando invece «rappresenta un vero e proprio crocevia di molti dei problemi degli ordinamenti giuridici contemporanei».

⁸ S. Rodotà, *Tecnologie e diritti*, Bologna, 1995, 56 s.

prospettiva, mettendo in rilievo: *i*) le norme tecniche; *ii*) le regole tecniche; *iii*) le leggi a contenuto tecnico-scientifico.

2. Le norme tecniche

Le norme tecniche, strettamente intese, sono prodotte da enti di regolazione privati accreditati dalle istituzioni europee e nazionali ad adottare norme tecniche consensuali e volontarie ma destinate, tuttavia, a perdere tali caratteri nel caso in cui norme interne facessero specifico rinvio ad esse.

Le norme tecniche hanno una efficacia transnazionale in virtù del fatto che la regolazione della tecnica tende ad essere universale, e non locale, come lo sono i risultati della scienza e le sue applicazioni.

La loro vocazione globale spiega la forte prevalenza delle norme tecniche internazionali ed europee su quelle nazionali. Questa centralità è stata asseverata dai singoli Stati e da alcune organizzazioni internazionali, come soprattutto la *World Trade Organization* (WTO), che hanno delegato il potere regolatorio sui mercati all'*International Organization for Standardization* (ISO) e all'*International Electrotechnical Commission* (IEC), come si è verificato, per esempio, con l'imposizione da parte della WTO dell'obbligo a tutti i governi degli Stati membri di fare ricorso alle norme tecniche internazionali come fondamento dei regolamenti nazionali⁹.

Gli organismi di normalizzazione, come si diceva in premessa, sono prevalentemente enti di diritto privato. Di recente è stato messo in evidenza che «*a remarkable model of hybrid public-private global organization is provided by the International Organization for Standardization (ISO), whose members are the national bodies “most representative of standardization in their countries”. Therefore, the ISO is a “non-governmental organization that forms a bridge between the public and private sectors, within which some bodies are entirely private, while others are part of the governmental mandate*»¹⁰. A ben vedere, però, si tratta di uno schema piuttosto ricorrente, se solo si pensa che i corrispondenti enti di normalizzazione italiani, l'Ente nazionale italiano di unificazione (UNI) e il Comitato Elettrotecnico Italiano (CEI), accolgono la partecipazione di rappresentanti ministeriali in seno al Consiglio direttivo. Ciononostante, com'è stato esattamente messo in luce, «questi non agiscono come organi politici legittimati democraticamente, ma come attori privati o “ibridi” - nel senso che seppur finanziati da soggetti pubblici mantengono sempre una certa indipendenza da essi - la cui legittimazione al fondo deriva dalle conoscenze tecnico-scientifiche in loro possesso»¹¹.

⁹ Come fa notare T. Büthe, *The Power of Norms; the Norms of Power: Who Governs International Electrical and Electronic Technology?*, in D.D. Avant, M. Finnemore e S.K. Sell (a cura di), *Who Governs the Globe*, New York, 2010, 287.

¹⁰ S. Cassese, *The Global Polity. Global Dimensions of Democracy and the Rule of Law*, Sevilla, 2012, 18.

¹¹ Da G. Mobilio, *L'intelligenza artificiale e i rischi di una “disruption” della regolamentazione giuridica*, in *BioLaw Journal*, 2020, 412. Cfr. F. Cafaggi, *New foundation of transnational private regulation*, in *Journal of Law and Society*, 2011, 20.

La normazione europea delinea chiaramente le sue funzioni e i suoi obiettivi ormai per effetto del Regolamento UE n. 1025/2012. Quest'ultimo ha disposto il superamento del c.d. Nuovo approccio che, a partire dal 1985, aveva introdotto un sistema parallelo rispetto alla regolazione tecnica statale affidando, «su mandato» della Commissione europea, ad alcuni organismi privati la produzione di norme volontarie e negoziali: le c.d. norme armonizzate¹².

Il precedente modello¹³ non era considerato più al passo con gli sviluppi degli ultimi decenni e aveva bisogno di una modifica che garantisse maggiore semplificazione ed aggiornamento.

Il regolamento europeo citato delinea i tre livelli della normazione tecnica: quello internazionale, quello europeo e quello nazionale. Tutti gli enti di normalizzazione, sia quelli di livello europeo (CEN, CENELEC E ELTSI) e italiano (UNI, EN) sia quelli di livello internazionale, principalmente l'ISO, che è il più importante organismo di normazione a livello mondiale, sono costituiti nella forma di organizzazioni non governative ed accolgono nel proprio seno anche rappresentanti dei governi. Quest'ultimo aspetto, tuttavia, non vale ad alterare la natura privatistica di tali organismi.

La più recente disciplina europea, inoltre, copre ora anche nuovi aspetti della normazione, in particolare quello riguardante il campo dei servizi e l'evoluzione dei prodotti della normazione diversi dalle norme formali (Considerando 7). A tal proposito, si noti come, a partire dalla direttiva 2006/123/CE del Parlamento europeo e del Consiglio del 12 dicembre 2006, relativa ai servizi nel mercato interno, si è assistito a livello europeo ad un'ulteriore espansione del campo d'azione della normalizzazione che è andata oltre i già rilevanti settori

¹² Sul c.d. Nuovo approccio si rinvia a M. Gigante, *Effetti giuridici nel rapporto tra tecnica e diritto: il caso delle norme armonizzate*, in *Rivista italiana di diritto pubblico comunitario*, 1997, 313 ss.; N. Greco, *Crisi del diritto, produzione normativa e democrazia degli interessi. Esemplicità della normazione tecnica in campo ambientale*, in Id. (a cura di), *Crisi del diritto, produzione normativa e democrazia degli interessi*, Roma, 1999; H. Schepel, *The Constitution of Private Governance. Product Standards in the Regulation of Integrative Markets*, Oxford a. Portland, Oregon, 2005, 239 ss.; se si vuole, A. Iannuzzi, *Caratterizzazioni della normazione tecnica nell'ordinamento italiano. Il campo di analisi e di verifica della materia ambientale*, in *Studi parlamentari e di politica costituzionale*, 2006, 148 ss.; A. Zei, *Tecnica e diritto tra pubblico e privato*, Milano, 2008, 297 ss.

¹³ Che era disciplinato dalle direttive 89/686/CEE (Concernente il ravvicinamento delle legislazioni degli Stati membri relative ai dispositivi di protezione individuale) e 93/15/CEE del Consiglio (Relativa all'armonizzazione delle disposizioni relative all'immissione sul mercato e al controllo degli esplosivi per uso civile); nonché le direttive 94/9/CE (Concernente il ravvicinamento delle legislazioni degli Stati membri relative agli apparecchi e sistemi di protezione destinati a essere utilizzati in atmosfera potenzialmente esplosiva), 94/25/CE (Sul ravvicinamento delle disposizioni legislative, regolamentari ed amministrative degli Stati membri riguardanti le imbarcazioni da diporto), 95/16/CE (Per il ravvicinamento delle legislazioni degli Stati membri relative agli ascensori), 97/23/CE (Per il ravvicinamento delle legislazioni degli Stati membri in materia di attrezzature a pressione), 98/34/CE (Che prevede una procedura d'informazione nel settore delle norme e delle regolamentazioni tecniche), 2004/22/CE (Relativa agli strumenti di misura), 2007/23/CE (Relativa all'immissione sul mercato di articoli pirotecnici), 2009/23/CE (Relativa agli strumenti per pesare a funzionamento non automatico) e 2009/105/CE del Parlamento europeo e del Consiglio (Relativa ai recipienti semplici a pressione); e che abroga la decisione 87/95/CEE del Consiglio (Relativa alla normalizzazione nel settore delle tecnologie dell'informazione e delle telecomunicazioni) nonché la decisione n. 1673/2006/CE del Parlamento europeo e del Consiglio (Relativa al finanziamento della normalizzazione europea).

d'intervento, finendo per sconfinare anche nell'ambito della prestazione dei servizi¹⁴.

Così, i prodotti, i processi di produzione o i servizi attuali o futuri, stando a quanto sancito dal Considerando 1 del Regolamento UE n. 1025/2012, possono spontaneamente adeguarsi a «specifiche tecniche o qualitative volontarie», il rispetto delle quali comporta una presunzione di conformità per i produttori. Essa, però, deve essere certificata da parte di appositi enti, anch'essi di diritto privato.

Se si considera, però, l'esempio fornito dal caso dei codici internazionali e delle certificazioni funzionali alla circolazione dei beni (codici a barre, ISBN, ISSN), il quale si riflette sempre più anche nel settore della ricerca scientifica, ci si rende conto di come si verta ormai, di fatto, in una situazione di sostanziale cogenza delle norme tecniche¹⁵.

Del resto, non è possibile esimersi da una riflessione critica che emerge necessariamente dalla ricostruzione del quadro normativo. Infatti, nonostante fosse stato ideato come mezzo di regolazione uniforme e come impulso al libero scambio e alla circolazione di prodotti industriali nell'ambito di un mercato comune libero da disomogenee barriere normative e statali, il modello della normazione europea sta entrando in una fase nuova. La regolazione consensuale sta man mano abbandonando l'ancoraggio alle cognizioni tecnico-scientifiche, estendendo la sua area di competenza anche a settori meno *science based*, che fino ad oggi sono stati assoggettati a regole cogenti. In proposito, si nota come per la normazione europea sia ora sufficiente far leva, piuttosto che sulla natura tecnico-scientifica della fattispecie, su una generica tecnicità.

Questo spirito può essere ricavato anche dalla Relazione di accompagnamento della proposta di Regolamento (del giugno 2011), la quale evidenzia come «in futuro la normalizzazione europea svolgerà un ruolo cruciale in una gamma di settori più ampia rispetto ad oggi, che vanno dal sostegno alla competitività europea, alla tutela del consumatore, al miglioramento dell'accessibilità per i disabili e gli anziani all'affrontare il cambiamento climatico» e che per questi motivi è opportuno «disporre di un sistema di normalizzazione europeo aggiornato dal punto di vista tecnico, efficace, completo e inclusivo»¹⁶.

Sebbene tali mutamenti istituzionali, come dimostra, peraltro, l'attuale difficile condizione politica, siano tutt'altro che ben avviati o irreversibili, si assiste oggi ad un tentativo dell'Unione europea di camminare verso orizzonti politici nuovi, attraverso l'ampliamento degli ambiti di intervento.

¹⁴ In tema v. B. Van Leeuwen, *European Standardisation of Services and its Impact on Private Law. Paradoxes of Convergence*, Oxford e Portland (OR), 2017.

¹⁵ Su questi aspetti v. U. Carnevali, *La norma tecnica da regola di esperienza e norma giuridicamente rilevante. Ricognizione storica e sistemazione teorica. Ruolo dell'UNI e del CEI, in Responsabilità civile e previdenza*, 1997, 257; F. Ancora, *Normazione tecnica, certificazione di qualità e ordinamento giuridico*, Torino, 2000; A. Benedetti, *Certezza pubblica e "certezze private". Poteri pubblici e certificazioni di mercato*, Milano, 2010.

¹⁶ Il testo della proposta con la relazione di accompagnamento è consultabile al seguente link: ec.europa.eu/transparency/regdoc/rep/1/2011/IT/1-2011-315-IT-F1-1.Pdf.

3. Forme di produzione delle regole tecniche o norme tecniche pubbliche

Le regole tecniche o norme tecniche pubbliche, pur presentando un contenuto specialistico molto dettagliato, assumono la forma degli atti-fonte dell'ordinamento giuridico. Il contenuto specialistico delle regole tecniche può essere mutuato in diverso modo da norme prodotte dagli enti di regolazione o da organismi pubblici «dotati di specifiche attitudini»¹⁷, in special modo incardinati all'interno dell'apparato di governo.

Invero, dal momento in cui una norma tecnica pubblica in una determinata materia viene approvata «l'adeguamento alle regole da parte dei singoli interessati non è più affidabile a meccanismi di spontanea osservanza», poiché si tratta di «vere e proprie regole giuridiche vincolanti, la cui inosservanza dà luogo alle sanzioni previste dall'ordinamento per le violazioni del diritto, ivi comprese, se del caso, le sanzioni penali»¹⁸.

Inoltre, si tenga presente che, poiché molte norme contenute in atti-fonte fanno riferimento a norme tecniche, v'è una certa commistione tra norme cogenti e norme volontarie.

Le forme di produzione delle regole tecniche nell'ordinamento italiano sono diverse e sono state ben schematizzate da Alberto Predieri «secondo tre metodi»¹⁹.

Il primo metodo si caratterizza per la partecipazione di organismi privati alla fase istruttoria del procedimento di formazione di regole tecniche pubbliche, che può essere spinta fino al punto di condizionare, in quella fase, in buona parte il documento contenente le specifiche tecniche.

Il secondo metodo prevede l'imputazione allo Stato o ente pubblico di disposizioni congiuntamente formulate e scritte da organi, attraverso il metodo dell'incorporazione.

Il terzo metodo, infine, è improntato al riconoscimento indiretto di effetti giuridicamente rilevanti a norme tecniche o a standard di produzione non pubblicistici, allo stesso modo di come avviene da tempo per le «regole dell'arte», «che il diritto presuppone senza recepire, perché non viene fatto un rinvio materiale come invece in taluni casi può avvenire»²⁰.

Delle tre forme appena elencate, quella che parrebbe essere la più adeguata è proprio quest'ultima, in quanto consente di non immortalare i precetti normativi ad uno stadio particolare di evoluzione della tecnica, che è un'operazione che vanificherebbe il tempestivo adeguamento successivo in forza di ulteriori aggiornamenti tecnici. Infatti, esso permette di soddisfare l'esigenza di tenere il passo dei continui progressi scientifici attraverso il rinvio «aperto» a clausole generali (per esemplificare: «secondo le regole della buona tecnica», «a regola

¹⁷ La formula è ricorrente nella giurisprudenza, ma v. soprattutto Corte cost., sent. n. 31/2001.

¹⁸ Come ricorda V. Onida, *Il sistema delle fonti in materia ambientale, con particolare riferimento alla normativa tecnica*, in Aa. Vv., *Razionalizzazione della normativa in materia ambientale*. Atti del Convegno giuridico, Castel Ivano, 29-30 aprile 1994, Milano, 1994, 68.

¹⁹ A. Predieri, *Le norme tecniche nello Stato pluralista e prefederativo*, in *Il diritto dell'economia*, 1996, 290 ss.

²⁰ Così ancora A. Predieri, *op. cit.*, 291.

d'arte", "conformemente agli standard sulla sicurezza", "alla luce delle migliori tecnologie disponibili", "conforme allo stato della tecnica").

A riguardo, occorre segnalare che in Italia la regolazione tecnica di matrice pubblica soffre di alcuni problemi specifici.

La principale difficoltà deriva dal fatto che non v'è una proceduralizzazione legislativa e mancano dei riferimenti certi. Come è stato messo in luce, «se (...) si osserva la prassi fino ad oggi inverteasi nell'ordinamento italiano, non si può fare a meno di prendere atto della perdurante e quasi endemica assenza, ad ogni livello, di forme e di procedure specifiche per questo tipo di produzione normativa»²¹.

Del resto, per trovare una soluzione e rendere vincolanti le procedure volte ad assicurare il coinvolgimento dei corpi tecnici nelle scelte normative, è stata avanzata l'ipotesi di introdurre, quanto meno in campo ambientale, «una disciplina generale dei procedimenti di normazione tecnica»²².

Tuttavia, non è certo semplice far ricorso a leggi di "procedura" volte ad adottare regole tecniche, cioè leggi che stabiliscano iter "aperti" di formazione di regolamenti tecnici ministeriali così da consentire il coinvolgimento, da una parte, degli organi tecnici, dall'altra, della comunità scientifica di riferimento, delle associazioni di settore nonché dei diversi portatori di interessi, come principalmente i consumatori. Sul punto, occorre osservare che tali leggi non hanno una forza passiva speciale ed allo stato delle conoscenze il diritto costituzionale non ha ancora elaborato una soluzione al problema della limitazione della capacità abrogativa o derogatoria da parte delle leggi successive.

Nella materia della tutela dell'ambiente, peraltro, il fondamento tecnico-scientifico delle politiche è richiesto dai trattati europei per effetto dell'applicazione dai principi di precauzione, prevenzione e correzione alla fonte²³, nonché, com'è stato pure fatto notare, «da almeno due dei c.d. "parametri" di cui le istituzioni dell'Unione devono sempre necessariamente tenere conto nella predisposizione della propria politica in materia ambientale, ovvero i "dati scientifici e tecnici disponibili" e l'analisi "costi-benefici"»²⁴.

In proposito, è stata condivisibilmente auspicata da autorevole dottrina «la formazione di organismi tecnico-scientifici stabili al servizio dell'amministrazione o dei soggetti chiamati a produrre norme tecniche, la cui composizione rifletta con ampiezza il livello di conoscenza e di esperienza della comunità scientifica del settore interessato, i cui componenti siano scelti non in ragione di appartenenze politiche ma in ragione di riconosciute competenze tecniche e indipendenza di giudizio, utilizzando anche le chances derivanti dallo scambio internazionale delle conoscenze e delle esperienze, e dunque il carattere tendenzialmente aperto e non

²¹ Le ultime due osservazioni sono di M. Cecchetti, *Prospettive per una razionalizzazione della "normazione tecnica" a tutela dell'ambiente nell'ordinamento italiano*, cit., 44 s.

²² Da G. Caia, N. Aicardi, *Il regime giuridico della normazione tecnica ambientale*, in S. Grassi, M. Cecchetti, *Governo dell'ambiente e formazione delle norme tecniche*, cit. 31 s.

²³ Art. 191, par. 2, TFUE.

²⁴ Da M. Cecchetti, *La Corte costituzionale davanti alle "questioni tecniche" in materia di tutela dell'ambiente*, in *Federalismi.it*, 2020, che fa riferimento all'art. 191, par. 3, TFUE.

nazionale della comunità scientifica di riferimento; le cui modalità di lavoro consentano un aperto confronto con gli esperti rappresentanti degli interessi direttamente coinvolti e scelte motivate ed eque di decisione delle questioni controverse, nonché modalità di verifica e di revisione sulla base dell'esperienza»²⁵.

Sarebbe utile anche una mappatura degli organi tecnico-scientifici pubblici. Oggi sono tanti e disseminati nell'organizzazione ministeriale con statuti diversi e con diverso grado di partecipazione. Occorrerebbe, altresì, uniformare lo *status* di questi enti e disciplinare in maniera uniforme le modalità con cui partecipano alla formazione delle regole tecniche e, più in generale, degli atti normativi del governo, anche per assicurare la trasparenza del loro contributo.

4. La posizione di indipendenza dalla politica degli organismi tecnico-scientifici e l'affermazione del principio di trasparenza del loro apporto

Le garanzie dell'indipendenza e della trasparenza sono fondamentali per consentire di discernere l'istruttoria tecnica dall'istruttoria giuridica e per far emergere con nettezza il peso concreto e il reale condizionamento dell'apporto degli organismi tecnici sulla decisione finale. Penso che sia illegittimo ed anacronistico in un ordinamento giuridico che si è finalmente aperto in nome del principio della trasparenza e dell'accessibilità totale, per effetto del D.lgs. 14 marzo 2013, n. 33, non pubblicare documenti interlocutori prodotti dagli organismi tecnici, per quanto protocollati e persino a volte citati nelle premesse degli atti normativi. Pertanto, si debbono istituire sezioni dedicate nei siti internet delle amministrazioni ministeriali per pubblicizzare tutti i documenti prodotti a fini istruttori.

In un periodo di crisi della politica si può verificare che l'apporto del tecnico possa finire per legittimare la decisione politica, perciò si avvertono con speciale delicatezza altri due problemi: da una parte, quello dell'elaborazione di criteri per la selezione degli esperti per la composizione dei corpi tecnici; dall'altra, quello relativo all'ampiezza dei poteri riconosciuti a soggetti o organismi esterni all'amministrazione, in assenza di regolazione sul punto.

Affatto incoraggiante, invece, è il precedente fornito dall'allora Ministra della Salute, Giulia Grillo, di revocare le nomine dei componenti non di diritto del Consiglio Superiore di Sanità (CSS), organo tecnico-consultivo del Ministero, con due anni di anticipo rispetto alla scadenza naturale, con una decisione inedita, poiché la prassi dei nuovi governi era piuttosto quella di aggiungere alcuni membri ma non di revocare. La revoca è stata motivata, come si apprende dalla lettera della Ministra resa pubblica, poiché «i vertici (dell'organismo, ndr) (...) devono avere la fiducia e la piena sintonia con il ministro in carica»²⁶.

²⁵ Così V. Onida, *Il sistema delle fonti in materia ambientale, con particolare riferimento alla normativa tecnica*, cit., 69 s.

²⁶ Comunicato del Ministro della Salute, n. 97 del 3 dicembre 2018 reperibile al seguente link: www.salastampa.salute.gov.it/portale/news/p3_2_4_1_1.jsp?lingua=italiano&menu=salastampa&p=comunicatistampa&id=5113

Una lettura tutta fiduciaria del rapporto fra politica e tecnica in cui si avverte, sullo sfondo, anche una generica sfiducia per la figura dello scienziato, evidentemente ritenuto subalterno alla politica. Nella vicenda, tuttavia, l'aspetto che appare più criticabile è l'omesso riferimento a qualsiasi procedura pubblica, aperta e trasparente, di selezione degli esperti, che rappresenta, invece, l'unico scudo per non alimentare i sospetti di fedeltà del nominato alla causa del nominante.

Ma il tentativo di fidelizzare la scienza non è una storia di oggi. Nel 2002 un gruppo di scienziati manifestarono la preoccupazione che il Presidente degli USA Bush stesse selezionando gli scienziati nelle commissioni sanitarie in base alle loro opinioni politiche invece che per il loro profilo scientifico²⁷. In riferimento a questo episodio questi scienziati scrissero su *Science*: «piuttosto che cercare di superare l'ambiguità della scienza e di modellare la politica pubblica utilizzando i migliori dati a loro disposizione (principio fondamentale che è alla base di tutta la regolamentazione della salute pubblica e dell'ambiente), adesso possiamo aspettarci che queste commissioni enfatizzino la mancanza di certezze sui rischi per la salute e l'ambiente, in appoggio alla tendenza dell'amministrazione, avversa a qualsiasi tipo di regolamentazione. E nei settori in cui i conflitti di valori sono più profondi possiamo aspettarci solo il silenzio»²⁸.

Nell'ultimo periodo questa impostazione fiduciaria dei rapporti fra politica e tecnica si è avvertita ancora con decisione per la gestione dell'emergenza sanitaria da Covid-19²⁹. La proliferazione di comitati tecnico-scientifici di cui si sono avvalsi sia il governo nazionale sia le giunte regionali ha dimostrato almeno due cose.

In primo luogo, è emersa la difficoltà di far fronte a questioni complesse, in una situazione di emergenza senza precedenti, solo facendo affidamento sulle competenze ordinarie della politica e della pubblica amministrazione.

In secondo luogo, l'assenza di sedi stabili di interlocuzione fra politica e tecnica ha condotto all'istituzione di decine di gruppi di esperti istituiti *ad hoc*. È evidente che la mancata precostituzione degli organismi di consulenza tecnico-scientifica può fornire l'occasione per nominare esperti che possono godere del gradimento del governo di turno, ancora secondo schemi fiduciari che non sembrano, invece, consoni ad orientare i rapporti fra politica e scienza.

In ragione del fatto che, come si è mostrato, la tutela effettiva di diritti fondamentali della persona si realizza ormai anche per effetto di pareri di organismi tecnici, che devono essere attentamente considerati dal legislatore, oltre agli aspetti già illustrati nel presente lavoro, si impone di considerare anche il profilo della necessaria autonomia degli organismi tecnico-scientifici a supporto

²⁷ Cfr. R.A. Pielke Jr., *Il significato della scienza*, in P. Donghi (a cura di), *Il governo della scienza*, Roma-Bari, 2003, 85 s.

²⁸ D. Michaels *et al.*, *Advice Without Consent*, in *Science*, 298, 2002, 73.

²⁹ In tema sia consentiti rinviare ad A. Iannuzzi, *Leggi "science driven" e CoViD-19. Il rapporto fra politica e scienza nello stato di emergenza sanitaria*, in *BioLaw Journal*, Special Issue 1/2020, 119 ss. V. anche S. Silverio, *Sui rapporti fra scienza e politica a partire dall'emergenza sanitaria da Coronavirus*, in *Rassegna Parlamentare*, 2020, 121 ss. e G. Mingardo, *Il ruolo del comitato tecnico-scientifico in Italia e Francia nell'emergenza CoViD-19*, in *BioLaw Journal*, Special Issue 1/2020, 89 ss.

dei governi, che devono assicurare rigore, indipendenza ed integrità. Com'è stato esattamente osservato, «per sostenere correttamente, dal punto di vista del sistema costituzionale, che una certa decisione politica debba basarsi sulle valutazioni degli organismi tecnico-scientifici, queste autorità devono essere poste in una condizione di indipendenza dalla politica, devono essere in qualche misura assimilabili a quelle che noi conosciamo più in generale come *authorities*, diversamente il modello rischia di divenire un modello zoppo»³⁰. La stessa autorevole dottrina, in altra sede, ha avuto modo di mettere in risalto che «a differenza dei grandi organismi internazionali, quali l'Oms o l'Efsa, gli organismi scientifici dei singoli Stati membri e in particolare i loro vertici non sono caratterizzati dallo stesso livello di autonomia. Di conseguenza, se non vi è garanzia sul fatto che le posizioni espresse da questi Enti siano davvero indipendenti, come possiamo obbligare un magistrato a vincolarsi a queste posizioni? La stessa scienza, del resto, è caratterizzata molto spesso da una sua pluralità. Dobbiamo tutti lavorare per incrementare il livello di autonomia e indipendenza delle Istituzioni scientifiche»³¹.

4.1. La trasparenza delle valutazioni tecnico-scientifiche a sostegno della decisione politica in due pronunce ortopediche del Tribunale Amministrativo Regionale per il Lazio

La necessità di discernere l'apporto degli organismi tecnici dalle valutazioni di ordine politico è stata affermata finalmente in due recenti pronunce del T.A.R. Lazio³². Si tratta di due precedenti importanti che avranno un ruolo ortopedico³³ nella sedimentazione dei procedimenti di formazione delle regole tecniche, come anche delle leggi a contenuto tecnico-scientifico, perché forniscono un primo appiglio per arrivare all'affermazione del principio di trasparenza dell'apporto degli organismi dotati di specifiche competenze.

Il primo provvedimento giurisdizionale amministrativo citato si inserisce all'interno di un giudizio promosso da taluni soggetti, di età pari o superiore a sessantacinque anni, avverso l'ordinanza *extra ordinem* del Presidente della Regione Lazio del 17 aprile 2020, n. Z00030, recante «Ulteriori misure per la prevenzione e gestione dell'emergenza epidemiologica da COVID-2019. Ordinanza ai sensi dell'art. 32, comma 3, della legge 23 dicembre 1978, n. 833 in materia di igiene e sanità pubblica. Disposizioni in merito alla campagna di vaccinazione antinfluenzale e al programma di vaccinazione anti-pneumococcica

³⁰ Così R. Balduzzi, *Introduzione generale*, in G. Grasso (a cura di), *Il Governo tra tecnica e politica*, Napoli, 2016, 5.

³¹ Ancora R. Balduzzi, *Intervista rilasciata a Quotidiano Sanità*, 19 novembre 2014, consultabile al seguente indirizzo: www.quotidianosanita.it/studi-e-analisi/articolo.php?articolo_id=24420.

³² T.A.R. Lazio, n. 07282/2020 Reg. prov. coll. del 30 giugno 2020.

³³ Parafrasando l'autorevole contributo di A. D'Atena, *L'allocazione delle funzioni amministrative in una sentenza ortopedica della Corte costituzionale*, in *Giurisprudenza costituzionale*, 2003, 2276 ss., che ascrive, appunto, una funzione ortopedica alla sentenza n. 303/2003 in tema di allocazione delle funzioni amministrative, dopo la revisione del Titolo V della Parte Seconda della Costituzione operata dalla legge cost. n. 3/2001.

per la stagione 2020-2021»³⁴, nella parte in cui dispone l'obbligo di vaccinazione antinfluenzale per una serie alcune categorie di soggetti: a) al di sopra dei sessantacinque anni di età; b) medici e personale sanitario, sociosanitario di assistenza, operatori di servizio di strutture di assistenza, anche se volontario. Detta ordinanza regionale è stata impugnata, altresì, nella parte in cui statuisce che «La mancata vaccinazione per le persone di cui alla lettera a), non giustificabile da ragioni di tipo medico, può comportare, a titolo di sanzione, l'impossibilità di prendere parte ad assembramenti presso centri sociali per anziani, case di riposo o altri luoghi di aggregazione che non consentono di garantire il distanziamento sociale» e che «la mancata vaccinazione per le persone di cui alla lettera b), non giustificabile da ragioni di tipo medico, comporta l'inidoneità temporanea a far data dal 1° febbraio 2021, allo svolgimento della mansione lavorativa, ai sensi dell'art. 41, comma 6 del d. lgs. 81/2008, nell'ambito della sorveglianza sanitaria da parte del medico competente di cui all'art. 279 e correlata alla rivalutazione del rischio biologico a cura del datore di lavoro, ai sensi degli artt. 271 e ss. del decreto citato».

Oggetto dell'impugnativa è anche la parte dell'ordinanza che dispone l'«introduzione di una forte raccomandazione per tutti i bambini di età compresa tra >6 mesi e <6 anni a sottoporsi alla vaccinazione antinfluenzale e potenziamento della logistica organizzativa per la sua effettuazione, anche attraverso il pieno coinvolgimento dei Pediatri di Libera Scelta», nonché il «rafforzamento della raccomandazione alla vaccinazione anti-pneumococcica per i soggetti di cui al precedente punto I lettera a), e potenziamento della logistica organizzativa per la sua effettuazione».

I ricorrenti contestano l'ordinanza regionale anche sotto il profilo della fondatezza scientifica sostenendo «che la somministrazione del vaccino antinfluenzale possa portare ad un abbassamento delle difese immunitarie e, pertanto, l'introduzione di un obbligo a riguardo (in relazione alle categorie sopra indicate) possa portare ad un aumento del rischio di contrarre il covid-19 (in contrasto con le finalità dichiarate nell'ordinanza impugnata)» Sul punto, il provvedimento impugnato, invece, indica nelle premesse di essere stato adottato dopo aver «sentito per le vie brevi il Comitato Tecnico Scientifico di cui all'articolo 2 dell'ordinanza del Capo del Dipartimento della Protezione civile n. 630 a cura del Responsabile dell'Unità di crisi regionale».

Ebbene il T.A.R., nell'occasione, ha condivisibilmente ritenuto di non poter valutare i presupposti tecnico-scientifici adottati a fondamento dell'ordinanza in epigrafe perché non solo risultano non pubblicati, ma con ogni probabilità non esistenti poiché appunto acquisiti dall'amministrazione regionale «per le vie brevi»! Da questo punto di vista, la citazione nelle premesse del provvedimento di un parere non acquisito formalmente rappresenta un'ingenuità che ha costretto il giudice amministrativo a disporre gli incumbenti istruttori. Il T.A.R., nel caso di specie, ha ordinato al Comitato Tecnico Scientifico della Protezione civile di «relazionare sulle indicazioni fornite per le vie brevi in merito alla adozione del

³⁴ Pubblicata in data 17/04/2020 sul Bollettino ufficiale della Regione Lazio n. 46.

provvedimento impugnato», al fine di chiarire due aspetti che conferiscono fondatezza scientifica all'ordinanza regionale *extra ordinem*.

In primo luogo, la relazione dovrà indicare «sulla base delle attuali conoscenze scientifiche (...) se le misure adottate con il provvedimento impugnato siano coerenti, sotto il profilo scientifico, con le finalità dichiarate», vale a dire: *a)* ridurre il carico complessivo di infezioni respiratorie nella popolazione; *b)* conseguire una copertura rilevante, o totale, sulla fascia di popolazione/categoria lavorativa considerata a più alto rischio di contrarre una malattia grave o comunque limitante la prosecuzione dell'attività lavorativa; *c)* agevolare la diagnosi differenziale, nel caso di insorgenza di patologia respiratoria nelle persone vaccinate contro l'influenza o lo pneumococco; *d)* ridurre il rischio per gli operatori sanitari di essere essi stessi potenziale veicolo di infezione nei diversi *setting* assistenziali e comunitari, ivi incluse le strutture residenziali sociosanitarie; *e)* ridurre il *burden of disease* specifico dell'influenza andando a proteggere la classe d'età infantile considerata il principale serbatoio e veicolo d'infezione; *f)* se gli studi in corso lo dimostreranno, indurre nei soggetti con status positivo per la vaccinazione antinfluenzale l'espressione di una malattia da Covid-19 con una sintomatologia meno grave.

In secondo luogo, la relazione richiesta dovrà chiarire «se i rischi paventati dagli odierni ricorrenti in ordine agli effetti della vaccinazione antinfluenzale sul sistema immunitario trovino conferma nelle conclusioni cui è pervenuta la prevalente comunità scientifica».

L'ordinanza istruttoria parte dall'assunto esatto per cui la fondatezza scientifica del provvedimento regionale è da valutare solo alla luce dello scrutinio stretto del parere tecnico acquisito nel corso dell'istruttoria da parte dell'amministrazione regionale. Si tratta di un precedente importante che dimostra come sia necessario acquisire e rendere pubblici gli apporti tecnici che sono posti alla base della decisione politica, senza i quali non è possibile valutare la legittimità del provvedimento. Solo alla luce della lettura dei pareri tecnici, è possibile, infatti, distinguere la sfera di influenza della tecnica dalla sfera di dominio della politica e, perciò, valutare la ragionevolezza degli atti normativi.

Sarebbe opportuno, altresì, rendere pubblici *in ogni caso* gli apporti tecnici posti a fondamento delle fonti a contenuto tecnico-scientifico. L'intimazione da parte del giudice, infatti, rappresenta un campanello d'allarme relativamente al mancato rispetto dei principi di pubblicità e di trasparenza che devono essere assicurati negli iter di formazione delle norme per garantire, in primo luogo, il rispetto del principio democratico, in virtù del quale deve essere riconosciuta la possibilità dell'esercizio di un controllo diffuso da parte dei cittadini.

Traslando le argomentazioni sul piano delle leggi a contenuto tecnico-scientifico, l'ordinanza del giudice amministrativo in esame, rappresenta un precedente paradigmatico utilizzabile anche dalla Corte costituzionale per incoraggiare l'uso dei poteri istruttori nei giudizi costituzionali.

Se ne ricava una regola relativa al procedimento di formazione delle fonti a contenuto tecnico-scientifico: nel caso in cui l'atto sia stato adottato sulla base di

pareri tecnici menzionati elaborati da organismi dotati di specifiche attitudini, questi devono essere resi pubblici per favorire la valutazione della legittimità dello stesso. In caso di mancata ottemperanza, deve essere il giudice, se insorge una controversia, ad intimare di fornire tali pareri. In questa seconda ipotesi, è ancora auspicabile che la conoscibilità di tali apporti tecnici non venga limitata alle parti del processo, ma che venga ad essere intimata all'organo politico la pubblicazione, sulla base della considerazione che si tratta di documenti di interesse per la collettività.

Il principio di pubblicità dei pareri tecnico-scientifici, che è necessario si affermi in tal modo in via giurisprudenziale, può poi essere agevolmente esteso anche ai casi in cui i pareri degli organismi tecnici non siano formalmente citati negli atti-fonte, ma allorché si possa comunque desumerne l'esistenza e si possa, altresì, assumerne la rilevanza per la decisione finale. A questa conclusione si può pervenire con agio in considerazione dell'altro principio giurisprudenziale di cui si parlerà di seguito, vale a dire della necessaria istruttoria tecnico-scientifica che deve essere svolta, per costante giurisprudenza nazionale e sovranazionale, sulle fonti *science-based*. Se è necessario svolgere una previa istruttoria, senza la quale l'atto normativo può risultare illegittimo perché «non si fonda né pretende di fondarsi su specifiche acquisizioni tecnico-scientifiche verificate da parte degli organismi competenti»³⁵, ergo i pareri tecnici devono essere formalmente acquisiti e devono essere ordinariamente resi pubblici.

3290

In una seconda occasione, una sentenza del T.A.R. Lazio³⁶ ha riconosciuto ai ricorrenti il diritto di accesso civico generalizzato finalizzato all'ostensione di 5 verbali del Comitato tecnico-scientifico, nominato ai sensi dell'art. 2 dell'ordinanza del Capo della Protezione civile n. 360/2020 per dare supporto al Governo nella difficile gestione dell'emergenza sanitaria da Covid-19. Tali verbali risultano tutti ritualmente citati nelle premesse di diversi DPCM che si sono convulsamente succeduti, seguendo il procedimento atipico tratteggiato dall'art. 2 del d.l. n. 19/2020, secondo cui «per i profili tecnico-scientifici e le valutazioni di adeguatezza e proporzionalità, i provvedimenti di cui al presente comma sono adottati sentito, di norma, il Comitato tecnico-scientifico di cui all'ordinanza del Capo del dipartimento della Protezione civile 3 febbraio 2020, n. 630, pubblicata nella Gazzetta Ufficiale n. 32 dell'8 febbraio 2020».

Il diniego all'accesso civico era stato disposto dal Dipartimento della Protezione civile sulla base dell'assunto che l'articolo 5-bis, co. 3, del d. lgs. n. 33/2013 esclude dall'accesso civico c.d. generalizzato, di cui al co. 2 dell'art. 5, gli «altri casi di divieti di accesso o divulgazione previsti dalla legge, ivi compresi i casi in cui l'accesso è subordinato dalla disciplina vigente al rispetto di specifiche condizioni, modalità o limiti, inclusi quelli di cui all'articolo 24 co. 1, lett. c), della legge n. 241 del 1990», per cui non è riconosciuto l'accesso «nei confronti dell'attività della pubblica amministrazione diretta all'emanazione di atti

³⁵ Corte cost., sent. n. 282/2002.

³⁶ T.A.R. Lazio sez. I *quater*, 22.7.2020 (ud. 13.7.2020), n. 8615/2020, Pres. Caminiti, est. Pisano.

normativi, amministrativi generali, di pianificazione e di programmazione, per i quali restano ferme le particolari norme che ne regolano la formazione». Inoltre, il DPCM n. 143/2011, adottato in attuazione del comma 2 dell'art. 24 citato, specifica l'esclusione del diritto di accesso per gli atti della Presidenza del Consiglio dei Ministri, fra i quali rilevano, all'art. 1, co. 1, lett. b), i «documenti e gli atti amministrativi, diversi da quelli ufficialmente pubblicati, concernenti il lavoro di commissioni, organi collegiali, gruppi di studio e di lavoro, qualora finalizzati all'adozione di atti normativi, di atti amministrativi generali e di atti di pianificazione e di programmazione».

In accoglimento delle tesi dei ricorrenti, il giudice amministrativo si sofferma previamente sulla natura, invero sfuggente, dei DPCM, ai quali non riconosce la qualificazione né di atti normativi, «in quanto privi del requisito dell'astrattezza e della capacità di innovare l'ordinamento giuridico», né di atti amministrativi generali, «con i quali hanno in comune unicamente la caratteristica della generalità dei destinatari – del pari sottratti alla disciplina dell'accesso in esame ai sensi delle disposizioni richiamate, non per intrinseche esigenze di “segretezza”, quanto piuttosto perché la legge assicura agli atti amministrativi generali e agli atti di pianificazione particolari forme di pubblicità e trasparenza».

I DPCM si configurerebbero, piuttosto, quali fonti atipiche, più vicine «per caratteristiche ben più assonanti con le ordinanze contingibili e urgenti (...), in quanto si tratta di provvedimenti adottati sulla base di presupposti assolutamente eccezionali e temporalmente limitati che, a differenza degli atti amministrativi generali tout court, consentono di derogare all'ordinamento giuridico anche imponendo, come nel caso in esame, obblighi di fare e di non fare (caratteristica questa che differenzia nettamente dagli atti amministrativi generali le ordinanze contingibili e urgenti, la cui giustificazione si rinviene nell'esigenza di apprestare alla pubblica utilità adeguati strumenti per fronteggiare il verificarsi di situazioni caratterizzate da eccezionale urgenza, tali da non consentire l'utile e tempestivo ricorso alle alternative ordinarie offerte dall'ordinamento), ma dalle quali si differenziano per la carenza del presupposto della “contingibilità”, atteso che i DDPCM in questione riproducono contenuti già dettagliatamente evidenziati nei DD.LL. attributivi del potere presupposti».

Ebbene, il T.A.R. Lazio statuisce condivisibilmente che «la ratio dell'intera disciplina normativa dell'accesso impone di ritenere che se l'ordinamento giuridico riconosce, ormai, la più ampia trasparenza alla conoscibilità anche di tutti gli atti presupposti all'adozione di provvedimenti individuali o atti caratterizzati da un ben minore impatto sociale, a maggior ragione deve essere consentito l'accesso ad atti, come i verbali in esame, che indicando i presupposti fattuali per l'adozione dei descritti DDPCM, si connotano per un particolare impatto sociale, sui territori e sulla collettività».

L'esecutorietà della sentenza di prime cure è stata poi sospesa da un decreto monocratico del Consiglio di Stato³⁷ in ragione della necessità di esaminare nel merito la «questione nuova e giuridicamente meritevole di approfondimento

³⁷ Cons. Stato sez. III, 31.7.2020, decreto n. 4574/2020, Pres. Frattini

collegiale» relativa all'ostensibilità «di documenti concernenti il lavoro di commissioni, organi collegiali, gruppi di studio e di lavoro, qualora finalizzati all'adozione di atti normativi... (cfr. art. 24 co. 2 L. 241/90 e D.P.C.M. n. 143/2011)». Il Governo, tuttavia, ha concesso ugualmente l'accesso ai verbali, con molta probabilità in considerazione del fatto che il decreto del Consiglio di Stato lascia presagire nelle motivazioni un orientamento favorevole all'accoglimento dell'istanza. Ciò si può desumere nella parte in cui afferma che «non si comprende, proprio per la assoluta eccezionalità di tali atti, rispetto alle categorie tradizionali invocate in senso opposto dalle due parti, perché si debba includere tali atti atipici nel novero di quelli sottratti alla generale regola di trasparenza e conoscibilità da parte dei cittadini, giacché la recente normativa – ribattezzata “freedom of information act” sul modello americano – prevede come regola l'accesso civico e come eccezione – tra cui questi atti atipici non possono essere inclusi né per analogia né per integrazione postuma della norma – la non accessibilità di quelle sole categorie di atti che, trattandosi di eccezione alla regola, devono essere interpretate restrittivamente; è stato peraltro chiarito che le norme sull'accesso civico generalizzato e quelle sull'accesso documentale vanno congiuntamente considerate come complesso regolatore che non restringe ma globalmente amplia la trasparenza e quindi il diritto di partecipazione del cittadino».

Le riportate pronunce dei tribunali amministrativi rappresentano, come anticipato in premessa, un grimaldello per scardinare la pretesa di segretezza dell'amministrazione nei confronti di pareri tecnico-scientifici prodotti a sostegno della decisione politica. Tuttavia, è bene mettere in evidenza che la strada dell'accesso generalizzato rappresenta un'opportunità ma anche il sintomo di una patologia a fronte del tentativo della politica di chiudere le valutazioni tecnico-scientifiche nelle segrete stanze in cui maturano i provvedimenti governativi. L'istituto dell'accesso civico generalizzato³⁸ costituisce l'*extrema ratio* a cui fare appiglio a fronte di una illegittima pretesa di segretezza. La regola generale, piuttosto, è la trasparenza dei processi decisionali che comporta, in via ordinaria, la pubblicazione integrale di ogni parere prodromico espresso dagli organismi tecnico-scientifici. Questa conclusione è ulteriormente avvalorata dal fatto che, a fronte della circostanza che talvolta alcuni provvedimenti a contenuto tecnico-scientifico possono essere presentati come “tecnicamente o scientificamente necessitati”, la valutazione di legittimità di questi atti passa per la messa a disposizione di ogni parere tecnico propedeutico e condizionante, il cui contenuto dovrebbe trasparire già nelle premesse del provvedimento mediante ampie citazioni testuali riprodotte formalmente nel corpo normativo.

5. I casi del decreto ministeriale recante cessazione della qualifica di rifiuto della gomma vulcanizzata derivante da pneumatici fuori uso ai sensi dell'art. 184-ter del d.lgs. n. 152/2006 e del regolamento di attuazione della direttiva

³⁸ Sull'affermazione del principio di trasparenza nell'ordinamento costituzionale v., *ex multis*, L. Califano e C. Colapietro (a cura di), *Le nuove frontiere della trasparenza nella dimensione costituzionale*, Napoli, 2014.

2012/39/UE della Commissione, del 26 novembre 2012, che modifica la direttiva 2006/17/CE per quanto riguarda determinate prescrizioni tecniche relative agli esami effettuati su tessuti e cellule umani, in materia di fecondazione eterologa

In ambito nazionale, l'importanza dell'approccio plurale e multidisciplinare è argomentabile anche alla luce di numerose pronunce del Consiglio di Stato – emesse sia in sede consultiva che giurisdizionale – riguardanti regole tecniche.

Tra i numerosi esempi possibili, voglio soffermarmi sul parere interlocutorio n. 2956/2018 formulato dalla sezione normativa del Consiglio di Stato nell'Adunanza del 20 dicembre 2018. Tale parere aveva ad oggetto, in particolare, lo schema di decreto ministeriale recante cessazione della qualifica di rifiuto della gomma vulcanizzata derivante da pneumatici fuori uso adottato ai sensi dell'art. 184-ter del d.lgs. n. 152/2006. Lo schema di regola tecnica su cui il Consiglio di Stato è stato chiamato a pronunciarsi, individuando le condizioni idonee a permettere il venir meno della qualifica di rifiuto in un prodotto – quale, nello specifico, la gomma vulcanizzata – sottoposto all'attività di recupero, in assenza di effetti pregiudizievoli sull'ambiente e sulla salute umana, costituisce uno dei tanti atti normativi che intendono favorire lo sviluppo della c.d. economia circolare.

La Sezione ha rilevato che, contrariamente al precedente schema del medesimo decreto che conteneva alcune limitazioni all'utilizzazione del prodotto introdotte in virtù «di pareri tecnici circostanziati e motivati che sollevavano osservazioni sui pericoli per la salute umana e l'ambiente», il nuovo schema sottoposto all'esame del giudice amministrativo sembra essere stato integrato tramite alcune modifiche «determinate esclusivamente dalle osservazioni giuridiche, e non tecniche, della Commissione europea e non da una rinnovata valutazione degli interessi pubblici tutelati sostenuta da *ulteriori* pareri tecnici e da una approfondita motivazione a giustificazione del mutamento di indirizzo»³⁹. Il Consiglio di Stato ha ravvisato dunque la necessità di sospendere l'adozione del parere per acquisire «su tale nuova formulazione i pareri degli organismi scientifici che si erano pronunciati sul precedente schema».

Successivamente, il Ministero dell'Ambiente e della tutela del territorio e del mare ha trasmesso al Consiglio di Stato, in sede consultiva, una nuova richiesta di parere avvalorata da un parere tecnico in cui l'Istituto superiore per la protezione e la ricerca ambientale (ISPRA) affermava di avere «riesaminato la documentazione disponibile, già analizzata per rendere i citati pareri sulla materia, tra cui il parere reso dall'Istituto superiore di Sanità (...), ritenendo «consolidato quanto già espresso nel parere» formulato in precedenza. Il Consiglio di Stato, deducendo *per tabulas*, che, contrariamente a quanto richiesto, «né ISPRA né il Ministero [avevano] acquisito al procedimento il nuovo parere dell'Istituto superiore di Sanità (ISS)», ha sospeso, in virtù del superamento del precedente reso il 7 aprile 2017, l'adozione del parere, invitando il Ministero «a dare compiuta ottemperanza» al parere n. 2956/2018. Secondo i giudici amministrativi il

³⁹ Corsivi aggiunti.

Ministero avrebbe quindi dovuto provvedere all'integrazione dell'istruttoria, tramite l'acquisizione del parere tecnico dell'ISS in merito ai rischi associati all'uso di gomma riciclata contenente determinate concentrazioni di IPA – in particolare come materiale di riempimento dei campi in erba sintetica o destinati ad applicazioni in ambito sportivo e ai parchi giochi – sulla scorta del quale si sarebbe dovuto pronunciare anche l'ISPRA con un ulteriore parere.

Il Consiglio di Stato temeva quindi che il riutilizzo del prodotto derivante da riciclo per realizzare intasi potesse comportare, attraverso il contatto con la pelle o mediante l'inalazione, la trasmissione ai giocatori o ai bambini di alcune sostanze considerate tossiche (come gli IPA, Idrocarburi Policiclici Aromatici) contenute nei granuli della gomma vulcanizzata. Si tratta di problematiche di non poco momento che sono state non a caso affrontate in alcune raccomandazioni formulate sul tema dall'Agenzia europea delle sostanze chimiche (*European Chemicals Agency*, ECHA) la quale ha precisato che «esistono tuttora alcune lacune conoscitive per quanto riguarda le sostanze, e le relative concentrazioni, presenti nei granuli di gomma riciclata utilizzati di solito come materiale di riempimento nei campi sportivi»⁴⁰.

Il caso che si è inteso sinteticamente analizzare pone in evidenza, in modo paradigmatico, almeno tre ordini di questioni.

In primo luogo, è esemplificativo dell'importanza assunta dai pareri tecnici nell'orizzonte sistemico della tutela dei diritti fondamentali della persona.

In secondo luogo, fa trasparire anche come il bilanciamento dei diversi interessi che vengono in riferimento richiede una composizione complessa e faticosa fra scelte politiche e pareri tecnici, talora non concordanti fra loro, sulla cui base sono formulati giudizi prognostici.

In terzo luogo, tali giudizi prognostici esigono un costante aggiornamento poiché sono soggetti potenzialmente a rapida obsolescenza, essendo formulati sulla scorta delle più aggiornate cognizioni tecniche in materia che sono in costante evoluzione.

Ma, come si è accennato, si potrebbero fare molti altri esempi, altrettanto significativi. Su tutti, restando ancora fra i più recenti, si segnala il lungo e tortuoso percorso per l'adozione del regolamento di attuazione della direttiva 2012/39/UE della Commissione, del 26 novembre 2012, che modifica la direttiva 2006/17/CE per quanto riguarda determinate prescrizioni tecniche relative agli esami effettuati su tessuti e cellule umane, in materia di fecondazione eterologa.

Il decreto è stato a lungo atteso. La bozza del decreto, trasmessa al Consiglio di Stato a quasi 8 anni di distanza dalla direttiva europea e a quasi 5 anni dalla sentenza della Corte costituzionale n. 96/2015, è stato oggetto di un parere solo parzialmente positivo da parte del Consiglio di Stato proprio in virtù della non adeguatezza di alcune scelte tecniche.

⁴⁰ ECHA, *Valutazione dei possibili rischi per la salute derivanti dai granuli di gomma riciclata utilizzati come materiale di riempimento nei campi sportivi in erba sintetica*, 28 febbraio 2017, sintesi disponibile al seguente link: echa.europa.eu/documents/10162/13641/annex-xv_report_rubber_granules_it.pdf/bdc8fc5a-1e94-6f99-8aef-324801a722eb.

La mancata adozione di questo atto poteva creare non pochi problemi per l'effettività del diritto riconosciuto dalla sentenza n. 162/2014 della Corte costituzionale, anche se la giurisprudenza ordinaria ha rimediato dando applicazione, ove necessario, alle norme in materia di donazione di tessuti o cellule⁴¹.

Ancora, è da segnalare che, nelle more dell'adozione, si era instaurato un procedimento contenzioso aperto con una procedura d'infrazione da parte della Commissione Europea avviata il 22 luglio 2014 e poi approdato come ricorso presso la Corte di Giustizia UE (C-481/18).

Le difficoltà attuative erano in larghissima parte di natura tecnica e dipendevano principalmente dalla circostanza che lo schema di regolamento non si conformava alle osservazioni tecniche del Consiglio Superiore della Sanità, contenute in una relazione del 9 giugno 2015, con particolare riferimento ai limiti di età per la donazione delle cellule riproduttive nella procreazione di tipo eterologo ed alla previsione che le cellule riproduttive donate da un medesimo donatore non possano determinare più di dieci nascite.

Il Consiglio di Stato, inoltre, ha suggerito di introdurre nello schema di regolamento, pertanto, «un limite di età prudenziale (che in sede di audizione l'Amministrazione ha suggerito essere di 25 anni per la donna e 35 per l'uomo, ma sulla cui definizione questo Consiglio non ha *os ad loquendum* e si rimette alla prudente determinazione della amministrazione), differenziato per l'uomo e la donna, desunto dallo stato attuale della conoscenza medica». Tale limite dovrà, com'è ormai schema abituale, essere sottoposto a verifica periodica⁴². Ancora l'organo consultivo del Governo ha avvertito che è «indispensabile individuare un limite alla donazione degli ovociti e dei gameti maschili per limitare le nascite di bambini portatori (anche solo in parte) del medesimo patrimonio genetico. Ciò per scongiurare il rischio di consanguineità tra i nati con il medesimo patrimonio genetico della donatrice, o del donatore, e per ridurre il numero di stimolazioni ormonali cui può sottoporsi la donna per donare gli ovociti con conseguente

⁴¹ Tribunale di Bologna, I sez. civ., ord. 14 agosto 2014, causa n. 9930/10 R.G., disponibile al seguente indirizzo:
www.biodiritto.org/ocmultibinary/download/2783/26720/7/33a063dc4a8455604622a08386ed882e.pdf/file/TRIB_BOLOGNA_14_agosto_2014.pdf.

⁴² Si legge ancora nel parere che «Il Consiglio reputa altresì necessario che il Ministero, nel disciplinare questi aspetti, introduca opportuni meccanismi volti ad adeguare nel tempo le predette regole in conseguenza dell'eventuale mutamento delle migliori e più accreditate opinioni scientifiche in materia. A tale ultimo riguardo si fa presente che tra le *best practice* legislative vi è anche quella del monitoraggio della disciplina sia al fine di apportare eventuali correttivi che la prassi applicativa suggerisce sia allo scopo di adeguare la normativa ai mutamenti che nel frattempo intervengono.

Il Ministero, quindi, dovrà integrare il regolamento prevedendo una verifica dei limiti di età, con cadenza periodica, tale da adeguarli alla esperienza, alla ricerca e alle conclusioni della scienza medica, con particolare riferimento alle migliori pratiche seguite anche in sede internazionale e segnatamente della Organizzazione Mondiale della Sanità.

Analogamente, dovrà essere previsto un meccanismo di verifica periodica del fattore di rischio di consanguineità, mediante l'avvalimento dell'ISTAT».

pregiudizio per la sua salute»⁴³. Ancora, «essendo il rischio suddetto correlato a vari fattori demografici ed epidemiologici, è necessario che esso sia indagato mediante l'avvalimento dell'Istituto Nazionale di Statistica – ISTAT, dalle cui previsioni statistiche e probabilistiche discenderà il suddetto limite al numero delle cellule donate».

Anche nell'ultimo parere del Consiglio di Stato, come si nota in modo palmare, si rinvergono tutti gli elementi essenziali di cui si è parlato sin qui, ormai richiesti con continuità dai giudici amministrativi e costituzionali, che devono orientare il procedimento di formazione delle fonti a contenuto tecnico-scientifico.

6. L'affermazione del ruolo delle leggi a contenuto tecnico-scientifico come via per un recupero della sovranità statale nella società tecnologica

La categoria delle leggi a contenuto tecnico-scientifico come, a titolo esemplificativo, quelle in materia di procreazione assistita o le futuribili leggi sull'intelligenza artificiale, appare estremamente ampia e non agevolmente delimitabile. Rientrano in questa categoria tutte quelle leggi che, nel realizzare una correlazione necessaria tra scienza, tecnica e diritto, presentano un contenuto che è il frutto della congiunta valutazione di elementi giuridici e tecnico-scientifici. La definizione proposta, tuttavia, non ha il pregio di staccare concettualmente le leggi a contenuto tecnico-scientifico dalle regole tecniche, perché la differenza fra le prime e le seconde è sfuggente e perciò non è facile da tracciare. Con buona approssimazione, l'elemento differenziale può essere individuato nel fatto che di regola le seconde sono adottate nella forma delle fonti secondarie, mentre le prime vengono prodotte nella forma delle fonti primarie, perché dettano un contenuto anche di principio, volto ad orientare in prima battuta una determinata materia, magari coperta da riserva assoluta o relativa di legge, la cui disciplina comporta anche l'effettuazione di valutazioni tecnico-scientifiche.

Anche per la confezione delle fonti del diritto appartenenti a quest'ultima categoria, un ruolo importante è assunto dagli organismi tecnico-scientifici, in questo caso prevalentemente pubblici, che supportano il decisore politico.

Pur non tornando qui sul tema dello statuto costituzionale delle leggi a contenuto tecnico-scientifico⁴⁴ e potendo pure rinviare alle osservazioni svolte in precedenza a proposito della formazione delle regole tecniche, perché molte considerazioni finiscono fatalmente per incrociarsi, è bene ricordare che l'inclusione nei procedimenti di formazione delle regole tecniche di pareri degli

⁴³ Si può leggere il parere del Consiglio di Stato citato nel testo al seguente link: dirittifondamentali.it/2019/06/22/schema-di-regolamento-sulla-donazione-eterologa-il-parere-del-consiglio-di-stato-consiglio-di-stato-sez-cons-atti-normativi-parere-17-giugno-2019-n-1732/.

⁴⁴ Potendo fare rinvio a quanto sostenuto in A. Iannuzzi, *Il diritto capovolto. Regolazione tecnico-scientifica e Costituzione*, Napoli, 2018 e potendo anche rinviare alle monografie di D. Servetti, *Riserva di scienza e tutela della salute. L'incidenza delle valutazioni tecnico-scientifiche di ambito sanitario sulle attività legislative e giurisdizionale*, Pisa, 2019 e di S. Penasa, *La legge della scienza: nuovi paradigmi di disciplina dell'attività medico scientifica. Uno studio comparato in materia di procreazione medicalmente assistita*, Napoli, 2016.

organismi tecnico-scientifici dotati di specifiche competenze è condizione necessaria richiesta reiteratamente dalla Corte costituzionale e dalla Corte Europea per i diritti dell’Uomo. La giurisprudenza, sul punto, è granitica, a partire, nell’ordinamento italiano, dalla fondamentale sentenza n. 282/2002, già citata, e, nell’ordinamento internazionale, soprattutto dalla sentenza *S.H. e altri contro Austria*⁴⁵.

Si pone, nello specifico, la questione dell’apertura del Parlamento alle questioni tecnico-scientifiche il che richiederà una necessaria riflessione su come riformare l’istituzione rappresentativa per consentire di istituire canali di accesso ordinari, qualificati e indipendenti, delle cognizioni tecnico-scientifiche sottese alla decisione politica. Nell’organizzazione parlamentare attuale, tali nomodotti sono quasi del tutto assenti e l’interlocuzione fra scienza e politica è affidata unicamente al sistema delle audizioni parlamentari che, però, per diversi motivi, che vanno dall’assenza di criteri di selezione, all’estemporaneità dei nominati, alla possibile tentazione della fiduciarità della scelta basata magari su una contiguità politica, non rappresentano una soluzione soddisfacente. D’altra parte, è stato già osservato che la disciplina parlamentare relativa alle audizioni essendo «assai flessibile», offre al legislatore un «quadro troppo articolato delle conoscenze tecniche», che «finisce per non fornire alcun tipo di indicazione al legislatore, e per aggiungere ben poco a ciò che il confronto politico già è in grado di ricavare»⁴⁶. Insomma, troppo poco per pensare di garantire quella centralità che la forma di governo parlamentare assegna alle Camere anche nella società tecnologica.

La questione è fondamentale e non può continuare ad essere elusa soprattutto in considerazione di quanto si dirà subito di seguito, vale a dire che l’asserita inadeguatezza della legge a regolare fattispecie a contenuto tecnico-scientifico fornisce un potente argomento per sostenere il superamento del costituzionalismo contemporaneo o, comunque, il superamento delle forme giuridiche tradizionali di regolazione, quindi delle fonti del diritto⁴⁷.

È ben vero, allora, quanto brillantemente sostenuto, vale a dire che nella sfera della tecnologia «c’è anche bisogno di nuovi approcci alla regolamentazione» perché «non si può pensare di fare ricorso solamente alla “*hard law*”, intesa come regolamentazione ispirata allo schema delle imposizioni assistite da sanzioni (“*command and control*”), che segue una traiettoria di pura eteronomia (“*top-down*”), in cui il destinatario delle norme si vede calata dall’alto una disciplina che può risultare essere ultronea e inadatta alle esigenze del settore». Il rischio è «una sorta di “*disruption*” che ne sancisca il superamento da parte di altre forme di regolazione». Il diritto della tecnologia, come quello dell’IA, «si trova ad affrontare una vera e propria competizione con altri sistemi normativi: a volte questi sistemi

⁴⁵ Corte EDU *S.H. e altri contro Austria*, 57813/00 Prima sezione del 1° aprile 2010 e Grande Camera 3 novembre 2011.

⁴⁶ N. Lupo, *Le audizioni sulla riforma elettorale: rito inutile o contributo della scienza (costituzionalistica) alla formazione della legge?*, in *Quaderni costituzionali*, 2017, 605.

⁴⁷ Cfr. A. Simoncini, *Sovranità e potere nell’era digitale*, in T.E. Frosini, O. Pollicino, E. Apa, M. Bassini (a cura di), *Diritti e libertà in Internet*, Firenze, 2017, 34. Secondo l’A. «il progredire tecnologico (...) sembra essere – almeno in certi settori – strutturalmente refrattario alle forme conosciute di regolazione giuridica».

possono funzionare sinergicamente, altre volte invece possono rendere le pretese regolative degli altri sistemi inefficaci o ininfluenti»⁴⁸. Per uscire dalle secche della crisi delle fonti tradizionali che la società tecnologica pone, occorre favorire l'emersione di una concezione della regolazione a contenuto tecnico-scientifico che metta in concorrenza le fonti eteronome con le norme autonome o spontanee. Certo, «per regolare la nuova realtà socio-economica globale la “legge” da sola non basta (...) [perché] accanto ad essa c'è stato bisogno di altre fonti capaci di predisporre interventi di natura tecnica che rispondono all'esigenza di governare la “società del rischio” e di attuare il diritto sovranazionale»⁴⁹.

È vero, però, anche il contrario. Pur in un contesto di alternative o di competizione con altri sistemi di regolazione, la legge parlamentare, tuttavia, non può abdicare del tutto ma deve avere un ruolo ancora decisivo per favorire uno sviluppo “*human-centric approach*”⁵⁰ e per proteggere effettivamente i diritti costituzionali che risultano sempre più condizionati dalle applicazioni della tecnologia. La fonte primaria parlamentare non può essere totalmente superata in ragione di una pretesa inidoneità assoluta che, in larga parte, dipende da un'ormai anacronistica organizzazione dei lavori e delle strutture della Camera dei deputati e del Senato della Repubblica.

Ebbene, solo un recupero del ruolo della legge parlamentare nella società tecnologica, oggi quasi del tutto assente nel quadro regolatorio, può consentire di affrontare correttamente il tema della sovranità e del potere nell'era digitale che rappresenta uno dei problemi più rilevanti del costituzionalismo del XXI secolo. Com'è stato esattamente sostenuto, «l'avvento del XXI secolo e della cosiddetta «era digitale» apre una nuova stagione per il costituzionalismo, perché esso si trova dinanzi ad un «nuovo» potere sovrano, che non ha più connotati privati o pubblici, «ma essenzialmente *tecnici*»⁵¹. Il riferimento va soprattutto alla rivoluzione operata dalle tecnologie informatiche che hanno trasformato i tradizionali rapporti di potere imponendo la struttura reticolare come forma fondamentale di organizzazione. Le attività fondamentali si organizzano viepiù attorno alle reti di questa struttura e la partecipazione alla società reticolare

⁴⁸ G. Mobilio, *L'intelligenza artificiale e i rischi di una “disruption” della regolamentazione giuridica*, cit., 404 ss. Cfr. in tema E. Stradella, *La regolazione della Robotica e dell'Intelligenza artificiale: il dibattito, le proposte, le prospettive. Alcuni spunti di riflessione*, in *Media Law*, 1, 2019, 77 ss.

⁴⁹ Così lucidamente E. Longo, *La legge precaria. Le trasformazioni della funzione legislativa nell'età dell'accelerazione*, Torino, 2017, 291.

⁵⁰ Come giustamente invoca C. Casonato, *Costituzione e intelligenza artificiale: un'agenda per il prossimo futuro*, in *BioLaw Journal*, Special Issue 2, 2019, 711 ss. Cfr. P. Benanti, *Le macchine sapienti*, Bologna, 2018, 113 ss.; C. Colapietro, *Il diritto alla protezione dei dati personali in un sistema delle fonti multilivello. Il Regolamento UE 2016/679 parametro di legittimità della complessiva normativa italiana sulla privacy*, Napoli, 2018, spec. 16; F. Laviola, *Algoritmico, troppo algoritmico: decisioni amministrative automatizzate, protezione dei dati personali e tutela delle libertà dei cittadini alla luce della più recente giurisprudenza amministrativa*, in *BioLaw Journal*, n. 3/2020 Online first, 57.

⁵¹ A. Simoncini, *Sovranità e potere nell'era digitale*, cit., 20.

diventa una delle principali fonti di potere⁵². Non è un caso che questo processo si è realizzato in parallelo con il declino della sovranità degli Stati-nazione⁵³.

7. La “tecnicizzazione del diritto” come ipotesi di costruzione di un costituzionalismo societario o di una costituzione oltre lo Stato. Una critica

Nella regolazione delle fattispecie a contenuto tecnico-scientifico la dimensione del pubblico e quella del privato procedono intersecandosi ripetutamente, in un quadro di progressiva dilatazione degli ambiti oggetto di interesse, che finisce per imprimere una forte connotazione di tecnicità al diritto.

Il tradizionale *discrimen* tra pubblico e privato, che segnava un confine netto nel mondo del diritto, si va facendo sempre più labile. Questa tendenza è mostrata in modo chiaro dal sistema a doppia elica della normazione tecnica, che si è avuto modo di descrivere, dal momento che essa permette di individuare il complesso intreccio tra pubblico e privato che va a strutturare atti, procedimenti e rapporti di diritto secondo modelli inediti rispetto all’esperienza giuridica.

Non è possibile analizzare un qualsivoglia ambito della normazione tecnica, sia essa industriale o non, senza tenere in considerazione la tutela di diritti fondamentali o di interessi costituzionali come l’ambiente, la sicurezza, la salute, la difesa del consumatore, la tutela della concorrenza, il lavoro.

Pertanto, è necessario osservare che la dicotomia pubblico/privato è fortemente incrinata dal momento che la tecnicizzazione del diritto comporta che le regole autoritative possano fare rinvio a norme tecniche elaborate da enti privati per integrare la disciplina degli istituti pubblicistici o al fine di valutare la liceità o l’illiceità di un comportamento o di un metodo di produzione o se si pensa ancora a tutti quei casi in cui la legge si limita a dettare una disciplina generale, scegliendo di integrare in un secondo momento la fattispecie concreta attraverso rinvii come quelli allo “stato delle conoscenze tecniche e scientifiche”, “allo stato dell’arte” o piuttosto che “ai migliori standard di sicurezza”, nella maggior parte dei casi assumendo tali contenuti da norme tecniche private.

Si deve, altresì, tener presente che la disciplina di ogni aspetto dell’esperienza umana legata all’uso della tecnologia non può essere un onere in capo allo Stato regolatore. Del resto, talvolta, persino i pubblici poteri si ritrovano privi di conoscenze specialistiche, che sono invece necessarie per approntare risposte normative dettagliate ad una fattispecie che esige di essere regolata.

Partendo da queste analisi, alcuni studiosi, Gunther Teubner in Europa⁵⁴ e David Sciulli negli Stati Uniti⁵⁵, hanno proposto l’idea dell’affermazione di un

⁵² M. Castells, *The Information Age*, I, *The Rise of Network Society*, Hoboken (N.J.), 1996, 469 ss. (trad. it. *La nascita della società in rete*, Milano, 2002).

⁵³ M. Castells, *The Information Age*, III, *End of Millennium*, Hoboken (N.J.), 1998, 346 s.

⁵⁴ G. Teubner, *La cultura del diritto nell’epoca delle globalizzazioni. L’emergere delle costituzioni civili* (raccolta di saggi 1997-2003), trad. it., Roma, 2005; Id., *Diritto policontestuale: prospettive giuridiche della pluralizzazione dei mondi sociali*, trad. it., Napoli, 1999; Id., *Nuovi conflitti costituzionali*, cit.

⁵⁵ D. Sciulli, *Theory of societal constitutionalism. Foundations of a non-Marxist critical theory*, Cambridge, 1992 (paperback 2010).

costituzionalismo societario che è stato sottoposto a critica in Italia da Francesco Rimoli e da Mario Dogliani^{56 57}.

Le teorie del costituzionalismo societario, come sono state ben presentate, tentano «di svincolare la dimensione costituzionale come tale dall'obsoleto paradigma dello Stato-nazione, adeguandola infine alle esigenze di una realtà globalizzata e strutturalmente poliarchica. In tale quadro, il concetto di costituzione societaria può dirsi intimamente connesso alle dinamiche della globalizzazione transnazionale, nonché all'emersione di 'costituzioni civili' che denotano nuovi accoppiamenti strutturali, insieme simili e diversi rispetto a quelli che caratterizzarono la nascita delle costituzioni tradizionali nel contesto della modernità, quali espressioni dell'accoppiamento strutturale tra il sottosistema politico e quello giuridico»⁵⁸. Al carattere poliarchico della società, specialmente si adatta la funzione peculiare delle norme tecniche che, come magistralmente affermato da Predieri, «sono regole indispensabili ad un'economia poliarchica organizzata o sociale di mercato. Esse adempiono ad una funzione di eterocorrezione del mercato, necessarie in una società industriale (...). Per questo hanno un ruolo di potere (o di contropotere) nell'equilibrio dei poteri»⁵⁹. La risposta dei sostenitori della teoria del costituzionalismo societario è, appunto, quella di accantonare le costituzioni "politiche" tradizionali dello stato-nazione in nome dell'affermazione di "costituzioni civili", appunto, come risposta all'evidente «transnazionalizzazione e alla privatizzazione della dimensione politica»⁶⁰ e sulla spinta delle esigenze generate dal progresso tecnologico. Il costituzionalismo societario, che è il prodotto della teoria sociologica del costituzionalismo sociale, si fonda principalmente sull'idea che nuovi regimi normativi interni di sistemi sociali parziali possano costituire progressivamente una società reticolare, sulla scorta del principio del *private government*. Tali costituzioni private, dunque, finirebbero, almeno in un primo momento, non per sostituirsi alle costituzioni statali, ma per affiancarsi⁶¹.

Tali processi evolutivi sarebbero alimentati dalla globalizzazione e dalle «sfrenate dinamiche del capitalismo globale»⁶².

È indicativo che il tema della normalizzazione sia oggetto di notevole attenzione anche da parte degli studiosi che sostengono l'idea di un *Global Administrative Law* che, com'è noto, è un filone di studi che poggia su una premessa costitutiva fondata sulla convinzione che i governi nazionali, posti di fronte al

⁵⁶ M. Dogliani, *Costituzione in senso formale, materiale, strutturale e funzionale: a proposito di una riflessione di Gunther Teubner sulle tendenze autodistruttive dei sistemi sociali*, in *Diritto pubblico*, 2009, 295 ss.

⁵⁷ F. Rimoli, *Costituzionalismo societario e integrazione politica. Prime riflessioni sulle teorie funzionalistiche di Teubner e Sciulli*, in *Diritto pubblico*, 2012, 357 ss.

⁵⁸ Ivi, 358.

⁵⁹ A. Predieri, *Le norme tecniche nello Stato pluralista e prefederativo*, cit., 269 s.

⁶⁰ G. Teubner, *Nuovi conflitti costituzionali*, cit., 4.

⁶¹ G. Teubner, *Regimi privati globali. Nuovo diritto spontaneo e costituzione duale nelle sfere di autonomia della società globale*, in Id., *La cultura del diritto nell'epoca della globalizzazione*, cit., 57 ss. e 79 ss.

⁶² G. Teubner, *Nuovi conflitti costituzionali*, cit., 5 s.

dilemma dell'impossibilità di formare un solo ordinamento cosmopolitico, avrebbero dato vita a governi e a regolazioni di settore che di fatto competono con essi⁶³. Una diversa proposta classificatoria della regolazione tecnica si ricava principalmente dalle ricerche elaborate dagli studiosi, sia privatisti che pubblicisti, che sostengono appunto l'idea del c.d. diritto globale⁶⁴. In questi studi, che fanno leva sulla circostanza che l'efficacia di dette norme è naturalmente orientata a travalicare i confini nazionali, le norme tecniche vengono ad essere incluse nella categoria più generale della regolazione transnazionale prodotta nell'ambito della *international regulatory cooperation*, che accoglie nel proprio seno anche altri due tipi di regolazione.

Il primo tipo è costituito dal prodotto delle diverse forme di cooperazione regolatoria fra organizzazioni internazionali pubbliche e tra queste e i soggetti privati: di questo ambito fanno parte sia forme di cooperazione multilaterale relative sia a organizzazioni internazionali sia a reti di regolatori, come per esempio la cooperazione tra *Financial Stability Board* (FSB) e *International Organization of Securities Commissions* (IOSCO), sia forme di cooperazione bilaterale tra organizzazioni internazionali, tra Stati e organizzazioni internazionali e Stati.

Il secondo tipo è rappresentato dalla regolazione transnazionale privata «che disegna standard attuandoli direttamente o con il concorso di Stati e delle loro amministrazioni», promuovendo armonizzazione per superare le barriere derivanti dalle regolazioni pubbliche nazionali e operando sia attraverso modelli territoriali multilivello, sia facendo ricorso «a modelli funzionali che non riflettono le distinzioni istituzionali classiche». Questo tipo di regolazione opera attraverso standard locali e transnazionali e con strumenti privatistici come il contratto o il diritto delle associazioni ma finisce per incidere su ambiti della regolazione nazionale di matrice pubblicistica come, per esempio, quelli della sicurezza alimentare, il trattamento dei dati personali, la regolazione finanziaria, la sicurezza alimentare, la normativa anticorruzione⁶⁵.

Queste posizioni dischiudono una prospettiva d'indagine diversa che accomuna lo studio di una rete di regolatori internazionali pubblici e privati senza far leva sul carattere puramente tecnico-scientifico delle norme prodotte, quanto prevalentemente sull'efficacia globale delle norme volontarie. La considerazione attenta di questi interessanti studi rivela che esistono circa duemila diversi regimi regolatori che operano in un numero ormai sterminato di settori materiali visto,

⁶³ S. Cassese, *The Global Polity*, cit., 23.

⁶⁴ Vedi il quadro tratteggiato da F. Cafaggi, *Regolazione transnazionale e trasformazioni dello Stato*, in Aa. Vv., *Regolazione transnazionale e trasformazioni dello Stato*, a cura di F. Cafaggi, Bologna, 2017 e Id., *Transnational private regulation: regulating global private regulators*, in S. Cassese (a cura di), *Research Handbook on Global Administrative Law*, Cheltenham (UK)-Northampton (USA), 2016, 212 ss. In una prospettiva generale v. soprattutto S. Cassese, *Il diritto globale*, Torino, 2009 e M.R. Ferrarese, *Le istituzioni della globalizzazione. Diritto e diritti nella società transnazionale*, Bologna, 2000; G. Della Cananea, *Al di là dei confini statuali. Principi generali del diritto pubblico globale*, Bologna, 2009.

⁶⁵ Ancora seguendo gli studi di F. Cafaggi, *A Comparative Analysis of Transnational Private Regulation: Legitimacy, Quality, Effectiveness and Enforcement*, European University Institute Working Paper Law, n. 15, 2014.

nella forma di organizzazioni internazionali o intergovernative⁶⁶. Questa moltitudine di sistemi regolatori fa emergere un problema nuovo, che è rappresentato dagli inevitabili conflitti fra regolatori portatori di istanze diverse, come si mette immediatamente a fuoco se solo si pensa al corto circuito potenziale fra regolazione prodotta da associazioni di produttori di beni e servizi e quella posta in essere da associazioni di consumatori.

Nei confronti della teoria del costituzionalismo societario è possibile muovere alcune critiche.

Ma prima di entrare nello specifico delle perplessità, mi preme segnalare che posizioni come questa mi sembra che attualizzino un'intuizione di Eugen Ehrlich avanzata nel 1913, secondo cui «il baricentro dello sviluppo del diritto anche nel nostro tempo, come in tutti i tempi, non risiede né nella legislazione, né nella giurisprudenza, bensì nella società stessa». Tale posizione è stata ripresa ora in senso critico da Remo Caponi, secondo cui queste idee «appaiono sempre di più come voci di un repertorio chiamate a misurare quanto il tumultuoso sviluppo dei fatti della realtà sociale ed economica riesca ad attrarre e a piegare a sé i parametri normativi»⁶⁷.

Ciò premesso, la critica avanzata nei confronti dei sostenitori del costituzionalismo societario che sembra cogliere maggiormente nel segno è quella che mette in luce la «rilevante criticità» che «sta nella dimensione dei conflitti tra i diversi regimi, ossia tra le diverse aree di costituzionalizzazione societaria», in ragione «dell'assenza di effettive istanze 'superiori' dotate di reali poteri coercitivi», che «sembra ridurre notevolmente l'efficacia delle funzioni di coordinamento che gli apparati di controllo, generati dallo stesso processo di costituzionalizzazione interna, pure tendono ad esercitare»⁶⁸. Questa osservazione sembra cogliere nel segno soprattutto se si tiene conto del fatto che, osservando l'ambito della normazione tecnica, quel che si schiude alla vista dell'osservatore è una costellazione di regolatori legati alla difesa dei consumatori nella galassia dei regolatori globali che si fanno portatori di interessi diversi: una situazione di affollamento progressivo nel microcosmo del settore della normazione che fa intuire che la circostanza che possano insorgere conflitti fra regolatori e fra standard non è affatto remota. Una evenienza che rischia di inondare i diversi ordinamenti giuridici di problemi nuovi di non agevole soluzione.

A chi è demandato il compito di dirimere questi potenziali conflitti? Lo Stato regolatore è in possesso delle competenze tecnico-specialistiche necessarie per penetrare e ponderare tali complesse questioni?

È possibile confidare nel fatto che tali potenziali conflitti possano ricomporsi spontaneamente? La risposta negativa a quest'ultimo interrogativo sembra imposta dal fatto che in simili e prevedibilmente non infrequenti situazioni si realizza un bilanciamento ineguale in virtù di una serie di ragioni di squilibrio.

⁶⁶ Come si apprende da S. Cassese, *Administrative Law without the State: The Challenge of Global Regulation*, in *New York University Journal of International Law and Politics*, 2005, 671.

⁶⁷ R. Caponi, *Quanto sono normativi i fatti della vita: il rapporto amministrativo*, in *Diritto pubblico*, 2009, 159.

⁶⁸ F. Rimoli, *Costituzionalismo societario e integrazione politica*, cit., 359.

In primo luogo, perché gli interessi economici possono usare argomenti formidabili come la crescita economica o la creazione di posti di lavoro.

In secondo luogo, perché chi creerà associazioni per ottenere il rispetto di standard ambientali più rigorosi o una più elevata sicurezza alimentare si scontrerà contro industrie chimiche e alimentari che «muoveranno corazzate contro le loro barchette a remi»⁶⁹.

In terzo luogo, perché la Commissione europea segnala un'ulteriore ragione di sbilanciamento che deriva dal rilievo che «alcuni gruppi di soggetti hanno difficoltà pratiche a partecipare alla formazione di norme», come ad esempio le ONG ambientaliste, quelle dei rappresentanti dei consumatori o delle associazioni dei cittadini che difendono la salute e la sicurezza sul lavoro⁷⁰.

In questi contesti di produzione normativa privata, tali interessi si pongono in una potenziale condizione di debolezza.

La tensione fra interessi, pubblici e privati, così squilibrati in quanto a posizione di forza, perciò, non può che essere composta dalle istituzioni statuali della democrazia costituzionale. In questa prospettiva, dunque, «il diritto dovrebbe svolgere in modo ancor più nitido il suo ruolo di stabilizzazione delle aspettative e semplificazione delle complessità, pur restando capace di comprendere, in senso stretto, la complessità medesima»⁷¹. In questa direzione si può pensare ad un recupero di senso del costituzionalismo, «inteso come progetto di trattare responsabilmente i conflitti», che riacquisterebbe «lo spessore politico che l'illusione della «fine della storia» gli aveva fatto perdere»⁷².

Non è cambiata, in definitiva, la funzione del costituzionalismo, che è pur sempre quella di disciplinare, distribuire (*i.e.* dividere) e limitare il potere sovrano ma è mutato il luogo di esercizio del potere dominante: è il paradigma tecnologico, «una nuova forma di potere sovrano - *superiorem non recognoscens*, che si presenta come dominante, come fattore di liberazione della persona e di innovazione irresistibile, dunque, irrinunciabile»⁷³.

Tentare di governare la potenza tecnologica, che si amplifica in modo esponenziale ed aspira all'ingovernabilità, è una delle sfide del costituzionalismo per il XXI secolo. Si tratta di un compito estremante difficile perché l'ideale politico della democrazia costituzionale non risulta apparentemente omogeneo alla logica della tecnica, che esprime volontà di sottrazione all'ordine di strumentalità

⁶⁹ Le prime due ragioni di preoccupazione sono manifestate da C. Crouch, *Postdemocrazia*, Roma-Bari, 2003, 24.

⁷⁰ Comunicazione della Commissione al Consiglio, al Parlamento europeo e al Comitato economico e sociale europeo - Integrazione degli aspetti ambientali nella normazione europea, COM/2004/0130 def., del 25 febbraio 2004.

⁷¹ F. Rimoli, *op. cit.*, 361. Cfr. N. Luhmann, *La differenziazione del diritto. Contributi alla sociologia e alla teoria del diritto* (raccolta di saggi, 1981), trad. it., Bologna, 1990, 81 ss.

⁷² M. Dogliani, *Costituzione in senso formale*, cit., 315.

⁷³ A. Simoncini, *Sovranità e potere nell'era digitale*, cit., 20. Cfr. G. Fontana, *Ricerca scientifica e libertà di cura. Scientismo ed antiscientismo nella prospettiva costituzionale*, Napoli, 2019, 60 che mette in guardia dai «rischi derivanti dall'uso non controllato dello sviluppo tecnologico nei confronti della teoria e della pratica democratica nonché dei diritti costituzionali della persona».

della «materia regolata» in nome dell’aspirazione a divenire principio ordinatore di ogni materia, volontà che regola ogni altra volontà⁷⁴.

8. Virtuosità del dialogo fra giuristi e scienziati nel quadro della co-produzione della regolazione a contenuto tecnico-scientifico

Di fronte a questa trasformazione così radicale della società che, come si è mostrato, pone in discussione la sopravvivenza del costituzionalismo, «nessuno può essere, oggi, così cieco da non rendersi conto che l’esistenza di due culture, tanto diverse e lontane una dall’altra quanto la cultura letterario-umanistica e quella scientifico-tecnica, costituisce un grave motivo di crisi della nostra civiltà; essa vi segna una frattura che si inasprisce di giorno in giorno, e minaccia di trasformarsi in un vero muro di incomprendimento, più profondo e nefasto di ogni altra suddivisione». Sono le magistrali parole di Ludovico Geymonat che aprono la prefazione del citato saggio *Le due culture* dello scrittore inglese C.P. Snow. Per Geymonat «l’esigenza di superare la frattura oggi esistente fra le due culture» rappresentava «il frutto più maturo dello sviluppo culturale dell’umanità»⁷⁵.

Ancor di più oggi, in piena rivoluzione tecnologica, è urgente accogliere questo appello, per evitare di ripetere l’errore che ha commesso – nella transizione dalla società agricola alla società industriale – «a parte la cultura scientifica», la «restante parte degli intellettuali occidentali» i quali «non si sono mai sforzati, né hanno mai desiderato, o non sono mai stati in grado, di capire la rivoluzione industriale, ed ancor meno di accettarla»⁷⁶. La mancanza «di una cultura comune (...) ci porta ad interpretare il passato in maniera errata, a non capire il presente, ed a precluderci ogni speranza per il futuro»⁷⁷.

Questa trasformazione è stata avvertita in Italia con grande anticipo da Stefano Rodotà che invitava a «produrre istituzioni adeguate alla nuova situazione (come il diritto moderno, figlio della rivoluzione industriale, sostituì quello feudale?)»⁷⁸.

Nella società tecnologica le risposte nuove possono arrivare solo da una nuova alleanza fra i diversi settori della conoscenza: «servono non opinioni (*dóxai*) ma, direbbe Empedocle, “pensieri lunghi” che facciano da sutura tra tanta frammentazione dei saperi, da connessione tra i vari punti, da relazione tra le singole parti»⁷⁹.

Nel campo della produzione della regolazione a contenuto tecnico-scientifico, il dialogo fra giuristi e scienziati si rende oltremodo necessario nel quadro di procedimenti che vanno ad orientarsi vieppiù secondo gli schemi della co-produzione. In concreto ciò si traduce, in prima istanza, nella necessità per il legislatore di esperire una previa istruttoria tecnica, che è da tempo imposta dalla

⁷⁴ E. Severino, *Il declino del capitalismo*, Milano, 1993, 27.

⁷⁵ L. Geymonat, *Prefazione*, in C.P. Snow, *Le due culture*, cit., VII e XIV

⁷⁶ C.P. Snow, *op. cit.*, 22 s..

⁷⁷ Ancora C.P. Snow, *op. cit.*, 60.

⁷⁸ S. Rodotà, *Tecnologie e diritti*, cit., 60.

⁷⁹ I. Dionigi, *Osa sapere*, cit., 12.

giurisprudenza delle Corti nazionali e internazionali, e che, se omessa o se è trascurata negli esiti può essere considerata come condizione di irragionevolezza e riverberarsi sull'illegittimità della stessa legge; in seconda istanza, nella necessità di aggiornare tale istruttoria con frequenza in considerazione dell'evoluzione delle cognizioni tecnico-scientifico sottese⁸⁰.

Da ultimo, proprio in tale direzione, è stata evocata nuovamente la necessità di valorizzare «gli oneri di “motivazione” della legge»⁸¹.

Il mondo nuovo sta determinando un'ibridazione dei saperi. Oggi essere competenti in una sola branca della scienza rischia di non essere più né utile né produttivo. La settorializzazione del sapere, che è un retaggio degli ultimi secoli, sembra essere un'esperienza che dovrà essere rapidamente accantonata. Senza un approccio plurale si fa persino fatica a decifrare la realtà. Da giurista posso proporre numerosi esempi: il diritto alla *privacy*, il diritto dell'ambiente, il diritto delle nuove tecnologie, il biodiritto richiedono ormai conoscenze plurali e un linguaggio ibridato. Si pensi, ancora, alle sfide importanti che si pongono all'umanità relativamente allo sviluppo dell'intelligenza artificiale e della ricerca genetica che richiedono valutazioni, oltre che specialistiche, etiche, giuridiche, economiche, sociali...

È fondamentale, invece, acquisire la capacità di lavorare in ambienti multidisciplinari perché «per risolvere le grandi sfide che la società deve affrontare – energia, acqua, clima, cibo, salute – scienziati e scienziati sociali devono lavorare insieme»⁸².

Com'è stato argomentato in questo lavoro, nell'ambiente giuridico l'ottica del confronto multidisciplinare si impone, in primo luogo, al legislatore - che dovrà assumere l'onere politico di effettuare il bilanciamento fra diritti e scientificità delle valutazioni, senza indulgere nella scorciatoia della delega alla tecnica – ed, in secondo luogo, al giudice - che dovrà assumere il compito di verificare ed eventualmente di ricalibrare il bilanciamento effettuato dal legislatore.

È solo opportuno aggiungere, in conclusione, che dal rispetto di questo nuovo onere metodologico non è esente la dottrina giuridica che non può, da una parte, esigere una capacità di contaminazione con la scienza al legislatore e alle Corti senza, dall'altra, considerare il confronto con le altre scienze come parte del metodo scientifico che contribuisce a conferire rigore alla ricerca in campo giuridico.

Antonio Iannuzzi,
Dip.to Scienze Politiche
Università Roma Tre
antonio.iannuzzi@uniroma3.it

⁸⁰ *Ex multis*, v. Corte cost., sent. n. 5/2018 in tema di vaccinazioni obbligatorie.

⁸¹ Da E. Malfatti, *Giurisprudenza costituzionale e “questioni tecniche”: i poteri istruttori della Corte costituzionale, Liber amicorum* per Pasquale Costanzo, in *Consulta Online*, 27 gennaio 2020, 17.

⁸² A. Santosuosso, *Intelligenza artificiale e diritto. Perché le tecnologie di IA sono una grande opportunità per il diritto*, Milano, 153 s. Condivisibilmente, segnala l'A. che «la capacità di lavorare in team interdisciplinare vale più di mere nozioni» (151 ss.).