

Politica e tecnica nella produzione normativa

di Elena D'Orlando

Abstract: Politics and technique in rule-making – The traditional paradigms of rule-making, which hinge on political law, increasingly show their inadequacy in the real world. Indeed, the growing weight assumed by technique in rule-making is an evident sign of this. After proposing a systematization of the complex relationship between politics and technique, based on the degree of intrusiveness of the latter with respect to the former, the essay strives to pinpoint a model of standardization (defined as evidence-based) which integrates technique into the normative paradigm while maintaining the centrality of the political decision-maker. From a legal standpoint, the Author believes this model could be the answer to the dilemma of complexity, which affects also to the sources of law's system

Keywords: Rule-making; Better regulation; Independent administrative authorities; Biolaw; Artificial intelligence.

1. Premessa introduttiva

Ragionare di politica e tecnica nella produzione normativa, già a un primo approccio intuitivo – ovvero che si basi sulla mera suggestione evocativa dei termini e non ne definisca puntualmente i significati – fa emergere la consapevolezza che si tratta di un tema che, sebbene non nuovo nello studio delle fonti, ha però assunto connotati di complessità forse non immaginabili in passato. Esso, infatti, risulta oggi caratterizzato, nell'esperienza concreta della normazione, da epifanie molteplici quanto a forme e contenuti, che investono, sul piano sistematico, differenti tipologie di fonti e, su quello materiale, i più disparati settori dell'ordinamento¹.

Lo sviluppo del rapporto tra tecnica e politica, proprio in virtù dei descritti caratteri, ha ormai acquisito una dimensione che, se forse in origine apprezzabile perlopiù in riferimento alle dinamiche della forma di governo, ora le trascende. Essa investe anche, e inevitabilmente, alcuni capisaldi della forma di Stato di derivazione liberale², quali i principi che si coagulano nel

¹ Nell'ambito della vastissima letteratura internazionale, per un approccio speculare al tema, quello di una giurista nel primo caso e di uno scienziato nel secondo, cfr. R. Feldman, *The Role of Science in Law*, Oxford, 2009 e R.A. Pielke, *Scienza e politica*, Roma-Bari, 2005.

² Sulla quale si rinvia, nella manualistica, a P. Ridola, *Preistoria, origini e vicende del costituzionalismo*, in P. Carrozza, A. Di Giovine, G.F. Ferrari (cur.), *Diritto costituzionale comparato*, Roma-Bari, II, 2014, 757 ss.; G. de Vergottini, *Diritto costituzionale comparato*,

rule of law, funzionale alla garanzia del rispetto della democrazia e dei diritti dell'uomo³ e concorrente alla definizione dell'identità europea nel relativo spazio giuridico⁴. Tale dimensione tende altresì a ridisegnare le stesse geometrie del rapporto autorità-libertà, ovvero pubblico-privato, minando così alla base la legittimazione politica del diritto, tradizionalmente prevalente nello Stato democratico-pluralistico, sebbene temperata dall'attenuazione della separazione tra Stato e società e tra politica ed economia rispetto a quanto accadeva nello Stato liberale⁵. In altri termini, il peso sempre maggiore assunto dalla tecnica rispetto a un diritto politico che mostra segni di debolezza crescenti e procedenti di pari passo con i noti fattori di crisi della stessa forma di Stato⁶, non incide più solamente sui

Milano, 2019, 346 ss.; M. Volpi, *Le forme di Stato*, in G. Cerrina Feroni, G. Morbidelli, M. Volpi (cur.), *Diritto costituzionale comparato*, Torino, 2020, 158 ss. e 178 ss.

³ Il riferimento è ai principi di legalità, certezza del diritto, divieto di arbitrarietà del potere esecutivo, indipendenza e imparzialità del giudice, controllo giurisdizionale effettivo, uguaglianza davanti alla legge, individuati quali contenuto del principio dello Stato di diritto dalla Commissione europea: Comunicazione della Commissione al Parlamento europeo e al Consiglio, dell'11 marzo 2014, *Un nuovo quadro dell'UE per rafforzare lo Stato di diritto*, COM(2014) 158 final, 4. Trattasi peraltro di un'elaborazione in linea con le posizioni assunte dal Consiglio d'Europa (v., tra le altre, la Risoluzione 1594/2007 sul principio del *rule of law* e le Risoluzioni 2040/2015 e 2188/2017, relative alle minacce al *rule of law* nell'ambito degli Stati membri del Consiglio d'Europa) e dalla Commissione di Venezia (v. *Venice Commission, Report on the Rule of Law*, 25-26.3.2011, CDL-AD(2011)003rev. e, più di recente, *Venice Commission, Rule of Law Checklist*, 18.3.2016, CDL-AD(2016)007), nonché dalla giurisprudenza delle Corti europee. Sul punto, per più ampi riferimenti, L. Montanari, *Il rispetto del principio di rule of law come sfida per il futuro dell'Unione europea*, in *La Comunità internazionale*, n. 1, 2020, 75 ss. Per una panoramica sul principio nelle sue varie declinazioni di *Rule of Law*, *Rechtsstaat*, *État de droit*, Stato di diritto, si rinvia, tra gli altri, a: L. Heuschling, *État de droit – Rechtsstaat – Rule of Law*, Paris, 2002; T. Bingham, *The Rule of Law*, London, 2010; M. Stolleis, *Rechtsstaat*, in A. Erler, E. Kaufman (hrsg.), *Handwörterbuch zur deutschen Rechtsgeschichte*, vol. IV, Berlin, 1990, 367 ss.; G. Zagrebelsky, *La legge e la sua giustizia*, Bologna, 2008, 97 ss.; D. Zolo, *Teoria e critica dello Stato di diritto*, in P. Costa, D. Zolo (cur.), *Lo Stato di diritto. Storia, teoria, critica*, Milano, 2002, 21 ss. Sul tema, più di recente, A. Pin, *Il rule of law come problema*, Napoli, 2021.

⁴ Creato non solo dall'ordinamento dell'Unione europea (UE), ma anche dal Consiglio d'Europa e dal sistema di tutela dei diritti basato sulla Convenzione europea dei diritti dell'uomo e delle libertà fondamentali (CEDU). Sul punto, e per più ampi riferimenti, L. Montanari, *Il rispetto del principio di rule of law come sfida per il futuro dell'Unione europea*, cit., 78 ss.

⁵ A. Zei, *Tecnica e diritto tra pubblico e privato*, Milano, 2008; L. Montanari, *I poteri normativi degli organismi tecnico-scientifici*, in G. Comandè, G. Ponzanelli (cur.), *Scienza e diritto nel prisma del diritto comparato*, Torino, 2004, 445 ss.

⁶ I quali si manifestano su tre terreni distinti, ma tra loro connessi: economico-sociale (globalizzazione dell'economia, trasformazioni sociali, parziale declino dello Stato-nazione, ridimensionamento dello Stato sociale); politico (crisi ideale, funzionale e strutturale dei partiti); giuridico-costituzionale (voto di scambio, attenuazione della centralità del Parlamento, crisi delle poliarchie). Per un inquadramento generale del rapporto autorità-libertà nell'evoluzione delle forme di Stato e con particolare riferimento alla crisi delle democrazie tradizionali, M. Volpi, *Libertà e autorità*, Torino, 2018, spec. 63 ss.

rapporti tra organi contitolari della funzione di indirizzo politico⁷, ma sulla stessa configurazione e disciplina dei rapporti tra governanti e governati, tra Stato-apparato e Stato-comunità⁸.

Sul piano del sistema delle fonti, si osserva che in taluni casi la normazione viene attratta sempre più verso il basso, con l'effetto complessivo di configurare il sistema medesimo come una «piramide rovesciata»⁹, in cui una porzione consistente – per qualità e per quantità – della produzione normativa, anche se avente a oggetto beni di rilievo costituzionale, risulta da atti non considerati di rango primario o nemmeno contemplati nel sistema delle fonti (quali linee guida, direttive, circolari, ecc.) – quantunque di straordinario rilievo nella pratica giuridica d'ogni giorno –, connotati da una significativa componente tecnica¹⁰. D'altro canto, le fonti teoricamente competenti perdono la natura e la funzione loro tipica e qualificante, recando prescrizioni fin troppo dettagliate – la cui posizione invece competerebbe ad atti inferiori – e parimenti con ampi richiami a discipline di matrice tecnica estranee al circuito normativo politico¹¹. In altri casi, invece, la normazione viene attratta verso orbite eccentriche rispetto ai tradizionali schemi di produzione, sino a giungere a veri e propri fenomeni di concorso di politica e tecnica nella normazione o addirittura di riserva di competenza tecnica, qualificati (e valorizzati) soprattutto dai c.d. *Science and Technology Studies*¹²

⁷ Come nella classica fattispecie della delegazione legislativa, ove esigenze tecniche (in senso stretto, ma anche più latamente di coerenza e di organicità) inducono uno spostamento della produzione normativa dal Legislativo all'Esecutivo, pur nella permanenza di una posizione più o meno baricentrica del primo: L. Pegoraro, A. Rinella, *Costituzioni e fonti del diritto*, Torino, 2018, 171 ss.

⁸ Sulle ricadute che il progresso scientifico e tecnologico produce inevitabilmente tanto sulla forma di Stato che sulla forma di governo e sull'attuale inadeguatezza delle categorie del diritto costituzionale a tenerne conto, v. A. Ruggeri, *Mutamenti del contesto politico-istituzionale, progresso scientifico e tecnologico, teoria della Costituzione (con specifico riguardo al punto di vista della Consulta)*, in *Consulta OnLine*, n. 1, 2020, 137 ss. e ora anche in A. Ruggeri, "Itinerari" di una ricerca sul sistema delle fonti. XXIV. *Studi dell'anno 2020*, Torino, 2021, 185 ss.

⁹ A. Ruggeri, *Il disordine delle fonti e la piramide rovesciata al tempo del Covid-19*, in *Consulta OnLine*, 2020, n. 3, 2020, 675 ss. e ora anche in A. Ruggeri, "Itinerari" di una ricerca sul sistema delle fonti. XXIV. *Studi dell'anno 2020*, cit., 877 ss. e, spec., 888 ss.

¹⁰ Con riferimento al variegato scenario del rapporto tra fonti primarie e subprimarie e alla configurazione della discussa categoria delle c.d. fonti terziarie, M. Mazzamuto, *L'atipicità delle fonti nel diritto amministrativo*, in *Diritto amministrativo*, n. 4, 2015, 683 ss., anche con richiami al dibattito scientifico tedesco e francese. Per una riflessione esemplificativa sul fenomeno delle linee guida, E. D'Orlando, F. Nassuato, *Linee guida e sistema delle fonti: un'ipotesi ricostruttiva*, in *Corti supreme e salute*, n. 1, 2021, 55 ss. Con riferimento alle vicende del sistema delle fonti più strettamente connesse alla recente emergenza sanitaria, si rinvia ai contributi della sessione n. 5 del presente Convegno dedicata a *Le fonti dell'emergenza nella crisi pandemica*.

¹¹ F. Salmoni, *Norme tecniche e dottrina giuspubblicistica*, in *Percorsi costituzionali*, n. 2, 2017, 721 ss. e Id., *Le norme tecniche*, Milano, 2001, anche per più ampi riferimenti bibliografici.

¹² E.J. Hackett, O. Amsterdamska, M. Lynch, J. Wajeman (ed.), *Handbook of Science and Technology Studies*, Cambridge (Mass.), 2007; S. Beck, J. Niewöhner, E. Sorensen, *Science and Technology Studies. Eine sozialanthropologische Einführung*, Bielefeld, 2012. Trattasi di quel filone di analisi che compendia un insieme di visioni che considerano i fatti scientifici come il

in termini di co-produzione¹³. Quindi, non più solo fuga dalla legge e dal regolamento¹⁴, ma dal diritto politico *tout court*.

Interrogandosi sul perché di tali fenomeni sul piano teorico generale, il tema che viene in evidenza è quello dell'adeguatezza dei procedimenti di produzione normativa, considerati sotto i profili soggettivo e oggettivo, rispetto alle esigenze di normazione che provengono dalla realtà.

Come accennato, la questione non è nuova: è dall'avvento delle Costituzioni rigide che gli ordinamenti giuridici hanno cominciato ad assumere connotati sempre più articolati al loro interno; la graduale erosione della sovranità statale da parte di soggetti sovra, inter- e transnazionali, pubblici e privati, si può dire proceda di pari passo con l'evoluzione dell'attuale fase del costituzionalismo, dal secondo dopoguerra in poi. Il risultato è che il sistema giuridico, in presenza di un ordine plurale, «non si presenta più come un fluire normativo uniforme da un unico centro di autorità, ma come il risultato dell'interrelazione instabile tra molteplici tipi di autorità, o pretese di autorità, situati in differenti luoghi o in differenti processi all'esterno e all'interno dello Stato stesso»¹⁵. Trattasi di una traiettoria evolutiva ben conosciuta e che attesta l'attenuazione della pratica funzionalità del «sistema Vestfalia»¹⁶.

È tuttavia indubitabile che il disallineamento, in termini di efficacia, tra forme tradizionali ed esigenze effettive della normazione, ha subito una forte accelerazione nel recente passato. Si potrebbe affermare che ciò richiama, sul terreno delle fonti, uno dei profili (e delle sfide) più affascinanti della teoria della complessità, applicabile a tutte le organizzazioni umane di cui si voglia orientare l'evoluzione: la necessità di passare da una visione

prodotto di ricerche anche socialmente condizionate, piuttosto che come oggettive rappresentazioni della natura. Per questo tale approccio consente di comprendere le sottili dinamiche tra scienza e diritto e di aprire, quindi, «allo sguardo delle società democratiche contemporanee le scatole nere di sapere/potere che la “grande divisione tra scienza e diritto” legittima in nome dell'oggettività della scienza»: M. Tallacchini, *Scienza e diritto. Prospettive di co-produzione*, in *Rivista di filosofia del diritto*, n. 2, 2012, 332.

¹³ «Co-production», con riferimento ai rapporti tra scienza e diritto, è un'espressione intesa come strumento interpretativo del reciproco generarsi del linguaggio della scienza e del diritto: S. Jasanoff, *The Fifth Branch. Science Advisors and Policymakers*, Cambridge (Mass.), 1990 e Id. (ed.), *States of Knowledge. The Co-Production of Science and Social Order*, London, 2004.

¹⁴ A. Ruggeri, *Ha ancora un futuro la legge quale strumento primario di normazione e di direzione politica?*, in *Osservatorio sulle fonti*, n. 2, 2021, 567 ss.; N. Lupo, *La normazione secondaria e il fenomeno della fuga dalla legge n. 400 del 1988 al vaglio del Comitato per la legislazione*, in *Federalismi.it*, n. 3, 2017; B. Tonoletti, *Fuga dal regolamento e confini della normatività nel diritto amministrativo*, in *Diritto amministrativo*, n. 2-3, 2015, 371 ss.

¹⁵ F. Viola, *Rule of law. Il governo della legge ieri ed oggi*, Torino, 2011, 144.

¹⁶ Sistema che viene indicato come la scaturigine, sul piano storico e politico, dell'avvento del diritto politico da A. Pizzorusso, *Fonti del diritto*, in F. Galgano (cur.), *Commentario del Codice civile Branca-Scialoja*, Bologna-Roma, 2011, 146; Id., *La produzione normativa in tempi di globalizzazione*, in *www.associazionedeicostituzionalisti.it*, *passim* e, spec., 16 ss. e 39; Id., *Sistemi giuridici comparati*, Milano, 1998, 90.

programmatica a una visione strategica, ovvero che non miri a predeterminare le fasi del proprio sviluppo indipendentemente dalla molteplicità degli eventi e delle contingenze, ma che sia in grado di apprendere e di modificarsi proprio sulla base di questi¹⁷. In altri termini, ragionando sul piano delle fonti, la necessità di configurare sistemi di normazione flessibili nei contenuti e, per taluni aspetti, nella durata degli effetti¹⁸, nonché plurali nella legittimazione, tenendo presente che il pluralismo giuridico contemporaneo, a differenza di quello del primo Novecento – che teorizzava il rilievo delle associazioni, delle nuove forme di autonomia dei partiti, dei sindacati e, in generale, delle organizzazioni degli interessi, all'interno della sfera pubblica statale¹⁹ –, «si origina dalla crisi e dall'indebolimento del soggetto statale e dalla rottura dei confini che, definendo la forma spaziale del diritto, contenevano nel medesimo ambito territoriale diritto politica ed economia»²⁰.

Prima di procedere nell'analisi è però necessario fare alcune puntualizzazioni di ordine terminologico, al fine di rapportare poi in modo più chiaro il diritto con la politica, da un lato, e la tecnica, dall'altro.

Quanto al primo versante, è noto che il diritto politico, ovvero quello sorretto dal titolo di legittimazione per cui si deve prestare obbedienza all'autorità politica, ha assunto un carattere nettamente preminente su tutti gli altri²¹ e ciò con crescente intensità a partire dall'avvento dello Stato moderno sino alla prima metà del XX secolo. Per questo a esso ci si rifà usualmente per spiegare il fondamento della maggior parte delle fonti del diritto negli ordinamenti statali contemporanei. È vero che si tratta di una categoria residuale dai confini assai vasti, che pare esaurire il suo valore euristico nel divenire un utile contenitore di tutte quelle forme di produzione non riconducibili alle altre classi²². Tuttavia la categoria del diritto politico risulta funzionale alla presente disamina poiché ha dei caratteri peculiari, che la rendono chiaramente distinguibile dalla tecnica: il fatto di essere il risultato di un atto di volontà, promanante da un'autorità politica

¹⁷ G. Bocchi, M. Ceruti, *La sfida della complessità nell'età globale*, in G. Bocchi, M. Ceruti (cur.), *La sfida della complessità*, Milano, 2007, XIV. Sul tema, più di recente, A.F. De Toni, G. De Zan, *Il dilemma della complessità*, Venezia, 2015, parte I e II. Per una interessante riflessione in chiave metodologica su scienza della complessità e diritto comparato, R. Scarciglia, *Scienza della complessità e comparazione giuridica nell'età dell'asimmetria*, in *Diritto pubblico comparato ed europeo*, n. spec., 2019, 701 ss.

¹⁸ S. Ranchordás, *Constitutional Sunsets and Experimental Legislation. A Comparative Perspective*, Cheltenham-Northampton, 2014.

¹⁹ Per un affresco sulle trasformazioni del diritto pubblico contemporaneo, G. Volpe, *Il costituzionalismo del Novecento*, Roma-Bari, 2000.

²⁰ G. Zaccaria, *La comprensione del diritto*, Roma-Bari, 2012, 51.

²¹ Identificati nel diritto consuetudinario, nel diritto convenzionale, nel diritto divino. Sui criteri di classificazione delle forme di produzione giuridica, A. Pizzorusso, *Sistemi giuridici comparati*, Milano, 1998, 268 ss.

²² L. Pegoraro, A. Rinella, *Costituzioni e fonti del diritto*, cit., 62.

(generalmente uno o più organi di vertice dell'ordinamento), la quale, sulla base di valutazioni di merito, traduce in norme giuridiche l'indirizzo politico di governo, che a sua volta si fonda sul consenso (perlomeno maggioritario) dei consociati²³.

Quanto al secondo versante, la tecnica è definibile come l'insieme delle norme o regole su cui è fondata la pratica di un'arte, di una professione o di una qualsiasi attività, manuale o intellettuale, in quanto vengono applicate e seguite²⁴. La norma o regola tecnica, quindi, anche se a volte sotto l'apparenza di una prescrizione, si limita a descrivere il rapporto tra un certo comportamento e la sua necessaria conseguenza, enuncia l'esistenza, nell'ordine naturale, di un rapporto di causa ed effetto tra un comportamento e l'evento tipizzato; esprime, kelsenianamente²⁵, un atto di pensiero, un *Müssen* come necessità teleologica e non un *Sein*, una necessità normativa²⁶. Essa, specie a partire dal XVII secolo, si pone in stretto e bidirezionale rapporto con la ricerca scientifica: da quest'ultima scaturiscono il progresso tecnico e le applicazioni pratiche, secondo il nesso lineare scienza pura – scienza applicata – prassi. Tuttavia, non può dimenticarsi che la ricerca scientifica non si sviluppa in modo autonomo (molti problemi scientifici nascono nel campo della prassi tecnica), così come che non tutti gli sviluppi tecnici si basano sulla scienza (è possibile manipolare con successo nuove scoperte prima che esse trovino una sistematizzazione sul piano teorico)²⁷. Scienza e tecnica, dunque, risultano reciprocamente interdipendenti e, pertanto, ai fini delle riflessioni che seguono, saranno trattate come una endiadi, salvo puntuali precisazioni.

Ciò premesso, è necessario quindi imbrigliare la vasta e articolata fenomenologia riconducibile all'oggetto di analisi e il modo più razionale per farlo può essere fissare il punto prospettico dal quale guardarla, in modo funzionale all'ottica epistemologica prescelta: riconsiderare alcuni punti di approdo di una teoria delle fonti di ispirazione formale-astratta, qual è quella in cui si è riconosciuta per lungo tempo la dottrina giuspubblicistica maggioritaria e che poggia sulla fiducia in un sistema il cui fulcro nevralgico era il diritto politico, ovvero il legislatore²⁸. In questa prospettiva, la sfida che

²³ A. Pizzorusso, *Sistemi giuridici comparati*, cit., 349 ss.

²⁴ Voce *Tecnica*, in *Il Vocabolario Treccani*, 1997, V, 460. Mentre la tecnologia si può considerare come quel vasto settore della ricerca che concerne l'utilizzazione ottimale dell'insieme degli strumenti tecnici: voce *Tecnologia*, *ivi*, 461.

²⁵ H. Kelsen, *Reine Rechtslehre*, Wien, 1960, trad. it., *La dottrina pura del diritto*, Torino, 1990, 93 ss.

²⁶ M. Mazziotti di Celso, *Norma giuridica*, in *Enc. giur.*, 1990, XXI, 3. Per una distinzione tra norme tecniche e giuridiche cfr. A. Pizzorusso, *Fonti del diritto*, cit., 152 s.

²⁷ M. Callon, J. Law, A. Rip (ed.), *Mapping the dynamics of science and technology*, Hound Mills, 1986.

²⁸ Anche se, è opportuno sin d'ora rilevare, trattasi di una posizione che da tempo è messa in discussione, da diversi punti di vista. Per la prospettiva storica, P. Grossi, *Oltre la legalità*, Roma-Bari, 2020 e Id., *Mitologie giuridiche della modernità*, Milano, 2001, spec. 58 ss.; per quella teorico-generale, G. Zaccaria, *La comprensione del diritto*, cit., spec. 29 ss. e Id., *Presentazione*,

scienza e tecnica pongono sul terreno delle forme di produzione normativa rappresenta senz'altro uno dei profili di analisi più interessanti per riflettere sui caratteri distintivi del costituzionalismo contemporaneo.

Può essere dunque opportuno enucleare, a fini descrittivi-ricostruttivi, tre ambiti nei quali il rapporto tra politica e tecnica può diversamente configurarsi nella produzione normativa, di seguito indicati in base al livello di progressiva “invadenza” della seconda rispetto alla prima. Con l'avvertenza metodologica che la partizione ha, come tutte le classificazioni cui conduce l'analisi empirica, e specialmente quella comparata, un carattere convenzionale: è una schematizzazione dai confini che, quantunque perimetrabili astrattamente sul piano logico, non possono essere sempre tracciati nella pratica in modo netto. L'utilità delle classificazioni risiede, infatti, nel loro potenziale analitico, nella funzione loro propria di contribuire ad accrescere la comprensione dei fenomeni complessi, semplificando i dati della realtà mediante schemi concettuali che danno vita a modelli generali e astratti²⁹ che, proprio per questo, possono presentare margini di scarto rispetto alle singole fattispecie concrete a essi riconducibili³⁰.

Ciò premesso, il primo ambito è quello in cui si contemplano attività di razionalizzazione inserite nei procedimenti di formazione del diritto politico³¹, con l'obiettivo di influire sugli atti normativi in modo da renderli tecnicamente più perfezionati. In questi casi la tecnica diviene uno strumento al servizio della politica, al fine di migliorare la qualità della normazione, nella forma e/o nel contenuto. È l'ipotesi dei vari organi che, con diverso titolo, ruolo e ampiezza di prerogative, intervengono nel corso del procedimento legislativo³². Il primato del diritto politico rimane indiscusso.

Il secondo ambito riguarda i casi in cui si verifica una suddivisione degli spazi di normazione tra i circuiti politico e amministrativo. Qui si realizza una sottrazione di porzioni di regolazione alla politica, legittimata dalla tecnica e, in ultima istanza, dal rispetto di una predeterminata legalità procedurale, soggetta al sindacato di legittimità³³. Il riferimento è all'eterogenea galassia delle autorità amministrative indipendenti³⁴. Il diritto politico retrocede, ma in un quadro d'insieme del quale continua a fissare i

in G. Zaccaria (cur.), *Diritto positivo e positività del diritto*, Torino, 1991, spec. XII; per quella costituzionale, G. Volpe, *Il costituzionalismo del Novecento*, cit., 238 ss., che scrive di «costituzione postmoderna» per definire il declino della Costituzione come fondamento della convivenza sociale, a fronte dell'invasione della tecnica che allenta i vincoli verso l'autorità politica da cui promanano le norme.

²⁹ L. Pegoraro, A. Rinella, *Sistemi costituzionali comparati*, Torino, 2017, 27, anche per ulteriori riferimenti bibliografici.

³⁰ Margini a loro volta dipendenti dalla variabile soggettiva della «pertinenza» degli elementi di aggregazione prescelti: L. Pegoraro, A. Rinella, *op. loc. ult. cit.* e spec. nota n. 75.

³¹ A. Pizzorusso, *Sistemi giuridici comparati*, cit., 326 ss.

³² V. *infra*, sub 2.

³³ Anche se a geometria variabile quanto a intensità e pervasività: v. *infra*, sub 3.3.

³⁴ V. *infra*, sub 3.

contorni e parte dei contenuti.

Il terzo scenario è quello in cui politica e tecnica si confrontano senza le intermediazioni fornite dai tradizionali schemi di produzione normativa e si evidenzia la loro dicotomia. È un terreno sul quale non vi è ancora una risposta univoca e sistemica a molti quesiti che si pongono sul piano speculativo e che fanno perno sulla legittimazione di un pluralismo normativo che, nei fatti, è sempre più diffuso e penetrante. Si pensi, per esempio, all'aumento esponenziale delle c.d. norme tecniche; a quei settori della normazione che costituiscono terreni di incontro necessario tra tecnologia, scienza e diritto come quello medico (biodiritto) o ambientale (diritto dell'ambiente); alle sempre più sorprendenti prospettive dischiuse dall'intelligenza artificiale³⁵. Il diritto politico subisce in questi casi una concorrenza o, addirittura, una sostituzione, a opera della tecnica, che non sempre può o riesce a "governare": la cifra, forse, del nuovo «costituzionalismo tecnologico»³⁶ del XXI secolo.

2. L'innesto della tecnica nei procedimenti normativi di natura politica: la tecnica al servizio della politica

L'innesto della tecnica in procedimenti di natura politica è un tema che riveste un interesse risalente nella prospettiva dell'analisi comparata. Basti ricordare che, sul piano storico, come noto, è proprio sul terreno della scienza della legislazione che, nella seconda metà del XIX secolo, gli studi comparatistici hanno assunto il loro connotato di disciplina autonoma: naturale è il richiamo alla fondazione della *Société de Legislation Comparée* e al suo primo congresso internazionale, tenutosi nel 1900. Anche nell'attualità, tuttavia, questo legame si conferma, alla luce del fatto che l'ambito della qualità della regolazione (*better regulation*) è ampiamente attraversato da fenomeni di circolazione di esperienze e modelli giuridici³⁷.

L'argomento è piuttosto vasto e si presta ad essere approfondito sotto diversi punti di vista, sebbene tutti riconducibili alla chiave di lettura proposta, ovvero la funzione servente della tecnica rispetto alla forma e/o al contenuto della decisione politica. Si introdurrà quindi, innanzitutto, il tema della tecnica legislativa in generale, che inerisce tanto agli strumenti per addivenire alla migliore formulazione dell'enunciato normativo, quanto – in senso più ampio – alle valutazioni, *ex ante* ed *ex post* rispetto all'adozione dell'atto, previste in modo generalizzato o settoriale dai diversi ordinamenti. In secondo luogo, si analizzeranno più nello specifico i casi di interazione tra procedimenti decisionali di natura politica e conoscenze tecnico-scientifiche

³⁵ V. *infra*, sub 4.

³⁶ E. Malfatti, *Scienza, tecnologia e forme di produzione giuridica. Qualche rilievo d'insieme*, in *DPCE Online*, n. 3, 2020, 3270.

³⁷ T.E. Frosini, *Legislazione e comparazione*, in *Diritto pubblico comparato ed europeo*, n. 1, 2015, 73.

che non sono normalmente a disposizione del cittadino (e quindi, in genere, nemmeno dei soggetti investiti della rappresentanza politica); l'estrema varietà delle esperienze concrete impone di soffermarsi su alcuni profili di particolare rilievo, riferibili ad organismi istituiti dai Parlamenti per acquisire in maniera strutturale le conoscenze scientifico-tecnologiche necessarie ad affrontare in maniera più articolata e consapevole le materie di particolare complessità. Successivamente, l'analisi si concentrerà su due ambiti nei quali la presenza di organismi di consulenza tecnico-scientifica ha acquisito una particolare rilevanza nel recente passato, in relazione alla crisi economico-finanziaria e all'emergenza sanitaria che hanno caratterizzato il primo ventennio del XXI secolo.

2.1. La tecnica legislativa

Con riferimento ai procedimenti normativi, l'intervento di valutazioni di natura tecnica può avvenire *ex ante* o *ex post* rispetto all'adozione dell'atto. Nel primo caso, si può ulteriormente distinguere tra valutazioni di «tecnica legislativa vera e propria», ossia quella incidente sulla formulazione dei testi e valutazioni sulla «fattibilità», che guardano piuttosto ai potenziali effetti della normativa introdotta³⁸.

Gli interventi in via successiva, invece, ad eccezione di quelli di natura strettamente giuridica volti a vagliare la legittimità dell'atto, si concentrano sull'impatto della regolazione: si tratta dei meccanismi di «valutazione delle politiche pubbliche», concetto di origine politologica ma che, sul piano comparato, trova ormai un consolidato precipitato in organi quali i *Select Committees* del Parlamento inglese³⁹, il *Comité d'évaluation et de contrôle des politiques publiques* presso l'*Assemblée Nationale* francese⁴⁰, fino all'Ufficio Valutazione Impatto del Senato della Repubblica, istituito a seguito del fallimento della riforma costituzionale del 2016, che tendeva a inserire esplicitamente fra le funzioni del “nuovo” Senato la valutazione delle politiche pubbliche e dell'attività delle pubbliche amministrazioni e la verifica dell'impatto delle politiche dell'UE sui territori.

In questa sede, l'analisi si concentrerà soprattutto sui contributi tecnici di natura preventiva, che mettono meglio in luce il ruolo della componente tecnica nella fase genetica del comando giuridico, senza dimenticare però che le valutazioni *ex ante* ed *ex post* dovrebbero porsi in continuità, secondo una

³⁸ A. Pizzorusso, voce *Law Commission*, in *Dig. Disc. Pubbl.*, IX, 1994, 84.

³⁹ Essi sono istituiti tanto presso la *House of Commons* che presso alla *House of Lords*. I primi seguono l'attività di ciascun dipartimento del Governo, sotto il profilo della spesa, delle politiche e dell'amministrazione. T. Cavaletto, *La valutazione parlamentare delle politiche pubbliche nella determinazione della forma di governo britannica: un'analisi di impatto*, in *federalismi.it*, 2017.

⁴⁰ www2.assemblee-nationale.fr/14/les-delegations-comite-et-office-parlementaire/comite-d-evaluation-et-de-contrôle-des-politiques-publiques.

logica circolare: sia perché – secondo il modello del *policy cycle*⁴¹ – il processo decisionale delle politiche pubbliche trae origine dall'identificazione di un problema e non può che concludersi con la valutazione, appunto, degli effetti del processo decisionale sul problema affrontato⁴²; sia perché la valutazione *ex post*, evidenziando la persistenza del problema o il sorgere di questioni nuove, innesca un nuovo procedimento decisionale, trasformandosi in una valutazione *ex ante* di ulteriori possibili soluzioni. È, questo, il c.d. «approccio circolare alla regolamentazione»⁴³.

La qualità della legislazione è un valore che riceve attenzione anche a livello internazionale: per esempio, i documenti provenienti in particolare dall'OCSE pongono soprattutto l'accento sulla relazione fra *better regulation* e competitività del sistema⁴⁴. A livello nazionale, per via giurisprudenziale, la materia assurge a interesse di rilievo costituzionale: nell'ordinamento francese, per esempio, il *Conseil constitutionnel* ha collegato il dovere del legislatore di produrre norme comprensibili ai principi di eguaglianza (art. 6 della Dichiarazione dei diritti dell'uomo) e di garanzia dei diritti di libertà (artt. 4, 5 e 16)⁴⁵, mentre è trasversale ai Paesi di matrice liberale la pretesa di chiarezza della norma incriminatrice, in ragione degli specifici principi che

⁴¹ Il cui schema originario è stato ideato da H. Lasswell, *The Policy Orientation*, in D. Lerner, H.D. Lasswell (ed.), *The Policy Sciences: Recent Developments in Scope and Method*, Stanford, 1951, 3 ss., mentre quello attualmente più ricorrente nella manualistica di riferimento è riferibile a C.W. Anderson, *The Logic of Public Problem: Evaluation in Comparative Policy Research*, in D. Ashford (ed.), *Comparing Public Policies*, Beverly Hills, 1978, 19 ss., che distingue le fasi di *issue making, decision making, implementation, evaluation*.

⁴² M. Malvicini, *Conoscere per deliberare. La valutazione delle politiche pubbliche e la riforma dei regolamenti parlamentari*, in *Rivista AIC*, n. 2, 2017, 7.

⁴³ In questi termini, art. 2 d.P.C.M. 15 settembre 2017, n. 169, Regolamento recante disciplina sull'analisi dell'impatto della regolamentazione, la verifica dell'impatto della regolamentazione e la consultazione.

⁴⁴ OCSE, *Recommendation of the Council on Improving the Quality of Government Regulation*, 9 marzo 1995, nella quale si legge: «*Government performance is under pressure. Systems of governance are adapting to global transformation involving more co-operation between countries, intensified economic competition, and new technologies. Budget deficits and economic constraints must be managed even as citizens demand more action to deal with emerging social and environmental issues. As a result, public sectors must learn to do more with less, differently and better, as the OECD Public Management Committee has noted. Governments must find effective ways to make responsive policy decisions and to identify the right mix of instruments and incentives to implement them*». V. anche OCSE, *Guiding Principles for Regulatory Quality*, 2005.

⁴⁵ *Conseil constitutionnel*, Dec. n. 99-421 del 16 dicembre 1999: «*que cette finalité répond au demeurant à l'objectif de valeur constitutionnelle d'accessibilité et d'intelligibilité de la loi; qu'en effet l'égalité devant la loi énoncée par l'article 6 de la Déclaration des droits de l'homme et du citoyen et 'la garantie des droits' requise par son article 16 pourraient ne pas être effectives si les citoyens ne disposaient pas d'une connaissance suffisante des normes qui leur sont applicables; qu'une telle connaissance est en outre nécessaire à l'exercice des droits et libertés garantis tant par l'article 4 de la Déclaration, en vertu duquel cet exercice n'a de bornes que celles déterminées par la loi, que par son article 5, aux termes duquel 'tout ce qui n'est pas défendu par la loi ne peut être empêché, et nul ne peut être contraint à faire ce qu'elle n'ordonne pas'*».

reggono la materia penale⁴⁶.

Passando al piano dei meccanismi concreti per realizzare tale obiettivo, si può cominciare dal modello del Regno Unito, ritenuto particolarmente significativo in quanto l'attenzione per i temi del *drafting* si può far risalire già al *Law Reform Speech* tenuto dal *Lord Chancellor* Henry Brougham alla Camera dei Comuni nel 1828, concretizzatosi poco dopo con l'istituzione di un'apposita *Royal Commission on the Consolidation of Statutes Laws*, che fissò i primi principi di tecnica legislativa⁴⁷. Tale attitudine si conferma anche successivamente, con l'istituzione di due *Law Commissions* per l'Inghilterra e la Scozia a opera del *Law Commissions Act* del 1965, modificato dal *Law Commission Act* del 2009⁴⁸, fino ad arrivare ai codici di condotta per i soggetti titolari di funzioni regolatorie approvati sulla base del *Legislative and Regulatory Reform Act* del 2006⁴⁹. A ciò si aggiunge l'istituzione di apposite commissioni per approfondire e aggiornare le tecniche legislative, che hanno prodotto documenti noti, come il Rapporto Renton del 1975 o il Rapporto Rippon del 1992⁵⁰. Già la legge del 1965 conferma peraltro il legame fra tecnica legislativa e metodo/diritto comparato, abilitando espressamente la *Law Commission* a «obtain such information as to the legal system of other countries as appears to the Commissions likely to facilitate the performance of any of their functions»⁵¹.

Nel modello britannico, quindi, la *Law Commission* si presenta come un organo istituito *ad hoc*, composto da soggetti di nomina governativa e di estrazione professionale⁵² – in particolare il presidente deve essere stato giudice della *High Court* – assistiti da un corpo di funzionari specializzati⁵³. Essa si relaziona, a seconda dei casi, con il ministro competente, il quale ha poi il compito di riferire al Parlamento programmi e proposte di riforma provenienti dalla Commissione⁵⁴, mentre la legge del 2009 ha introdotto

⁴⁶ Quanto all'esperienza statunitense, v. la pronuncia della *Supreme Court*, *Skilling v. United States*, 561 U.S. 358, 368-69 (2010), mentre in area europea, oltre alle singole previsioni e giurisprudenze nazionali, si può richiamare l'art. 7 della CEDU, il quale – per come interpretato dalla Corte di Strasburgo – richiede che «the applicant's act, at the time when it was committed, constituted an offence defined with sufficient precision by domestic and/or international law to be able to guide the applicant's behaviour and prevent arbitrariness» (*Zaja v. Croatia*, no. 37462/09, § 93, 4 October 2016; *Koprivnikar v. Slovenia*, no. 67503/13, §§ 55-60, 24 January 2017; *Livvik v. Estonia*, no. 12157/05, § 101, 25 June 2009).

⁴⁷ T.E. Frosini, *Legislazione e comparazione*, cit., 76.

⁴⁸ L. Scaffardi, E. Weston, *The use of Comparative Law in the Legislative Process at Westminster*, in N. Lupo, L. Scaffardi (ed.), *Comparative Law in Legislative Drafting. The increasing importance of dialogue amongst Parliaments*, Den Haag, 2014, 147 ss.

⁴⁹ G. Renna, *Regno Unito*, in R. Dickmann, A. Rinella (cur.), *Il processo legislativo negli ordinamenti costituzionali contemporanei*, Roma, 2011, 264.

⁵⁰ T.E. Frosini, *Legislazione e comparazione*, cit., 77.

⁵¹ Art. 2, *Law Commissions Act 1965*.

⁵² Art. 1, *Law Commissions Act 1965*.

⁵³ Art. 5, *Law Commissions Act 1965*.

⁵⁴ Art. 2, *Law Commissions Act 1965*.

l'obbligo per il *Lord Chancellor* di presentare al Parlamento un rapporto annuale sulla realizzazione di tali proposte⁵⁵.

Ove si allarghi il campo di indagine, muovendosi in una prospettiva di comparazione funzionale⁵⁶, ci si trova di fronte ad un'ampia e variegata gamma di strumenti predisposti dai diversi ordinamenti per garantire la qualità della legislazione. Uno sguardo alle due più significative esperienze d'oltralpe è sufficiente per rendere l'idea.

In Francia, la qualità tecnico-formale della legislazione è assicurata principalmente tramite l'intervento di soggetti istituzionali indipendenti rispetto tanto all'Esecutivo quanto al Legislativo, dotati di compiti non limitati all'attività di consulenza normativa. Il riferimento va soprattutto al *Conseil d'État*, al quale l'art. 39, c. 2 Cost. affida il compito di esprimere un parere obbligatorio non vincolante nei confronti di tutti i disegni di legge dell'Esecutivo⁵⁷.

È il Governo stesso, in persona del suo Segretario Generale, a dover investire il *Conseil d'État* del procedimento, trasmettendo il progetto con allegata la relazione del ministro proponente. Il procedimento è caratterizzato da eventuali audizioni delle amministrazioni competenti, dall'elaborazione di un testo rivisto da parte del *rapporteur* nominato dal *Conseil*, da una fase di discussione tra i rappresentanti del Governo e il relatore e, infine, dall'approvazione di un testo finale da parte del *Conseil* (cd. "progetto della sezione"). Sebbene esso non sia vincolante, nella prassi il Governo tende ad adeguarsi alle indicazioni dell'organo tecnico⁵⁸.

Sempre alla logica dell'intervento di un organo terzo e munito di competenze specifiche è ispirata la previsione, a livello di legislazione settoriale, di analogo parere da parte delle Autorità indipendenti (come contemplato, ad esempio, dal *Code de commerce* in materia di concorrenza)⁵⁹, mentre l'art. 70 Cost., che prevede un parere obbligatorio del *Conseil économique, social et environnemental* per tutti i progetti di legge di programmazione su tali materie, sembra ispirato per lo più a una logica di rappresentanza di categoria, trattandosi di un organo assembleare composto da rappresentanti di organizzazioni sindacali, professionali e

⁵⁵ Art. 3A, *Law Commissions Act 1965*.

⁵⁶ R. Scarciglia, *Metodi e comparazione giuridica*, Padova, 2018, 92 ss.

⁵⁷ «Les projets de loi sont délibérés en Conseil des ministres après avis du Conseil d'État et déposés sur le bureau de l'une des deux assemblées. Les projets de loi de finances et de loi de financement de la sécurité sociale sont soumis en premier lieu à l'Assemblée nationale. Sans préjudice du premier alinéa de l'article 44, les projets de loi ayant pour principal objet l'organisation des collectivités territoriales sont soumis en premier lieu au Sénat».

⁵⁸ O. Polipo, *La partecipazione "esterna" al procedimento legislativo: strutture extraparlamentari, procedure interistituzionali e il ruolo del Conseil d'État*, in P. Caretti, M. Morisi, G. Tarli Barbieri (cur.), *Il procedimento legislativo ordinario in prospettiva comparata*, Seminario di studi e ricerche parlamentari «Silvano Tosi», Ricerca 2018, vol. II, pubblicato in *Osservatorio sulle fonti*, Speciale – Tosi 2018, n. 2, 2018, 215.

⁵⁹ *Ibidem*, 213.

imprenditoriali⁶⁰, le cui funzioni e la cui composizione sono oggetto di costanti proposte di riforma⁶¹. Tutti i soggetti sinora citati possono essere successivamente consultati, ma in via facoltativa, anche dal Parlamento.

Relativamente alla qualità tecnica della normazione, merita menzione infine la *Commission supérieure de codification*, istituita nel 1989, che ruota nell'orbita dell'Esecutivo e ha funzione di ausilio nella redazione dei codici legislativi. Essa è presieduta dal Primo ministro ed è composta sia da parlamentari che da tecnici, quali funzionari amministrativi e magistrati⁶².

Per quanto riguarda invece l'analisi di impatto dei progetti di legge governativi ai fini della loro presentazione al Parlamento, imposta dall'art. 8 della legge organica n. 2009-403⁶³, essa è redatta dal ministro competente e quindi dai medesimi apparati amministrativi che redigono il testo della proposta⁶⁴. All'interno del proprio vaglio il *Conseil d'État* verifica anche la conformità di tale analisi ai requisiti della legge organica⁶⁵.

L'esperienza tedesca presenta un quadro differente. Anche in questo caso la redazione di un'apposita valutazione degli effetti della proposta legislativa (*Gesetzesfolgenabschätzung*) è compito dei ministeri sin dal Regolamento comune dei ministeri approvato nel 1996 (*Gemeinsame Geschäftsordnung der Bundesministerien – GGO*). L'esame del progetto, dal punto di vista della tecnica legislativa, è invece affidato al Ministero della Giustizia: il cd. "attestato di formalità giuridica" (*Rechtsförmlichkeitsattest*) rilasciato dallo stesso costituisce condizione necessaria per la trasmissione del testo alla Cancelleria federale per la sua approvazione⁶⁶. Una valutazione, dunque, accentrata in un unico organo, ma interno al Governo.

Nonostante il Parlamento abbia il potere di integrare le informazioni a propria disposizione rispetto a quelle fornite dal Governo mediante il sistema delle audizioni (*Anhörungen*), si è sentita l'esigenza di introdurre un ulteriore momento di valutazione, affidato ad un organismo indipendente e terzo rispetto a entrambi gli organi. Così, con legge 14 agosto 2006, è stato istituito il Consiglio Nazionale per il controllo della normazione (*Nationaler*

⁶⁰ *Ordonnance n° 58-1360 du 29 décembre 1958 portant loi organique relative au Conseil économique, social et environnemental*. L'aspetto ambientale è stato aggiunto con la riforma costituzionale del 2008.

⁶¹ Per quella attualmente in discussione: www.vie-publique.fr/loi/275038-loi-organique-reforme-cese-conseil-economique-social-et-environnemental.

⁶² L. Costanzo, *Considerazioni introduttive sulla buona scrittura delle leggi e la valutazione delle politiche pubbliche nell'ordinamento costituzionale francese*, in P. Caretti, M. Morisi, G. Tarli Barbieri (cur.), *Il procedimento legislativo ordinario in prospettiva comparata*, cit., vol. II, 230.

⁶³ La quale prevede le condizioni di ricevibilità dei progetti di legge sulla base dell'art. 39, c. 4 Cost.

⁶⁴ Circolare 15 aprile 2009.

⁶⁵ L. Costanzo, *Considerazioni introduttive sulla buona scrittura delle leggi e la valutazione delle politiche pubbliche nell'ordinamento costituzionale francese*, cit., vol. II, 237.

⁶⁶ A.A. Pracilio, *Istruttoria legislativa, contributo delle lobbies e qualità della normativa in Germania*, in P. Caretti, M. Morisi, G. Tarli Barbieri (cur.), *Il procedimento legislativo ordinario in prospettiva comparata*, cit., vol. IV, 448 ss.

Normenkontrollrat – NKR), formato da dieci esperti in materia tanto legislativa quanto economica, nominati dal Presidente della Repubblica su proposta del Cancelliere per un mandato di cinque anni, disciplinato in modo tale da garantirne l'autonomia di giudizio: il *Normenkontrollrat* emana un parere che viene trasmesso al Parlamento assieme al testo proposto dal Governo e può essere oggetto di successive audizioni su iniziativa dell'organo legislativo⁶⁷.

Incidentalmente, a conferma dell'estrema variabilità delle esperienze, si noti che l'approccio italiano alla qualità tecnica della normazione è ancora differente, essendo caratterizzato, nel polo governativo, da una struttura di natura prettamente amministrativa alle dipendenze del Presidente del Consiglio dei Ministri (il Dipartimento per gli affari giuridici e legislativi – DAGL), mentre, nel polo parlamentare, da appositi organi composti unicamente da politici, sebbene svincolati dalla logica maggioritaria in virtù della loro composizione paritetica (il Comitato per la legislazione della Camera dei deputati e il Sottocomitato per i pareri della Commissione permanente affari costituzionali del Senato della Repubblica)⁶⁸.

Dall'analisi comparata si evince, dunque, che le istanze provenienti da una società sempre più complessa possono innescare un circolo vizioso se affrontate da un decisore politico non debitamente attrezzato, vittima di una bulimia normativa che finisce per creare un labirinto di regolazioni che, paradossalmente, crea nuovi problemi invece che risolverne. Di qui, sia le diffuse istanze di de-legificazione e de-regolazione, anch'esse implicanti complessi problemi di tecnica legislativa⁶⁹, sia il diffondersi di strumenti quali quelli sopra illustrati, volti a introdurre nel procedimento legislativo momenti di valutazione e analisi svincolati dal Governo e, talora, anche dalla dialettica maggioranza-opposizione.

Tali momenti appaiono peraltro concentrati nelle fasi iniziali del procedimento legislativo, mentre non sembrano rilevare sulla natura della deliberazione finale, in quanto espressione della discrezionalità politica dei rappresentanti. L'efficacia delle valutazioni tecniche *ex ante* risulta dunque assorbita nel circuito della responsabilità politica, salvo il successivo controllo di costituzionalità nel caso in cui la deviazione da esse operata da parte del legislatore finisca per impattare su valori costituzionalmente garantiti⁷⁰.

⁶⁷ Ampie notizie *ibidem*, 456 ss.

⁶⁸ Il Comitato per la legislazione è composto da cinque membri designati dalla maggioranza e cinque dall'opposizione: art. 16-*bis* Reg. Camera.

⁶⁹ F. Pacini, *La ristrutturazione assente. Strumenti e limiti di un riordino complessivo della normativa primaria*, Napoli, 2017.

⁷⁰ S. Penasa, *Le "scientific questions" nella dinamica della discrezionalità giurisdizionale e legislativa. Uno studio comparato sul giudizio delle leggi scientificamente connotate nelle giurisdizioni nazionali, sovranazionale e internazionali*, in *BioLaw Journal – Rivista di BioDiritto*, n. 1, 2016, 39 ss. e Id., *Presupposti scientifici delle leggi e giudizio di costituzionalità: spunti dal diritto comparato*, in M. D'Amico, F. Biondi (cur.), *La Corte costituzionale e i fatti: istruttoria ed effetti*

2.2. Gli organismi tecnico-scientifici come ausiliari del legislatore

La tecnica non tocca soltanto la formulazione delle disposizioni, ma essa può essere anche al centro del loro contenuto materiale: questo vale in particolare per le normative volte ad incidere su ambiti ad elevato contenuto scientifico-tecnologico. In tal caso, occorre garantire un dibattito consapevole sulle misure da adottare e, quindi, acquisire nel procedimento decisionale informazioni sufficientemente approfondite e, soprattutto, oggettive e affidabili.

In questa sede, la disamina si concentrerà soprattutto sugli organi di supporto dei Legislativi, sia perché questi ultimi esprimono il massimo grado di rappresentatività, sia in ragione dell'estrema numerosità e differenziazione degli organismi tecnico-scientifici ausiliari degli Esecutivi, che ne rende difficile una categorizzazione sistematica nell'economia delle presenti riflessioni⁷¹.

La prospettiva di indagine resterà inoltre incentrata sul procedimento legislativo e le relative variabili, impregiudicata per il momento ogni valutazione in merito all'incisione della discrezionalità politica a opera della tecnica (intesa come scienza), a cui si riserva specifica attenzione nel prosieguo della trattazione⁷².

Ciò premesso, un sistema generalmente utilizzato per acquisire informazioni tecniche nell'*iter* di formazione delle leggi è quello delle audizioni operate in sede di commissione parlamentare. Sono tuttavia evidenti anche i limiti di tale soluzione: il rischio di un contributo estemporaneo, che sommerge il decisore di conoscenze tecniche che non riescono ad arricchire realmente il confronto politico sul merito della decisione⁷³, ma anche politicamente pre-orientato, in ragione della contiguità che vi è spesso tra i soggetti auditi e le forze politiche, con la conseguenza che – specialmente in relazione ai temi sui quali si registrano posizioni divergenti – in sede di audizione gli esperti riprodurranno, con più articolate argomentazioni, le posizioni dei diversi schieramenti⁷⁴.

Di maggiore interesse, sul piano comparatistico, è il raffronto tra i casi in cui i Parlamenti si avvalgono invece di organismi *ad hoc* per acquisire informazioni tecnico-scientifiche⁷⁵. Con riferimento all'area europea, una

delle decisioni, Napoli, 2018, 255 ss.

⁷¹ A. Iannuzzi, *Le forme di produzione delle fonti a contenuto tecnico-scientifico nell'epoca del diritto transnazionale*, in *DPCE Online*, n. 3, 2020, 3285.

⁷² V. *infra*, sub 4 in generale e, in particolare, sub 4.2.

⁷³ A. Iannuzzi, *Le forme di produzione delle fonti a contenuto tecnico-scientifico nell'epoca del diritto transnazionale*, cit., 3297.

⁷⁴ V., per alcuni esempi, A. Gatti, *Omogenitorialità e filiazione tra diritto e scienza*, in *Rivista AIC*, n. 3, 2016.

⁷⁵ In area europea, alcuni di essi hanno costituito l'*European Parliamentary Technology Assessment (EPTA)*, *network* che dà conto della sussistenza di simili organismi in almeno quattordici Paesi europei (eptanetwork.org). In tale sede è stato elaborato uno studio che costituisce la base delle successive considerazioni: *EPTA, Parliamentary Technology Assessment*

prima categorizzazione degli stessi può essere operata riguardo alla collocazione di tali organismi rispetto agli organi contitolari della funzione di indirizzo politico.

Talora essi sono istituiti quali veri e propri organi del Parlamento. Ciò avviene, per esempio, in Francia, per l'*Office Parlementaire d'Evaluation des Choix Scientifiques et Technologiques*⁷⁶; nel Regno Unito, per il *Parliamentary Office of Science and Technology (POST)*⁷⁷; in Finlandia, per il *Committee for the Future*⁷⁸; presso il Parlamento svedese (*Riksdag*), che ha istituito un'apposita *Parliamentary Evaluation and Research Unit (PER)*. Come si illustrerà a breve, tali organi differiscono però profondamente tra di loro in termini di composizione e funzioni, profili particolarmente significativi ai fini della comparazione.

In altri casi l'organismo è completamente esterno al Parlamento, e assume addirittura, almeno formalmente, natura privatistica, come nel caso danese, ove il legislatore – dopo il 2012 – ha deciso di superare la precedente forma di ente pubblico indipendente conferita al *Fonden Teknologirådet*⁷⁹ e lo ha trasformato in una fondazione, ovvero, nel diritto danese, in un soggetto che basa le proprie entrate sui ricavi delle attività commerciali e utilizza poi le risorse ottenute nell'interesse pubblico. Tale organismo non si rivolge più soltanto al Parlamento, ma ai decisori politici di ogni livello di governo.

Si registrano anche soluzioni intermedie rispetto alle due prospettate, come quella tedesca, ove l'attività di ricerca e supporto tecnico viene affidata contrattualmente per un quinquennio dal *Bundestag* a un soggetto esterno (attualmente il *Karlsruher Institut für Technologie*). Analoga soluzione sembra voler perseguire anche il *Congreso de los Diputados* spagnolo, che ha recentemente annunciato la conclusione di un accordo con una fondazione di diritto pubblico – la *Fundación Española para la Ciencia y la Tecnología (FECYT)*⁸⁰ – al fine di sviluppare una *Oficina de Ciencia y Tecnología del Congreso de los Diputados*, con il compito di elaborare relazioni su distinte materie, di organizzare attività complementari di diffusione e dibattito scientifico e di mettere in contatto la comunità scientifica con i membri del *Congreso* e la società⁸¹.

in Europe. An overview of 17 institutions and how they work, November 2012. Sul tema, D. Servetti, *Brevi considerazioni sulla rilevanza di un adeguato supporto tecnico-scientifico al controllo parlamentare*, in G. Grasso (cur.), *Il Governo tra tecnica e politica*, Napoli, 2016, 173 ss.

⁷⁶ Istituito con la *Loi n° 83-609 du 8 Juillet, 1983*.

⁷⁷ Costituito nel 1993. Va ricordato che esso è stato dapprima – per un periodo di tre anni – una *charitable foundation*, ed è divenuto solo successivamente un organo del Parlamento di Westminster: in particolare, si tratta di un peculiare *bicameral office*, finanziato da entrambe le camere del Parlamento.

⁷⁸ Creato nel 1993.

⁷⁹ L'ente aveva assunto tale forma in base al *Board of Technology Act* n. 375 del 1995.

⁸⁰ Si tratta di una fondazione pubblica dipendente dal *Ministerio de Ciencia e Innovación*.

⁸¹ Il *Convenio* è stato sottoscritto in data 6 aprile 2021, come comunicato nel *Boletín Oficial del Estado (BOE)*, n. 90, 15 aprile 2021, 23452.

Come accennato, tuttavia, la questione più delicata sembra essere quella dell'equilibrio tra politici e tecnici all'interno dell'organismo e, quindi, del modo in cui le ricerche svolte si pongono in relazione con l'attività normativa dell'organo legislativo. A un estremo si pongono gli organismi composti soltanto da tecnici, all'altro quelli interamente politici, con un'ampia gamma di soluzioni intermedie.

Per esempio, la *Parliamentary Evaluation and Research Unit* presso il *Riksdag* svedese è composta unicamente da tecnici. Essa è posta al servizio delle commissioni parlamentari e non ha il potere di iniziare progetti di propria iniziativa: agisce sostanzialmente per conto delle commissioni, fornendo loro gli approfondimenti tecnico-scientifici richiesti⁸². Anche l'unità operativa dell'organismo tecnico costituito presso il *Bundestag* (*Büro für Technikfolgen-Abschätzung beim Deutschen Bundestag*), come già accennato, è costituita unicamente da tecnici, in quanto la relativa attività è affidata a un soggetto esterno⁸³: spetta tuttavia alla competente commissione parlamentare stabilire il programma di lavoro, approvare i *report* finali e comunicare i risultati agli altri membri del Parlamento. Unicamente tecnico è pure il *Rathenau Instituut* che, nei Paesi Bassi, svolge la funzione di organismo di consulenza del Parlamento, pur essendo istituito dal Ministero dell'Educazione, della Cultura e della Scienza e collocandosi, quindi, nell'orbita dell'Esecutivo⁸⁴.

In altri sistemi, il raccordo fra l'organismo – pure composto unicamente da tecnici – e i decisori politici è assicurato mediante la presenza di politici a livello direttivo. Questo avviene nel caso danese, nel quale il *Teknologirådet* ha una complessa *governance* composta da un *Board of Governors* e un *Board of Representatives*, all'interno dei quali siedono anche alcuni rappresentanti del Governo, del Parlamento e degli enti territoriali⁸⁵. Anche la *Oficina* del Parlamento spagnolo, in fase di costituzione secondo l'accordo fra *Congreso* e *FECYT*, pur godendo di piena autonomia funzionale, dovrebbe essere co-diretta da due coordinatori, uno in rappresentanza del *Congreso* e uno designato dal personale tecnico del *FECYT*.

Molto spesso la composizione dell'organo è mista, con o senza suddivisione interna tra componente politica e componente tecnica. Tale distinzione è ad esempio presente all'interno del *Parliamentary Office of*

⁸² Da *EPTA, Parliamentary Technology Assessment in Europe*, cit., 66 ss., risulta che l'unità è composta da due ricercatori a tempo pieno, i quali possono anche rivolgersi a ricercatori esterni e costituire gruppi di esperti; vi è inoltre una persona responsabile per l'organizzazione di conferenze e seminari.

⁸³ Con la precisazione che il suo direttore è nominato dall'ente contraente, previo accordo con la commissione parlamentare competente.

⁸⁴ Il procedimento di nomina dei membri sembra assicurarne comunque l'indipendenza. Essi sono nominati dal Ministro, su indicazione degli attuali membri del Direttivo, previa consultazione della *Netherlands Academy of Arts and Sciences (KNAW)* e del *Scientific Council for Government Policy (WRR)*: *EPTA, Parliamentary Technology Assessment in Europe*, cit., 54 ss.

⁸⁵ *EPTA, Parliamentary Technology Assessment in Europe*, cit., 15 ss.

Science and Technology del Regno Unito, strutturato in un *Parliamentary Board* – composto da dieci membri della *House of Commons*, quattro della *House of Lords* e quattro membri non parlamentari, scienziati e ingegneri di fama – e in una struttura operativa. In modo simile, l'*Office Parlementaire* francese è formato da politici provenienti da entrambe le camere (18 membri Assemblée nazionale e 18 del Senato), individuati secondo criteri di rappresentanza proporzionale di tutti i gruppi politici, ma – al contempo – è assistito da un Consiglio scientifico, composto da 24 ricercatori di chiara fama, provenienti da vari ambiti del sapere⁸⁶. Unitario al suo interno si presenta invece il *CAPCIT* del Parlamento catalano (*Consell Assessor del Parlament sobre Ciència i Tecnologia*), composto da nove membri del Parlamento, nominati dai gruppi secondo un criterio non proporzionale⁸⁷ e da nove rappresentanti delle principali istituzioni tecnico-scientifiche della Catalogna.

All'estremo opposto, si può portare l'esempio del *Committee for the Future* del Parlamento finlandese, istituito nel 1993 come commissione parlamentare e, quindi, composto da 17 parlamentari, che dovrebbero discutere delle varie questioni all'attenzione dell'organismo a prescindere dalle appartenenze politiche. Il *Committee* dispone anche di un coordinatore scientifico e può commissionare ricerche su tematiche prestabilite, avvalendosi della collaborazione delle università⁸⁸.

In sintesi, a prescindere dalle forme assunte dall'organismo nei vari Paesi, cruciale risulta il momento di raccordo tra attività politica e attività informativa di carattere tecnico-scientifico, affinché le relazioni prodotte dall'organismo tecnico non rimangano puramente "ornamentali", ma siano in grado di arricchire realmente il confronto politico. A tal fine, si osserva in tutte le esperienze considerate una necessaria collaborazione tra la componente politica, cui spetta l'individuazione delle priorità di ricerca in consonanza con quelle delle forze politiche, e la componente tecnica, che ha il compito di raccogliere le informazioni e riportarle in maniera fruibile ai rappresentanti. Vi è quindi una continuità tra i due momenti, che si esprime attraverso direttive provenienti dalle commissioni parlamentari, tramite figure di raccordo – quali il *rapporteur* nell'esperienza francese – o anche tramite una composizione mista tecnico-politica dell'organismo. Anche all'interno della componente politica, poi, si rilevano regole di nomina e/o di decisione non legate alle logiche maggioritarie, che favoriscono un'attitudine collaborativa tra le forze politiche nella fase di acquisizione dell'informazione

⁸⁶ Il procedimento è disciplinato in maniera piuttosto analitica: per ogni argomento, viene selezionato un *rapporteur*, che decide come condurre l'attività ed è incaricato di redigere la relazione finale, sulla base di uno studio di fattibilità soggetto in partenza all'approvazione dell'*Office*. L'*Office* decide tendenzialmente per consenso: *EPTA, Parliamentary Technology Assessment in Europe*, cit., 37 ss.

⁸⁷ Più specificamente, sei sono nominati da ciascuno dei sei gruppi parlamentari, due sono membri della *Mesa* (organo direttivo collegiale della camera), mentre la presidenza dell'organo è rivestita dallo stesso Presidente del *Parlament*.

⁸⁸ *EPTA, Parliamentary Technology Assessment in Europe*, cit., 26 ss.

tecnico-scientifica.

2.3. Organismi tecnico-scientifici e processi decisionali a fronte della crisi economico-finanziaria: i *fiscal councils*

Una particolare forma di tecnicità a cui si ritiene opportuno fare cenno, in ragione del peso rilevante che essa ha assunto nell'ultimo decennio, è quella che riguarda la decisione finanziaria. Invero, gli apparati ministeriali si sono dotati sin da tempi assai risalenti di proprie articolazioni interne deputate al controllo della situazione finanziaria e alla quantificazione degli oneri ipotizzabili in relazione a ciascuna misura legislativa che si proponeva di introdurre⁸⁹. Merita piuttosto approfondimento il sorgere, dapprima, e il diffondersi a livello globale, poi, di enti, tendenzialmente indipendenti, appositamente incaricati del controllo delle stime economiche che soggiacciono alla decisione finanziaria: il riferimento è ai c.d. *fiscal councils*⁹⁰.

Senza dimenticare la nascita di alcuni organi riportabili al modello già nella prima metà del Novecento – come il *Conseil supérieur de finances* belga (1936), il *Centraal Plan Bureau* olandese (1947) e l'*Økonomiske Råd* danese (1962)⁹¹ – l'esperienza di indiscusso prestigio alla quale ci si può riferire sul piano comparato è quella del *Congressional Budget Office* statunitense.

Esso venne istituito nel 1975⁹² al fine di riequilibrare la dinamica dei poteri all'interno della forma di governo fra Esecutivo presidenziale e Legislativo, per come era stata disegnata dal *Budget and Accounting Act* del 1921 e, soprattutto, per come si era concretizzata nel tempo in senso sempre più marcatamente presidenziale. Il neonato organismo indipendente serviva proprio a rompere il monopolio governativo nella conoscenza e nell'analisi dei dati economici, ricostituendo una reale dialettica tra i poteri sulla decisione finanziaria, nella tipica prospettiva dei *checks and balances*⁹³.

In questo senso, le modalità di nomina dei vertici e di selezione del personale è stata essenziale: la nomina del direttore, per un mandato di quattro anni non rinnovabile, è compiuta congiuntamente dallo *Speaker* della Camera dei Rappresentanti e dal Presidente *pro tempore* del Senato, previo parere delle rispettive Commissioni bilancio. I direttori, che si sono dimostrati indipendenti dalla politica, hanno una discrezionalità pressoché

⁸⁹ Per il caso italiano, E. D'Alterio, *L'evoluzione delle funzioni della Ragioneria generale dello Stato nel sistema amministrativo italiano*, in *Le Carte e la Storia*, n. 2, 2020, 27 ss.; R. Perez, *Il controllo dei conti pubblici. Storia della Ragioneria Generale dello Stato*, Bologna, 2021.

⁹⁰ In generale, sull'argomento, C. Vinay, T. Poole, *Independent Fiscal Institutions*, in R. Masterman, R. Schütze (ed.), *The Cambridge Companion to Comparative Constitutional Law*, Cambridge, 2019, 446 ss.

⁹¹ A. Sikera, V. Manzetti, *Gli Organismi indipendenti di bilancio*, in *federalismi.it*, n. 26, 2016, 36 ss.

⁹² *Congressional Budget and Impoundment Control Act* 1974.

⁹³ Ricostruisce questo percorso, A. Vernata, *Il Congressional Budget Office: un modello di fiscal council per l'Europa?*, in *Politica del diritto*, n. 4, 2018, 694 ss.

assoluta nella gestione del personale, che appare comunque di estrazione professionale⁹⁴.

Il *CBO* è così riuscito ad assicurare costantemente un'analisi indipendente sulla politica di bilancio di Governi di diverso orientamento e un'informazione economica ampia al Congresso, redigendo rapporti a cadenze prestabilite, ed è divenuto un modello per i *fiscal councils* istituiti presso i Parlamenti.

In area europea, come noto, vi è stata nell'ultimo decennio una corposa circolazione del modello, soprattutto su spinta delle fonti dell'UE⁹⁵. In particolare, nel contesto delle misure di disciplina delle finanze nazionali, poste in essere a partire dalla crisi finanziaria, la Direttiva n. 2011/85/UE⁹⁶ ha introdotto l'obbligo per gli Stati di istituire a livello nazionale organismi indipendenti o dotati di autonomia funzionale nei confronti delle autorità di bilancio, obbligo poi ribadito anche dal Regolamento n. 473/2013/UE⁹⁷. Di conseguenza, vi è stata una proliferazione di enti riconducibili al modello statunitense, con l'istituzione di più di dieci nuovi *fiscal councils* dal 2011 al 2014 (Irlanda, Romania, Portogallo, Repubblica slovacca, Lettonia, Croazia, Estonia, Lussemburgo, Malta, Italia, Francia, Spagna)⁹⁸.

In questa logica, il *fiscal council* non è di per sé *a propri* destinato ad avere un preciso impatto sulla forma di governo. La sua istituzione mira, piuttosto, ad introdurre nel sistema valutazioni economico-finanziarie tarate sul singolo Paese, ma indipendenti rispetto al Governo nazionale: esso non a caso è stato definito la «*longa manus* della normativa europea»⁹⁹. Da un punto di vista comparato, a comprova di ciò si può riportare il fatto che – nella fase di attuazione – i *fiscal councils* sono stati collocati tanto nell'orbita governativa, come in Spagna, quanto in quella parlamentare, come in Italia o, ancora, presso istituzioni terze, come nel caso francese, ove l'*Haut conseil de finances publiques* è stato collocato presso la *Cour de comptes*, così come in Lituania e a Malta, o presso la Banca centrale, come in Austria ed Estonia¹⁰⁰.

Appare quindi possibile affermare che, specialmente con riferimento ai Paesi per i quali è più problematico rispettare i parametri europei, il *fiscal council* così concepito serve soprattutto per fornire appoggio alla dialettica

⁹⁴ A. Sikera, V. Manzetti, *Gli Organismi indipendenti di bilancio*, cit., 13 s.

⁹⁵ C. Fasone, *I fiscal council nell'Eurozona, tra indipendenza e rafforzamento dell'accountability democratica: i casi irlandese, italiano e spagnolo in prospettiva comparata*, in *DPCE Online*, n. 2, 2021, 2354, osserva che – nonostante tale diffusione – l'attenzione per il tema rimane tuttora «limitata, se non nulla».

⁹⁶ La direttiva è riconducibile al c.d. *six pack*.

⁹⁷ Il regolamento appartiene al c.d. *two pack*. Per una ricostruzione organica v. P. Magarò, *L'Ufficio parlamentare di bilancio*, in A. Giovannelli (cur.), *Aspetti della governance economica nell'UE e in alcuni Stati dell'Unione*, Torino, 2014, 65 ss.

⁹⁸ V. Tonti, *L'istituzione dell'Ufficio parlamentare di bilancio nel contesto internazionale ed europeo della governance economica*, Torino, 2018, 72.

⁹⁹ A. Sikera, V. Manzetti, *Gli Organismi indipendenti di bilancio*, cit., 45.

¹⁰⁰ V. Tonti, *L'istituzione dell'Ufficio parlamentare di bilancio nel contesto internazionale ed europeo della governance economica*, cit., 91 ss.

tra Istituzioni europee e Governi nazionali, tanto che la Commissione richiama nei propri documenti le analisi condotte da tale organismo, sebbene disponga di un'ampia gamma di elaborazioni provenienti dai propri servizi interni¹⁰¹.

Ciò non toglie che esso si possa inserire anche nella dinamica dei poteri in prospettiva orizzontale, specialmente laddove l'ordinamento interno preveda procedure di *comply or explain*, ovvero speciali obblighi di motivazione/giustificazione gravanti sul soggetto che non voglia uniformarsi alle osservazioni presentate dal *fiscal council*. In questo modo, l'organismo può attivare in maniera significativa la responsabilità "diffusa" del decisore politico, che deve illustrare pubblicamente le ragioni per le quali la soluzione perseguita si basa su analisi realistiche ed è concretamente percorribile¹⁰².

In sintesi, nella materia finanziaria – se e quando vi siano regole di rango superprimario idonee a vincolare il potere decisionale delle maggioranze politiche – le valutazioni tecniche cessano di avere una valenza meramente suggestiva e di essere affidate alla sola sanzione politica, finendo invece per condizionare anche il momento decisionale. Quanto alle concrete modalità attraverso le quali ciò può avvenire, oltre ai ricordati meccanismi *ex ante*, che rendono più gravoso il procedimento decisionale in caso di manifestazioni di dissenso da parte degli organismi tecnici, si ricordano altresì le sanzioni che possono agire in via successiva: dall'esterno, nei confronti del Paese che abbia infranto la regola¹⁰³; sul piano interno, tramite meccanismi di natura giurisdizionale che accertino l'invalidità della disposizione che abbia contravvenuto le valutazioni tecniche¹⁰⁴.

2.4. Organismi tecnico-scientifici e processi decisionali nell'emergenza sanitaria

Gli apporti degli organismi tecnico-scientifici nel procedimento legislativo hanno infine assunto un ruolo del tutto peculiare a seguito della recente

¹⁰¹ Per esempio, nel parere della Commissione sulla proposta di legge di bilancio 2019 dell'Italia (C(2019) 9110 del 20.11.2019), viene richiamata una valutazione dell'Ufficio Parlamentare di Bilancio, sebbene le restanti valutazioni vengano operate sulla base delle previsioni elaborate dalla Commissione (*ivi*, 2).

¹⁰² C. Fasone, *I fiscal council nell'Eurozona, tra indipendenza e rafforzamento dell'accountability democratica*, cit., 2376 ss., analizza tre diverse esperienze all'interno dell'Eurozona (Italia, Irlanda e Spagna). Nei casi italiano e irlandese la procedura di *comply or explain* deve essere attivata dal Parlamento, fatto che si verifica piuttosto di rado. Nel caso spagnolo, invece, l'obbligo di fornire chiarimenti è imposto direttamente alla *Ley Orgánica 6/2013* a ogni amministrazione che non intenda conformarsi al parere della *Autoridad Independiente de Responsabilidad Fiscal (AIReF)*, previsione che si rivela anche nella prassi decisamente più incisiva rispetto all'*accountability* dell'Esecutivo, ma che non garantisce il coinvolgimento diretto del Parlamento.

¹⁰³ Art. 126 TFUE.

¹⁰⁴ È il caso della dichiarazione di incostituzionalità delle leggi regionali non rispettose del principio del pareggio di bilancio: F.E. Grisostolo, *Stato regionale e finanza pubblica multilivello. Una comparazione fra Italia e Spagna*, Milano, 2020, 252 ss.

emergenza sanitaria¹⁰⁵, in cui il peso della tecnica si è manifestato nella sua dimensione meno conciliabile con i tradizionali processi di formazione del diritto politico, ovvero come scienza che condiziona con varia intensità, sino all'annichilimento, la discrezionalità del legislatore. Rinviando alle successive riflessioni appositamente dedicate alla tematica¹⁰⁶, in questa sede ci si limita a formulare alcune riflessioni finalizzate a fornire qualche spunto relativo all'impatto quantitativo e qualitativo del fenomeno in termini di ricadute sui tradizionali meccanismi di innesto della tecnica in procedimenti di natura politica e sugli equilibri della forma di governo.

Di fronte a una minaccia sostanzialmente inattesa, quantomeno per l'intensità con cui si è presentata, e ignota e imprevedibile nella sua evoluzione, i decisori politici hanno infatti dovuto affidarsi sempre più spesso e più ampiamente ai pareri dei propri consulenti scientifici in relazione alle misure da adottare per limitare l'espandersi della pandemia¹⁰⁷. Le posizioni di tali organismi sono state poste dunque alla base di provvedimenti limitativi di diritti di rilievo primario, quali la libertà di circolazione e la libertà di iniziativa economica.

Considerato che si tratta di un fenomeno globale, non è certamente possibile – ed è forse anche prematuro – pretendere di offrire un quadro completo degli organismi tecnico-scientifici coinvolti nei procedimenti di decisione politica nella fase pandemica. Tuttavia, una prima, utile classificazione¹⁰⁸ è quella che si sofferma sulla distinzione tra organismi preesistenti e organismi istituiti *ad hoc* per la gestione dell'emergenza.

Un esempio della prima tipologia è costituito dal caso tedesco¹⁰⁹, in cui la legge prevedeva che il ruolo di consulenza fosse svolto dal *Robert Koch-Institut*, ovvero l'istituzione scientifica del Governo federale nel campo della biomedicina. In particolare, la legge speciale sulle malattie trasmissibili del 2000¹¹⁰ stabiliva che l'Istituto svolgesse attività di prevenzione ed emanasse

¹⁰⁵ Sull'emergenza sanitaria, all'interno di una letteratura ormai copiosa, si rinvia, per esempio, alle seguenti raccolte: L. Cuocolo (cur.), *I diritti costituzionali di fronte all'emergenza Covid-19. Una prospettiva comparata*, in *federalismi.it*, aggiornato al 5 maggio 2020; i numerosi contributi raccolti in *DPCE Online*, n. 2, 2020, a cura di A. Vidaschi e L. Cuocolo, e quelli raccolti sul sito www.comparativecovidlaw.it.

¹⁰⁶ *Infra*, sub 4 e, spec., 4.2.

¹⁰⁷ A. Iannuzzi, *Leggi "science driven" e CoViD-19. Il rapporto fra politica e scienza nello stato di emergenza sanitaria*, in *BioLaw Journal – Rivista di BioDiritto, Special Issue*, n. 1, 2020, 119 ss.

¹⁰⁸ S. Penasa, *Scienza, comitati tecnici e responsabilità politica: spunti da un'analisi comparata dei modelli di consultazione scientifica durante l'emergenza Covid-19*, in A. Pajno, L. Violante (cur.), *Biopolitica, pandemia e democrazia. Rule of law nella società digitale*, vol. II., *Etica, comunicazione e diritti*, Bologna, 2021, 59 ss.

¹⁰⁹ Sul quale, J. Woelk, *La gestione della pandemia da parte della Germania: "Wir schaffen das!"*, in *DPCE Online*, n. 2, 2020, 1713 ss.; G. Taccogna, *L'ordinamento giuridico tedesco di fronte al virus Sard-Co-V-2*, in L. Cuocolo (cur.), *I diritti costituzionali di fronte all'emergenza Covid-19*, cit., 78 ss.; I. Domenici, T. Rohmann, *Un'«imposizione democratica»: l'ordinamento costituzionale tedesco di fronte alla pandemia*, in *BioLaw Journal – Rivista di BioDiritto, Special Issue*, n. 1, 2020, 697 ss.

¹¹⁰ *Gesetz zur Neuordnung seuchenrechtlicher Vorschriften* del 20 luglio 2000.

linee guida su tali patologie, oltre a predisporre il piano generale per la gestione delle pandemie (l'ultimo *Nationaler Pandemieplan* era del 2017). Gli Esecutivi federale e dei *Länder*¹¹¹, dovendo fronteggiare l'avanzare del Covid-19 nel Paese, avevano già dunque a disposizione un interlocutore affidabile: in questo senso, il *Robert Koch-Institut* ha provveduto da subito ad aggiornare il *Nationaler Pandemieplan*, mentre il legislatore ha modificato la legge del 2000, ampliando i poteri dell'Esecutivo federale e stabilendo che le raccomandazioni a tal fine emanate dal Ministero federale della sanità dovessero essere fondate sui pareri dell'Istituto¹¹². Analogo ruolo ha ricoperto, nel contesto danese, lo *Statens Serum Institut* (SSI), che ha svolto funzioni consultive nei confronti dell'Esecutivo ed è stato chiamato ad emanare apposite linee-guida per il passaggio dalla strategia di contenimento a quella di mitigazione delle misure restrittive¹¹³, nonché, in quello svedese, l'Autorità per la salute pubblica (*Folkhälsomyndigheten*), le cui competenze sono espressamente garantite dalla Legge sulla protezione dalle patologie contagiose del 2004, anche se in questo caso la linea prescelta, proprio su indicazione dell'Autorità, è stata completamente diversa e decisamente meno costrittiva rispetto alla maggioranza dei Paesi europei¹¹⁴.

Anche negli Stati Uniti gli organismi tecnico-scientifici preesistenti hanno avuto un ruolo di primo piano¹¹⁵, ma in questo caso soprattutto in senso vivacemente dialettico nei confronti del Presidente federale, la cui linea politica era volta a ridimensionare mediaticamente la gravità della situazione e a restringere il meno possibile le libertà dei cittadini. Una delle prime istituzioni ad affrontare in maniera più decisa la situazione è stata un'Agenzia federale, il *Center for Disease Control* (CDC), che da subito ha cominciato a sollecitare le altre amministrazioni e ad informare il pubblico sui rischi derivanti dal Covid-19, invitando a predisporre piani per l'emergenza a proposito del lavoro agile, delle carenze di personale a causa delle assenze per malattia e dei problemi agli approvvigionamenti¹¹⁶. Sempre nel più recente contesto emergenziale, si può ricordare anche il ruolo della *Food and Drug*

¹¹¹ La consulenza del *RKI* è infatti rivolta anche agli enti territoriali: J. Woelk, *La gestione della pandemia da parte della Germania*, cit., 1718.

¹¹² S. Penasa, *Scienza, comitati tecnici e responsabilità politica*, cit., 66 ss., il quale evidenzia anche il nesso tra la funzione consultiva del *RKI* e il successivo vaglio giurisdizionale dei provvedimenti emergenziali, ove la giurisprudenza amministrativa e costituzionale ha valorizzato il fatto che essi fossero stati adottati sulla base di indicazioni dell'Istituto al fine di ritenerli giustificati e proporzionati.

¹¹³ M. Mazza, *Alcune osservazioni su diritto costituzionale, fonti primarie e contrasto al Coronavirus nell'esperienza danese*, in *DPCE Online*, n. 2, 2020, 1854.

¹¹⁴ A. Simoni, *L'emergenza Covid-19 in Svezia: le basi giuridiche di un approccio pragmatico*, in *DPCE Online*, n. 2, 2020, 1864-1865.

¹¹⁵ A. Iannuzzi, *Leggi "science driven" e CoViD-19*, cit., 124.

¹¹⁶ E. Mostacci, *COVID vs. Trump, presente il primo violino, si attende il direttore d'orchestra*, in L. Cuocolo (cur.), *I diritti costituzionali di fronte all'emergenza Covid-19*, cit., 138; F. Clementi, *Gli Stati Uniti e la risposta al Covid-19, tra Federazione e Stati, nell'anno delle elezioni presidenziali*, in *DPCE Online*, n. 2, 2020, 1877 ss.

Administration (FDA), che ha prontamente stabilito i criteri per lo svolgimento dei test diagnostici riconosciuti per il Covid-19¹¹⁷.

In altri contesti, invece, sono stati costituiti degli organismi *ad hoc* per la consulenza tecnico-scientifica all'Esecutivo nel contesto emergenziale, esperienze che si possono distinguere a seconda della presenza o meno di un fondamento legislativo e delle garanzie nella selezione dei loro componenti¹¹⁸.

Tra i casi in cui si è proceduto a modificare norme primarie per dotare il sistema di un adeguato organismo di supporto al decisore politico, si può ricordare la *loi* 2020-290, che modifica il *Code de la santé* francese al fine di introdurre – agli artt. 3131-12 ss. – lo stato di emergenza sanitaria. La normativa di nuova introduzione impone al Presidente della Repubblica di nominare, contestualmente alla dichiarazione dello stato di emergenza, un comitato di esperti (*comité de scientifiques*), chiamato a dare pareri periodici sullo stato dell'emergenza sanitaria, sulle relative conoscenze scientifiche e sulle misure da adottare, anche in relazione ai poteri riconosciuti all'Esecutivo durante lo stato di emergenza¹¹⁹. La legge cura poi anche il raccordo tra tale comitato e il Parlamento, che si può apprezzare tanto sul piano della composizione, poiché almeno due membri sono nominati rispettivamente dal Presidente dell'*Assemblée Nationale* e del *Sénat*, sia su quello dei procedimenti, dal momento che i pareri sono sempre comunicati simultaneamente ai vertici dell'Esecutivo e delle due Camere e il comitato può essere sempre consultato dalle commissioni parlamentari. Rilevante anche il fatto che i pareri del comitato debbano essere rivolti anche al pubblico, con un'attenzione al principio di trasparenza che non si riscontra in altri ordinamenti¹²⁰.

Vi sono, infine, gli organismi istituiti direttamente con atto governativo. Si tratta, com'è noto, del caso italiano, che è stato definito «modello di consulenza scientifica emergenziale “a schema libero”»¹²¹: il riferimento è al Comitato tecnico-scientifico della protezione civile, istituito con ordinanza di protezione civile del 3 febbraio 2020, il cui ruolo di consultazione nei confronti del Governo ai fini dell'adozione dei noti d.P.C.M. è poi stato formalizzato dal d.l. n. 19/2020, ma anche alla *task force* istituita dal Ministro dell'Innovazione Tecnologica e la Digitalizzazione, correlata

¹¹⁷ F. Clementi, *op. cit.*, 1880.

¹¹⁸ S. Penasa, *Scienza, comitati tecnici e responsabilità politica*, cit., 64 ss.

¹¹⁹ C. Sartoretti, *La risposta francese all'emergenza sanitaria da Covid-19: Stato di diritto e Costituzione alla prova della pandemia*, in *DPCE Online*, n. 2, 2020, 1637 ss.; J. De Vivo, *Un nuovo “stato d'emergenza” per un'inedita emergenza: brevi annotazioni sul caso francese*, in *Nomos*, n. 1, 2020.

¹²⁰ Per esempio, in Italia si è reso necessario l'intervento della giustizia amministrativa affinché fossero resi noti i pareri del Comitato tecnico-scientifico sulla base dei quali il Governo si è determinato a imporre il primo e più intenso *lockdown* del marzo 2020: T.A.R. Lazio (Sezione Prima Quater), sent. 22 luglio 2020, n. 8615.

¹²¹ S. Penasa, *Scienza, comitati tecnici e responsabilità politica*, cit., 73 ss.

all'utilizzo delle tecnologie per il tracciamento dei contagi, e al Comitato di esperti in materia economica e sociale, istituito con d.P.C.M. del 10 aprile 2020, al fine di studiare iniziative per promuovere la ripartenza in sicurezza del Paese. Va, peraltro, rilevato che l'istituzione di organismi *ad hoc* da parte dell'Esecutivo si riscontra anche in altri Paesi. In Irlanda, per esempio, il 27 gennaio 2020 il Governo ha istituito un *National Public Health Emergency Team (NPHET)* per il Covid-19, all'interno del *Department of Health*, al fine di controllare l'evolversi della pandemia e fornire direzione, guida, supporto e consulenza scientifica sulla strategia per contenere il Covid-19¹²². Esso è presieduto dal *Chief Medical Officer* ed è composto da rappresentanti di tutte le principali istituzioni coinvolte nella gestione della pandemia, fra le quali il *Department of Health (DOH)*, l'*Health Service Executive (HSE)*, l'*Health Protection Surveillance Centre (HPSC)*, l'*Health Information and Quality Authority (HIQA)* e l'*Health Products Regulatory Authority (HPRA)*. Si tratta di una realtà estremamente articolata, avendo istituito dieci sottogruppi in relazione a specifici profili ed un *Expert Advisory Group* che raccoglie esperti di tutti i campi medici e scientifici rilevanti, eminenti personalità accademiche ed anche un rappresentante dei pazienti¹²³. Il caso irlandese, tuttavia, si presenta significativamente diverso da quello italiano, in quanto – pur trattandosi di un organismo appositamente creato – tale schema di azione è consolidato in quell'esperienza nazionale, tanto che si rilevano analoghi *NPHET* istituiti in relazione a precedenti emergenze sanitarie, come testimoniano anche il livello di strutturazione, quantitativa e qualitativa, dell'organismo e l'articolazione dei piani di volta in volta prodotti¹²⁴.

Al termine della sintetica panoramica, si può affermare che l'emergenza sanitaria ha reso evidenti alcuni dati di fondo. In primo luogo, essa ha posto in luce l'esigenza di una collaborazione sistematica fra istanze tecnico-scientifiche e procedimenti decisionali politico-rappresentativi, da svolgere preferibilmente in forme istituzionalizzate¹²⁵. In secondo luogo, e a ulteriore conferma di tale assunto, l'intensità delle misure adottate e il loro impatto sui diritti fondamentali dimostrano la difficile percorribilità di una netta distinzione tra fini (selezionati in sede politica) e mezzi (determinati in

¹²² G. Sardi, *L'emergenza sanitaria da Covid-19 nella Repubblica d'Irlanda. Strumenti giuridici per contrastare la pandemia e conseguenze problematiche sulla protezione dei diritti fondamentali*, in *DPCE Online*, n. 2, 2020, 1811 ss.

¹²³ I sottogruppi si occupano delle seguenti tematiche: test diagnostici; stato delle terapie intensive; medicinali e attrezzature mediche; persone vulnerabili; forza lavoro; legislazione sanitaria; consulenza etica; cambiamento comportamentale; raccolta e sintesi delle risultanze scientifiche; modellizzazione del modello epidemiologico irlandese: *Government of Ireland, National Public Health Emergency Team (NPHET) for COVID-19*, 26th June 2020, disponibile online.

¹²⁴ G. Sardi, *op. cit.*, 1813.

¹²⁵ Oltre alla dottrina già citata, v. anche F.G. Pizzetti, *Decisione politica ed expertise tecnico*, in G. De Minico, M. Villone (cur.), *Stato di diritto. Emergenza. Tecnologia, e-book* della Collana di Studi di Consulta *OnLine*, n. 2, 2020, 118 s.

sede amministrativa)¹²⁶. Infine, il rilievo pienamente politico della decisione sui mezzi da adottare per contenere i contagi conferisce una peculiare importanza alle forme di istituzione degli organismi di consulenza dei decisori politici e ai criteri di selezione dei loro componenti¹²⁷.

3. Verso una suddivisione degli spazi di normazione tra il circuito politico e quello amministrativo. La tecnica sottraente porzioni di regolazione alla politica

Un secondo ambito rilevante per l'analisi dei rapporti tra politica e tecnica nella produzione normativa si colloca al di fuori del procedimento legislativo e, precisamente, sui terreni (specie delle relazioni tra diritto ed economia) in cui si verifica una suddivisione degli spazi di normazione tra i circuiti politico e amministrativo, con ridimensionamento della predominanza della matrice politica.

Trattasi, come accennato in premessa, del fenomeno delle autorità amministrative indipendenti (AAI) che, notoriamente, costituiscono un modello di organizzazione politico-amministrativa sviluppatosi in tempi relativamente recenti per regolare settori considerati sensibili o ad alto tasso di tecnicità. Di qui la necessità di dotare il soggetto regolatore di una particolare posizione di autonomia e di indipendenza nei confronti del potere politico, onde garantirne una maggiore imparzialità rispetto agli interessi coinvolti, nonché di una particolare qualificazione tecnica; elementi che ne determinano (e legittimano) la sottrazione al tradizionale circuito politico-rappresentativo¹²⁸.

In considerazione dell'eterogeneità e dell'ampiezza del fenomeno, pare opportuno premettere alcuni brevi cenni sulla sua origine e circolazione, che procede di pari passo con il mutamento del ruolo dello Stato rispetto al

¹²⁶ G. Ieraci, *Esperti e democrazia nella gestione delle emergenze*, in *Poliarchie/Polyarchies*, vol. 3, n. 2, 2020, 144.

¹²⁷ Questione che, come sottolinea, Iannuzzi, *Leggi "science driven" e CoViD-19*, cit., 125, è «vitale per la nostra democrazia ed è ora che venga percepita come una questione di rilievo costituzionale». Sul punto v. altresì G. Ieraci, *Esperti e democrazia nella gestione delle emergenze*, cit., 147-149.

¹²⁸ Per una rassegna delle definizioni datene dalla dottrina italiana, v. M. D'Alberti, *Autorità indipendenti (dir. amm.)*, in *Enc. giur.*, Vol. IV, Roma, 1995; G. Giraudi, M.S. Righettini, *Le autorità amministrative indipendenti. Dalla democrazia della rappresentanza alla democrazia dell'efficienza*, Roma-Bari, 2001, 3 ss.; F. Merusi, M. Passaro, *Autorità indipendenti*, in *Enc. dir.*, Agg. VI, Milano, 2002, 143 ss.; M. Clarich, *Autorità indipendenti. Bilancio e prospettive di un modello*, Bologna, 2005, 17 ss.; M. De Benedetto, *Autorità indipendenti*, in S. Cassese (dir.), *Dizionario di diritto pubblico*, Vol. I, Milano, 2006, 588 ss.; M. Poto, *Autorità amministrative indipendenti*, in *Dig. disc. pubbl.*, Agg. III, Tomo I, Torino, 2008, 54 ss.; G.P. Cirillo, R. Chieppa (cur.), *Le autorità amministrative indipendenti*, Padova, 2010; M. Sanino, *L'approdo dell'esperienza delle Autorità indipendenti a oltre vent'anni dalla loro istituzione*, Milano, 2015; C. Sartoretti, V. De Falco, *Le autorità amministrative indipendenti in un'indagine comparata. Argomentazioni su problematiche contemporanee*, in *DPCE Online*, n. 2, 2021, I.

mercato, ovvero delle forme e degli strumenti di intervento pubblico nell'economia¹²⁹, sino a giungere all'attuale fisionomia del c.d. «Stato promotore»¹³⁰. Da rilevare incidentalmente che, come già emerso in precedenza¹³¹, le crisi economico-finanziaria e sanitaria del XXI secolo, richiedendo l'intervento statale non più solo in funzione di regolazione e di garanzia dei diritti e dei beni comuni, hanno riportato l'attenzione, oltre che sulla qualità della regolazione pubblica del mercato, anche sull'utilità di una ben calibrata distinzione di ambiti tra regolazione politica e tecnica (affidata ad AAI). Successivamente la disamina si soffermerà più specificamente sui poteri normativi delle autorità, la relativa legittimazione e sindacabilità, ovvero i tratti che consentono di cogliere in modo più immediato, sul piano giuridico, le peculiarità del rapporto tra politica e tecnica in questo contesto, nella prospettiva dei processi di normazione.

3.1. Origine e circolazione del fenomeno delle AAI

Al di là della definizione generale sopra ricordata, il modello delle AAI è connotato da caratteri multiformi e non si presenta come una categoria monolitica e omogenea. Al suo interno sono infatti collocati soggetti che si differenziano tra loro già a partire dal profilo funzionale: accanto ad autorità preposte alla regolazione del mercato si annoverano autorità aventi un diverso obiettivo, sovente connesso a specifiche esigenze di garanzia come quelle tutelate, per esempio, dall'autorità anticorruzione¹³². I modelli variano non solo da sistema a sistema, ma anche all'interno del medesimo ordinamento spesso si riscontrano tipologie eterogenee di AAI a causa dell'assenza di una disciplina comune e del fatto che la creazione di tali autorità non è derivata da un disegno organico e unitario del legislatore, ma spesso da esigenze di indipendenza e neutralità contingentemente manifestatesi¹³³. Tale quadro trova peraltro riscontro nelle diverse

¹²⁹ Dallo Stato c.d. imprenditore, che si afferma dalla prima metà fino all'ultimo quarto del XX secolo, allo Stato c.d. regolatore, che si delinea a partire dagli anni Ottanta del XX secolo all'inizio del nuovo millennio, allo Stato c.d. salvatore, rispetto al rischio di fallimento di imprese sistemiche e, infine, allo Stato c.d. doganiere, concepito in funzione del controllo degli investimenti esteri predatori in settori strategici, da ultimo anche a fronte dei rischi riconducibili all'emergenza sanitaria. Sull'evoluzione sinteticamente tratteggiata: S. Cassese (cur.), *La nuova Costituzione economica*, Roma-Bari, 2021; A. La Spina, G. Majone, *Lo Stato regolatore*, Bologna, 2000; G. Napolitano, *Il nuovo Stato salvatore: strumenti di intervento e assetti istituzionali*, in *Giornale di diritto amministrativo*, n. 11, 2008, 1083 ss.; Id., *L'irresistibile ascesa del golden power e la rinascita dello Stato doganiere*, in *Giornale di diritto amministrativo*, n. 5, 2019, 549 ss.; A. Napolitano, *Il ritorno decisivo dello Stato imprenditore. Dalla nazionalizzazione di Alitalia alla estensione dei c.d. golden powers*, in *Diritto pubblico europeo Rassegna online*, n. 2, 2020, 1 ss.

¹³⁰ F. Bassanini, G. Napolitano, L. Torchia (cur.), *Lo stato promotore*, Bologna, 2021.

¹³¹ *Supra*, sub 2.3 e 2.4.

¹³² M. Poto, *Autorità amministrative indipendenti*, cit. 56; M. De Benedetto, *Autorità indipendenti*, cit., 588; G. Giraudi, M.S. Righettini, *Le autorità amministrative indipendenti*, cit., 9.

¹³³ M. Sanino, *L'approdo dell'esperienza delle Autorità indipendenti a oltre vent'anni dalla loro*

definizioni che la dottrina ha dato delle AAI nel panorama comparato: «*the forth branch of Government*»¹³⁴, «*hierarchy beaters*»¹³⁵, «*one of the main features of a rising regulatory State*»¹³⁶.

Il modello è di origine statunitense¹³⁷ e risale all'istituzione delle *independent regulatory agencies* (o *commissions*) alla fine del XIX secolo, finalizzata a sottrarre l'intervento pubblico nell'economia al controllo politico e agli eccessi del sistema maggioritario (si pensi al c.d. *spoils system*). Il prototipo è l'*Interstate Commercial Commission* istituita nel 1887 per il monitoraggio delle tariffe ferroviarie, ma le autorità indipendenti conobbero una vasta diffusione nel periodo del *New Deal* rooseveltiano, quando il massiccio intervento pubblico di sostegno all'economia statunitense – duramente colpita dagli effetti della grande depressione – si attuò proprio attraverso l'istituzione di agenzie indipendenti. Storicamente, l'affermarsi delle *authorities* è strettamente connesso allo sviluppo industriale che interessò gli Stati Uniti a partire dal secondo Ottocento, oltre che alle caratteristiche proprie dell'amministrazione statunitense, sin dall'origine connotata da un elevato decentramento strutturale. La novità connessa al fenomeno delle *authorities* è costituita dalla notevole ampiezza di poteri loro conferiti di volta in volta da parte delle singole leggi istitutive, che solitamente si limitavano ad individuare gli scopi da perseguire, lasciando alle *authorities* ampia autonomia e libertà di azione sulla scelta delle modalità operative. In tal modo, le *independent commissions* furono dotate sin dall'inizio di una gamma assai diversificata di poteri: amministrativi, normativi secondari (*rulemaking*), sanzionatori e giustiziali (*adjudication*)¹³⁸.

Tale modello è quindi circolato in altri ordinamenti a partire dagli anni Ottanta del XX secolo ed è apprezzabile nello spazio giuridico europeo (sia a livello nazionale che sovranazionale¹³⁹), ma anche in diversi Paesi in via di sviluppo, tant'è che in dottrina si è scritto di una sorta di fascinazione per le

istituzione, cit., 65; C. Sartoretti, *Le autorità amministrative indipendenti nel diritto costituzionale comparato. Indirizzo politico e mercato nel mondo latino-americano*, Bologna, 2018, 27.

¹³⁴ P. Strauss, *The Place of Agencies in Government: Separation of Powers and the Fourth Branch*, in *Columbia Law Review*, n. 3, 1984, 573 ss.

¹³⁵ M. Everson, *Independent Agencies: Hierarchy Beaters?*, in *European Law Journal*, n. 1, 1995, 180 ss.

¹³⁶ F. Gilardi, *Policy Credibility and Delegation to Independent Regulatory Agencies: a Comparative Empirical Analysis*, in *Journal of European Public Policy*, n. 6, 2002, 873 ss.

¹³⁷ Anche se in dottrina si sottolinea che istituzioni indipendenti furono create nel Regno Unito già nel corso del XVIII secolo e poi il modello fu trapiantato negli Stati Uniti: M. Everson, *Independent Agencies: Hierarchy Beaters?*, cit., 182.

¹³⁸ Sulle *independent commissions* statunitensi, G. Giraudi, M.S. Righettini, *Le autorità amministrative indipendenti*, cit., 36 ss.; M. Cuniberti, *Autorità indipendenti e libertà costituzionali*, Milano, 2007, 2 ss.; C. Sartoretti, *Le autorità amministrative indipendenti nel diritto costituzionale comparato*, cit., 36 ss.

¹³⁹ Anche a livello di UE si riscontra, infatti, la tendenza alla costituzione di AAI, caratterizzate da una posizione di indipendenza non solo rispetto ai poteri nazionali e sovranazionali, ma anche a quelli economici e burocratici: C. Franchini, *L'organizzazione amministrativa dell'Unione europea*, in M.P. Chiti (cur.), *Diritto amministrativo europeo*, Milano, 2018, 242 ss.

AAI come elemento caratterizzante i processi di riforma dell'organizzazione pubblica che ha investito tutti i Continenti¹⁴⁰, quantunque non sempre qualificabile in termini di lineare ed efficace *legal transplant*¹⁴¹.

L'influenza del modello d'oltreoceano è particolarmente evidente per le autorità di regolazione dei mercati, per le quali può parlarsi non solo del consolidamento dell'indipendenza, ma anche della formazione di un modello amministrativo innovativo. Tuttavia, a differenza dell'esperienza americana, in cui le autorità indipendenti nascono per assoggettare a regolamentazione mercati in precedenza sottratti a forme di intervento pubblico, nell'Europa continentale il loro sviluppo è strettamente collegato ad un arretramento dell'intervento pubblico nell'economia¹⁴².

Elemento ricorrente nelle varie esperienze europee è dato infatti dalla circostanza per cui l'introduzione delle AAI è perlopiù andata di pari passo con la liberalizzazione di ampi settori dell'economia, cui è correlata la ridefinizione dell'organizzazione e delle funzioni della pubblica amministrazione¹⁴³.

Si ricorda, incidentalmente, che i cambiamenti avvenuti a partire dagli anni Ottanta del Novecento nell'approccio degli Stati all'economia si riflettono nei processi di privatizzazione di importanti settori precedentemente di proprietà statale, nella liberalizzazione di diversi ambiti dell'attività economica, nella deregolamentazione e ri-regolamentazione (ovvero la creazione di nuovi standard) e nello sviluppo del controllo dei settori precedentemente liberalizzati, che ha introdotto nuove funzioni statali o indotto l'ampliamento delle esistenti¹⁴⁴. Tali processi, lunghi dal condurre a una riduzione della regolazione, hanno portato a una sua riallocazione e a una ridefinizione delle sue funzioni¹⁴⁵, particolarmente evidente nei casi di fallimenti del mercato¹⁴⁶: proprio per porre rimedio a tali situazioni gli Stati hanno iniziato a fare ricorso a sempre più sofisticati congegni regolatori e di vigilanza affidati ad apposite autorità indipendenti, sostituendo così le

¹⁴⁰ Scrivono di «*fashion of agencification*», C. Talbot, J. Caulfield, A. Smullen, *Agencies – How do governments do things through semi-autonomous organisations*, Basingstoke, 2004; J. Jacint, D. Levi-Faur, X. Fernández, *Global Diffusion of Regulatory Agencies: Channels of Transfer and Stages of Diffusion*, in *Comparative Political Studies*, vol. 44, n. 10, 2011, 1343 ss.

¹⁴¹ Il riferimento è alle esperienze giuridiche diverse da quella statunitense ed europea: C. Sartoretti, *Le autorità amministrative indipendenti nel diritto costituzionale comparato*, cit., 11 s.

¹⁴² C. Sartoretti, *op. cit.*, 41.

¹⁴³ C. Pollitt, K. Bathgate, J. Caulfield, A. Smullen, C. Talbot, *Agency Fever? Analysis of an International Policy Fashion*, in *Journal of Comparative Policy Analysis: Research and Practice*, n. 3, 2001, 271 ss.

¹⁴⁴ G. Majone, *The rise of regulatory State in Europe*, in *West European Politics*, vol. 17, n. 3, 1994, 77 ss. Nella dottrina italiana, S. Cassese, *La nuova Costituzione economica*, in S. Cassese (cur.), *La nuova Costituzione economica*, cit., 389 ss.

¹⁴⁵ G. Majone, *op. cit.*, 79.

¹⁴⁶ P. Nicolaidis, *Regulation of Liberalised Markets: A New Role for the State? (or How to Induce Competition Among Regulators)*, in D. Gerardin, R. Muñoz, N. Petit (ed.), *Regulation through Agencies in the EU – A New Paradigm of European Governance*, Cheltenham, 2005, 25 ss.

vecchie forme di intervento pubblico diretto e disaggregando l'unità di comando statale, tradizionalmente assicurata dal Governo, in una struttura puntiforme e reticolare, operante nei maggiori campi dell'economia¹⁴⁷.

L'«erompere»¹⁴⁸ delle autorità di regolazione alla fine del secolo scorso riflette quindi l'emergere di un nuovo modello di intervento pubblico nei rapporti economici, che segna il passaggio dallo Stato-gestore (o Stato-imprenditore) allo Stato-regolatore. Il passaggio, cioè, dal dirigismo e dall'intervento pubblico diretto sull'economia (nel quale lo Stato gestiva o erogava direttamente gran parte dei servizi attraverso imprese e servizi sociali pubblici), alla semplice regolazione imparziale delle dinamiche socio-economiche, attraverso una frammentazione e specializzazione delle forme di esercizio del potere pubblico, che diminuisce il suo ruolo di guida ed assume quello di regolatore e controllore¹⁴⁹.

Come accennato, questo mutamento ha inciso anche sui modelli organizzativi e funzionali delle pubbliche amministrazioni coinvolte nella regolazione dell'economia. Il sistema accentrato, verticistico e piramidale non risultava più idoneo alla funzione che l'autorità pubblica doveva svolgere, ossia la regolazione di settori economici come continua attività di controllo e osservazione delle dinamiche economiche e di ponderazione degli interessi coinvolti, svolta in modo efficiente e svincolata da condizionamenti politici. Queste esigenze hanno determinato la decentralizzazione funzionale e la neutralizzazione politica delle autorità preposte alla funzione di regolazione economica¹⁵⁰.

Ciò premesso ed entrando più nel dettaglio, il primo passaggio del recepimento in Europa del modello americano delle *authorities* è rappresentato dall'istituzione dei *quangos* nel Regno Unito (intorno agli anni Ottanta), sebbene già in precedenza l'ordinamento britannico avesse conosciuto forme di amministrazione indipendente, nella forma degli *administrative tribunals* aventi funzioni giustiziali. Peraltro, nonostante le evidenti affinità dei modelli, ad un esame approfondito emerge come il fenomeno dei *quangos* non discenda in realtà in modo diretto dall'esperienza delle autorità indipendenti degli Stati Uniti, poiché risponde all'esigenza di proteggere i consumatori e i *competitors* dagli abusi derivanti dalla posizione dominante sul mercato esercitata da un'impresa privata a seguito degli interventi di liberalizzazione. In altri termini, una finalità di tutela della concorrenza e del libero mercato che emerge a seguito della *deregulation* e del retrocedere dell'intervento pubblico nell'economia, laddove nell'esperienza

¹⁴⁷ G. Napolitano, *La logica del diritto amministrativo*, Bologna, 2020, 115 s.; P. Craig, *EU Administrative Law*, Oxford, 2012, 141 s.

¹⁴⁸ Come efficacemente evocato da A. Predieri, *L'erompere delle autorità amministrative indipendenti*, Firenze, 1997.

¹⁴⁹ S. Cassese, *La nova Costituzione economica*, cit., 394.

¹⁵⁰ C. Sartoretti, *Le autorità amministrative indipendenti nel diritto costituzionale comparato*, cit., 30.

americana – come sopra anticipato – si era verificato il passaggio inverso (da un mercato totalmente libero ad una forma di regolazione indipendente dell'economia)¹⁵¹.

Il modello delle *authorities* ha poi conosciuto un'ampia diffusione su scala globale a partire dagli anni Novanta¹⁵² e, negli ordinamenti dell'Europa continentale, sull'onda dei ricordati processi di liberalizzazione del mercato, un ruolo decisivo è stato svolto dall'UE. La circolazione del modello delle autorità indipendenti è infatti avvenuta attraverso l'elemento propulsore costituito dal diritto europeo e dai relativi principi di concorrenza e di libero mercato come strumenti di integrazione economica e giuridica. Essi hanno incoraggiato la proliferazione di organismi regolatori indipendenti a livello nazionale (secondo una dinamica *top-down*), spesso anche creando dei raccordi tra questi ultimi e le Istituzioni europee¹⁵³ e ne hanno plasmato la forma giuridica¹⁵⁴, senza però impedire lo sviluppo di specifici percorsi nazionali¹⁵⁵.

Proprio l'intermediazione svolta dal diritto europeo ha consentito di trapiantare un modello sorto e sviluppatosi nel contesto del *common law* – già di per sé orientato verso forme di decentramento funzionale e di amministrazione multipolare, variamente connotata da caratteri di autonomia e indipendenza dal potere politico – all'interno di ordinamenti di *civil law*, in cui si era viceversa affermato un modello di amministrazione gerarchica, monolitica e subordinata al Governo. Così, l'ingresso delle *authorities* indipendenti nel sistema francese, fortemente influenzato dalla tradizione napoleonica, ha incontrato una certa difficoltà ed è stato reso possibile solamente attraverso la teoria dei *domaines sensibles*, che giustifica in via di eccezione la creazione di autorità svincolate dal potere politico¹⁵⁶.

¹⁵¹ C. Sartoretti, *op. cit.*, 40 ss.; G. Giraudi, M.S. Righettini, *Le autorità amministrative indipendenti*, cit., 36 ss.

¹⁵² Per una panoramica, V. Pepe, L. Colella (cur.), *Le autorità amministrative indipendenti nella comparazione giuridica. Esperienze europee ed extraeuropee*, Napoli, 2011. Per ulteriori riferimenti comparati, adde M. Manetti, *Poteri neutrali e Costituzione*, Milano, 1994.

¹⁵³ C. Benetazzo, *I nuovi poteri "regolatori" e di precontenzioso dell'ANAC nel sistema europeo delle Autorità indipendenti*, in *federalismi.it*, n. 5, 2018, 9 ss.

¹⁵⁴ Di minor rilievo, nello spazio giuridico europeo, le dinamiche di circolazione del modello delle *authorities bottom-up* (innescate dall'emersione simultanea di problematiche politico-istituzionali e socio-economiche affini in diversi ordinamenti, i quali rispondono autonomamente utilizzando una soluzione analoga) e *horizontal* (espressione di un fenomeno di apprendimento ed emulazione interstatale): C. Sartoretti, *op. cit.*, 70 ss.

¹⁵⁵ G. Grasso, *L'anomalia di un "modello": le autorità (amministrative) indipendenti nei Paesi membri dell'Unione europea. Prime ipotesi per un "inventario"*, in *Il Politico*, 2000, 264.

¹⁵⁶ E che si ricollega all'individuazione di un nuovo modello di amministrazione, fondato sulla persuasione e non sull'autoritarità, funzionale alla tutela del cittadino dalle minacce del potere sia pubblico che privato: M. Manetti, *Autorità indipendenti (dir. cost.)*, in *Enc. giur.*, vol. IV, Roma, 1997, 3. Sull'esperienza francese, più diffusamente, G. Giraudi, M.S. Righettini, *Le autorità amministrative indipendenti*, cit., 99 ss., nonché J.L. Autin, *Le Autorità Amministrative Indipendenti in Francia*, in V. Pepe, L. Colella (cur.), *Le autorità amministrative indipendenti nella comparazione giuridica. Esperienze europee ed extraeuropee*, cit., 67 ss. e Aa. Vv., *Les autorités*

Nel contesto europeo, un discorso a parte riguarda i Paesi che hanno subito una transizione costituzionale (come quelli dell'Europa centro-orientale). In questi casi la creazione di AAI dipende anche dalle dinamiche connesse al c.d. isomorfismo istituzionale, ossia alla tendenza ad «adottare gli stilemi organizzativi e funzionali (in altri termini, le caratteristiche giuridico-istituzionali) degli Stati occidentali di democrazia avanzata/consolidata, al fine di essere almeno progressivamente ammessi a far parte della famiglia dei paesi di tradizione giuridica occidentale», anche in virtù dei requisiti di condizionalità sovente imposti dall'UE per l'adesione ai Trattati¹⁵⁷.

Volendo tentare una valutazione di sintesi, si può dire che le AAI siano oggi identificabili, specie nello spazio giuridico europeo, in virtù di alcune caratteristiche ricorrenti (che non equivalgono necessariamente a tratti comuni). Innanzitutto, operano in aree in cui è prevalente il diritto europeo su quello nazionale, per cui trovano in un dato extra-statale la loro forza o legittimazione principale; per questo motivo, sono un fattore di disaggregazione dello Stato. In secondo luogo, sono separate dall'apparato amministrativo e sono monofunzionali, per cui non debbono né porsi problemi di coordinamento amministrativo, né operare ponderazioni di interessi pubblici configgenti; in questo senso contribuiscono alla frammentazione dello Stato. Sono inoltre sottratte all'influenza diretta del Governo, che non le nomina e/o non può impartire loro direttive, hanno una durata che va oltre quella normale della legislatura parlamentare e il loro finanziamento è parzialmente autonomo (a carico dei "regolati"); rompono, quindi, l'unità della funzione amministrativa. Hanno una composizione collegiale, per assicurare decisioni ponderate; escono, quindi, dal normale modello amministrativo, di tipo monocratico. Operano con procedure partecipate, in cui predominano l'obbligo di informare, quello di ascoltare e quello di motivare, tra di loro strettamente connessi; riproducono, quindi, lo schema del processo. Infine, svolgono funzioni o di regolazione o di aggiudicazione, comunque non redistributive; dunque, per esse il principio di legalità opera in modo diverso. Come è stato sottolineato, queste caratteristiche ricorrenti, unitariamente considerate, «forniscono una prova della conclusione per cui le varie specie di autorità hanno potuto attecchire in un momento storico di cosiddetta "debolezza della politica"»¹⁵⁸.

Ciò posto e venendo agli sviluppi più recenti, la crisi economico-finanziaria scoppiata nella prima decade del nuovo secolo ha sollevato degli

administratives indépendantes, numero monografico della *Revue française de droit administratif*, n. 5, 2010.

¹⁵⁷ M. Mazza, *Le authorities nei paesi dell'Est europeo*, in *DPCE Online*, n. 2, 2021, 2277 ss.

¹⁵⁸ S. Cassese, *L'Autorità garante della concorrenza e del mercato nel "sistema" delle autorità indipendenti*, Schema della relazione al convegno organizzato dalla Fondazione Einaudi su "L'antitrust italiano: vent'anni di esperienza", Roma, 26 novembre 2010, reperibile in www.irpa.eu.

interrogativi in merito alla capacità delle AAI di regolare in modo efficace il mercato: alle responsabilità della politica sono state infatti affiancate quelle delle autorità di settore per gravi errori ed omissioni nell'esercizio delle funzioni di regolazione e vigilanza. Al contempo, si è evidenziata una riappropriazione di spazi da parte della politica rispetto alla tecnica: si è infatti assistito non solo a uno spostamento fuori dallo Stato di una grande massa di decisioni, ma anche a un ritorno, negli Stati, della politica, che richiede l'opera non tanto di organismi "re-active" (come sono in larga misura le AAI, anche per il loro modo di procedere procedimentalizzato e partecipato), quanto di organismi "pro-active", ovvero esecutivi o politici, che non incontrano vincoli nella loro azione, sia per quanto riguarda l'iniziativa, sia per quanto riguarda il processo di decisione¹⁵⁹.

Da rilevare, da ultimo, che il ruolo delle *authorities* è risultato in parte «dequotato»¹⁶⁰ nel contesto della pandemia da Covid-19, che ha restituito ulteriore centralità ai processi decisionali di indirizzo politico¹⁶¹. Ovunque sono state adottate politiche di sostegno economico che rispondono all'idea per cui, nei momenti di crisi, è necessario più Stato nell'economia, ovvero uno Stato interventista, responsabile del presidio diretto delle funzioni strategiche e del soddisfacimento dei bisogni essenziali degli individui, in luogo di uno Stato più leggero, ridotto al minimo nelle funzioni, promotore della libera iniziativa e dei meccanismi di mercato¹⁶². D'altra parte, però, la crisi sanitaria non ha di fatto eroso lo spazio di intervento degli organismi indipendenti nella regolazione di ambiti della vita economica e sociale coinvolgenti la tutela di interessi di particolare rilevanza costituzionale,

¹⁵⁹ S. Cassese, *L'Autorità garante della concorrenza e del mercato nel "sistema" delle autorità indipendenti*, cit. Sul tema del rapporto tra AAI e situazioni di crisi (in generale e con riferimento alla crisi economico-finanziaria in particolare), G. Napolitano, A. Zoppini, *Le autorità al tempo della crisi. Per una riforma della regolazione e della vigilanza sui mercati*, Bologna, 2010.

¹⁶⁰ S. Cassese, *La nuova costituzione economica*, cit., 401 ss.

¹⁶¹ Si ricorda, quanto al caso italiano, il rafforzamento, da parte dello Stato, degli strumenti volti a tutelare gli *asset* nazionali attraverso l'estensione dei c.d. *golden powers*, nel quadro peraltro di una disciplina europea già vigente prima della pandemia (v. Regolamento UE 452/19), ma ulteriormente sostenuta e rafforzata dalle Comunicazioni della Commissione del 13 marzo 2020 (2020/C91 I/01) e del 26 marzo 2020 (2020/C99 I/01), nelle quali gli Stati membri sono stati chiamati a utilizzare tutti gli strumenti possibili per evitare che l'impatto della pandemia potesse determinare una perdita di risorse e tecnologie critiche: A. Napolitano, *Il ritorno decisivo dello Stato imprenditore. Dalla nazionalizzazione Alitalia alla estensione dei c.d. golden powers*, cit., 11 ss.

¹⁶² Si pensi a provvedimenti come, per esempio, la proroga delle concessioni o il differimento, in Italia, della scadenza del mercato tutelato in campo energetico, disposto con il decreto-legge c.d. "milleproroghe"; il riconoscimento di esenzioni temporanee al settore dei trasporti da parte del governo norvegese; l'impegno che la Francia si è formalmente assunta di difendere le grandi imprese transalpine anche a costo di adottare provvedimenti di *nationalization*, laddove occorresse: C. Sartoretti, *Le authorities al tempo del COVID-19. Riflessioni sul ruolo delle autorità indipendenti: modello in declino o consolidato?*, in *DPCE Online*, n. 2, 2021, 2144, anche per ulteriori riferimenti.

definibili come settori sensibili, richiedenti l'intervento di soggetti con un alto grado di competenza tecnica¹⁶³.

Vero è che i confini tra regolazione e normazione non sono rigidi e reciprocamente escludentisi, ma mobili e permeabili¹⁶⁴, ed il processo regolatorio non va considerato come completamente disgiunto dal processo politico. In questa prospettiva, la regolazione appare sempre più come un aggiustamento continuo tra il sistema politico e il sistema economico, che deve avvenire privilegiando la cooperazione e la coordinazione¹⁶⁵, essendo il momento collaborativo la migliore garanzia per la certezza dei rapporti giuridici e, quindi, per gli interessi pubblici in specifici settori economici e di rilevanza sociale, caratterizzati dalla compresenza di differenti (e, a volte, divergenti) categorie di interessi individuali.

3.2. Funzione di regolazione e potestà normativa delle AAI. Dalla legittimazione politico-rappresentativa alla legittimazione tecnica; dalla legalità sostanziale alla legalità procedurale

Tra i poteri conferiti alle autorità indipendenti rientra in molti casi anche quello di emanare atti normativi secondari¹⁶⁶. La potestà regolamentare costituisce infatti una delle declinazioni tipiche della più ampia attività di regolazione esercitata dalle autorità indipendenti, assieme alle potestà consultive, provvedimentali, di vigilanza, ispezione, controllo, risoluzione giustiziale delle controversie e irrogazione di sanzioni¹⁶⁷.

¹⁶³ Basti considerare gli interventi delle autorità antitrust o quelle dei garanti per la *privacy* o ancora quelli delle banche centrali: C. Sartoretti, *op. ult. cit.*, 2151 ss.

¹⁶⁴ F. Vibert, *Independent Agencies. No fixed boundaries*, in S. Eyre, E. Heims, C. Koop, M. Lodge, L. Stirton, F. Vibert (ed.), *Regulatory under challenge, Discussion Paper*, London School of Economics and Political Science, London, 2016, reperibile in www.lse.ac.uk/accounting/assets/CARR/documents/Regulatory-Agencies-under-Challenge/CARR-DP81-Frank-Vibert.pdf.

¹⁶⁵ C. Sartoretti, *Le autorità amministrative indipendenti nel diritto costituzionale comparato*, cit., 35. Definisce la tecnica come uno strumento di rafforzamento e di implementazione delle scelte politiche, M. Cuniberti, *Il governo e la tecnica*, in www.gruppodipisa.it, 20 novembre 2015, 4.

¹⁶⁶ S. Foà, *I regolamenti delle autorità amministrative indipendenti*, Torino, 2002; S. Nicodemo, *Gli atti normativi delle autorità indipendenti*, Padova, 2002; R. Titomanlio, *Potestà normativa e funzione di regolazione. La potestà regolamentare delle autorità amministrative indipendenti*, Torino, 2012; Id., *Riflessioni sul potere normativo delle autorità amministrative indipendenti fra legalità "sostanziale", legalità "procedurale" e funzione di regolazione*, in *Nomos*, n. 1, 2017; E. Bruti Liberati, *La regolazione indipendente dei mercati. Tecnica, politica e democrazia*, Torino, 2019; F. Zammartino, *Il modello molteplice. La potestà normativa delle Autorità amministrative indipendenti*, Torino, 2020; F.L. Maggio, *Questioni interpretative sui poteri normativi delle Autorità amministrative indipendenti*, in federalismi.it, n. 10, 2021.

¹⁶⁷ M. Sanino, *L'approdo dell'esperienza delle Autorità indipendenti a oltre vent'anni dalla loro istituzione*, cit., 65 ss.; P. Lazzara, *La regolazione amministrativa: contenuto e regime*, in *Diritto Amministrativo*, n. 2, 2018, 337 ss.; F. De Leonardis, *Natura e caratteri degli atti di regolazione pubblica dell'economia*, in *Il diritto dell'economia*, n. 3, 2018, 697 ss. Per una proposta di perimetrazione del concetto di regolazione, cfr. N. Greco, *Consistenza, articolazione ed ambiguità della "regolazione"*, in *Studi parlamentari e di politica costituzionale*, vol. 37, fasc. 145-146, 2004,

In quest'ottica, la regolazione dei settori economici si attua anche mediante l'emanazione di regole generali e astratte, innovative dell'ordinamento giuridico e produttive di effetti per qualunque soggetto che intenda operare in quel dato settore. Tali regole devono necessariamente presentare un carattere tecnico e di dettaglio (si pensi alla fissazione delle tariffe), e abbisognano di continui aggiustamenti per essere costantemente adeguate alla cangiante realtà socio-economica oggetto di regolazione.

L'attribuzione di potestà normative secondarie alle autorità indipendenti riflette pertanto il più ampio fenomeno della c.d. crisi della legge, particolarmente sentita in quei settori soggetti a una rapidissima e costante evoluzione pratica. In questi casi è necessario che il soggetto regolatore fornisca norme in grado di seguire la velocità del mutamento e la legge formale appare uno strumento inidoneo, sia per la lentezza dei procedimenti parlamentari, che esporrebbero la normativa al rischio di rapida obsolescenza, sia per la mancanza di specifica e approfondita qualificazione tecnica che caratterizza l'apparato legislativo¹⁶⁸.

In questo senso, l'adozione di atti normativi sub-primari – talvolta anche nelle forme della normazione flessibile variamente assimilabile al fenomeno del *soft law*¹⁶⁹ – rappresenta senza dubbio lo strumento più adatto per rispondere alle sfide della regolazione dei settori economici sensibili.

L'esercizio di un potere normativo da parte delle autorità indipendenti solleva però numerose questioni giuridiche, tra le quali *in primis* il problema della sua legittimazione nel quadro costituzionale democratico¹⁷⁰.

La potestà di normazione è infatti tradizionalmente conferita a enti investiti di una più o meno ampia legittimazione democratica, inseriti direttamente o indirettamente nel circuito rappresentanza-responsabilità politica. Nel caso delle pubbliche amministrazioni, tale esigenza è normalmente soddisfatta tramite l'attribuzione di potestà normative (regolamentari) in primo luogo al Governo e ai singoli Ministri, soggetti di carattere politico che traggono la loro legittimazione democratica ad emanare atti normativi sia *ab origine* (l'attribuzione del potere regolamentare avviene tramite previsione legislativa, ossia è effettuata direttamente dall'organo rappresentativo della sovranità popolare, il Parlamento), sia nella

7 ss.

¹⁶⁸ F.L. Maggio, *Questioni interpretative sui poteri normativi delle Autorità amministrative indipendenti*, cit., 126.

¹⁶⁹ Sul punto, M.E. Bucalo, *Autorità indipendenti e soft-law*, Torino, 2018.

¹⁷⁰ In generale, sulla legittimazione costituzionale e democratica delle *authorities*, cfr. M. Cuniberti, *Autorità indipendenti e libertà costituzionali*, cit.; F. Merusi, *Democrazia e autorità indipendenti*, Bologna, 2000; G. Grasso, *Le autorità amministrative indipendenti della Repubblica. Tra legittimità costituzionale e legittimazione democratica*, Milano, 2006. Sul tema, per una riflessione di respiro europeo, v. già G. Majone, *Independence vs. Accountability? Non-Majoritarian Institutions and Democratic Government in Europe*, *EUI Working Paper SPS*, n. 94/3, 1994, 1 ss. e Id., *The Regulatory State and Its Legitimacy Problems*, in *West European Politics*, n. 22, 1999, 1 ss.

fase dinamica (tramite il rapporto fiduciario intercorrente con il Parlamento stesso). Gli organi politici di vertice dell'Esecutivo sono dunque inseriti direttamente nel circuito della legittimazione democratico-rappresentativa e assumono una responsabilità politica della loro attività (anche normativa), responsabilità resa effettiva tramite il meccanismo fiduciario.

In secondo luogo, la potestà normativa viene conferita agli enti esponenziali delle collettività territoriali, e anche in questo caso sussiste un'investitura politico-rappresentativa e la relativa legittimazione democratica.

Infine, poteri di normazione secondaria possono essere conferiti (sempre nel rispetto del principio di legalità) anche a organi amministrativi in senso stretto, purché subordinati all'organo politico di vertice dell'amministrazione di riferimento. In questo caso, l'emanazione di atti normativi è assistita da una legittimazione indiretta, che si traduce nella circostanza per la quale gli organi amministrativi seguono le direttive di indirizzo politico emanate dagli organi di vertice e rispondono dinnanzi a questi ultimi del loro operato, per cui l'esercizio del potere normativo produce in ogni caso un'assunzione di responsabilità politica da parte degli organi investiti di legittimazione democratica diretta¹⁷¹.

In sintesi, la configurazione tradizionale della pubblica amministrazione secondo un modello gerarchico e piramidale garantisce sempre la legittimazione democratica del potere normativo conferito ad organi amministrativi, secondo lo schema della democrazia rappresentativa. L'esercizio di potestà normativa secondaria è soggetto al principio di legalità (che significa, in primo luogo, attribuzione e delimitazione legislativa del potere) ed è sempre riconducibile ad una scelta di indirizzo politico, adottata da organi inseriti nel circuito di legittimazione democratica e sorretta dall'assunzione della relativa responsabilità (politica).

Il sistema delle autorità indipendenti introduce un fattore di crisi nello scenario appena delineato.

Per giustificare questo deficit di democraticità caratterizzante le AAI, nella letteratura comparata sono stati evidenziati diversi ordini di ragioni, quantunque nessuno di essi esenti da critiche con riferimento ad esaustività ed autosufficienza argomentativa¹⁷²: l'elevata efficienza nel produrre una regolazione qualitativamente migliore rispetto alle istituzioni democratiche, troppo lente e prive di competenze specialistiche (la c.d. «*output-oriented legitimacy*»)¹⁷³; la modalità operativa, che fornisce maggiori garanzie di

¹⁷¹ S. Foà, *I regolamenti delle autorità amministrative indipendenti*, cit., 3 ss.

¹⁷² M. Maggetti, *Legitimacy and Accountability of Independent Regulatory Agency: A Critical Review*, in *Living Reviews in Democracy*, n. 4, 2010, 3 ss.

¹⁷³ F. Scharpf, *Gouverner l'Europe*, Paris, 2000; G. Majone, *Nonmajoritarian Institutions and the Limits of Democratic Governance: A Political Transaction-Cost Approach*, in *Journal of Institutional and Theoretical Economics*, n. 1, 2001, 57 ss. e Id., *Two Logics of Delegation: Agency and Fiduciary Relations in EU Governance*, in *European Union Politics*, vol. 2, 2001, 103 ss.

trasparenza, apertura ed equità rispetto al *modus operandi* degli apparati amministrativi (la c.d. «*procedural legitimacy*»)¹⁷⁴. Infine, l'azionabilità di meccanismi di controllo giurisdizionale *ex post* sugli atti delle AAI che, pur preservandone l'indipendenza, riconducono il loro operato al rispetto del *rule of law*¹⁷⁵.

Partendo dal primo ordine di motivazioni, esso trae fondamento dalla caratteristica delle AAI data dall'indipendenza dal potere politico e, dunque, dall'estraneità al circuito di legittimazione politico-rappresentativa classicamente intesa. Come accennato, ciò è funzionale alla sottrazione dell'attività di regolazione dei settori economici sensibili ai condizionamenti politici e ai cambi di maggioranza e ne comporta l'affidamento a enti terzi e neutrali rispetto agli interessi in gioco, che svolgono le funzioni regolatorie sulla base di procedimenti tecnici dotati di una certa stabilità¹⁷⁶. La legittimazione delle AAI non è dunque una legittimazione politica, che si salda al circuito della rappresentanza e ai tradizionali meccanismi di controllo democratico-elettorale, ma una legittimazione fondata sulla specializzazione e sulla competenza tecnica¹⁷⁷. In altri termini, la dicotomia politica-tecnica nei processi di produzione normativa si risolve, nel caso delle AAI, con la prevalenza della tecnica a scapito dell'indirizzo politico espresso dagli organi esecutivi di vertice, legati al rapporto fiduciario con la maggioranza parlamentare e il cui margine di intervento spesso si riduce all'emanazione delle leggi istitutive delle autorità indipendenti: in tal senso, queste ultime sono state definite *non-majoritarian institutions*¹⁷⁸.

Costituisce un fenomeno tipico delle democrazie mature e pluraliste il parziale allontanamento dalle logiche della legittimazione istituzionale fondate sulla mera rappresentanza politico-elettorale, per individuare nuove ragioni di legittimazione istituzionale, connesse alla diversificazione dei centri di potere e delle forme di rappresentanza, nonché alla maggiore autonomia di determinati segmenti dell'organizzazione sociale¹⁷⁹. Segmenti la cui regolazione finisce per essere affrancata dal potere politico, onde

¹⁷⁴ R. Mulgan, *Holding Power to Account: Accountability in Modern Democracies*, Basingstoke-New York, 2003 e Id., "Accountability": *An Ever-Expanding Concept?*, in *Public Administration*, vol. 78, 2000, 555 ss.; G. Majone, *Nonmajoritarian Institutions and the Limits of Democratic Governance: A Political Transaction-Cost Approach*, cit.

¹⁷⁵ S. Rose-Ackerman, *Law and Regulation*, in K.E. Whittington, R.D. Kelemen, G.A. Caldeira (ed.), *The Oxford Handbook of Law and Politics*, Oxford-New York, 2008, 576 ss. V. *infra*, sub 3.3.

¹⁷⁶ G. Majone, *Regulating Legitimacy*, in G. Majone (ed.), *Regulating Europe*, London-New York, 1996, 290 ss. e Id., *The Regulatory State and Its Legitimacy Problems*, cit.

¹⁷⁷ S. Foà, *I regolamenti delle autorità amministrative indipendenti*, cit., 42 ss.; C. Sartoretti, *Le autorità amministrative indipendenti nel diritto costituzionale comparato*, cit., 93 ss.; E. Bruti Liberati, *La regolazione indipendente dei mercati*, cit., 197 ss.

¹⁷⁸ G. Majone, *Nonmajoritarian Institutions and the Limits of Democratic Governance: A Political Transaction-Cost Approach*, cit.

¹⁷⁹ F. Zammartino, *Il modello molteplice*, cit., 68 ss.

garantire in modo stabile, imparziale ed efficace le libertà e gli interessi socio-economici che si dipanano nei diversi contesti settoriali, secondo un approccio orientato alla valutazione tecnica di organi indipendenti (c.d. riserva di tecnicità)¹⁸⁰.

Se questo è il quadro generale di riferimento, variano considerevolmente i modi attraverso i quali esso viene dettagliato nei diversi Paesi. Così, ovunque si insiste sul requisito dell'indipendenza ma, per esempio, in un ordinamento come quello tedesco, il principio democratico impedisce di configurare organismi esenti da forme di controllo riconducibili comunque al Parlamento¹⁸¹. L'indipendenza dal potere politico è invece ben visibile nell'esperienza francese¹⁸², in cui le AAI non sono in genere concepite come organismi riconducibili al Parlamento o all'Esecutivo, ma piuttosto come operanti su un terreno quasi apolitico¹⁸³. Inoltre, in Francia vi è uno specifico strumento (il c.d. *pouvoir réglementaire dérivé*) attraverso il quale le AAI possono esercitare un potere normativo secondario interpretando le regole che devono applicare, proprio perché le loro decisioni sono caratterizzate da un elevato tasso di tecnicità; perciò, la dottrina francese giustifica la mancanza di legittimazione democratica delle AAI con l'alto livello di efficienza e competenza tecnica che le contraddistingue¹⁸⁴. E ancora, l'indipendenza non va intesa comunque come separatezza, poiché le AAI non fanno parte dell'Esecutivo ma sono pur sempre parte dell'organizzazione del potere statale: in Italia, per esempio, esse hanno rapporti con il Parlamento, al quale sottopongono le relazioni annuali; le Camere convocano i rappresentanti delle AAI per svolgere audizioni conoscitive e per impartire loro indicazioni¹⁸⁵. Analogamente, diverse sono le modalità di designazione dei membri delle AAI e i requisiti richiesti ai potenziali candidati: si passa da casi in cui le nomine sono decisamente politiche o, comunque, politicizzate (come negli Stati Uniti), all'estremo opposto in cui, invece, la previsione di

¹⁸⁰ S. Foà, *I regolamenti delle autorità amministrative indipendenti*, cit., 52 ss.

¹⁸¹ In ragione della classica costruzione del *demokratische Prinzip* (e del *Rechtsstaat*) che riconduce gli atti dell'amministrazione alla responsabilità e al controllo del Ministro competente, il quale a sua volta risponde al Parlamento: H. Maurer, *Staatsrecht I*, München, 2010, 591 ss. Sui più recenti sviluppi del rapporto tra amministrazione e principio democratico nell'ordinamento tedesco, che tendono a valorizzare il diritto amministrativo in funzione della tutela dell'interesse pubblico e non solo delle situazioni giuridiche soggettive, A. Voßkuhle, *Neue Verwaltungsrechtswissenschaft*, in W. Hoffmann-Riem, E. Schmidt-Aßmann, A. Voßkuhle (hg.), *Grundlagen des Verwaltungsrecht*, 1, München, 2012, 8 ss.

¹⁸² Per una più ampia comparazione tra i due ordinamenti, J. Masing, G. Marcou (dir.), *Le modèle des autorités de régulation indépendantes en France et en Allemagne*, Paris, 2011.

¹⁸³ A titolo esemplificativo, nella *Commission de la sécurité des consommateurs (CSC)* la percentuale di nomine politiche è estremamente bassa: R. Elgie, *Why do Governments delegate authority to quasi-autonomous agencies? The case of Independent Administrative Authorities in France*, in *Governance*, vol. 19, n. 2, 2006, 215 ss.

¹⁸⁴ Y. Marique, *The Rule-Making Powers of Independent Administrative Agencies*, in *Electronic Journal of Comparative Law*, vol. 11, n. 3, 2007, 27.

¹⁸⁵ E. Cheli, *Le autorità amministrative indipendenti nella forma di governo*, in *Associazione per gli studi e le ricerche parlamentari*, quad. n. 11, Torino, 2000, 129 ss.

specifiche e qualificate competenze (da individuarsi a opera della fonte legislativa) è addirittura prescritta in Costituzione (come in Grecia), mentre sono diffuse ipotesi intermedie, in cui le designazioni, pur non essendo apertamente “di parte”, riguardano comunque personalità politiche o politicamente collocabili (come accade perlopiù nei Paesi dell’Europa continentale, quali Italia e Spagna)¹⁸⁶.

Pur nel variare delle diverse esperienze, il richiamo alla tecnica costituisce dunque il comune denominatore che qualifica la ragion d’essere delle AAI e le sottrae al condizionamento politico, consentendo così a questi organismi di regolare in modo competente e imparziale determinati *domaines sensibles*, in un’ottica non di mera contingenza politica ma di stabilità e perdurabilità¹⁸⁷.

Quanto al secondo ordine di motivazioni, che fa perno sulla c.d. *procedural legitimacy*, esso trae origine dalla constatazione per cui, pur ammettendo che la legittimazione delle autorità indipendenti è di natura tecnica, e non politica, resta tuttavia ferma la questione della compatibilità del modello delle AAI con il principio costituzionale democratico, ossia il problema di una legittimazione pur sempre democratica (ancorché non politica in senso stretto) del loro agire.

Una prima soluzione risiede nel fatto che i poteri normativi delle autorità indipendenti soggiacciono integralmente al principio di legalità formale¹⁸⁸. In altre parole, è pur sempre la fonte primaria (promanante dall’organo rappresentativo per eccellenza, o da questi delegata al potere esecutivo) a fondare l’attribuzione del potere normativo alle AAI, nonché a circoscriverne i limiti, le modalità di esercizio e le finalità da perseguire. All’origine, vi è dunque una scelta strettamente politica posta a fondamento dell’esercizio di potestà normative da parte delle AAI, e il rispetto dei limiti stabiliti dalla legge costituisce parametro per il sindacato di legittimità degli atti normativi secondari. Pertanto, nel momento istitutivo del potere di normazione e con riferimento all’individuazione della sua base giuridica, il carattere di legittimazione e riferibilità democratica sembrerebbe continuare a sussistere, tramite l’intervento di organi politici e inseriti nel circuito rappresentativo (c.d. «*top-down accountability*»)¹⁸⁹.

¹⁸⁶ Questi profili esulano dal perimetro delle presenti riflessioni. Per ulteriori spunti e dettagli, v. comunque J.-M. Pontier (dir.), *Étude de droit comparé sur les Autorités administratives indépendantes*, in Office parlementaire d’évaluation de la législation, *Rapport sur les autorités administratives indépendantes*, Tome II, 2006, 171 ss.

¹⁸⁷ C. Sartoretti, *Le autorità amministrative indipendenti nel diritto costituzionale comparato*, cit., 94 ss.

¹⁸⁸ S. Foà, *I regolamenti delle autorità amministrative indipendenti*, cit., 92 ss.; S. Nicodemo, *Gli atti normativi delle autorità indipendenti*, cit., 245 ss.; R. Titomanlio, *Potestà normativa e funzione di regolazione*, cit., 40 ss.; F.L. Maggio, *Questioni interpretative sui poteri normativi delle Autorità amministrative indipendenti*, cit., 145.

¹⁸⁹ P.G. Thomas, *The Changing Nature of Accountability*, in G.B. Peters, D.J. Savoie (ed.), *Taking Stock: Assessing Public Sector Reforms*, vol. II, Montreal, 1998, 348 ss.

Spesso, tuttavia, si riscontra un deficit di legalità sostanziale allorché l'esercizio del potere normativo riconosciuto in capo alle AAI è frutto di ampie e indeterminate deleghe da parte della legge, che ricorre a formulazioni generiche e vaghe. In questo senso la legge non è in grado di delimitare con sufficiente precisione l'estensione della potestà normativa e la discrezionalità nel suo esercizio¹⁹⁰. Di qui l'affermazione della c.d. teoria dei poteri impliciti, secondo la quale, a fronte di disposizioni legislative "a maglie larghe", le AAI sarebbero legittimate, per adempiere ai propri fini istituzionali, ad esercitare poteri (anche normativi) privi di un'espressa e circostanziata base legale. Tale teoria si fonda sul fatto che, in alcuni ambiti, è oggettivamente complesso per il legislatore predeterminare quale possa essere il contenuto del provvedimento amministrativo, specie quando a venire in rilievo siano i poteri di regolazione, esercitati dalle AAI, caratterizzati da particolare valenza tecnica ed attinenti ad ambiti in costante evoluzione per dinamiche di mercato differenti¹⁹¹.

In questi casi, il deficit di legalità sostanziale può essere compensato attraverso il rafforzamento delle garanzie di contraddittorio e di partecipazione al procedimento. La legalità sostanziale viene quindi sostituita dalla legalità procedurale (*recte*, procedimentale) in senso forte, che a sua volta si traduce nella non-dequotazione degli eventuali vizi di procedura¹⁹².

La garanzia dei diritti dei cittadini, dunque, non passa più attraverso la predeterminazione legislativa dei poteri (anche normativi) delle autorità amministrative, cioè attraverso l'esatta perimetrazione e prevedibilità *ex ante* dell'esercizio del potere, ma si realizza mediante la partecipazione attiva al procedimento di formazione dell'atto normativo, nel rispetto delle regole della *procedural fairness*. Ciò si riflette nel passaggio da un modello di democrazia ad un altro: la legalità sostanziale è connessa alla democrazia deliberativa-rappresentativa, laddove la legalità procedimentale disvela un paradigma diverso, quello della democrazia partecipativa o procedimentale (c.d. «*bottom-up accountability*»)¹⁹³.

¹⁹⁰ M. Clarich, *Autorità indipendenti*, cit., 154 ss.

¹⁹¹ F.L. Maggio, *Questioni interpretative sui poteri normativi delle Autorità amministrative indipendenti*, cit., 147 ss.

¹⁹² M. Clarich, *Autorità indipendenti*, cit., 155; R. Titomanlio, *Potestà normativa e funzione di regolazione*, cit., 52 ss.; F. Zammartino, *Il modello molteplice*, cit., 77 ss.; F.L. Maggio, *Questioni interpretative sui poteri normativi delle Autorità amministrative indipendenti*, cit., 150 ss.

¹⁹³ F. Zammartino, *op. cit.*, 78-80; M. Lodge, *Accountability and Transparency in Regulation: Critiques, Doctrines and Instruments*, in J. Jordana, D. Levi-Faur (ed.), *The Politics of Regulation*, Cheltenham, 2004, 124 ss. La possibilità di fondare la legittimazione democratica delle autorità indipendenti sulla valorizzazione della legalità procedimentale è stata peraltro criticata da taluni. Quanto alla dottrina italiana: G. Grasso, *Le autorità amministrative indipendenti della Repubblica*, cit., 80 ss.; M. Cuniberti, *Autorità indipendenti e libertà costituzionali*, cit., 429 ss. Nel panorama comparato: G. Majone, *Nonmajoritarian Institutions and the Limits of Democratic Governance: A Political Transaction-Cost Approach*, cit.; B.R. Barber, *Strong Democracy. Participatory Politics for a New Age*, Berkeley, 2004.

La legalità sostanziale esige la fissazione *ex ante*, da parte degli organi politico-rappresentativi, della disciplina legale dei poteri normativi conferiti alle autorità amministrative: ciò consente la legittimazione politica (indiretta) degli organi amministrativi, mediante l'intervento originario degli organismi rappresentativi. La legalità procedimentale, invece, realizza la tutela degli interessi coinvolti non nel momento genetico e istitutivo del potere, ma nella fase del suo concreto esercizio, attraverso il rispetto delle garanzie partecipative nel procedimento. La legittimazione delle autorità amministrative non è politico-rappresentativa, perché il filo che lega l'esercizio del potere alla sua attribuzione da parte degli organi politici è debolissimo (o, addirittura, è implicito), bensì si fonda proprio sull'autonomia dal potere politico e sulla neutralità tecnica che qualifica il potere regolatorio. Ma si tratta pur sempre di una legittimazione democratica, ancorché espressione di una diversa forma di democrazia, che non si concretizza solo in occasione delle consultazioni elettorali per il rinnovo degli organi rappresentativi e deliberativi, ma che si esercita in occasione della spendita del potere che tocca in concreto le sfere giuridiche dei consociati¹⁹⁴. In altre parole, la legalità procedimentale e le connesse garanzie partecipative consentono di colmare non solo il deficit di legalità sostanziale dei poteri normativi impliciti, ma anche il deficit di rappresentatività democratica delle AAI, tramite l'implementazione della democrazia partecipativa e il superamento di quella rappresentativo-deliberativa¹⁹⁵.

In sintesi, in questa seconda prospettiva argomentativa, la soluzione al problema della legittimazione democratica delle autorità indipendenti fa leva sul concetto di responsabilità (intesa come *accountability*)¹⁹⁶: anche le istituzioni non immediatamente rappresentative o fondate su un'investitura elettiva (e dunque deficitarie sul piano della legittimazione politica) possono essere democraticamente legittimate, per il fatto di essere tenute a rispondere della propria azione dinnanzi alla comunità dei cittadini. Il rispetto delle garanzie di imparzialità, terzietà, trasparenza, consultazione e partecipazione procedimentale permette dunque di assicurare l'*accountability* e la legittimazione democratica delle autorità indipendenti, anche in difetto di un collegamento diretto con gli uffici politici e il circuito della democrazia rappresentativa ed elettorale¹⁹⁷.

L'importanza di un effettivo diritto al contraddittorio procedimentale assume, per esempio, particolare valenza con riferimento all'attività regolatoria delle AAI nell'ordinamento italiano poiché, a rigore, non

¹⁹⁴ F. Zammartino, *Il modello molteplice*, cit., 78.

¹⁹⁵ R. Titomanlio, *Potestà normativa e funzione di regolazione*, cit., 54 ss.

¹⁹⁶ D. Castiglione, *Accountability*, in M. Bevir (ed.), *Encyclopedia of Governance*, London, 2006, 1 ss.; C. Hood, C. Scott, *Regulating Government in a Managerial Age: Towards a Cross-National Perspective*, London, 2000.

¹⁹⁷ C. Sartoretti, *Le autorità amministrative indipendenti nel diritto costituzionale comparato*, cit., 90 ss.

troverebbero diretta applicazione le norme sulla partecipazione procedimentale previste dalla legge generale sul procedimento amministrativo¹⁹⁸. Da tempo, tuttavia, la giurisprudenza ha stabilito che la partecipazione ai procedimenti di *rulemaking* sia da ritenersi comunque necessaria (accanto all'obbligo di motivazione dell'atto finale) per poter assicurare dal basso la legittimazione del potere normativo delle AAI, quale strumento sostitutivo della dialettica democratica propria degli organismi rappresentativi, estendendo di fatto ai suddetti procedimenti i principi generali di partecipazione procedimentale previsti dalla legge¹⁹⁹. Tali principi costituiscono uno standard minimo di garanzia che trova applicazione, a pena di invalidità, a prescindere dalle disposizioni di legge speciale che disciplinano i procedimenti delle singole autorità²⁰⁰, e possono pertanto integrare la normativa di settore (se lacunosa quanto a garanzie di contraddittorio) e fungere altresì da canone interpretativo per la sua applicazione²⁰¹. Le garanzie partecipative di cui alla legge generale sul procedimento amministrativo sono pertanto fonte di regole e principi fondamentali ai quali la *lex specialis* che disciplina l'attività di regolazione delle AAI deve necessariamente uniformarsi²⁰².

In prospettiva comparata, è inoltre significativo che uno degli esiti del dibattito svoltosi qualche anno fa in Francia a proposito della necessità di razionalizzare il sistema delle AAI sia stato quello di proporre di ripensare il fenomeno partendo dalla considerazione che si tratta di una nuova forma di strutturazione giuridica dell'amministrazione statale e che, come tale, deve essere pensata e disciplinata, partendo proprio dal nucleo di principi comuni che caratterizza il procedimento amministrativo non contenzioso²⁰³.

Infine, al di fuori del contesto europeo, è interessante notare come la *procedural legitimacy* caratterizzi il funzionamento delle amministrazioni statunitensi fin dal 1946, anno in cui fu adottato il c.d. *Administrative Procedure Act*. In particolare, questo prevede che le diverse agenzie debbano svolgere una procedura di *notice and comment*, finalizzata ad ottenere le osservazioni dei soggetti partecipanti nel relativo procedimento²⁰⁴.

¹⁹⁸ In virtù dell'esclusione, esplicitamente sancita dall'art. 13 l. n. 241/1990, con riferimento ai procedimenti finalizzati all'emanazione di atti normativi e amministrativi generali.

¹⁹⁹ M. Sanino, *L'approdo dell'esperienza delle Autorità indipendenti a oltre vent'anni dalla loro istituzione*, cit., 84 ss. e 123 ss., nonché Id., *La tutela giurisdizionale nei confronti degli atti delle Autorità indipendenti*, Milano, 2019, 95 ss.

²⁰⁰ V. Cerulli Irelli, *Sul potere normativo delle Autorità amministrative indipendenti*, in *Astrid Online*, 2009, 8.

²⁰¹ M. Sanino, *L'approdo dell'esperienza delle Autorità indipendenti a oltre vent'anni dalla loro istituzione*, cit., 86 ss.

²⁰² M. Sanino, *op. ult. cit.*, 91 ss.

²⁰³ J.B. Auby, *Les autorités administratives indépendantes: une rationalisation impossible? Remarques terminales*, in *Revue française de droit administratif*, n. 5, 2010, 931 ss.

²⁰⁴ R. Titomanlio, *Riflessioni sul potere normativo delle autorità amministrative indipendenti tra legalità sostanziale, legalità procedurale e funzione di regolazione*, in *Nomos*, n. 1, 2017, 20.

3.3. ... segue: la giustiziabilità degli atti normativi delle AAI. Dalla tecnica alla politica tramite l'affermazione del *rule of law*

Come si è accennato, la sindacabilità in sede giurisdizionale degli atti emanati dalle AAI viene indicata come uno dei principali elementi in grado di compensare la mancanza di legittimazione politico-rappresentativa di questi organismi ed è un profilo non trascurabile nella ricostruzione del fondamento della legittimazione tecnica. Più specificamente, il sindacato giurisdizionale è considerato uno dei principali meccanismi di controllo *ex post* per superare il deficit democratico e di responsabilità che deriva dalla delega di poteri normativi da politici eletti ad autorità indipendenti²⁰⁵. In altri termini, dal punto di vista giuridico, esso consente di conciliare due obiettivi: l'efficace esercizio del potere normativo conferito alle AAI e il vincolo di queste ultime al *rule of law*²⁰⁶. Dal punto di vista del rapporto tra politica e tecnica, esso permette di superare, *a posteriori*, le asimmetrie di informazione che sussistono tra organi politici e regolatori²⁰⁷.

Sul fronte rimediabile, la giustiziabilità degli atti delle AAI rappresenta il necessario completamento delle garanzie di legalità procedimentale in senso forte a cui sopra si è accennato: in tanto si può parlare di effettività delle tutele procedimentali nei confronti dell'attività svolta dalle AAI, in quanto esse siano adeguatamente implementate e assistite da specifici rimedi giurisdizionali azionabili nelle ipotesi di inosservanza delle regole procedurali. In quest'ottica, il sindacato giurisdizionale assume un ruolo ancor più significativo tenendo conto dell'importanza di tali regole, la cui violazione – come si è detto – non è suscettibile di dequotazione, in ragione della necessità di compensare *a posteriori* la carenza di legalità sostanziale nell'esercizio del potere regolatorio.

La problematica della giustiziabilità degli atti emanati dalle AAI concerne non soltanto i provvedimenti di carattere più strettamente amministrativo (ad esempio gli atti sanzionatori), ma anche gli atti generali

²⁰⁵ J. Ferejohn, C. Shipan, *Congressional Influence on Bureaucracy*, in *Journal of Law, Economics and Organization*, n. 6, 1990, 1 ss.; D. Geradin, N. Petit, *Judicial Review in European Union Competition Law: A Quantitative and Qualitative Assessment*, in J. Derenne, M. Merola (ed.), *The role of the Court of Justice of the European Union in Competition Law Cases*, Bruxelles, 2012, 21 ss.; R. Mulgan, *Accountability Deficits*, in M. Bovens, R.E. Goodin, T. Schillemans (ed.), *The Oxford Handbook of Public Accountability*, Oxford, 2014, 545 ss.; M.E. Magill, *Courts and Regulatory Capture*, in D. Carpenter, D.A. Moss (ed.), *Preventing Regulatory Capture*, New York, 2014, 397 ss.

²⁰⁶ D.B. Rodriguez, *Administrative Law*, in K.E. Whittington, R.D. Kelemen, G.A. Caldeira (ed.), *The Oxford Handbook of Law and Politics*, cit., 341.

²⁰⁷ Secondo la c.d. «*principal-agent theory*»: S. Gailmard, *Accountability and Principal-Agent Theory*, in M. Bovens, R.E. Goodin, T. Schillemans (ed.), *The Oxford Handbook of Public Accountability*, cit., 90 ss.; S. Gailmard, J.W. Patty, *Participation, Process and Policy: The Informational Value of Politicised Judicial Review*, in *Journal of Public Policy*, 37, 2017, 233 ss.; C.R. Sunstein, *Interpreting Statutes in the Regulatory State*, in *Harvard Law Review*, 103, 2, 2017, 405 ss.

a contenuto regolatorio-normativo, la cui piena assoggettabilità al sindacato giurisdizionale è stata definitivamente riconosciuta dalla giurisprudenza amministrativa²⁰⁸. Peraltro, il sindacato giurisdizionale avente ad oggetto gli atti di regolazione presenta alcune differenze rispetto a quello vertente sugli atti sanzionatori: al riguardo è stato osservato, in linea generale, che il primo tende a focalizzarsi in gran parte sul già citato *deficit* di legalità sostanziale e sul suo recupero attraverso il rafforzamento delle garanzie partecipative e procedurali, con un esteso ricorso al vizio dell'eccesso di potere in luogo della violazione di legge, laddove il secondo è maggiormente incentrato sul corretto esercizio della discrezionalità tecnica da parte delle AAI²⁰⁹.

Per quanto concerne più specificamente il tema oggetto della presente disamina, ossia gli atti normativi delle AAI, si può affermare che essi non differiscono, sotto il profilo della disciplina applicabile, da quelli adottati da altre pubbliche amministrazioni, essendo pertanto normalmente sindacabili quanto a legittimità dal giudice e da questo annullabili con efficacia *erga omnes*²¹⁰. I caratteri di generalità ed astrattezza propri degli atti normativi, possono in taluni casi porre dei problemi con riferimento alla sussistenza di un immediato interesse a ricorrere derivante da una lesione delle posizioni giuridiche soggettive dei singoli: secondo il noto e consolidato insegnamento giurisprudenziale, qualora difetti l'interesse ad impugnare immediatamente

²⁰⁸ M. Sanino, *La tutela giurisdizionale nei confronti degli atti delle Autorità indipendenti*, cit., 95 ss.

²⁰⁹ Sul punto cfr. C. Contessa, *Forme e metodi del sindacato giurisdizionale sugli atti delle Autorità indipendenti*, in www.giustizia-amministrativa.it, 2018, 12 ss. In termini analoghi R. Giovagnoli, *Autorità indipendenti e tecniche di sindacato giurisdizionale*, in www.giustizia-amministrativa.it, 2013, 1 ss. Sulla tutela giurisdizionale avverso i provvedimenti sanzionatori delle AAI, si vedano, nella dottrina italiana: E. Bani, *Il potere sanzionatorio delle autorità indipendenti. Spunti per un'analisi unitaria*, Torino, 2000; R. Titomanlio, *Funzione di regolazione e potestà sanzionatoria*, Milano, 2007; R. Chieppa, *Le sanzioni delle Autorità indipendenti: la tutela giurisdizionale nazionale*, in *Giurisprudenza commerciale*, n. 2, 2013, 340 ss.; M. Trimarchi, *Funzione di regolazione e potere sanzionatorio delle Autorità indipendenti*, in *Giust.Amm.it*, n. 10, 2013; M. Allena, S. Cimini (cur.), *Il potere sanzionatorio delle Autorità amministrative indipendenti*, in *Il diritto dell'economia*, Approfondimenti, n. 3, 2013; F. Goisis, *Un'analisi critica delle tutele procedurali e giurisdizionali avverso la potestà sanzionatoria della Pubblica Amministrazione, alla luce dei principi dell'art. 6 della Convenzione Europea dei diritti dell'uomo. Il caso delle sanzioni per pratiche commerciali scorrette*, in *Diritto processuale amministrativo*, n. 3, 2013, 669 ss.; Id., *La tutela del cittadino nei confronti delle sanzioni amministrative tra diritto nazionale ed europeo*, Torino, 2015; A.M. Cecere, *Il sindacato giurisdizionale sulle decisioni a contenuto sanzionatorio delle autorità amministrative indipendenti*, in *Rassegna di diritto pubblico europeo*, n. 1-2, 2015, 193 ss.; L. Lamberti, *Considerazioni in tema di sindacato giurisdizionale sulle sanzioni delle Autorità amministrative indipendenti*, in *Amministrativ@mente*, n. 9-10, 2016; S. Cimini, *Il potere sanzionatorio delle amministrazioni pubbliche. Uno studio critico*, Napoli, 2017; A. Clini, *Potestà sanzionatoria delle Authorities e "giusto" sindacato giurisdizionale, in P.A. Persona e Amministrazione*, n. 2, 2018, 75 ss.; F. Scalfani, *Il sindacato giurisdizionale sui provvedimenti sanzionatori delle autorità indipendenti: l'attendibilità delle scelte tecniche tra legittimità e merito*, in *Rivista della regolazione dei mercati*, n. 1, 2021, 148 ss.

²¹⁰ M. Sanino, *L'approdo dell'esperienza delle Autorità indipendenti a oltre vent'anni dalla loro istituzione*, cit., 414 ss.

l'atto normativo è necessario procedere alla doppia impugnativa congiuntamente all'atto applicativo individuale²¹¹.

Le peculiarità che contraddistinguono il controllo giurisdizionale sugli atti regolatori delle AAI rispetto a quello sulla generalità degli atti normativi secondari riguardano, semmai, la portata, i limiti e l'intensità del sindacato esercitabile su tali atti dal giudice, considerato l'alto tasso di tecnicità che li caratterizza. A ben vedere, infatti, la presenza di discrezionalità tecnica non interessa esclusivamente i provvedimenti sanzionatori delle AAI, ma riguarda altresì, in una certa misura, le previsioni generali fissate *ex ante* negli atti di regolazione. Anche con riferimento agli atti normativi delle *authorities*, pertanto, si pone il problema dell'ampiezza della cognizione e dei poteri del giudice amministrativo in merito alla ragionevolezza e all'attendibilità delle valutazioni tecniche operate dall'amministrazione prima di effettuare le scelte regolatorie²¹².

Sul punto, è noto il dibattito dottrinale italiano che ha visto fronteggiarsi i diversi orientamenti sostenitori, rispettivamente, di un sindacato c.d. "debole" e di uno c.d. "forte"²¹³. Secondo la prima impostazione,

²¹¹ M. Sanino, *op. ult. cit.*, 419.

²¹² Cfr. Cons. Stato, sez. VI, 1.6.2012, n. 3283, nel quale si fa riferimento al sindacato giurisdizionale di ragionevolezza vertente «su atti normativi secondari, per mezzo dei quali l'Amministrazione, nell'esercizio della propria discrezionalità tecnica, abbia fornito utili criteri di interpretazione e di delimitazione del significato di concetti giuridici indeterminati di valenza tecnica utilizzati dalla normativa principale». Vedasi anche Cons. Stato, sez. VI, 19.1.2016, n. 162, secondo cui le scelte regolatorie compiute dalle AAI «sono spesso caratterizzate da un elevato tasso di complessità tecnica, in quanto normalmente presuppongono o sottendono questioni specialistiche la cui risoluzione richiede l'impiego di concetti e nozioni appartenenti a discipline di settore, di carattere prevalentemente economico e finanziario. La complessità tecnica delle valutazioni che precedono le scelte regolatorie spesso non rende immediatamente percepibile, specie se guardate con gli occhi del "profano", l'iter logico-motivazionale che sorregge o giustifica la "regola" o il "parametro" introdotto dall'Autorità. Tale scarsa intelligibilità (in gran parte fisiologicamente legata alla complessità tecnica dei criteri utilizzati) certamente non giustifica un indebolimento del sindacato giurisdizionale, che, anzi, in questi casi deve essere particolarmente approfondito, specie sotto il profilo dell'attendibilità, della ragionevolezza e della adeguata motivazione, proprio al fine di evitare che l'utilizzo della tecnica possa giustificare una forma di arbitrio nell'esercizio della regolazione. Ciò ancor di più in considerazione del fatto che gli atti di regolazione in questione costituiscono esercizio di una potestà normativa attribuita a soggetti privi di rappresentatività e di legittimazione democratica perché estranei alla tradizionale tripartizione dei poteri ed al circuito della responsabilità politica delineato dall'art. 95 Cost.».

²¹³ Sulla distinzione tra sindacato "forte" e "debole" in tema di discrezionalità tecnica delle AAI, cfr. *ex multis* A. Travi, *Circa il sindacato del giudice amministrativo sulla discrezionalità tecnica della pubblica amministrazione*, in *Foro italiano*, n. 1, 2001, 9 ss.; F. Cintioli, *Giudice amministrativo, tecnica e mercato. Poteri tecnici e "giurisdizionalizzazione"*, Milano, 2005, *passim*; R. Chieppa, *Potere economico e Autorità indipendenti: funzioni neutrali e sindacato del giudice amministrativo*, in *Rivista della Scuola Superiore dell'economia e delle finanze*, n. 6-7, 2005, 125 ss.; F.G. Scoca, F. Degni, *Autorità amministrative indipendenti e sindacato giurisdizionale: il complesso rapporto tra esercizio del potere e effettività della tutela*, in L. Paganetto (cur.), *Authorities. Imparzialità e indipendenza*, Roma, 2007, 25 ss.; R. Chieppa, *La tutela giurisdizionale*, in R. Chieppa, G.P. Cirillo (cur.), *Le autorità amministrative indipendenti*, Padova, 2010, 91 ss.; L.

il sindacato giurisdizionale non avrebbe dovuto sostituirsi alle decisioni tecniche delle AAI, cosicché il controllo si sarebbe limitato ai profili di logicità, congruenza, ragionevolezza e coerenza tecnica dell'atto impugnato, nonché di completezza dell'istruttoria e di esistenza dei presupposti di fatto posti a fondamento della deliberazione²¹⁴. Tale impostazione è stata progressivamente superata dai più recenti orientamenti giurisprudenziali, che tendono a oltrepassare la distinzione nominalistica tra tutela forte e debole per calibrare il sindacato sulle peculiarità della fattispecie concreta²¹⁵. Emerge così un modello di sindacato giurisdizionale intrinseco, denominato “di attendibilità tecnica” il cui unico limite è dato dall'inammissibilità di un controllo sostitutivo rispetto al potere discrezionale delle AAI²¹⁶.

Carbone, *Le Autorità indipendenti tra regolazione e giurisdizione*, in *Rassegna di diritto pubblico europeo*, n. 1-2, 2015, 393 ss.; M. Filice, *Il sindacato giurisdizionale sull'attività delle autorità indipendenti*, in *Giornale di diritto amministrativo*, n. 4, 2015, 559 ss.; F. Patroni Griffi, *Il sindacato del Giudice amministrativo sugli atti delle Autorità indipendenti*, in www.giustizia-amministrativa.it, 2017; C. Deodato, *Nuove riflessioni sull'intensità del sindacato del giudice amministrativo Il caso delle linee guida dell'ANAC*, in *Federalismi.it*, n. 2, 2017; C. Contessa, *Forme e metodi del sindacato giurisdizionale sugli atti delle Autorità indipendenti*, cit., 20 ss.; S. Napolitano, *La tutela giurisdizionale avverso i provvedimenti delle autorità amministrative indipendenti*, in *Gazzetta amministrativa*, n. 1, 2019, 159 ss.; M. Sanino, *La tutela giurisdizionale nei confronti degli atti delle Autorità indipendenti*, cit., 157 ss.; D. Vese, *Sul sindacato del giudice amministrativo sulle decisioni dell'AGCM. Pienezza della giurisdizione e tutela dei diritti*, in *Judicium.it*, 2019, 21 ss.; S. Torricelli, *Per un modello generale di sindacato sulle valutazioni tecniche: il curioso caso degli atti delle autorità indipendenti*, in *Diritto amministrativo*, n. 1, 2020, 97 ss.

²¹⁴ F. Zammartino, *Il modello molteplici*, cit., 154 ss.

²¹⁵ Il superamento giurisprudenziale della dicotomia fra sindacato “forte” e “debole” è avvenuto a partire dalla decisione del Consiglio di Stato, sez. VI, n. 926 del 2.3.2004, nella quale si è chiarito che «ciò che rileva non è [...] la qualificazione del controllo come “forte” o “debole”, ma l'esercizio di un sindacato tendente ad un modello comune a livello comunitario, in cui il principio di effettività della tutela giurisdizionale sia coniugato con la specificità di controversie, in cui è attribuito al giudice il compito non di esercitare un potere in materia antitrust, ma di verificare – senza alcuna limitazione – se il potere a tal fine attribuito all'Autorità antitrust sia stato correttamente esercitato» (29). Nella successiva sentenza n. 6469 del 17.12.2007, la medesima Sezione ha specificato che «con riferimento alle valutazioni tecniche, anche quando riferite ai c.d. “concetti giuridici indeterminati”, la tutela giurisdizionale, per essere effettiva, non può limitarsi ad un sindacato meramente estrinseco, ma deve consentire al giudice un controllo intrinseco, avvalendosi eventualmente anche di regole e conoscenze tecniche appartenenti alla medesima scienza specialistica applicata dall'amministrazione [...] Il sindacato del giudice amministrativo è quindi pieno e particolarmente penetrante e si estende sino al controllo dell'analisi (economica o di altro tipo) compiuta dall'Autorità, potendo sia rivalutare le scelte tecniche compiute da questa, sia applicare la corretta interpretazione dei concetti giuridici indeterminati alla fattispecie concreta in esame» (9). In termini analoghi cfr., *ex multis*, Cons. Stato, sez. IV, 4.4.2006, n. 1937; sez. VI, 20.2.2008, n. 597; 11.3.2012, n. 1192; 21.5.2013, n. 2722; 11.9.2014, n. 4629; 15.12.2014, n. 6154; 15.5.2015, n. 2479; 12.6.2015, n. 2888; 30.6.2016, n. 2947; 11.7.2016, n. 3047; 30.9.2016, n. 4048; 28.2.2017, n. 927. Sul tema, si vedano V. Cerulli Irelli, *Sul potere normativo delle Autorità amministrative indipendenti*, cit., 14; M. Sanino, *La tutela giurisdizionale nei confronti degli atti delle Autorità indipendenti*, cit., 168 ss.; F. Zammartino, *Il modello molteplici*, cit., 155 ss.

²¹⁶ Cfr. in particolare Cons. Stato, sez. VI, 23.9.2019, n. 6315, e 5.8.2019, n. 5559.

Peraltro, è opportuno segnalare come alcune recenti pronunce del Consiglio di Stato sembrino rivelare una linea di tendenza volta ad estendere ulteriormente l'intensità del sindacato sull'attendibilità tecnica, sino ad ammettere una tipologia di controllo che non si limiti a verificare la mera attendibilità in sé delle valutazioni tecniche delle AAI, ma le consideri in termini di maggiore o minore attendibilità rispetto alle valutazioni alternative prospettate dalle parti. Il c.d. sindacato "di maggiore attendibilità" consente pertanto, nell'ottica della *full jurisdiction*, di mettere in discussione anche una scelta tecnica intrinsecamente attendibile, quando essa risulti però "meno attendibile" rispetto ad altre astrattamente configurabili²¹⁷. Il sindacato "di maggiore attendibilità" sembra inoltre connotato da «un'attitudine espansiva» che ne consentirebbe l'applicazione «anche al di fuori della materia delle sanzioni amministrative a carattere punitivo», sino a ricomprendere ogni valutazione tecnica operata «nei diversi settori dell'amministrazione attiva»²¹⁸, anche di natura regolatoria.

Da sottolineare che la questione dell'intensità del controllo giurisdizionale sugli atti regolatori delle AAI è dibattuta diffusamente, seppure con toni e accenti diversi, nel contesto europeo. Evidentemente, una variabile non trascurabile è rappresentata dal sistema di giustizia amministrativa accolto nei diversi ordinamenti e, in particolare, dal modo in cui vengono configurati i limiti interni ed esterni della giurisdizione nei confronti dell'amministrazione²¹⁹. Senza dimenticare, tuttavia, che le sollecitazioni derivanti dai processi di integrazione sovranazionale, intesi con riferimento tanto al sistema imperniato sulla Convenzione europea dei diritti dell'uomo quanto all'UE, hanno progressivamente indotto una convergenza dei diversi ordinamenti verso un modello di giustizia amministrativa ormai europeo che aggrega oggi, pur con persistenti varianti, tutti gli ordinamenti dell'area, superando le originarie contrapposizioni che affondavano le radici

²¹⁷ Cfr. Cons. Stato, sez. VI, 15.9.2019, n. 4990, e 11.3.2021, n. 2081. In argomento si vedano M. Allena, *La full jurisdiction tra sindacato di "maggiore attendibilità" del giudice amministrativo e mito della separazione dei poteri*, in A. Carbone (cur.), *L'applicazione dell'art. 6 CEDU nel processo amministrativo dei Paesi europei*, Napoli, 2020, 19 ss.; G. Parodi, *Il sindacato di "maggiore attendibilità" nella recente giurisprudenza amministrativa in materia di farmaci*, in *Corti supreme e salute*, n. 2, 2021, 241 ss.; F. Scalfani, *Il sindacato giurisdizionale sui provvedimenti sanzionatori delle autorità indipendenti: l'attendibilità delle scelte tecniche tra legittimità e merito*, cit., 148 ss.

²¹⁸ G. Parodi, *Il sindacato di "maggiore attendibilità" nella recente giurisprudenza amministrativa in materia di farmaci*, cit., 256.

²¹⁹ Tema che esula dal perimetro delle presenti riflessioni. Per una panoramica sui modelli e sulle tendenze evolutive dei sistemi di giustizia amministrativa in Europa, A. von Bogdandy, P.M. Huber, L. Marcussen (hg.), *Verwaltungsgerichtsbarkeit in Europa: Institutionen und Verfahren, Handbuch Ius Publicum Europaeum*, VIII, Heidelberg, 2019. Sulla progressiva convergenza tra ordinamenti amministrativi nello spazio giuridico europeo, anche con riferimenti all'evoluzione della giustizia nella e sulla amministrazione: G. della Cananea, *Il nucleo comune dei diritti amministrativi in Europa*, Napoli, 2019; G. Napolitano, *Introduzione al diritto amministrativo comparato*, Bologna, 2020, spec. 299 ss. Per un'analisi relativa ai singoli ordinamenti, R. Scarciglia, *Diritto amministrativo comparato*, Torino, 2020, spec. 50 ss.

nella dicotomia riconducibile alle due grandi famiglie giuridiche del *common law* e del *civil law*²²⁰.

Con una certa approssimazione²²¹, la tendenza riscontrabile in proposito pare essere l'emersione di un modello di sindacato giurisdizionale sull'esercizio della discrezionalità tecnica a geometria variabile, che si caratterizza, quanto a intensità del controllo, come una «*sliding scale*»²²²: da un mero controllo di legittimità limitato ai profili formali, alla possibilità che il giudice si sostituisca all'amministrazione.

Rientra, per esempio, nella casistica collocabile nella prima parte della scala, accanto all'Italia, l'ordinamento spagnolo, ove si rileva, in generale, una certa deferenza rispetto alla discrezionalità tecnica degli organismi regolatori, essendo il sindacato normalmente limitato all'esame dei profili procedurali degli atti impugnati²²³. La circostanza può essere spiegata non solo con il carattere non specializzato dei giudici chiamati a decidere i ricorsi in materia²²⁴, ma soprattutto con il fatto che la diffusione degli organismi di regolazione indipendenti in Spagna non ha condotto a un ripensamento delle tecniche tradizionali di controllo giurisdizionale sulla pubblica amministrazione e, di conseguenza, i tribunali spagnoli hanno mantenuto una posizione di deferenza basata sulla natura tecnica delle decisioni²²⁵.

Controlli invece più estensivi si rinvencono nel contesto olandese, ove le autorità responsabili della concorrenza e delle comunicazioni elettroniche, la *Nederlandse Mededingingsautoriteit* (NMa) e l'*Onafhankelijke Post en Telecommunicatie Autoriteit* (OPTA), sono soggette a forme di controllo che vanno dalla semplice verifica, da parte del giudice, che l'obbligo di motivazione e le forme prescritte siano state rispettate, al più incisivo sindacato sulla verifica della corretta applicazione della legge²²⁶.

In ordine crescente di intensità del controllo si collocano, poi, i due ordinamenti usualmente indicati come prototipi di riferimento quanto a sistemi di diritto amministrativo: Francia e Regno Unito. Nell'ordinamento

²²⁰ S. Cassese, *Monismo e dualismo giudiziario. Storia e prospettive*, in *Rivista trimestrale di diritto pubblico*, n. 3, 2017, 591 ss.; M. D'Alberti, *Diritto amministrativo comparato*, Bologna, 2019, 18 ss.

²²¹ Inevitabilmente derivante dall'incrocio tra le persistenti peculiarità di ciascun sistema di giustizia amministrativa con le caratteristiche eterogenee del fenomeno delle AAI.

²²² S. Lavrijsen, M. de Visser, *Independent Administrative Authorities and the Standard of Judicial Review*, in *Utrecht Law Review*, vol. 2, n. 1, 2006, 112.

²²³ L.E. Mejía, *Judicial Review of Regulatory Decisions: Decoding the Contents of Appeals Against Agencies in Spain and the United Kingdom*, in *Regulation & Governance*, n. 15, 2020, spec. 773 ss.

²²⁴ Trattasi infatti, in primo grado, della *Sala de lo Contencioso-Administrativo de la Audiencia Nacional* e, in appello, della *Sala de lo Contencioso-Administrativo del Tribunal Supremo*, organi che hanno giurisdizione generale (cioè non specializzata) sul contenzioso amministrativo.

²²⁵ J. Solanes Mullor, *Administraciones independientes y estado regulador: el impacto de la Unión Europea en el derecho público español*, Dirección de Estudios Analisis y Publicaciones, Congreso de los Diputados, Madrid, 2016.

²²⁶ S. Lavrijsen, M. de Visser, *Independent Administrative Authorities and the Standard of Judicial Review*, cit., 114.

francese, per esempio, le decisioni della *Direction Générale de la Concurrence, de la Consommation et de la Répression des Fraudes (DGCCRF)* e del *Conseil de la Concurrence* (ora *Autorité de la concurrence*), possono essere soggette non solo al *recours en annulation*, ma anche al *recours en réformation*, ai quali corrisponde una piena cognizione da parte del giudice (*pouvoir de plein contentieux*) che, eccezionalmente, è la *Cour d'appel de Paris* o, in caso di ulteriore impugnazione, la *Cour de cassation* e non il giudice amministrativo²²⁷. Nel Regno Unito, in ossequio alla c.d. *judicial deference doctrine*, solitamente i tribunali non effettuano un sindacato sulla discrezionalità tecnica delle agenzie; d'altro canto, però, sono i giudici che valutano la sussistenza dei presupposti della competenza degli organismi regolatori, ovvero se l'atto da sindacare rientra effettivamente nella sfera della discrezionalità di questi ultimi²²⁸; senza contare, infine, che vi sono casi, come quelli relativi all'*Office of Fair Trading (OFT)* (ora *Competition and Markets Authority*) e all'*Office of Communication (OFCOM)*, in cui il controllo giurisdizionale è particolarmente pervasivo e giunge sino alla possibilità che il giudice sostituisca la decisione dell'autorità indipendente con la sua sentenza²²⁹.

Ragionando nella prospettiva della realizzazione di un modello di sindacato comune a livello europeo, il fulcro attorno al quale esso dovrebbe ruotare è dato dalle garanzie dell'equo processo di cui all'art. 6 della CEDU, che mira a raggiungere il giusto equilibrio tra il principio di separazione dei poteri (che si attegga, nel caso delle AAI, a riserva di discrezionalità tecnico-amministrativa) e le garanzie di effettività della tutela giurisdizionale. Tale

²²⁷ Il *Conseil d'État* continua invece ad occuparsi dei ricorsi avverso gli atti delle autorità di regolazione in materia bancaria, di mediazione, di tutela delle persone e delle libertà pubbliche. Tuttavia il riparto di giurisdizione è piuttosto complesso, basandosi sulla natura dei poteri esercitati dal regolatore. Nel caso citato dell'*Autorité de la concurrence*, sull'esercizio dei poteri sanzionatori di tipo repressivo si pronuncia il giudice civile, sull'esercizio di quelli regolamentari il *Conseil d'État*; nelle fattispecie controverse, la decisione sulla giurisdizione è demandata al *Tribunal des conflits*. Per una riflessione sull'opportunità di creare di un'unica giurisdizione speciale, *Office parlementaire d'évaluation de la législation, Rapport sur les autorités administratives indépendantes*, cit., 116 s. Sulla necessità di assicurare una tutela giurisdizionale effettiva contro gli atti delle AAI, a fronte di un riparto di giurisdizione non sempre chiaro, *Comité d'évaluation et de contrôle des politiques publiques, Les autorités administratives indépendantes*, Tome I, Paris, 2010, 57 ss.

²²⁸ Significative in tal senso le pronunce, con esiti opposti, della *England and Wales High Court* nei casi *Npower Direct Ltd v the Gas and Electricity Markets Authority and the Competition Markets Authority*, 2018 EWHC, 3576 e *R (on the application of Gwynt-y-Môr Offshore Wind Farm Ltd) v Gas and Electricity Markets Authority*, 2019, EWHC, 654; nonché la sentenza della *United Kingdom Supreme Court*, *R (on the application of Gallaher Group Ltd) v Competition & Markets Authority*, 2018, UKSC, 25, ove si specifica che le decisioni delle AAI possono essere impuginate solo qualora abbiano agito «*outside the constraints of lawfulness and rationality*».

²²⁹ Trattasi della c.d. *appellate jurisdiction (appellate proceeding)*, che riguarda i casi in cui il giudice può sostituirsi all'autorità che ha emanato l'atto impugnato entrando nel merito, a differenza della *supervisory jurisdiction (judicial review proceeding)* in cui, invece, deve limitarsi a un sindacato di legittimità e conseguente eventuale annullamento: P. Cane, *Administrative Law*, Oxford, 2011, 29 ss.

tipologia di controllo, qualora si configurassero giudici specializzati sul contenzioso in discussione²³⁰, potrebbe così estendersi sino all'attendibilità delle operazioni tecniche e alla correttezza dei criteri applicati, anche al di là del mero sindacato estrinseco delle valutazioni tecniche, facendo all'uopo ricorso a regole e conoscenze scientifiche appartenenti alle stesse discipline di volta in volta applicate dagli organismi indipendenti²³¹.

Al di fuori dell'ambito europeo, di particolare interesse l'esperienza degli Stati Uniti, luogo di origine del fenomeno delle autorità indipendenti. Essa assume una valenza per certi versi paradigmatica, ponendo in luce i principali profili del dibattito che intercorre fra diversi orientamenti in merito al sindacato delle corti sulla funzione normativa degli organismi indipendenti.

Negli Stati Uniti, la funzione normativa delle *authorities (rulemaking)* e quella diretta all'emanazione di provvedimenti individuali (*adjudication*) sono soggette ad una disciplina unitaria, pertanto i limiti del sindacato giurisdizionale non vengono di norma analizzati in relazione alla tipologia di attività espletata²³². Per molto tempo, le corti statunitensi hanno adottato un approccio di notevole deferenza verso gli atti emanati dalle *independent agencies*, svolgendo un controllo di minima intensità e limitato ai profili di illegittimità o di stretta ragionevolezza, senza mai sostituire il proprio giudizio a quello delle agenzie²³³.

L'approccio di *deference*, esemplificato dalla nota sentenza della Corte suprema sul caso *Chevron*²³⁴, presuppone che il legislatore abbia interamente delegato alle *authorities*, dotate di ampia indipendenza e specializzazione tecnica nelle materie di propria competenza, la decisione di tutti i casi compresi nelle materie rientranti nella loro sfera di azione²³⁵, cosicché le autorità si troverebbero sempre in una posizione privilegiata (e insindacabile), rispetto alle corti, con riferimento all'attività di interpretazione ed applicazione delle norme attributive dei poteri di *rulemaking*²³⁶.

La *deference* innalzava tuttavia un limite eccessivamente rigido e

²³⁰ Tema emergente dalle riflessioni della dottrina in diversi Paesi: S. Lavrijssen, M. de Visser, *Independent Administrative Authorities and the Standard of Judicial Review*, cit.; L.E. Mejía, *Judicial Review of Regulatory Decisions: Decoding the Contents of Appeals Against Agencies in Spain and the United Kingdom*, cit.; *Office parlementaire d'évaluation de la législation, Rapport sur les autorités administratives indépendantes*, cit.

²³¹ Cfr., in particolare, Cons. Stato, sez. VI, 12.6.2015, n. 2888. Sul punto, F. Zammartino, *Il modello molteplice*, cit., 156.

²³² V. De Falco, *Judicial Review and Independent Authorities Rulemaking. L'America alla ricerca di un nuovo equilibrio nella separazione dei poteri*, in *DPCE Online*, n. 2, 2021, 630.

²³³ V. De Falco, *op. cit.*, 632.

²³⁴ *Chevron U.S.A., Inc. v. Natural Res. Def. Council*, 467 U.S. 837, 842-43 (1984).

²³⁵ R. Chieppa, *Il differente controllo del Giudice amministrativo sulle attività di regolazione e giurisdizionali delle Autorità amministrative indipendenti*, in Aa.Vv., *Il controllo del giudice amministrativo sulla discrezionalità tecnica e, in particolare, sugli atti delle Autorità indipendenti. VII Colloquio italo-spagnolo*, Milano, 2009, 64.

²³⁶ V. De Falco, *op. cit.*, 633.

ristretto al controllo giurisdizionale sulle funzioni di *rulemaking* svolte dalle *agencies*, per cui parte della dottrina statunitense ha progressivamente proposto di superare questa impostazione a favore del c.d. *hard look review*, che ammette il sindacato delle corti sul rispetto delle garanzie di regolarità procedurale da parte delle autorità indipendenti e persino – nelle sue formulazioni più innovatrici – sulla correttezza e condivisibilità delle scelte discrezionali operate da queste ultime, ivi comprese le valutazioni fondate sull'analisi costi-benefici²³⁷.

Ad oggi, come è stato notato, manca sia un impianto teorico unitario, sia una tendenza interpretativa condivisa in ordine all'esatta perimetrazione ed intensità del *judicial review* sugli atti normativi delle autorità indipendenti, il che determina continue oscillazioni giurisprudenziali e persino l'emanazione di decisioni contraddittorie in presenza della medesima legge attributiva dei poteri di *rulemaking*²³⁸. Negli ultimi anni, alcuni interventi legislativi settoriali sugli *statutes* riguardanti specifiche amministrazioni indipendenti hanno incrementato i criteri e i parametri da osservare nell'emanazione di atti normativi, con particolare attenzione all'analisi d'impatto della regolazione, estendendo correlativamente i margini del sindacato giurisdizionale sulla correttezza, efficacia ed efficienza delle soluzioni normative prescelte dalle *agencies*. Tuttavia, l'adozione di una disciplina generale in materia ancora manca e l'influenza del *deferential review*, ancorché negli ultimi anni si sia progressivamente affievolita, condiziona ancora le proposte di riforma legislativa e l'attività delle corti²³⁹.

In questo scenario non va inoltre sottovalutato l'impatto delle regole sul *rulemaking* enucleate dallo stesso potere giudiziario, spesso in contrasto con l'*Administrative Procedure Act* del 1946, fonte primaria che disciplina i procedimenti innanzi alle *agencies* federali e il relativo *judicial review*²⁴⁰. Le *judicial rules*, specie negli ultimi anni e in concomitanza con un'atrofizzazione della produzione legislativa del Congresso, hanno avuto l'effetto complessivo di rendere l'attività di regolazione delle *agencies* più difficile, incoraggiando parallelamente l'intervento diretto del Presidente degli Stati Uniti in ambiti di competenza delle *agencies*, con esiti che in dottrina sono stati letti come incentivanti l'autoritarismo²⁴¹.

²³⁷ V. De Falco, *op. cit.*, 635.

²³⁸ V. De Falco, *op. cit.*, 637 ss.

²³⁹ V. De Falco, *op. cit.*, 641 ss. Sul tentativo di ridimensionamento del ruolo delle *agencies*, G. Romeo, N. Palazzo, *Who Fears the Big Government? A Coordinated Attempt to Downsize Federal Agencies' Power in the United States*, in *Global Jurist*, 2018, 1 ss.

²⁴⁰ Anche se alcuni considerano positivamente gli interventi del Giudiziario, al fine di aggiornare un testo normativo datato e che il Congresso non riesce a riformare per ragioni collegate alle maggioranze politiche contingenti: G.E. Metzger, *Ordinary Administrative Law as Constitutional Common Law*, in *Columbia Law Review*, 2010, 479 ss.

²⁴¹ E, quindi, con esiti molto distanti dalla funzione di legittimazione delle *agencies*, che il *judicial review* dovrebbe avere. Su tali vicende, K.E. Kovacs, *Fomenting Authoritarianism Through Rules About Rulemaking*, in J.N.E. Varuhas, S. Wilson Stark (ed.), *The Frontiers of Public Law*, Oxford,

A fronte dell'instabile panorama statunitense, sarà interessante verificare se, nello spazio giuridico europeo, la *cross-fertilization* già in atto tra gli standard di *judicial review* adottati dai giudici nazionali e quelli europei²⁴², condurrà a una più rapida ed efficace omogenizzazione dei caratteri del sindacato giurisdizionale e, quindi, a una più chiara definizione della legittimazione tecnica nella produzione normativa delle autorità di regolazione.

4. Il progresso scientifico e tecnologico, ovvero il costituzionalismo oltre lo Stato: la tecnica come concorrente o sostituto della politica

Il terzo ambito di interazione tra politica e tecnica è quello in cui il ricorso ai tradizionali schemi di legittimazione e produzione delle norme, imperniati sul circuito rappresentanza-responsabilità politica, dimostra i limiti più evidenti. Come anticipato in premessa, l'elaborazione dottrinale e giurisprudenziale procede ancora oggi, su questo terreno, più per analisi settoriali che sulla base di ricostruzioni sistematiche. La circostanza non stupisce se si considera che il tema coinvolge diversi piani di indagine, che vanno oltre il discorso sul sistema delle fonti classicamente inteso conducendo, in ultima istanza, alla questione del costituzionalismo oltre lo Stato, ovvero coinvolgente – con diversi gradi di intensità – problemi che si collocano al di fuori dei confini statali (il c.d. diritto transnazionale) e, contemporaneamente, dentro il perimetro statale ma al di fuori della sfera pubblica istituzionalizzata (l'autoregolamentazione privata)²⁴³.

Nel variegato panorama riconducibile a questo ambito, risulta interessante enucleare degli esempi in cui la riflessione giuridica ha raggiunto, anche in prospettiva comparata, una certa sedimentazione perlomeno nella fissazione di alcuni profili di diagnosi, impregiudicata la varietà delle chiavi di lettura utilizzate e delle ipotesi ricostruttive proposte.

4.1. Le norme tecniche

Le norme tecniche strettamente intese sono prodotte da soggetti regolatori privati²⁴⁴ a ciò legittimati dalle istituzioni europee e nazionali, hanno natura

2019, 429 ss.

²⁴² «*There is convergence in the standard of review across Member States, and at Member State and Community level... This convergence can result in cross-fertilization between the Member State and the Community level in this respect. Trends in judicial control at national level can be used by the Community Courts as inspiration in further developing the standard of review to be used when reviewing Commission decisions in the area of competition law. In turn, the case law of the Community Courts can be, and is, cited in national courts as support for more intense judicial review of decisions by national administrative authorities*»: S. Lavrijssen, M. de Visser, *Independent Administrative Authorities and the Standard of Judicial Review*, cit., 134 s., anche per concrete esemplificazioni.

²⁴³ G. Teubner, *Verfassungsfragmente: Gesellschaftlicher Konstitutionalismus in der Globalisierung*, Berlin, 2012, trad. it., *Nuovi conflitti costituzionali. Norme fondamentali dei regimi transnazionali*, Milano, 2012, 4.

²⁴⁴ In ciò distinguendosi dalle manifestazioni del potere regolatorio pubblico di cui si è trattato

consensuale e volontaria ma perdono tale carattere allorché siano oggetto di incorporazione o di rinvio a opera di una fonte normativa.

Proprio per il fatto di recare una regolazione tecnica e, quindi, universale poiché fondata sui risultati della scienza e delle sue applicazioni, esse hanno in genere un'efficacia transnazionale. Questa, d'altro canto, la ragione per cui a esse si è fatto ricorso al fine di uniformare la disciplina di diversi settori rilevanti per gli operatori economici, specie all'interno dello spazio europeo ma non solo, tramite organismi di normalizzazione.

Considerando il contesto europeo, già antecedentemente all'intensa opera di normalizzazione intrapresa a livello comunitario dalla prima metà degli anni Ottanta, si riscontra uno sviluppo significativo della produzione normativa tecnica da parte di soggetti privati in diversi Stati membri (in particolare, in Francia, Germania e Gran Bretagna), sin dall'inizio del Novecento.

Da un punto di vista cronologico, si ricorda innanzitutto la *British Standard Institution*, costituitasi già nel 1901 con il nome di *Engineering Standards Committee*, come associazione di diritto privato che, nel corso del tempo, ha ottenuto il riconoscimento di una personalità giuridica indipendente²⁴⁵ e ha acquisito un ruolo di sempre maggiore rilievo sul piano interno e internazionale²⁴⁶.

La *BSI* ha il compito di elaborare le norme tecniche nazionali e di partecipare agli enti europei e internazionali di normalizzazione. Più in particolare, per norma tecnica, secondo la definizione datane dalla stessa *BIS*, si intende «il documento elaborato in maniera consensuale e approvato da un organismo riconosciuto a livello ufficiale che individua, per uso ripetuto e generalizzato, regole, linee guida o determinate caratteristiche per disciplinare lo svolgimento di attività o il prodotto di esse»²⁴⁷.

supra, sub par. 3. Sui rapporti tra normazione tecnica e regolazione, N. Greco, *Consistenza, articolazione ed ambiguità della "regolazione"*, cit., spec. 13 ss.

²⁴⁵ Con la *Royal Charter* del 1929 – provvedimento del monarca emesso su parere del *Privy Council* – con la quale sono stati altresì definiti gli obiettivi, i poteri e le regole di *governance* e di finanziamenti (questi ultimi aspetti sono stati definiti nelle *Bye-Laws* allegata alla Carta). Sono state successivamente adottate varie *Supplemental Charters*, nel 1931, 1968 e 1974, e, infine, una nuova *Royal Charter* nel 1981, a sua volta emendata nel 1989, 1992, 1994, 1998 e 2008 (www.bsigroup.com/Documents/about-bsi/royal-charter/bsi-royal-charter-and-bye-laws.pdf). Tali interventi hanno introdotto modifiche che riflettono la crescente importanza dei compiti svolti dalla *BSI* a livello nazionale e internazionale.

²⁴⁶ Sono state infatti successivamente adottate varie *Supplemental Charters*, nel 1931, 1968 e 1974 e, infine, una nuova *Royal Charter* nel 1981, a sua volta emendata nel 1989, 1992, 1994, 1998 e 2008 (www.bsigroup.com/Documents/about-bsi/royal-charter/bsi-royal-charter-and-bye-laws.pdf).

²⁴⁷ Cfr. www.bsi-global.com. Più specificamente, la *BSI* ha il compito di: coordinare gli interventi per migliorare, standardizzare e semplificare i materiali, i prodotti e i processi, come pure per semplificarne la produzione e la distribuzione e per migliorare, standardizzare e semplificare i sistemi di *management*, sicurezza, tecnologia, servizi e ambiente e per eliminare lo spreco di tempo e materiali nella produzione di prodotti destinati allo stesso utilizzo pratico; ha altresì i compiti di redigere, vendere e fornire standard di qualità per beni, servizi e sistemi di *management* e di preparare e promuovere l'adozione in via generalizzata degli standard

Sono membri della *BSI* tutte le persone fisiche, società di persone o di capitali, Comuni, gestori di pubblici servizi, associazioni, organizzazioni scientifiche, professionali o commerciali, dipartimenti del Governo o enti pubblici accettati come *Subscribing Members* o designati quali membri di comitati tecnici²⁴⁸: il *Board* – designato dall’assemblea generale dei soci – ha il compito di governare l’ente²⁴⁹ e, per quel che qui più interessa, di nominare anche i comitati tecnici che poi procedono alla redazione delle norme tecniche secondo i criteri che ritengono maggiormente opportuni, specificandosi tuttavia che tali comitati devono essere rappresentativi degli interessi dei consumatori, dei produttori, dei dipartimenti governativi e degli altri soggetti interessati dal loro lavoro²⁵⁰.

Il provvedimento, tuttavia, nulla dice sulla natura giuridica delle norme adottate dalla *BSI*, con la conseguenza che esse non hanno di per sé efficacia vincolante, salvo che vengano poi recepite da appositi atti normativi – come si dirà oltre – o vengano incluse in clausole contrattuali, idonee a fondare una responsabilità dei contraenti secondo le regole generali dell’ordinamento considerato. È evidente che, in questi casi, il confine tra la produzione normativa tecnica vincolante e quella consensuale diventa molto labile, a differenza di quanto accade, invece, nei casi in cui le norme tecniche siano contenute in fonti primarie o in fonti secondarie dell’Esecutivo (a ciò delegato dal Parlamento)²⁵¹ o siano adottate dalle autorità amministrative indipendenti in atti di natura regolamentare o siano contenute in codici di autoregolamentazione, che normalmente hanno forza di legge e alla cui stesura concorrono tutte le parti interessate²⁵².

Anche in Germania l’esigenza di una normalizzazione tecnica è stata avvertita sin dall’inizio del Novecento²⁵³. Il più importante ente istituito con tale finalità, il *Deutsches Institut für Normung (DIN)* – originariamente denominato *Normenausschuss der deutschen Industrie (NADI)* – è nato infatti nel 1917, pure in questo caso quale associazione di diritto privato tra persone giuridiche, senza scopo di lucro²⁵⁴, natura che mantiene tuttora²⁵⁵.

britannici e internazionali, definendo le tempistiche periodiche di revisione degli stessi (art. 3 *Royal Charter*).

²⁴⁸ Art. 5 *Royal Charter* 1981.

²⁴⁹ Art. 6 *Royal Charter* 1981 e artt. 8 ss. delle *Bye-Laws*.

²⁵⁰ Artt. 23 ss. *Bye-Laws*, part. art. 26.

²⁵¹ Nelle forme della *delegated* o della *subdelegated legislation*: M. D’Alberti, *Diritto amministrativo comparato*, cit., 92.

²⁵² Quello delle norme tecniche è infatti uno dei settori nei quali l’ordinamento britannico prevede procedure di consultazione degli interessati nel processo di *rulemaking*, lasciando alle autorità competenti piena discrezionalità nel decidere chi sentire: M. D’Alberti, *op. ult. cit.*, 90.

²⁵³ Anzi, da prima ancora, poiché già nella seconda metà dell’Ottocento si erano costituite associazioni settoriali per l’elaborazione di standard tecnici: come il *VDI (Verein Deutscher Ingenieure)*, il *VDE (Verband Deutscher Elektrotechniker)*, il *DVGW (Deutscher Verein des Gas- und Wasserfaches)*: A. Zei, *Tecnica e diritto tra pubblico e privato*, Milano, 2008, 33.

²⁵⁴ F. Salmoni, *Le norme tecniche*, cit., 283.

²⁵⁵ I riferimenti sulla struttura organizzativa attuale sono tratti dal sito dell’ente:

Nel 1975, mediante un accordo di diritto pubblico²⁵⁶, si è definito un rapporto di più stretta collaborazione tra *DIN* e amministrazione pubblica nella regolamentazione tecnica: il *DIN* è stato riconosciuto quale ente di normazione nazionale e gli è stato attribuito il compito di elaborare le norme tecniche generalmente riconosciute e di rappresentare la Repubblica federale tedesca nei lavori di standardizzazione a livello internazionale, tenendo presenti gli obiettivi della sicurezza tecnica, della tutela della salute, dell'ambiente, dei consumatori, dell'economia e del mercato del lavoro, nonché quelli, più generali, di sviluppo e umanizzazione della tecnica. Ciò nonostante, si esclude che tale riconoscimento abbia natura concessoria e comporti il conferimento di poteri pubblici all'ente²⁵⁷. Da qui la necessità di una loro incorporazione in un testo normativo (o contrattuale) oppure di un rinvio. A quest'ultimo riguardo è interessante notare che la dottrina tedesca tende perlopiù a limitare tale ipotesi a quella del rinvio fisso, poiché solo in questo modo il legislatore potrebbe assumersi la responsabilità del contenuto a cui rinvia (che deve quindi essere conosciuto e puntualmente indicato)²⁵⁸.

Corrispettivamente, il contratto impone alcuni obblighi a livello di governo dell'ente e di procedimento decisionale. In particolare, prevede specificamente l'inclusione di rappresentanti del Governo federale, dei *Länder* e dei Comuni nel consiglio di amministrazione e il diritto delle autorità pubbliche interessate a partecipare ai lavori dei comitati tecnici e a presentare pareri sui progetti di norme tecniche. La disciplina della partecipazione di altri soggetti viene invece demandata al regolamento interno, pur affermandosi che deve essere garantita la partecipazione di tutte le parti interessate, compresi i consumatori, le agenzie governative, le università, i laboratori di ricerca, le assicurazioni, gli esperti indipendenti e gli scienziati, compatibilmente con le esigenze di equilibrata composizione degli organi e con le peculiarità di ciascun settore²⁵⁹.

La struttura organizzativa attuale comprende un Comitato di presidenza (*Präsidium*) e un Comitato esecutivo (*Vorstand*). Il primo è responsabile della politica di standardizzazione ed assume le decisioni di natura finanziaria (comprese le quote dovute dai soci), istituisce e scioglie i

www.din.de/en/din-and-our-partners/din-e-v/organization.

²⁵⁶ *Vertrag zwischen der Bundesrepublik Deutschland, vertreten durch des Bundesminister für Wirtschaft, und den DIN Deutsches Institut für Normung e. V., vertreten durch dessen Präsidenten*, del 5 giugno 1975.

²⁵⁷ A. Zei, *Tecnica e diritto tra pubblico e privato*, cit., 36 ss. Questo porta coerentemente a escludere la natura vincolante degli standard tecnici elaborati dal *DIN*, se non recepiti in specifiche fonti giuridiche o a livello contrattuale, come peraltro chiaramente ribadito dallo stesso Ente nella sezione *Standards and the Law* del proprio sito istituzionale: www.din.de/en/about-standards/standards-and-the-law.

²⁵⁸ Mentre non potrebbe fare altrettanto nel caso del rinvio mobile, con il quale demanderebbe la relativa responsabilità al *DIN*, soggetto estraneo al circuito democratico-rappresentativo: F. Salmoni, *op. cit.*, 284 s. e riferimenti ivi citati.

²⁵⁹ A. Zei, *Tecnica e diritto tra pubblico e privato*, cit., 40 ss.

comitati che stabiliscono gli standard, ne stabilisce l'area tecnica di competenza e dirime le differenze di opinione tra i diversi comitati. Il secondo è responsabile della conduzione degli affari del *DIN* in relazione agli aspetti tecnici, organizzativi e commerciali: da esso dipendono le commissioni che coordinano le attività all'interno di una specifica area di standardizzazione²⁶⁰ e intrattengono rapporti con altre organizzazioni. Anche nel caso tedesco il procedimento di adozione delle norme tecniche è basato sulla partecipazione degli interessati²⁶¹ e segue alcuni principi della standardizzazione enunciati dal *DIN*, che riguardano sia i canoni da rispettare nel procedimento, sia gli obiettivi qualitativi della standardizzazione²⁶².

Una strada parzialmente diversa ha seguito l'esperienza francese: in questo caso, infatti, l'*Association française de normalisation (AFNOR)* è bensì sorta come associazione nel 1926 e di essa preserva ancora le caratteristiche strutturali (base associativa, elezione degli organi di vertice da parte degli associati, autonomia della disciplina interna), ma sin dagli anni Quaranta è stata dichiarata ente di pubblica utilità, ricondotto sotto il controllo del Ministero dell'industria mediante l'operato di un delegato del Ministro che svolge anche la funzione di Commissario governativo presso l'ente²⁶³. All'*AFNOR* è stato affidato formalmente il compito di svolgere nell'interesse pubblico l'attività di normalizzazione, consistente nel fornire documenti di riferimento elaborati in maniera consensuale da tutte le parti interessate, a proposito di regole, caratteristiche, raccomandazioni o esempi di buone

²⁶⁰ Come ad esempio: strutture e infrastrutture; industria e tecnologie dell'informazione; ambiente; gestione del processo produttivo.

²⁶¹ F. Salmoni, *Le norme tecniche*, cit., 284.

²⁶² I principi a cui si informa la standardizzazione sono i seguenti: natura volontaria (della partecipazione nel procedimento e dell'applicazione delle norme); apertura delle proposte ai commenti e alle obiezioni degli interessati; ampia partecipazione degli esperti esterni e dei rappresentanti degli *stakeholders* nel procedimento decisionale; *consensus* come regola decisionale, quale esito del bilanciamento equilibrato di tutti gli interessi in gioco; uniformità e coerenza delle regole, garantite dal fatto che gli standard *DIN* coprono tutte le discipline tecniche; rilievo tecnico, che impone di considerare non solo la praticabilità dello standard ma anche la sua accettabilità dal punto di vista del benessere sociale; stato dell'arte, ossia il continuo aggiornamento sulla base delle nuove conoscenze tecniche; rilievo di mercato, secondo cui uno standard deve essere adottato soltanto quando è strettamente necessario, poiché la standardizzazione non è un obiettivo in sé; beneficio per la società, ovvero l'obbligo di tenere in considerazione le esigenze della società nel suo complesso; rilievo internazionale, cioè l'obiettivo di eliminare le barriere tecniche al libero commercio globale e all'interno del mercato unico europeo; rispetto della legislazione *antitrust* nell'adozione delle norme tecniche; alto grado di accettazione, grazie al coinvolgimento degli interessati nel procedimento di adozione e al principio del *consensus*, non solo da parte delle industrie e dello Stato, ma anche dei consumatori; legittimazione democratica, garantita dall'apertura al pubblico del processi di commento e mediazione sulle norme tecniche (www.din.de/en/about-standards/din-standards/principles-of-standards-work).

²⁶³ Si tratta del *Décret du 5 mars 1943 portant reconnaissance d'utilité publique de l'Association française de normalisation*. Va ricordato che era stata da poco approvata la *loi n° 41-1987 du 24 mai 1941 relative à la normalisation*, tuttora vigente.

pratiche, relativi a prodotti, servizi, metodi, processi od organizzazioni²⁶⁴. Le deliberazioni del consiglio di amministrazione dell'associazione, aventi ad oggetto l'omologazione delle norme tecniche, costituiscono quindi veri e propri provvedimenti amministrativi²⁶⁵, pur riferendosi a norme di applicazione volontaria²⁶⁶. In questo ordinamento, dunque, la distanza dalle regole tecniche con forza vincolante, adottate dal potere pubblico, è attenuata e, nella pratica, tende a rilevare soprattutto per quanto concerne l'individuazione del giudice competente a sindacarle²⁶⁷.

Il procedimento di normalizzazione è da tempo regolato da normativa secondaria, attualmente dal *Décret n° 2009-697 du 16 juin 2009 relatif à la normalisation*²⁶⁸. L'elaborazione dei progetti di norme è affidata a degli uffici di normalizzazione settoriali (*bureaux de normalisation*), a ciò autorizzati dal delegato del Ministro per un periodo di tre anni, previa valutazione delle loro attività²⁶⁹ e sulla base di una specifica convenzione con l'*AFNOR*, a sua volta oggetto di approvazione da parte del delegato del Ministro²⁷⁰.

Anche nel sistema francese il momento partecipativo costituisce un elemento essenziale del procedimento decisionale dell'ente di standardizzazione tecnica, in quanto il decreto impone che l'omologazione di una norma debba essere preceduta da una consultazione aperta, debitamente pubblicizzata, consistente nella messa a disposizione gratuita del progetto sul sito dell'*AFNOR* per almeno quindici giorni, per permettere a tutte le parti interessate di presentare le loro osservazioni²⁷¹. La posizione del Governo viene invece espressa dal delegato del Ministro, che può opporsi alla proposta nel termine di un mese²⁷².

²⁶⁴ È l'elaborata definizione attualmente fornita dall'art. 1 *Décret n° 2009-697*.

²⁶⁵ F. Salmoni, *Le norme tecniche*, cit., 286. La marcata integrazione tra *AFNOR* e pubblica amministrazione viene completata, tra l'altro, dal potere di opposizione alla dichiarazione di omologazione riconosciuto al delegato del Ministro; dal potere dello stesso Ministro, per converso, di rendere vincolante la norma tecnica con proprio decreto, ove sussistano particolari ragioni di interesse pubblico (ordine pubblico, sicurezza pubblica, protezione della salute, della vita delle persone, ecc.); dalla pubblicazione della lista delle norme tecniche omologate sul *Journal Officiel* della Repubblica francese: L. Montanari, *I poteri normativi degli organismi tecnico-scientifici*, in G. Comandè, G. Ponzanelli (cur.), *Scienza e diritto nel prisma del diritto comparato*, cit., 456.

²⁶⁶ La natura volontaria delle norme, dapprima derivabile in via interpretativa, a contrario, dalla facoltà riconosciuta al Ministro di renderle vincolanti (L. Montanari, *I poteri normativi degli organismi tecnico-scientifici*, loc. ult. cit.), è ora espressamente affermata dall'art. 17, *Décret n° 2009-697*.

²⁶⁷ F. Salmoni, *op. cit.*, 290 e riferimenti ivi citati.

²⁶⁸ In precedenza, si ricorda il *Décret n° 84-74 du 26 janvier 1984*, successivamente più volte modificato nel 1990, 1991 e 1993.

²⁶⁹ Art. 12 *Décret n° 2009-697*.

²⁷⁰ Art. 13 *Décret n° 2009-697*.

²⁷¹ Art. 15, *Décret n° 2009-697*.

²⁷² Art. 16 *Décret n° 2009-697*. Le ragioni dell'opposizione, oltre al mancato utilizzo della lingua francese, possono risiedere nella contrarietà delle norme a disposizioni legislative o regolamentari oppure agli orientamenti della politica francese sulle norme (art. 10).

Gli esempi sinora considerati, seppur non esaustivi di tutti i modelli che si possono ritrovare nelle singole esperienze nazionali, permettono almeno di evidenziare alcune tendenze di fondo. Prima di tutto, ci si trova di fronte a enti di natura privatistica: essa si ricollega alla loro genesi storica – nascono come meccanismi di autoregolazione nel settore industriale – ma non appare superata nemmeno quando il regolatore pubblico si avvede della rilevanza generale dell'attività svolta da tali enti, dal momento che lo stesso preferisce intervenire introducendo forme di raccordo con la pubblica amministrazione o disciplinandone il procedimento decisionale, piuttosto che incidendo sulla loro natura²⁷³.

Al contempo, il delicato problema della legittimazione di norme prodotte da enti privati viene risolto mediante la ricerca di un equilibrio tra carattere non vincolante (seppur fortemente persuasivo) degli standard prescritti, elevata specializzazione tecnica degli organismi incaricati di predisporre i testi normativi e il coinvolgimento di tutti i soggetti interessati nell'adozione della norma²⁷⁴. La specializzazione si rispecchia nell'inserimento, nei vari organismi, di esperti del settore oggetto di normalizzazione e nel numero assai elevato degli stessi, funzionale a una più precisa individuazione delle peculiari esigenze di ciascun ambito. Il coinvolgimento degli interessati avviene sia a livello di composizione degli organismi (che spesso includono anche rappresentanti delle categorie produttive e dei consumatori), sia tramite la struttura pubblica e aperta del procedimento, che permette di raccogliere osservazioni e critiche provenienti da un'ampia platea di soggetti.

La produzione di norme tecniche non si ferma, ovviamente, al livello nazionale, ma avviene anche a livello internazionale ed europeo, in maniera forse ancor più pregnante ed incisiva, riproducendo tendenzialmente le medesime dinamiche che si riscontrano a livello nazionale. La più importante organizzazione internazionale in materia è l'*International Organization for Standardization (ISO)*, che raccoglie attualmente 165 soggetti nazionali. Strutturalmente, quindi, l'*ISO* – al pari degli enti nazionali sopra considerati – è un'associazione, con la differenza che in questo caso i membri sono proprio gli enti nazionali di normalizzazione²⁷⁵. Anche le norme approvate dall'*ISO* hanno natura volontaria, come quelle nazionali, costituendo mere raccomandazioni per i membri, «*each member remaining free either to follow or not to follow them*»²⁷⁶.

Per quanto riguarda la *governance*, organi dell'*ISO* sono l'Assemblea generale, il Consiglio, il Consiglio di gestione tecnica (*Technical Management Board, TMB*), i Comitati tecnici e il Segretariato generale. Limitandosi agli aspetti essenziali, il principale organo deliberativo dell'*ISO* è l'Assemblea

²⁷³ L. Montanari, *I poteri normativi degli organismi tecnico-scientifici*, cit., 458 ss.

²⁷⁴ L. Montanari, *op. ult. cit.*, 464.

²⁷⁵ Più precisamente, l'art. 3.1.1. dello Statuto dell'*ISO* ammette al massimo un ente per ciascun Paese, ossia quello maggiormente rappresentativo.

²⁷⁶ Art. 4.2 Statuto *ISO*.

generale, la quale approva la pianificazione delle attività e nomina il Consiglio²⁷⁷. La vera e propria attività tecnica di normalizzazione è tuttavia svolta dagli (attuali) 255 comitati tecnici, sotto la supervisione del Consiglio di gestione tecnica, il quale è nominato dal (e risponde al) Consiglio: ogni organismo nazionale, ogni comitato tecnico, e persino organizzazioni estranee all'ISO possono dare impulso al procedimento di normalizzazione di un determinato settore, e ogni organismo nazionale interessato al settore ha diritto di essere rappresentato all'interno del comitato tecnico che se ne occupa²⁷⁸. La procedura di elaborazione delle norme internazionali è minuziosamente disciplinata da una direttiva di autoregolamentazione approvata dal Consiglio²⁷⁹, che indica una serie di fasi prestabilite da attraversare per passare dall'impulso iniziale alla pubblicazione della norma²⁸⁰. Fra di esse, centrale appare la "fase comitato", all'interno della quale sono prese in considerazione le osservazioni degli organismi nazionali al fine di raggiungere il *consensus* sul contenuto tecnico²⁸¹: è interessante che la stessa direttiva si impegni a offrire una definizione del *consensus* come «accordo generale caratterizzato dall'assenza di opposizione ferma (*sustained opposition*) rispetto ad aspetti essenziali dell'argomento proveniente da una parte importante degli interessati e da un processo di ricerca della considerazione delle visioni di tutte le parti interessate e di avvicinamento delle eventuali posizioni divergenti», specificando pure che «il consenso non implica necessariamente l'unanimità»²⁸².

Anche a livello internazionale, dunque, l'azione degli organismi di normalizzazione è indirizzata alla ricerca di un punto di equilibrio tra tutte le esigenze in gioco, che favorisca l'effettiva applicazione delle norme internazionali da parte degli organismi nazionali e, soprattutto, degli operatori economici²⁸³, con gli obiettivi ultimi «di facilitare gli scambi di

²⁷⁷ Art. 6 Statuto ISO.

²⁷⁸ Artt. 13 e 14 Statuto ISO.

²⁷⁹ *ISO/IEC Directives, Part 1— Consolidated ISO Supplement — Procedures for the technical work – Procedures specific to ISO*, dodicesima edizione (2021); *ISO/IEC Directives, Part 2 – Principles and rules for the structure and drafting of ISO and IEC documents*, nona edizione (2021).

²⁸⁰ *ISO/IEC Directives, Part 1*, cit., 21 ss.: fase preliminare, fase proposta, fase preparazione, fase comitato, fase consultazione, fase approvazione, fase pubblicazione.

²⁸¹ *ISO/IEC Directives, Part 1*, cit., punto 2.5.1.

²⁸² *ISO/IEC Directives, Part 1*, cit., punto 2.5.6. Si noti che, per l'approvazione finale della norma internazionale, è richiesto il raggiungimento della maggioranza dei due terzi dei voti dei membri del comitato tecnico e che il numero dei voti negativi non superi un quarto dei voti espressi (punto 2.7.3).

²⁸³ Ci si muove quindi prevalentemente all'interno di schemi di natura volontaria e di matrice privatistica, confermando la tendenza, da più parti rilevata, secondo la quale l'espansione del diritto transnazionale si accompagna allo «spostamento del punto di equilibrio tra diritto pubblico e diritto privato, nel senso di una crescente importanza del secondo anche nella produzione di modelli di comportamento»: P. Passaglia, *L'impatto delle dinamiche transnazionali sui sistemi normativi. Considerazioni introduttive*, in P. Passaglia, R. Tarchi (cur.), *L'impatto delle dinamiche transnazionali sui sistemi normativi*, in *Osservatorio sulle fonti*, Speciale,

merci e le prestazioni di servizi a livello internazionale, di migliorare la gestione dei processi aziendali, di supportare la diffusione delle migliori pratiche sociali e ambientali e di sviluppare la cooperazione nelle sfere dell'attività intellettuale, scientifica, tecnologica ed economica»²⁸⁴.

Leggendo tali obiettivi, ricollegati al processo di normalizzazione, si può ben comprendere come lo stesso sia stato da tempo individuato come un ambito strategico anche da parte dell'UE. Sin dalla fondamentale decisione della Corte di Giustizia *Cassis de Dijon*²⁸⁵, si è affermato il principio del mutuo riconoscimento, che impone di ammettere sul mercato di ogni Stato membro tutti i prodotti legalmente fabbricati e commercializzati in un altro Stato membro, a meno che non si ravvisino esigenze imperative nell'interesse generale. Ai fini della creazione di un autentico mercato unico, però, la c.d. integrazione negativa, basata sull'eliminazione delle barriere al commercio fra Stati membri, non appariva sufficiente: occorre favorire la ricerca di soluzioni di uniformazione delle specifiche tecniche dei prodotti, superando così la necessità di una verifica giurisprudenziale caso per caso²⁸⁶.

Si può al proposito ricordare la creazione del Comitato Europeo per la Normalizzazione (CEN) nel 1961, che – similmente all'*ISO* – è un'associazione degli organismi nazionali di 34 Paesi europei, anche diversi dagli Stati membri (Serbia, Macedonia, Turchia e Paesi dell'EFTA: Islanda, Norvegia e Svizzera). Ancora, su questa linea si ponevano la Direttiva n. 66/683, volta a eliminare gli ostacoli tecnici alla circolazione delle merci, e la risoluzione del Consiglio del 28 maggio 1969, che introduceva in capo agli Stati un obbligo di *stand still*, laddove fosse in corso di studio a livello europeo l'introduzione di norme tecniche comuni in un determinato settore²⁸⁷. L'evoluzione della normativa europea – sino alla Direttiva n. 98/34²⁸⁸, tuttora vigente e al Regolamento n. 1052/2012²⁸⁹ – ha poi portato all'introduzione di obblighi di informazione sempre più stringenti nei confronti degli Stati membri (e degli organismi nazionali di normalizzazione) in relazione alle materie sulle quali i medesimi decidono di stabilire una norma o di modificarla, salvi i casi di mero

n. 1, 2012, 238.

²⁸⁴ Art. 2, Statuto *ISO*.

²⁸⁵ Sent. 20 febbraio 1979, 120/78.

²⁸⁶ L. Montanari, *I poteri normativi degli organismi tecnico-scientifici*, cit., 466.

²⁸⁷ Sulla normalizzazione a livello europeo, v. ampiamente F. Salmoni, *Le norme tecniche*, cit., 299 ss. e A. Zei, *Tecnica e diritto tra pubblico e privato*, cit., 276 ss.

²⁸⁸ Direttiva 98/34/CE del Parlamento europeo e del Consiglio del 22 giugno 1998, che prevede una procedura d'informazione nel settore delle norme e delle regolamentazioni tecniche e delle regole relative ai servizi della società dell'informazione.

²⁸⁹ Regolamento (UE) n. 1025/2012 del Parlamento europeo e del Consiglio del 25 ottobre 2012 sulla normazione europea, che modifica le Direttive 89/686/CEE e 93/15/CEE del Consiglio, nonché le Direttive 94/9/CE, 94/25/CE, 95/16/CE, 97/23/CE, 98/34/CE, 2004/22/CE, 2007/23/CE, 2009/23/CE e 2009/105/CE del Parlamento europeo e del Consiglio, che abroga la decisione 87/95/CEE del Consiglio e la decisione n. 1673/2006/CE del Parlamento europeo e del Consiglio.

recepimento di una norma internazionale o europea²⁹⁰. Anche nella prospettiva europea, l'attività degli organismi sovranazionali e nazionali di normalizzazione deve essere ispirata al principio di trasparenza sin dal momento della programmazione delle norme da elaborare o da modificare (c.d. programma di lavoro²⁹¹) e deve garantire la partecipazione di tutti gli interessati alle fasi più rilevanti del procedimento²⁹².

Una volta delineate le forme di produzione delle norme tecniche e la relativa natura, un'ultima riflessione riguarda il rapporto tra le norme tecniche e le fonti del diritto (politico), partendo dal presupposto che «le norme tecniche, di per sé prese, non sono vere e proprie fonti del diritto, tranne che nel caso in cui siano “incorporate” in testi giuridici dotati di tale qualità»²⁹³. Al riguardo è stata prospettata una classificazione in cui si distinguono quattro ipotesi di utilizzo delle norme tecniche: l'incorporazione della norma tecnica all'interno di un testo normativo; il rinvio fisso a un testo non giuridico; il rinvio mobile a un tale testo; l'utilizzo della norma tecnica, in assenza di rinvio, come dato di fatto impiegabile, secondo le regole generali sull'interpretazione, per risolvere un caso non specificamente normato da una disposizione giuridica²⁹⁴.

A prescindere dal fenomeno dell'incorporazione formale – che nella logica seguita nella ricostruzione proposta rappresenta piuttosto l'inserimento di una componente tecnica nel procedimento decisionale politico²⁹⁵ – va rilevato che ciascuna forma di rinvio presenta qualche criticità. Il rinvio fisso tende a cristallizzare la regola a un determinato stato dell'arte e conferisce quindi natura vincolante ad uno standard destinato a diventare obsoleto in un tempo relativamente breve, in ragione dell'incalzante evoluzione tecnologica. Il rinvio mobile, d'altro canto, solleva interrogativi sul piano della legittimazione, poiché costituisce la vera e propria attribuzione di un potere normativo a un soggetto privato, al di fuori dei tradizionali meccanismi di *accountability* democratica, tanto che in alcuni

²⁹⁰ Art. 2 Direttiva 98/34/CE.

²⁹¹ Art. 3 Regolamento (UE) n. 1025/2012.

²⁹² V. già il Considerando n. 24 della Direttiva 98/34/CE, il quale affermava che «il sistema di normalizzazione europeo dev'essere organizzato dalle e per le parti interessate, e basato sulla coerenza, la trasparenza, l'apertura, il consenso, l'indipendenza nei confronti degli interessi particolari, l'efficacia e la presa di decisione sulla base delle rappresentanze nazionali». E ora, più specificamente, l'art. 5, Regolamento (UE) n. 1025/2012, il quale obbliga gli organismi europei di normazione a garantire la partecipazione nelle seguenti fasi: proposta e accettazione dei nuovi lavori; discussione tecnica delle proposte; presentazione di osservazioni sui progetti; revisione delle norme europee o dei prodotti della normazione europea esistenti; diffusione di informazioni e sensibilizzazione sulle norme europee o sui prodotti della normazione europea adottati. Il Regolamento si contraddistingue per l'attenzione alle piccole e medie imprese, tanto con riferimento alla partecipazione, quanto all'accessibilità delle norme tecniche successivamente adottate (art. 6).

²⁹³ A. Pizzorusso, *Fonti del diritto*, cit., 152.

²⁹⁴ A. Pizzorusso, *op. ult. cit.*, 153.

²⁹⁵ Su cui si veda *supra*, *sub par.* 2.

ordinamenti si tende a contestarne la legittimità²⁹⁶. Per entrambe le forme di rinvio si pone poi il problema della conoscibilità delle norme tecniche da parte dei destinatari dell'obbligo giuridico, essendo le stesse rese pubbliche in forme diverse rispetto alle forme di pubblicazione delle leggi e degli atti regolamentari e, anzi, essendo ordinariamente soggette alle norme sul diritto d'autore e cedute dietro pagamento di un corrispettivo²⁹⁷.

Per quanto la classificazione sopra ricordata riassume in sé le fattispecie più rilevanti e ricorrenti, si ricorda che sono state proposte anche altre partizioni, basate per esempio sulla "forza" del rinvio (a seconda che il rispetto della norma tecnica costituisca un obbligo stringente o soltanto un percorso indicativo per raggiungere uno standard) o sulla "precisione" dello stesso (il riferimento può essere rivolto tanto, genericamente, a un *corpus* normativo, quanto a una specifica norma tecnica, in una delle versioni adottate nel tempo)²⁹⁸. Ancora, in dottrina si propongono schemi ulteriori di

²⁹⁶ Come sopra ricordato, per esempio, in relazione alla dottrina tedesca.

²⁹⁷ Da segnalare che, nel panorama comparato, il rimedio a tale problema è stato peraltro risolto in diversi modi. Innanzitutto tramite l'introduzione di previsioni normative che impongono la pubblicazione gratuita delle norme tecniche oggetto del rinvio operato dalla disposizione legislativa: per esempio, l'art. 17 del *Décret n° 2009-697*, stabilisce che – laddove il Ministro faccia uso della propria prerogativa di rendere obbligatorie le norme tecniche – «les normes rendues d'application obligatoire sont consultables gratuitement sur le site internet de l'Association française de normalisation». Oppure è stata la giurisprudenza che, in via interpretativa, ha ritenuto le medesime norme sottratte alle tutele proprie del diritto d'autore. Significativa l'evoluzione della giurisprudenza tedesca sul tema, di cui dà conto da A. Zei, *Tecnica e diritto tra pubblico e privato*, cit., 102 ss. Dapprima la giurisprudenza ordinaria aveva ritenuto che le norme tecniche richiamate in atti normativi potessero ritenersi assimilabili ad "atti ufficiali", ai quali non era applicabile la disciplina del diritto d'autore, e fossero quindi liberamente riproducibili. Successivamente, il Tribunale costituzionale federale – investito della questione da parte del *DIN* sotto il profilo della tutela costituzionale della proprietà individuale – disattendeva la ricostruzione della giurisprudenza ordinaria, negando sussistessero i presupposti per qualificare le norme tecniche come "atti ufficiali" ma, nonostante questo, ne ribadiva la riproducibilità: secondo il Tribunale, infatti, in virtù del rapporto contrattuale sussistente tra *DIN* e autorità pubblica, che prevedeva espressamente la possibilità di un rinvio legislativo o regolamentare alle norme tecniche, si veniva a creare un rapporto di servizio pubblico in capo all'Ente che giustificava la pubblicazione integrale delle norme. In senso contrario, con riferimento al diritto dell'UE, si segnala la recente pronuncia del Tribunale dell'Unione, che ha rigettato il ricorso avverso il diniego d'accesso da parte della Commissione ai testi delle norme tecniche emesse dal Comitato Europeo per la Normazione (sent. 14 luglio 2021, T-185/19, *Public.Resource.Org, Inc. e Right to Know CLG c. Commissione*). Secondo il Tribunale, il CEN esprime un grado di creatività tale da avere diritto alla protezione della proprietà intellettuale e la protezione sarebbe vanificata dalla libera accessibilità dei testi normativi. Particolarmente rilevante il punto 65, ove il Tribunale afferma che: «la vendita di norme costituisce una componente essenziale del modello economico adottato da tutti gli organismi di normazione. Un accesso libero e gratuito del pubblico a queste norme metterebbe in discussione questo modello e costringerebbe i suddetti organismi a ripensare completamente la loro organizzazione, mettendo così a repentaglio la produzione di nuove norme e la possibilità di disporre di un metodo per dimostrare la conformità di un prodotto ai requisiti stabiliti dalla legislazione dell'Unione attraverso un metodo uniforme».

²⁹⁸ H. Schepel, J. Falke, *Legal aspects of standardisation in the Member States of the EC and EFTA*, I, *Comparative Report, Office for Official Publications of the European Communities*, Luxembourg,

rapporto fra norme giuridiche e norme tecniche, come il ricorso a «concetti giuridici indeterminati», quali lo «stato della tecnica» o «le regole della tecnica genericamente riconosciute»²⁹⁹: in tal caso, si lascia agli operatori giuridici – eventualmente con la collaborazione del consulente tecnico – un margine di valutazione nell'utilizzo delle norme tecniche prodotte dagli organismi nazionali e internazionali di riferimento. Talora, l'uso di tali concetti indeterminati può essere “rinforzato” dall'indicazione degli standard come criterio di riferimento non vincolante o come elemento di una fattispecie presuntiva, nella misura in cui dal rispetto delle regole poste dagli enti di normalizzazione si faccia derivare la presunzione del rispetto dei parametri previsti dal legislatore³⁰⁰. Paradigmatico, a quest'ultimo riguardo, è il c.d. «nuovo approccio» alla normalizzazione avviato a metà degli anni Ottanta dall'UE³⁰¹, allorché si decise che le direttive si sarebbero dovute limitare a definire i requisiti essenziali dei prodotti alla luce delle finalità perseguite (per esempio, la tutela dei consumatori), senza prevedere norme di dettaglio: il rispetto delle norme tecniche prodotte dagli organismi europei di normalizzazione, pur restando volontario, avrebbe però costituito una presunzione di conformità del prodotto ai requisiti previsti dalla direttiva³⁰².

Infine, appare opportuno ricordare che le norme tecniche si intrecciano in maniera assai complessa con l'autonomia privata: se, infatti, è proprio tramite le clausole contrattuali che gli standard tecnici, di per sé non vincolanti, finiscono spesso per incidere effettivamente sull'azione delle imprese, va altresì riconosciuto che spesso la prassi commerciale richiede il rispetto delle norme tecniche per accedere a un determinato mercato e che, comunque, il mancato rispetto delle stesse finisce per essere considerato un comportamento non rispettoso dei criteri di correttezza e buona fede nell'adempimento delle obbligazioni, suscettibile di ingenerare ipotesi di responsabilità civile in capo all'impresa³⁰³. Tali norme finiscono, dunque, per assumere un'efficacia *de facto* vincolante, o – in altri termini – un effetto giuridico indiretto³⁰⁴, pur essendo adottate al di fuori di procedimenti riconducibili alla democrazia rappresentativa.

2000, 185 ss.

²⁹⁹ L. Montanari, *I poteri normativi degli organismi tecnico-scientifici*, cit., 454 ss.

³⁰⁰ Per alcuni esempi di tale tecnica tratti dall'ordinamento italiano, v. A. Zei, *Tecnica e diritto tra pubblico e privato*, cit., 186 ss.

³⁰¹ Si assume come punto di partenza la Risoluzione del Consiglio del 7 maggio 1985.

³⁰² L. Montanari, *op. ult. cit.*, 467 ss.

³⁰³ In questo senso, v. G. Morbidelli, *Autonomia privata e fonti del diritto*, in Aa. Vv., *Autonomia privata e fonti del diritto. Atti del convegno tenutosi a Firenze il 16 maggio 2019*, Milano, 2019, 37, che pure muove «dal rilievo della presenza di una nozione “non formale” di fonte del diritto» (*ivi*, 27).

³⁰⁴ M. Manetti, *Fonti senza forma e presunto soft law, con particolare riguardo alle linee-guida Anac*, in *Diritto costituzionale*, n. 1, 2019, 61.

4.2. Il biodiritto

Un terreno sul quale i rapporti tra scienza e diritto risultano particolarmente interessanti e discussi, nel panorama comparato, è quello relativo al biodiritto³⁰⁵, ove la tecnica (*recte* la tecnologia³⁰⁶) interseca un ambito con il quale, da tempo, hanno a che fare anche i giuristi, ovvero quello della scienza medica³⁰⁷. Tale intersezione rivela proprio sul versante del rapporto tra diritto e scienze della vita la sua massima criticità che, peraltro, cresce in maniera direttamente proporzionale ai progressi scientifici e tecnologici ed è efficacemente sintetizzabile nei termini seguenti: «Che ne è del diritto mentre la tecnica s'impadronisce del nascere e morire umano?»³⁰⁸.

Per quanto sussistano orientamenti volti a propugnare un'evoluzione delle biotecnologie totalmente svincolata da un confronto con la riflessione bioetica e giuridica, è opportuno ricordare – con riferimento a quest'ultimo aspetto – la persistente attualità delle ragioni che sono alle origini del costituzionalismo, ovvero l'esigenza di limitazione del potere, oggi da estendersi a qualsivoglia potere, specie nel caso in cui il suo esercizio produca effetti ricadenti sulla stessa definizione dell'uomo, ancor prima che sulla titolarità e la disciplina dei suoi diritti³⁰⁹. E se tali ragioni persistono, è evidente che il diritto di cui si discute non può che essere quello riconducibile alla categoria del diritto politico, rispondente a logiche democratiche-rappresentative: le scienze della vita non possono essere disciplinate attraverso una mera autoregolamentazione, né è immaginabile che la scienza in quanto tale possa assurgere a fonte del diritto o comunque «indicare di per sé la soluzione dei dilemmi posti dalle scienze della vita»³¹⁰.

Ciò premesso, si pone però il problema di come diritto e scienza

³⁰⁵ Su cui C. Casonato, *Introduzione al biodiritto*, Torino, 2012, nonché Id., Evidence Based Law. *Spunti di riflessione sul diritto comparato delle scienze della vita*, in *BioLaw Journal – Rivista di BioDiritto*, n. 1, 2014, 179 ss., e i numerosi contributi sul tema ivi reperibili all'indirizzo rivista.biodiritto.org, a partire dal 2014. Tra questi, con specifico riguardo all'imprescindibile approccio comparato al tema, v. M. Graziadei, S. Praduroux, *Il biodiritto nello specchio della comparazione*, *ivi*, n. 2, 2019, 361 ss.

³⁰⁶ V. *supra*, sub par. 1, nota n. 24.

³⁰⁷ Un ambito che, per molti aspetti, può essere assimilato a quello del biodiritto con riferimento ai rapporti diritto-scienza, è quello del diritto ambientale, in cui l'inscindibilità del binomio costituisce un dato ormai consolidato, specie in considerazione della *ratio* ultima – la tutela della salute – che il diritto ambientale condivide con il biodiritto: v., *ex multis*, M. Cecchetti, *La produzione pubblica del diritto dell'ambiente: tra expertise tecnico-scientifico, democrazia e responsabilità politica*, in *DPCE online*, n. 3, 2020, 3399 ss. Nell'economia della presente disamina ci si concentrerà, tuttavia, solo sul biodiritto in quanto, ricomprendendo quest'ultimo anche le esperienze di cruciale rilievo per l'esistenza umana, ovvero la nascita e la morte, rappresenta un banco di prova particolarmente significativo per indagare le modalità di interazione tra politica e tecnica nella normazione, al servizio della persona umana.

³⁰⁸ N. Irti, *Il diritto nell'età della tecnica*, Napoli 2007, 41.

³⁰⁹ C. Casonato, *Le 3 A di un diritto sostenibile ed efficace*, in V. Barsotti (cur.), *Biotecnologie e diritto*, Santarcangelo di Romagna, 2016, 36.

³¹⁰ C. Casonato, Evidence Based Law. *Spunti di riflessione sul diritto comparato delle scienze della vita*, cit., 191.

possano interagire su questo terreno. Non vanno infatti sottaciute le difficoltà connesse alla produzione di norme giuridiche che regolino le scienze della vita e che derivano dalle differenti caratteristiche ontologiche delle une e delle altre³¹¹. Le risultanze scientifiche sono soggette a cambiamenti e aggiornamenti costanti e tale mutevolezza risulta problematica sotto il profilo giuridico, poiché contrasta con una delle caratteristiche salienti del diritto, il principio di certezza e i connessi principi di eguaglianza e non discriminazione. Inoltre, le scienze della vita hanno a oggetto una serie molto diversificata di materiali e di casi, per cui ogni minima differenza va tenuta in considerazione per evitare una regolamentazione giuridica indifferenziata e quindi irragionevole; circostanza che non si armonizza con l'idea del diritto come sistema codificato di principi generali. L'*iter* legislativo richiede poi tempi lunghi, sia per ragioni procedurali endogene sia perché, a volte, si tratta di temi sui quali possono palesarsi divergenze marcate sotto il profilo etico; la conseguenza è che la legge rischia di essere spesso in ritardo rispetto alle concrete necessità di normazione. D'altro canto, la complessità scientifica richiede competenze tecniche qualificate, che normalmente non caratterizzano gli organi politici (né, sul versante del sindacato, quelli giurisdizionali), né sono sempre acquisibili da quelli (e da questi) in modo funzionale agli obiettivi perseguiti.

Per armonizzare politica e tecnica nei processi di normazione su questo delicato terreno sono state prospettate alcune indicazioni, che dovrebbero aiutare il diritto politico ad affrontare in modo efficace le sfide scientifiche, attuali e future³¹².

In primo luogo, l'apertura dei processi normativi alla considerazione del dato scientifico, che viene realizzata, nel diritto comparato, secondo modalità diverse³¹³. L'opzione più diffusa è l'audizione di comitati di esperti che supportano l'attività del Parlamento³¹⁴ e la cui mancanza, lungi dall'assicurare il predominio del diritto politico, può esporre quest'ultimo a serie censure di legittimità nella misura in cui non tenga conto della circostanza che vi sono delle vere e proprie "riserve di scienza", precluse all'intervento del legislatore³¹⁵. Ma si registra anche la previsione di varie

³¹¹ C. Casonato, *21 st Century BioLaw: a proposal*, in *BioLaw Journal – Rivista di BioDiritto*, n. 1, 2017, 81 e Id., *Le 3 A di un diritto sostenibile ed efficace*, cit., 37. Sul tema v., *amplius*, J. Esteve Pardo, *El desconcierto del Leviatán. Política y derecho ante las incertidumbres de la ciencia*, Madrid, 2009.

³¹² C. Casonato, *21 st Century BioLaw: a proposal*, cit., 86 ss. e Id., *Le 3 A di un diritto sostenibile ed efficace*, cit., 38 ss.

³¹³ Sulle quali si rinvia, per specifiche esemplificazioni e relative sistematizzazioni, a S. Penasa, *La legge della scienza: nuovi paradigmi di disciplina dell'attività medico-scientifica. Uno studio comparato in materia di procreazione medicalmente assistita*, Trento, 2015, 148 ss.

³¹⁴ Sulle quali v. *supra*, sub par. 2.2 e 2.3.

³¹⁵ Emblematica in tal senso la sentenza della Corte costituzionale italiana n. 282 del 2002 – che ha inaugurato un articolato filone giurisprudenziale in materia –, nella quale si chiarisce che «salvo che entrino in gioco altri diritti o doveri costituzionali, non è, di norma, il

forme di democrazia partecipativa, che si innestano nel procedimento di formazione della fonte, senza comunque giungere a costituire un aggravamento procedurale ridondante sulla forza della fonte stessa³¹⁶. L'obiettivo, quindi, è individuare e formalizzare soggetti e procedure che realizzino un canale istituzionale specifico, effettivo ed efficace, che sia di supporto al Parlamento, dal punto di vista tecnico-scientifico.

In secondo luogo, un ulteriore profilo rilevante è l'aggiornamento della fonte normativa che, parimenti, nell'esperienza comparata, può conseguirsi in modi più o meno automatici: dalla fissazione di un *dies ad quem* (termine finale) per la vigenza della norma, alla previsione di un invito a riconsiderare la disciplina adottata decorso un certo lasso temporale³¹⁷; dal collegamento della permanenza o meno dell'efficacia della fonte al mantenimento o al mutamento del paradigma scientifico (con rinvio mobile ai risultati della scienza)³¹⁸, alla connessione della cessazione dell'efficacia con

legislatore a poter stabilire direttamente e specificamente quali siano le pratiche terapeutiche ammesse, con quali limiti e a quali condizioni. Poiché la pratica dell'arte medica si fonda sulle acquisizioni scientifiche e sperimentali, che sono in continua evoluzione, la regola di fondo in questa materia è costituita dalla autonomia e dalla responsabilità del medico che, sempre con il consenso del paziente, opera le scelte professionali basandosi sullo stato delle conoscenze a disposizione». Su questi aspetti si rinvia a D. Servetti, *Riserva di scienza e tutela della salute*, Pisa, 2019, spec. 214 ss., nonché a G. Ragone, *Eine empirische Wende? La Corte costituzionale e le sfide della complessità tecnico-scientifica*, Torino, 2020, spec. 119 ss. Da rilevare che, più di recente, la Corte costituzionale ha valorizzato altresì il ruolo dei «comitati etici territorialmente competenti», al fine di valutare la liceità della condotta integrante un aiuto al suicidio, evidenziando come profili etici e giuridici siano sovente intrecciati nell'ambito in discussione: Corte cost., sent. n. 242 del 2019, spec. p.to n. 5 del *Considerato in diritto*. Sul punto, G. Battaglia, *L' "etica clinica" nelle determinazioni effettive del biodiritto: quale (possibile) ruolo per i comitati etici nell'ambito del fine vita?*, in *DPCE online*, n. 2, 2020, 3429 ss.

³¹⁶ Esempio paradigmatico è quello degli *État Généraux de la Bioéthique* convocati, nell'esperienza francese, al fine di dotare il Parlamento, in aggiunta al materiale di studio fornito dagli organismi a vario titolo coinvolti, di elementi informativi utili provenienti da una riflessione collettiva, concepita quale presupposto per giungere a una convergenza sul riconoscimento di valori condivisi: puntuali informazioni sono reperibili nel sito www.etatsgeneraux.delabioethique.fr/. Trattasi peraltro di una modalità procedurale destinata a essere seguita – in base al L. 1412-1-1 del *Code de la santé publique*, introdotto dall'art. 46 della *Loi n. 2011-814 du 7 juillet 2011* – in tutti i casi in cui si discuta di un progetto di riforma che implichi questioni etiche e sociali determinate dai progressi delle conoscenze nel campo della biologia, della medicina e della salute. Da ricordare, tuttavia, che il *Conseil constitutionnel*, con la decisione n. 2013-674, ha negato la natura di parametro interposto alla citata disposizione, legittimando pertanto una lettura debole della natura dei meccanismi di partecipazione della società.

³¹⁷ Nel Regno Unito, sono state emanate nel 2011 dal Governo linee guida sull'opportunità di inserire disposizioni con efficacia a tempo determinato in discipline che comportino oneri a carico del commercio o delle organizzazioni sociali o negli atti che implementino fonti dell'UE (*Sunsetting Regulations: Guidance*, reperibile in data.parliament.uk/DepositedPapers/Files/DEP2011-0504/DEP2011-0504.pdf).

³¹⁸ In Italia, la legge n. 40/2004 in materia di procreazione medicalmente assistita, all'art. 7, c. 3, stabilisce che le linee guida contenenti l'indicazione delle procedure e delle tecniche di procreazione medicalmente assistita siano aggiornate periodicamente, almeno ogni tre anni, in rapporto all'evoluzione tecnico-scientifica.

un supposto cambiamento della sensibilità sociale e politica rispetto a fattispecie in via di progressivo consolidamento³¹⁹. Una legislazione temporanea, dunque, la cui efficacia cessa – in maniera più o meno perentoria – dopo un determinato periodo, consentendo al legislatore di testare la normativa in lasso temporale circoscritto e in un ambito applicativo ridotto (fenomeno delle c.d. *sunset clauses* o *experimental legislation*)³²⁰. È evidente che, in questo caso, è necessario trovare un equilibrio tra la temporaneità dell'efficacia precettiva e, quindi, la variabilità del quadro normativo, da un lato, e i principi di certezza del diritto, di parità di trattamento e di proporzionalità, dall'altro. Ma la sfida è senz'altro da accogliere, specie per disciplinare tematiche sensibili come le biotecnologie, poiché il ricorso a questi strumenti «non permette solo un aggiornamento della disciplina, ma consente anche di mantenere aperto il dialogo fra componenti ideologiche, sociali e politiche diverse, non pregiudicando la possibilità che una legge, che oggi non si condivide ma su cui si potrà cercare di intervenire in futuro, possa godere della più ampia legittimazione»³²¹.

Infine, uno strumento utile per armonizzare politica e tecnica nella produzione normativa nell'ambito in questione è quello di “modulare” la disciplina, ovvero di individuare la fonte competente a fissare i principi fondamentali e integrarla e applicarla attraverso altre fonti più focalizzate sui singoli casi concreti, in modo da garantire una *governance* complessiva della materia che consenta una certa flessibilità di normazione. Nel campo della procreazione assistita, per esempio, la Francia e il Regno Unito hanno previsto, accanto allo strumento legislativo, la presenza di organi con il compito di completare, attraverso fonti secondarie o atti di *soft law*, i principi contenuti nella legge, nonché di rilasciare autorizzazioni per lo svolgimento di singole pratiche³²². Tale necessità, come sopra accennato, deriva dal fatto che le scienze della vita hanno a oggetto fattispecie che possono differenziarsi l'una dall'altra anche per aspetti minimi, i quali però devono essere considerati per evitare soluzioni discriminatorie e irragionevoli. Una vicenda che può essere portata a esempio in questo senso riguarda la legge italiana sulla procreazione assistita (n. 40/2004), che è stata più volte colpita dalla Corte costituzionale proprio perché recava disposizioni generali e astratte

³¹⁹ Si ricorda, riprendendo l'esempio francese della *Lois de Bioéthique* citato in precedenza, che la legge prevede che la disciplina sia soggetta a rivalutazione ogni sette anni, ma sul presupposto che il trascorrere del tempo abbia mutato la percezione politica e sociale sul tema.

³²⁰ Definibili come quegli strumenti normativi che «*ally[ing] prognostics with the real-world evidences*» e consentono di acquisire elementi che «*assist lawmakers in the process of learning about the effects of a new legal regime or innovation-oriented policy. This justify why this legislative instrument is valuable in a time of fast and technological changes*»: S. Ranchordás, *Constitutional Sunsets and Experimental Legislation. A Comparative Perspective*, cit., 6.

³²¹ C. Casonato, *Le 3 A di un diritto sostenibile ed efficace*, cit., 46.

³²² Il riferimento è, rispettivamente, alla *Agence de la biomédecine* (www.agence-biomedecine.fr/?lang=fr) e alla *Human Fertilization and Embriology Authority* (www.hfea.gov.uk/index.html).

che, nella pratica applicazione, determinavano soluzioni contrastanti con il principio di ragionevolezza e con quello di uguaglianza³²³. Attenzione del diritto per la scienza, dunque, che si può concretizzare in una “normazione concorrente” in cui, fermo restando il quadro dei principi, il dettaglio e l’attuazione sono rimessi a una disciplina di tipo modulare; un sistema in cui etero- ed autoregolamentazione possono coesistere e trovare una composizione.

La circostanza per cui le risultanze scientifiche che assumano un elevato grado di condivisione e accettazione all’interno della comunità di riferimento non possono rimanere estranee al processo di normazione, si evince peraltro (*a contrario*) dall’esperienza italiana. Qui la giurisprudenza, spesso in funzione di supplenza dei meccanismi sopra ricordati, ha sottolineato che scienza e tecnica costituiscono una sorta di parametro interposto³²⁴, che condiziona le scelte del legislatore al pari del comune sentire sociale. La conseguenza è che la decisione politico-legislativa si atteggia come frutto di una sorta di «discrezionalità mista», in cui «la valutazione politica compiuta dal legislatore, quando viene in gioco anche l’*expertise* tecnico, richiede la combinazione sia di apprezzamenti di opportunità e di merito politico, frutto della presa in considerazione del contesto politico ed etico-sociale di riferimento (oltretutto del complesso dei valori costituzionali coinvolti), sia di valutazioni basate, invece, su elementi strettamente tecnici, derivanti da conoscenze scientifiche»³²⁵, che possono essere acquisite attraverso diversi canali.

A quest’ultimo proposito, è stata prospettata una schematizzazione delle diverse tecniche utilizzabili dal legislatore per incorporare nel testo legislativo la dimensione scientifica o per aprire comunque ad essa il contenuto della decisione politica³²⁶. In relazione al tipo di strumento utilizzato, si distinguono le clausole generali che rinviano a concetti extra-giuridici a contenuto tecnico-scientifico, i concetti giuridici indeterminati, le definizioni legislative a contenuto o rilievo tecnico-scientifico: l’obiettivo perseguito è sempre quello di consentire un adeguamento sostanziale

³²³ Trattasi delle sentenze della Corte costituzionale n. 151 del 2009 (che ha dichiarato l’incostituzionalità del divieto, sostanzialmente assoluto, di creare un numero di embrioni comunque non superiore a tre) e n. 96 del 2015 (che ha annullato la norma che recava il divieto, parimenti assoluto, di accesso alle pratiche di procreazione assistita per le coppie non sterili o infertili).

³²⁴ C. Casonato, *La scienza come parametro interposto di costituzionalità*, in *Rivista AIC*, n. 2, 2016.

³²⁵ Definizione mutuata dalla giurisprudenza amministrativa in quanto connotante certi tipi di attività della pubblica amministrazione e ripresa, in modo “aspecifico”, con riferimento alla decisione politica, da F.G. Pizzetti, *Decisione politica ed expertise tecnico*, cit., 118.

³²⁶ S. Penasa, *Alla ricerca di un lessico comune: inte(g)razioni tra diritto e scienze della vita in prospettiva comparata*, in *DPCE Online*, n. 3, 2020, 3317 ss. e, *amplius*, Id., *La legge della scienza: nuovi paradigmi di disciplina dell’attività medico-scientifica*, cit., 66 ss. Trattasi peraltro di una schematizzazione funzionale alla razionalizzazione della materia, ma è opportuno ricordare che si tratta di tecniche che non necessariamente si escludono reciprocamente, ma possono anche coesistere in relazione a una medesima fattispecie.

dell'intervento legislativo ai mutamenti di contesto, la cui determinazione è demandata a valutazioni esterne al Parlamento³²⁷. In base alla natura dell'apertura concretamente operata dal legislatore, si può avere un rinvio fisso o un rinvio mobile alla scienza³²⁸, che il legislatore deciderà, nell'esercizio della sua discrezionalità politica, in base alle esigenze di bilanciamento tra certezza e flessibilità dello strumento regolativo di volta in volta emergenti. In ordine all'individuazione del destinatario del rinvio, può trattarsi di un singolo operatore oppure di organismi tecnici istituiti *ad hoc*; in entrambi i casi, dall'analisi comparata, condotta tramite il formante giurisprudenziale, si evincono la stretta connessione tra coinvolgimento dell'*expertise* e consolidamento della legittimità delle scelte discrezionali del legislatore³²⁹, nonché i limiti ai quali la scienza va incontro al momento di "immettersi" nel contenitore giuridico, specie in relazione alla necessità che il rinvio operato dal legislatore sia connotato da elementi sufficienti a orientare l'esercizio discrezionale delle funzioni di regolazione attribuite a soggetti tecnici³³⁰. In riferimento all'oggetto, infine, il rinvio può avere natura

³²⁷ Si pensi a clausole quali «allo stato attuale delle conoscenze» o «tenuto conto dell'evoluzione tecnico-scientifica»; a concetti indeterminati come quello ricorrente nella legge n. 40/2004 relativo al numero di embrioni «superiore a quello strettamente necessario»; al richiamo al concetto di morte contenuto nel codice penale italiano (art. 589 c.p.), del quale la Corte costituzionale ha valorizzato l'adattabilità interpretativa alle progressive acquisizioni della scienza medica (sent. n. 414 del 1995).

³²⁸ Con il rinvio fisso il legislatore recepisce in modo rigidamente predefinito il contenuto di determinati standard o *best practices*, come, per esempio, era in origine previsto dall'art. 14, c. 2 della citata legge n. 40/2004 a proposito del limite massimo di tre embrioni producibili per ciclo di fecondazione e dell'obbligo di unico e contemporaneo impianto (fattispecie poi tramutata in rinvio mobile, basato sulla valutazione del medico curante, a seguito della parziale declaratoria di incostituzionalità di cui alla sent. n. 151 del 2009 citata *supra*, nella nota n. 323). Con il rinvio mobile si utilizzano invece clausole generali o concetti indeterminati, il cui contenuto sarà concretizzato da soggetti esterni, a vario titolo coinvolti nell'attività disciplinata, come originariamente previsto nell'ordinamento spagnolo dall'art. 4 della *Ley 35/1988* relativo al numero di embrioni producibili e trasferibili, rimesso in pratica alla determinazione del medico responsabile (fattispecie poi in parte tramutata in rinvio fisso, con riguardo al numero massimo di embrioni trasferibili: art. 3, c. 2 *Ley 1/2006*).

³²⁹ Come si evince, per esempio, dal rilievo attribuito dal *Conseil constitutionnel* al fatto che il legislatore, nel disciplinare le decisioni di sospensione e interruzione dei trattamenti sanitari nel fine vita, preveda un rinvio a soggetti dotati di specifiche competenze e sensibilità (ovvero il medico responsabile del trattamento e un apposito organo collegiale multidisciplinare e indipendente di esperti), affermando di conseguenza la costituzionalità della legge che reca tale disciplina: dec. n. 2017-632 *QPC*, 2 giugno 2017. O come si ricava, ancora, dalla giurisprudenza delle corti britanniche, che hanno sempre riconosciuto la legittimità delle valutazioni operate dalla competente *Authority* in materia di procreazione medicalmente assistita (v. *sub* nota n. 322), in quanto fondate su un'interpretazione scientificamente orientata del quadro normativo.

³³⁰ E non sia, invece, eccessivamente ampio e non sufficientemente qualificato e determinato, esponendo così al rischio di una sorta di "delega in bianco" agli esperti, integrante un inammissibile svuotamento di poteri dell'organo rappresentativo. V., sul punto, la sentenza con la quale il *Tribunal constitucional* portoghese ha dichiarato l'incostituzionalità della legge sulla procreazione medicalmente assistita (*Lei n. 32/2006*), nella parte in cui demandava

esclusivamente tecnico-scientifica, ma anche esprimere una dimensione etico-valoriale: il legislatore può delegare giudizi di fatto finalizzati a individuare il contenuto tecnico del concetto utilizzato, cui si aggiungono giudizi di valore, incentrati sul caso concreto, come spesso accade nelle questioni inerenti alle fasi finali della vita³³¹.

Attraverso le tecniche descritte il legislatore non rinuncia, quindi, al proprio ruolo di composizione di interessi costituzionalmente rilevanti, ma esercita la propria discrezionalità politica delegando a soggetti esterni al circuito democratico-rappresentativo la concreta determinazione delle opzioni normative, ovvero il bilanciamento in concreto, riducendo così il rischio di una disconnessione tra dato normativo ed evoluzione del dato scientifico (*regulatory disconnection*)³³², che può determinare l'inidoneità della norma a disciplinare in modo adeguato ed efficace il fenomeno oggetto di regolazione.

Al di là degli strumenti di raccordo in concreto prescelti, un contributo strutturato/procedimentalizzato della dimensione scientifica al *decision making process*, esprimibile in termini di *evidence-based law*³³³ o addirittura, come accaduto nel recente contesto emergenziale, di legislazione *science-driven*³³⁴, risulta un elemento determinante onde consentire al processo decisionale politico di affermare (o recuperare) la propria legittimazione nei casi in cui vengano in rilievo profili tecnico-scientifici. Attraverso i meccanismi sopra sinteticamente descritti – e convergenti verso un modello di normazione variamente “aperto” o “partecipato” – la qualità delle fonti di produzione del diritto politico si incrementa, infatti, in termini di trasparenza, di efficacia, di legittimità e anche di legittimazione, non solo nei confronti dei diretti interessati, ma *erga omnes*. Ne consegue, nella specifica

l'autorizzazione di tale pratica a un organismo tecnico sulla base di una delega eccessivamente vaga, che finiva per pregiudicare il principio di certezza del diritto (sent. n. 225/2018, 8 maggio 2018).

³³¹ In queste ipotesi, il rinvio alla scienza contribuisce comunque a rafforzare la legittimità delle scelte politiche, anche se connotate da valutazioni assiologiche spesso prevalenti su quelle tecniche. Così, per esempio, la *Cour constitutionnelle* belga ha riconosciuto che il rinvio al concetto di «capacità di discernimento», nell'ambito della disciplina sull'eutanasia praticata nei confronti di minori, non viola il diritto alla vita garantito dalla Costituzione, poiché esso viene in concreto definito dal medico curante, previo parere obbligatorio e vincolante di uno psichiatra o psicologo infantile, ovvero all'esito di un *iter* che assicura, in concreto, la ragionevolezza e l'adeguatezza del bilanciamento effettuato dal legislatore (sent. n. 153 del 23 ottobre 2015).

³³² S. Penasa, *La scienza come “motore” del bidiritto: diritti, poteri, funzioni*, in *BioLaw Journal – Rivista di BioDiritto*, n. 2, 2019, 317, che riporta la locuzione utilizzata in proposito da R. Brownsword, M. Goodwin, *Law and Technologies of the Twenty-First Century. Text and Materials*, Cambridge, 2012, 63. Sul punto si rinvia alle considerazioni generali espresse *supra*, sub 1.

³³³ C. Casonato, *Evidence Based Law. Spunti di riflessione sul diritto comparato delle scienze della vita*, cit., 193.

³³⁴ A. Iannuzzi, *Leggi “science driven” e CoViD-19. Il rapporto fra politica e scienza nello stato di emergenza sanitaria*, cit., 119 ss.

prospettiva dei rapporti tra organi contitolari della funzione di indirizzo politico, che la riserva di legge acquista in questi casi un valore aggiunto, costituito dalla necessaria considerazione della dimensione scientifica, che contribuisce a sua volta a qualificare (positivamente) la stessa forma di governo come *science conscious*³³⁵.

4.3. L'intelligenza artificiale

Le differenze ontologiche tra scienza e diritto sopra illustrate³³⁶ e che rendono problematica e complessa una reciproca composizione nell'ambito dei processi di normazione, rappresentano certo un dato di carattere generale, ma possono risultare ulteriormente enfatizzate qualora considerate in relazione alle tecnologie dell'informazione e della comunicazione (TIC o *Information and Communication Technologies – ICT*) e, tra queste, agli sviluppi dell'intelligenza artificiale (IA o *Artificial Intelligence – AI*) in particolare.

Per quanto non vi sia una definizione universalmente condivisa del concetto all'interno della comunità scientifica – ed esso dipenda perlopiù dagli obiettivi che i ricercatori intendono raggiungere, dai metodi che vengono impiegati nella sua costruzione e dai risultati ottenuti grazie alla ricerca scientifica³³⁷ – con una semplificazione inevitabile ma funzionale alla presente disamina è possibile definire l'IA come quella tecnologia mirata all'elaborazione di sistemi in grado di risolvere problemi o svolgere compiti e attività tipici della mente e dell'abilità umane. Più in particolare, mutuando la definizione datane dall'*High-Level Expert Group on Artificial Intelligence* costituito dalla Commissione europea con l'obiettivo di sostenere e incentivare l'attuazione di una strategia europea comune sullo sviluppo dell'IA³³⁸, «*Artificial Intelligence (AI) systems are software (and possibly also hardware) systems designed by humans that given a complex goal, act in the physical or digital dimension by perceiving their environment through data acquisition,*

³³⁵ C. Casonato, op. ult. cit., 194 ss. Ma che si ripercuote anche sulla forma di Stato, per le ragioni di interconnessione illustrate *supra*, sub 1 e che sono sintetizzabili nella valorizzazione del pluralismo e della dimensione individuale e relativa, insiti nella forma di Stato di derivazione liberale: C. Casonato, op. ult. cit., 197 ss.

³³⁶ Sub 4.2.

³³⁷ M.U. Scherer, *Regulating Artificial Intelligence Systems: Risks, Challenges, Competencies, and Strategies*, in *Harvard Journal of Law & Technology*, vol. 29, n. 2, 2016, 359. Sulle diverse accezioni del concetto, nella loro evoluzione nel tempo, M.A. Boden, *Artificial Intelligence. A Very Short Introduction*, Oxford, 2018.

³³⁸ Sulla quale v. Commissione europea, *Libro bianco sull'intelligenza artificiale. Un approccio europeo all'eccellenza e alla fiducia*, Bruxelles, 19.2.2020, COM(2020) 65 final, nonché la Comunicazione della Commissione europea al Parlamento europeo, al Consiglio, al Comitato economico e sociale e al Comitato delle Regioni, *Fostering a European approach to Artificial Intelligence*, Brussels, 21.4.2021, COM(2021) 205 final e la *Proposta di Regolamento del Parlamento europeo e del Consiglio che stabilisce regole armonizzate sull'intelligenza artificiale (Legge sull'intelligenza artificiale) e modifica alcuni atti legislativi dell'Unione*, Bruxelles, 21.4.2021, COM(2021) 206 final, 2021/0106 (COD).

interpreting the collected structured and unstructured data, reasoning on the knowledge, or processing the information, derived from this data and deciding the best action(s) to take to achieve the given goal. AI systems can either use symbolic rules or learn a numeric model, and they can also adapt their behaviour by analysing how the environment is affected by their previous actions...»³³⁹.

La complessità e, a volte, l'incomprensibilità tecnica dei sistemi di IA, i problemi circa il ruolo e la funzione da riconoscere agli esseri umani che si trovino ad interagire in diverse circostanze con questi strumenti e la velocità con cui progrediscono, mutano ed evolvono le opportunità tecnologiche offerte dal settore, sono tutti elementi che possono contribuire a rendere ancora più complicato il rapporto tra oggetti tecnologici da un lato e strumenti e categorie appartenenti alla dimensione giuridica dall'altro.

Gli ambiti di ricerca e di riflessione più battuti, sotto questi aspetti, riguardano l'uso dell'IA nella giustizia e/o nell'amministrazione³⁴⁰. Meno esplorato risulta invece il campo relativo all'utilizzo dell'IA nella produzione normativa, soprattutto perché l'attuale fase di sviluppo di questa tecnologia la configura perlopiù quale mezzo (tecnico) al servizio del fine (politico)³⁴¹. D'altro canto è intuibile che, ragionando diversamente, in questo contesto la questione assumerebbe connotati difficilmente riconducibili agli schemi

³³⁹ *High-Level Expert Group on Artificial Intelligence, A Definition of AI: Main Capabilities and Scientific Disciplines*, Brussels, 2019, 6, in digital-strategy.ec.europa.eu/en/library/definition-artificial-intelligence-main-capabilities-and-scientific-disciplines.

³⁴⁰ Paradigmatico è il caso dell'uso degli algoritmi predittivi nelle decisioni giudiziarie ed amministrative, sul quale si rinvia, tra gli altri, ad A. Simoncini, *L'algoritmo incostituzionale: intelligenza artificiale e il futuro delle libertà*, in *BioLaw Journal – Rivista di BioDiritto*, n. 1, 2019, 71 ss.; G. Orsoni, E. D'Orlando, *Nuove prospettive dell'amministrazione digitale: open data e algoritmi*, in *Istituzioni del federalismo*, n. 3, 2019, 593 ss.; A. Cerrillo i Martínez, *Automatización e inteligencia artificial*, in I. Martín Delgado (dir.), *El procedimiento administrativo y el régimen jurídico de la administración pública desde la perspectiva de la innovación tecnológica*, Madrid, 2020, 389 ss.; R. Cavallo Perin, I. Alberti, *Atti e procedimenti amministrativi digitali*, in R. Cavallo Perin, D.U. Galetta (cur.), *Il diritto all'amministrazione pubblica digitale*, Torino, 2020, 119 ss. La concezione e lo sviluppo degli algoritmi sono al giorno d'oggi legati a doppio filo alle ricerche nel settore dell'IA e si collocano in un contesto piuttosto diverso da quello delle tradizionali TIC, in cui l'algoritmo è un insieme di operazioni logiche che, a partire da determinati dati in ingresso, fornisce, attraverso una sequenza finita di passaggi, determinati dati in uscita, eseguendo in modo automatico e preciso di tutti i passaggi e tutte le elaborazioni necessari per portare a termine la sequenza: T.H. Cormen, C.E. Leiserson, R.L. Rivest, C. Stein, *Introduction to Algorithms*, Cambridge (Mass.)-London, 2009, 5 ss. Poiché, infatti, oggetto dell'IA sono i processi cognitivi tipici della mente e dell'intelligenza umana, tuttora scarsamente conosciuti dalle neuroscienze e non rappresentabili mediante modelli precisi, non è possibile replicare in questo caso modelli predittivi attraverso algoritmi che diano risultati precisi e affidabili al 100%. E la distanza più marcata dal tradizionale contesto applicativo delle TIC, da questo punto di vista, si realizza oggi in quel settore dell'IA definito apprendimento automatico (*Machine Learning*), che ha come scopo quello di apprendere automaticamente strategie risolutive e previsionali in base all'esperienza: E. Alpaydin, *Introduction to Machine Learning*, Cambridge (Mass.)-London, 2010, pp. 1 ss.

³⁴¹ A. Sciortino, *Il Governo tra tecnica e politica: le funzioni*, in G. Grasso (cur.), *Il Governo tra tecnica e politica*, cit., 32 ss.

tradizionali della produzione normativa: se la tecnologia non si configurasse come mero supporto informativo, interpretativo e applicativo (come oggi è la c.d. *Artificial Narrow Intelligence*³⁴²), ma come meccanismo sostitutivo di valutazione politica e, quindi, valoriale, si metterebbe in discussione non solo il ruolo della politica rispetto alla tecnica, ma il ruolo dell'elemento umano *tout court*, proprio in quei processi decisionali che sono la sede naturale in cui prendono corpo le diverse manifestazioni della democrazia e lo strumento attraverso il quale si concretizzano i diritti dei cittadini.

Tuttavia la questione potrebbe porsi, in prospettiva. Si pensi, in questo senso, all'estrema evoluzione dell'IA rappresentata dallo sviluppo delle reti neurali artificiali (*Artificial Neural Networks*) e delle tecniche di *Deep Learning*³⁴³, i cui progressi e le cui *performance* conducono in uno scenario molto diverso da quello dell'informatica tradizionale, in cui il contenuto del *software* si identifica totalmente nella volontà del programmatore: ora il calcolatore assume una sempre maggiore autonomia d'azione e genera *output* che vanno oltre i possibili risultati predetti da chi ha compilato il codice sorgente iniziale³⁴⁴, lasciando così supporre che la creazione di una IA generale (*Artificial General Intelligence*), completamente indistinguibile dall'intelligenza umana, non sia in futuro un obiettivo così fantascientifico³⁴⁵.

Ma anche senza indulgere a tali visioni futuribili, il punto è che già oggi la tecnologia intelligente è in grado di incidere significativamente all'interno di decisioni capaci di produrre effetti giuridici rilevanti sulle libertà e sui diritti, individuali e collettivi, uscendo dallo schema consolidato che vede nello strumento tecnologico un mezzo idoneo a consentire il raggiungimento di un dato obiettivo e assumendo, invece, un ruolo sempre

³⁴² Nel cui solco si muove, per esempio, la *Proposta per una Strategia italiana per l'intelligenza artificiale*, elaborata dal Gruppo di Esperti MISE sull'intelligenza artificiale nel luglio 2020: www.mise.gov.it/images/stories/documenti/Proposte_per_una_Strategia_italiana_AI.pdf.

³⁴³ Che, a differenza del *Machine Learning*, consentono di apprendere in modo non supervisionato da dati non strutturati e non classificati, analizzando informazioni e creando tra esse schemi da utilizzare nel processo decisionale finale: M.I. Jordan, T.M. Mitchell, *Machine Learning: Trends, Perspectives, and Prospects*, in *Science*, n. 6245, 2015, 255 ss.; Y. LeCun, Y. Bengio, G. Hinton, *Deep Learning*, in *Nature*, n. 7553, 2015, 436 ss.; G.F. Italiano, *Intelligenza Artificiale: passato, presente, futuro*, in F. Pizzetti (cur.), *Intelligenza artificiale, protezione dei dati personali e regolazione*, Torino, 2018, 216 ss.; K. Hartnett, *Per una teoria generale delle reti neurali*, in *I quaderni delle Scienze*, n. 4, 2019, 3.

³⁴⁴ D. Marongiu, *L'intelligenza artificiale "istituzionale": limiti (attuali) e potenzialità*, in *European Review of Digital Administration & Law*, vol. 1, issue 1-2, 41.

³⁴⁵ E da taluni addirittura pronosticato anche in termini di precise scadenze temporali: R. Kurzweil, *La singolarità è vicina*, Santarcangelo di Romagna, 2014, 127 s., sostiene che l'Intelligenza Artificiale Generale sarà raggiunta entro il 2030, mentre la Super Intelligenza Artificiale (*Artificial Super Intelligence*, che supererebbe le capacità dell'intelletto umano) sarà disponibile entro il 2045. Sulla rilevanza che già attualmente riveste comunque il fenomeno, A. D'Aloia, *Il diritto verso "il mondo nuovo". Le sfide dell'Intelligenza Artificiale*, in *BioLaw Journal – Rivista di BioDiritto*, n. 1, 2019, 3 ss.

più rilevante nel determinare il risultato del processo decisionale³⁴⁶.

Questo aspetto costituisce uno degli effetti maggiormente dirompenti dell'attuale progresso tecnologico, dal momento che alcune tecnologie, grazie alle loro caratteristiche e capacità tecniche, possono attualmente offrire vere e proprie risposte normative, differenziandosi dai consueti paradigmi di regolazione (c.d. *Law 3.0*, quale esito della *technological disruption of law*³⁴⁷).

Senza poter affrontare in questa sede, in modo compiuto, un argomento che rappresenta probabilmente una delle ultime frontiere della speculazione in materia di fonti di produzione del diritto, specie con riferimento al ricordato, possibile avvento di una IA generale³⁴⁸, si formuleranno di seguito alcune riflessioni su come tentare di ricondurre a

³⁴⁶ Cosicché si dovrebbe, in realtà, solo attendere «il salto di qualità, o di specie» che dovrebbe portare l'IA a essere utilizzata non in sistemi decisionali circoscritti e settoriali, ma in quelli direttamente rientranti nel circuito della democrazia rappresentativa: E. Stradella, AI, *tecnologie innovative e produzione normativa: potenzialità e rischi*, in *DPCE Online*, n. 3, 2020, 3345.

³⁴⁷ *Law 3.0* è la suggestiva espressione coniata da R. Brownsword, *Law 3.0. Rules, Regulation, and Technology*, Abingdon-New York, 2021, per indicare un nuovo paradigma normativo, in cui il diritto e gli strumenti giuridici tradizionali tendono a essere progressivamente sostituiti sulla base di un approccio tecnocratico, cioè che considera le soluzioni tecnologiche l'unico strumento di regolamentazione effettiva per i prodotti dell'innovazione (*ivi*, spec. 31 ss.). Tale prospettiva costituisce un'evoluzione di fasi precedenti, con la quali comunque convive (*ivi*, 3 s.): la dimensione *Law 1.0*, in cui il rapporto e il dialogo tra diritto e tecnologia si esaurisce quasi interamente nell'applicazione delle categorie giuridiche tradizionali ai risultati dell'innovazione scientifica e tecnologica, con i margini di adattamento tipici del formante giuridico (più flessibili nel *common law*); la dimensione *Law 2.0*, risultato dell'impatto della prima ondata di innovazione tecnologica sul contesto giuridico tradizionale, in cui norme e paradigmi di regolazione nuovi vengono utilizzati in modo funzionale agli obiettivi del decisore politico (disciplinare un uso adeguato delle tecnologie allo scopo di massimizzarne l'utilità, stabilire un accettabile sistema di gestione e limitazioni dei rischi, tutelare i valori, i principi e i diritti fondamentali della comunità). Sulla possibilità che la tecnologia si autodisciplini, sia una vera e propria fonte diretta di soluzioni e, in alcuni casi, di regolamentazione dei comportamenti umani, cfr. J. Danher, *The Ethics of Algorithmic Outsourcing in Everyday Life*, in K. Yeung, M. Lodge (ed.), *Algorithmic Regulation*, Oxford, 2019, 100. Nella letteratura italiana, cfr. A. Santosuosso, *Intelligenza artificiale e diritto. Perché le tecnologie di IA sono una grande opportunità per il diritto*, Milano, 2020.

³⁴⁸ Che presuppone un funzionamento cognitivo della macchina in grado di replicare al massimo grado quell'autonomia del cervello umano su cui si fonda l'agire politico, assiologicamente orientato, e potrebbe essere idonea, quindi, a sostituire l'elemento umano – in tutto o in parte – nei processi di normazione. Il tema, che resta all'esterno del perimetro delle presenti riflessioni, è affrontato da E. Stradella, AI, *tecnologie innovative e produzione normativa: potenzialità e rischi*, cit., 3345 ss., la quale conclude che, in realtà, quand'anche si risolvesse il problema dell'introduzione dell'IA nei processi di produzione normativa attraverso una sua legittimazione per *input* – ovvero creando *dataset*, da mettere poi a disposizione del sistema di IA, mediante processi di partecipazione politica di tipo elettronico (*crowdsourcing*) –, rimarrebbe il problema degli effetti potenzialmente “distorsivi” dell'IA nelle tecnologie della comunicazione e nei processi di formazione delle opinioni politiche (il riferimento è ai noti fenomeni di profilazione) che, peraltro, si pone a monte di ogni processo decisionale (*ivi*, 3366 s.).

paradigmi compatibili con il primato della democrazia i rapporti tra IA e fonti del diritto.

Ciò posto, occorre innanzitutto chiedersi se e come gli strumenti giuridici tradizionali di produzione normativa possano effettivamente creare un insieme di regole adeguate a disciplinare puntualmente l'applicazione dell'IA, in generale e all'interno di specifici settori, prevedendo un bilanciamento ragionevole tra benefici e rischi. I primi sinteticamente riconducibili a un miglior soddisfacimento dei diritti e a una più rapida, efficace ed economica azione pubblica³⁴⁹. I secondi derivanti, da una parte, dall'inintelligibilità della tecnologia (c.d. *black box problem*)³⁵⁰ e da *dataset* che, qualora inidonei per quantità e/o qualità (*biased*), possono originare discriminazioni ed effetti pregiudizievoli³⁵¹; dall'altra, dalla dimensione perlopiù privata delle tecnologie intelligenti, che pone rilevanti questioni di tenuta degli attuali sistemi democratici fondati su un costituzionalismo liberale e sociale, rispetto al potere espresso negli ultimi anni dalle *big tech companies*³⁵²; dall'altra ancora, dalla possibilità che l'introduzione di una

³⁴⁹ A. Simoncini, *Profili costituzionali della amministrazione algoritmica*, in *Rivista trimestrale di diritto pubblico*, n. 4, 2019, 1169 s.; G. Orsoni, E. D'Orlando, *Nuove prospettive dell'amministrazione digitale: Open data e algoritmi*, cit., 600 ss.; J.B. Auby, *Il diritto amministrativo di fronte alle sfide digitali*, in *Istituzioni del Federalismo*, n. 3, 2019, 619 ss.; D.U. Galetta, J.G. Corvalan, *Intelligenza Artificiale per una Pubblica Amministrazione 4.0? Potenzialità, rischi e sfide della rivoluzione tecnologica in atto*, in *federalismi.it*, n. 3, 2019; F. Patroni Griffi, *Intelligenza artificiale: amministrazione e giurisprudenza*, in U. Ruffolo (cur.), *Intelligenza artificiale. Il diritto, i diritti, l'etica*, Milano, 2020, 475 ss.

³⁵⁰ F. Pasquale, *The Black Box Society. The Secret Algorithms That Control Money and Information*, Cambridge (Mass.)-Londra, 2015. Ovvero il fenomeno che allude all'incapacità di comprendere le modalità e le ragioni che portano l'IA a produrre un determinato risultato partendo dagli *input* ricevuti, a causa dell'opacità della tecnologia, a sua volta riconducibile a plurimi fattori (mole di dati elaborati, difficoltà di ricostruzione *ex post* delle connessioni causali, aggiornamenti del sistema frequenti, automatici e non monitorabili).

³⁵¹ Il funzionamento dell'IA dipende molto, infatti, dalla possibilità di avere accesso a dati e informazioni potenzialmente rilevanti ed accurati, di poter analizzare tali elementi e di elaborare, in base a queste operazioni, un modello predittivo e decisionale funzionale al raggiungimento dell'obiettivo prefissato dal sistema. Quindi, per assicurare che il risultato finale sia effettivamente ottimale ed efficace rispetto allo scopo prestabilito, i dati utilizzati dall'IA devono presentarsi quanto più soddisfacenti, in relazione non solo alla quantità, ma anche alla qualità delle informazioni impiegate. I dati, cioè, non devono essere corrotti, viziati, obsoleti o incompleti, altrimenti il modello decisionale prodotto potrà risultare viziato e produrre effetti distorsivi. Sul tema, cfr.: *European Union Agency for Fundamental Rights, Data quality and artificial intelligence – mitigating bias and error to protect fundamental rights*, 2019, in fra.europa.eu/sites/default/files/fra_uploads/fra-2019-data-quality-and-ai_en.pdf; *High-Level Expert Group on Artificial Intelligence, Ethics Guidelines for Trustworthy AI*, Bruxelles, 2019, in ec.europa.eu/digital-single-market/en/news/ethics-guidelines-trustworthy-ai. In dottrina: G. D'Acquisto, *Qualità dei dati e Intelligenza Artificiale: intelligenza dai dati e intelligenza dei dati*, in F. Pizzetti (cur.), *Intelligenza Artificiale, protezione dei dati personali e regolazione*, cit., 265 ss.; F. Zuiderveen Borgesius, *Discrimination, artificial intelligence, and algorithmic decision-making*, Strasbourg, 2018, in rm.coe.int/discrimination-artificial-intelligence-and-algorithmic-decision-making/1680925d73.

³⁵² Che comporta esclusione dai benefici dell'IA per chi economicamente non possa accedervi,

disciplina giuridica dell'IA si trasformi in una “gabbia” per il progresso e l'innovazione in questo settore³⁵³.

In proposito vi è chi ha prospettato una dottrina della «precauzione costituzionale», in base alla quale, considerata la necessità di elaborare strategie difensive dei diritti individuali e collettivi in condizioni di incertezza conoscitiva riguardo ai possibili effetti negativi dell'impiego di una tecnologia, «deve esistere una regolazione effettiva, di livello sovra-nazionale e sovra-legislativo, riguardante le tecnologie, volta ad evitare il verificarsi di violazioni delle libertà fondamentali non più (o molto difficilmente) rimediabili una volta che esse sono state diffuse»³⁵⁴. Da qui un diritto costituzionale «ibrido... che conosca e sappia esprimersi nel linguaggio della tecnologia»³⁵⁵.

Sul punto è opportuno riprendere quanto già rilevato a proposito della centralità del fattore giuridico, con riferimento al biodiritto. Se non è pensabile, in generale, che la disciplina della scienza e della tecnica sia demandata esclusivamente all'autoregolamentazione, ciò appare più che mai evidente per la disciplina dell'IA, in ragione delle sue caratteristiche: la difficoltà di comprensione e la carenza di flessibilità interpretativa, la sola apparente neutralità, la presenza di interessi privati di natura economica e commerciale, la mancanza di legittimazione democratica dei soggetti regolatori, la natura volontaria delle norme così adottate e l'assenza di un consenso sociale sul contenuto delle stesse, sono tutti fattori che evidenziano la necessità di un intervento giuridico normativo in merito all'uso dell'IA³⁵⁶.

mancanza di trasparenza nel loro utilizzo, potenziale strumentalizzazione/condizionamento nei confronti degli utenti. Sul tema cfr. B. Caravita di Toritto, *Principi costituzionali e intelligenza artificiale*, in U. Ruffolo (cur.), *Intelligenza artificiale. Il diritto, i diritti, l'etica*, cit., 459 ss. e, sulle conseguenze del fenomeno in prospettiva globale, S. Zuboff, *Il capitalismo della sorveglianza. Il futuro dell'umanità nell'era dei nuovi poteri*, Roma, 2019.

³⁵³ Impedendo così che l'IA possa incrementare, direttamente e indirettamente, la realizzazione di benefici e di risultati vantaggiosi, in termini di produttività, di benessere e di risoluzione delle sfide più complesse che gli individui e la società nel suo insieme sono chiamati ad affrontare quotidianamente: OECD, *Artificial Intelligence in Society*, Parigi, 2019, in www.oecd-ilibrary.org/docserver/eedfee77-en.pdf?expires=1604342807&id=id&accname=ocid41019197&checksum=2439E5CD3924612388705D5E82104A91. In dottrina, Y. Pouillet, *La technologie et le droit: du défi à l'alliance*, in G. Comandè, G. Ponzanelli (cur.), *Scienza e diritto nel prisma del diritto comparato*, cit., 240 ss.; G.N. Mandel, *Legal Evolution in Response to Technological Change*, in R. Brownsword, E. Scotford, K. Yeung (ed.), *The Oxford Handbook of Law, Regulation and Technology*, Oxford, 2017, 227 ss.

³⁵⁴ A. Simoncini, *L'algoritmo incostituzionale: intelligenza artificiale e il futuro delle libertà*, cit., 87. In quest'ottica, appare interessante l'evoluzione della sensibilità politica e, in prospettiva, normativa, che sta maturando a livello europeo e che è stata richiamata sopra, nella nota n. 338.

³⁵⁵ A. Simoncini, op. ult. cit., 87 s. Di «*hybrid knowledge*» scrive altresì E. Palmerini, *The Interplay Between Law and Technology, or the RoboLaw Project in Context*, in E. Palmerini, E. Stradella (cur.), *Law and Technology. The Challenge of Regulating Technological Development*, Pisa, 2013, 13.

³⁵⁶ Sul tali aspetti problematici, G. Mobilio, *L'intelligenza artificiale e i rischi di una “disruption” della regolamentazione giuridica*, in *BioLaw Journal – Rivista di BioDiritto*, n. 2, 2020, 407 ss. Sulla necessità di un approccio normativo giuridico, G. Resta, *Governare l'innovazione*

È altresì vero, però, che la componente tecnica va comunque valorizzata, poiché può consentire di superare le rigidità degli strumenti giuridici vincolanti e promuovere una disciplina coordinata e caratterizzata dall'interoperabilità necessaria alla dimensione transnazionale del fenomeno e agevolarne l'effettiva attuazione.

Ritorna, quindi, l'idea di un modello di normazione aperto, aggiornato e flessibile³⁵⁷, nel quale scienza e diritto devono trovare un'integrazione³⁵⁸: un modello non più strutturato come un insieme di norme giuridiche rappresentanti, monoliticamente, il paradigma normativo, ma un insieme di strumenti eterogenei, impiegabili per le medesime finalità, alcuni dei quali – quelli giuridici – prescrivono cosa dovrebbe (o non dovrebbe) essere fatto, altri – quelli tecnici – che stabiliscono solo ciò che si può (o non si può) fare³⁵⁹.

Inoltre, su un altro piano, è intuibile che in questa materia, che travalica i confini dei singoli Stati e ha una portata globale, sarebbe auspicabile una disciplina normativa multilivello e integrata, con un carattere geograficamente circoscritto tale da garantire, a un tempo, un'adeguata efficacia precettiva e una regolamentazione sufficientemente dettagliata, circostanze che rendono l'UE una dimensione di riferimento naturale³⁶⁰.

Ciò premesso, in attesa che giunga a compimento la positivizzazione della strategia europea³⁶¹, analizzando il modo in cui la problematica è stata

tecnologica: decisioni algoritmiche, diritti digitali e principio di eguaglianza, in *Politica del diritto*, n. 2, 2019, 199 ss.

³⁵⁷ Di cui si è detto *supra*, sub 4.2.

³⁵⁸ Che non non dovrebbe escludere la possibilità di prevedere e di promuovere il ricorso anche a soluzioni di natura tecnologica, qualora queste si dimostrino essere le risposte più efficaci ed efficienti rispetto alle problematiche avanzate dall'IA, come si sostiene nella prospettiva del *Law 3.0* a proposito dell'incorporazione del dato giuridico nell'architettura tecnologica. Trattasi, peraltro, di una tendenza regolativa già in atto: si consideri, per esempio, il Regolamento 2016/679 a proposito dei meccanismi di c.d. *privacy by design*, ove si prevede che il rispetto di determinate regole e diritti venga implementato all'interno della tecnologia stessa sin dalla sua originaria configurazione (art. 25 – Protezione dei dati fin dalla progettazione e protezione per impostazione predefinita). Sul punto, G. Orsoni, E. D'Orlando, *Nuove prospettive dell'amministrazione digitale: Open data e algoritmi*, cit., 614.

³⁵⁹ R. Brownsword, *Law 3.0. Rules, Regulation, and Technology*, cit., 5.

³⁶⁰ Il tema dell'IA è stato oggetto, infatti, anche di interventi di ampia portata sul piano internazionale come, per esempio, da parte dell'OCSE (www.oecd.org/going-digital/ai/) o da parte dell'UNESCO (*First Draft of the Recommendation on the Ethics of Artificial Intelligence*, predisposto dall'*Ad Hoc Expert Group*: unesdoc.unesco.org/ark:/48223/pf0000373434?posInSet=1&queryId=basket-anon%3A7a202f62-c919-4f67-bf67-96df8110e64) o del Consiglio d'Europa (come la *European Ethical Charter on the Use of Artificial Intelligence in Judicial Systems and Their Environment*, elaborata ed adottata dalla *European Commission for the Efficiency of Justice* nel dicembre 2018: rm.coe.int/ethical-charter-en-for-publication-4-december-2018/16808f699c). Tuttavia trattasi spesso di atti privi di una diretta vincolatività giuridica nei confronti dei destinatari e con un contenuto che, per sua stessa natura, deve essere molto generale, difettando così complessivamente di efficacia dal punto di vista precettivo. Sull'UE come livello ottimale di disciplina della materia, B. Caravita di Toritto, *Principi costituzionali e intelligenza artificiale*, cit., 457 ss.

³⁶¹ I cui tasselli sono stati ricordati *supra*, sub nota n. 338.

sinora affrontata dalle istituzioni democratiche-rappresentative nel panorama comparato, è possibile individuare distinti modelli di “governo” dell’IA da parte del diritto.

Quanto al profilo metodologico prescelto per la disamina, la descrizione dei modi in cui i processi normativi possono variamente integrare il dato scientifico, contenuta nel paragrafo precedente, può costituire un utile punto di riferimento anche in questo caso, tenendo presente che, all’atto di analizzare le concrete esperienze di normazione, la casistica è senz’altro quantitativamente inferiore e qualitativamente meno “codificata” di quella relativa al biodiritto.

Così, la necessità di mantenere un paradigma normativo aperto, nonché flessibile e “modulabile”, è per esempio apprezzabile, nell’ambito dell’IA, in quegli ordinamenti che prediligono il ricorso ad atti latamente riconducibili alla categoria del *soft law*³⁶², spesso formati con l’apporto di organi creati *ad hoc* o già operanti, con competenze specifiche, nel settore considerato. Si asseconda in questo modo l’esigenza di approntare discipline caratterizzate da una certa duttilità e interdisciplinarietà, che deriva dalla circostanza per cui, come già ricordato, la tecnologia richiede conoscenze complesse ed è in continua evoluzione, necessitando quindi di normative che siano attente ai suoi contenuti e al passo con i suoi tempi. Tale soluzione è frequente a livello internazionale³⁶³, mentre nell’ordinamento dell’UE si registra l’utilizzo sia di strumenti non cogenti supportati dal lavoro di esperti³⁶⁴, che di *hard law*³⁶⁵. Con riferimento alle esperienze nazionali, come esempio paradigmatico della prevalenza del modello

³⁶² Categoria che, ormai fuoriuscita dal confine delle relazioni internazionali in cui è nata, riassume in sé un’ampia varietà di atti e fenomeni dai contenuti piuttosto eterogenei, ma accomunati da alcuni elementi ricorrenti: la mancanza di efficacia precettiva immediatamente vincolante nei confronti dei destinatari, ovvero una forza giuridica estremamente ridotta, perlopiù limitata alla c.d. *moral suasion*; la non giustiziabilità e l’assenza di rimedi giuridici nelle ipotesi di inosservanza dei relativi atti, neppure nella prospettiva della tutela del legittimo affidamento dei soggetti interessati alla loro puntuale attuazione; la collocazione sul piano perlopiù politico, e non giuridico, della responsabilità per le ipotesi di violazione. Nell’ambito della vasta letteratura sul tema, cfr.: L. Senden, *Soft Law in European Community Law*, Oxford-Portland, 2004; E. Mostacci, *La soft law nel sistema delle fonti: uno studio comparato*, Padova, 2008; A. Somma (cur.), *Soft law e hard law nelle società postmoderne*, Torino, Giappichelli, 2009; G. Morbidelli, *Degli effetti giuridici della soft law*, in *Rivista della Regolazione dei mercati*, 2016, n. 2, 1 ss. e B. Boschetti, *Soft law e normatività: un’analisi comparata*, *ivi*, 32 ss.

³⁶³ Come nei casi dei documenti approvati dall’OCSE, dall’UNESCO o dal Consiglio d’Europa, ricordati nella nota n. 360.

³⁶⁴ Trattasi, per esempio, dei documenti ricordati *supra*, *sub* nota n. 338, a cui si possono aggiungere le *Ethics Guidelines for Trustworthy AI*, elaborate nel 2019 dal già citato *High Level Expert Group on AI* (ec.europa.eu/digital-single-market/en/news/ethics-guidelines-trustworthy-ai). Sulla pluralità che caratterizza l’approccio dell’UE al tema dell’IA, E. Chiti, B. Marchetti, *Divergenti? Le strategie di Unione europea e Stati Uniti in materia di intelligenza artificiale*, in *Rivista della Regolazione dei mercati*, n. 1, 2020, 37.

³⁶⁵ Come, per esempio, la *Proposta di Regolamento del Parlamento europeo e del Consiglio*, destinata a divenire *Legge sull’intelligenza artificiale*, pure richiamata nella nota n. 338.

flessibile si può indicare senz'altro il Regno Unito, dove per lungo tempo il *soft law* ha in qualche modo sopperito alla carenza di una disciplina legislativa organica sull'organizzazione e il procedimento amministrativo, che ha incentivato forme di *self-regulation* in diversi settori, con significative ricadute anche in sede giudiziaria³⁶⁶. Negli ultimi anni il Governo ha promosso diverse iniziative, affidate a comitati e gruppi di consulenti qualificati, poi concretizzatesi in documenti (*report*, raccomandazioni, linee guida, ecc.) che affrontano i problemi e le opportunità che l'IA dischiude, tanto sul piano generale che in specifici settori tra cui, in particolare, quello medico³⁶⁷.

In generale, il modello in esame si caratterizza per una quantità significativa di interventi, di contenuto perlopiù generico, in cui si individuano principi e azioni generali che spetta poi ai destinatari attuare attraverso concreti atti di regolazione, ma che definiscono però, in modo chiaro, il quadro di riferimento, specie riguardo ai profili della tutela dei diritti e delle libertà fondamentali. Tale scelta presenta gli indubbi vantaggi, connessi alla natura tipica di questi strumenti, di consentire l'adattamento della disciplina alle diverse esigenze tecniche e ai costanti progressi tecnologici e di garantire un certo grado di effettività, che potrebbe indurre anche l'adozione generalizzata e uniforme di atti normativi vincolanti, quale attuazione dei principi e delle prospettive regolatorie in essi contenuti. Tuttavia, pensando alla costruzione di un modello efficace di disciplina dell'IA, non va trascurato il fatto che si tratta di atti privi di vincolatività e che non vi sono dunque mezzi per assicurarne l'attuazione.

D'altro canto, per ragioni uguali e contrarie, meno frequenti sono i casi in cui sinora si è fatto ricorso a fonti normative giuridicamente vincolanti, caratterizzate naturalmente da un certo grado di rigidità; vi sono tuttavia esempi rinvenibili tanto a livello europeo³⁶⁸, che nazionale. A quest'ultimo

³⁶⁶ E. Mostacci, *La soft law nel sistema delle fonti: uno studio comparato*, cit., 125 ss.

³⁶⁷ Sono dedicati alle decisioni algoritmiche il *report Algorithms in Decision-Making*, elaborato nel maggio 2018 dall'*House of Commons Science and Technology Committee* (publications.parliament.uk/pa/cm201719/cmselect/cmstech/351/351.pdf) e il *report Review into Bias in Algorithmic Decision-Making*, pubblicato nel novembre 2020 dal *Centre for Data Ethics and Innovation* (assets.publishing.service.gov.uk/government/uploads/system/uploads/attachment_data/file/939109/CDEI_review_into_bias_in_algorithmic_decision-making.pdf). Quanto al settore medico, si segnala l'approvazione del *report Artificial Intelligence in Healthcare*, predisposto nel gennaio 2019 dall'*Academy of Medical Royal Colleges* (www.aomrc.org.uk/wp-content/uploads/2019/01/Artificial_intelligence_in_healthcare_0119.pdf) e il *Code of Conduct for Data-Driven Health and Care Technology*, elaborato dal *National Health Service* del Regno Unito e aggiornato a luglio 2019 (www.gov.uk/government/publications/code-of-conduct-for-data-driven-health-and-care-technology/initial-code-of-conduct-for-data-driven-health-and-care-technology). Per una valutazione di tali interventi, J. Turner, *Robot Rules. Regulating Artificial Intelligence*, Cham, 2019, 225 ss.

³⁶⁸ Oltre alla già ricordata a *Proposta di Regolamento del Parlamento europeo e del Consiglio*, destinata a divenire *Legge sull'intelligenza artificiale*, si segnalano quelle fonti dell'UE che, per quanto non direttamente disciplinanti l'IA, contribuiscono comunque a regolarne indirettamente alcuni profili: il Regolamento 2019/881, rilevante per i profili relativi alle

riguardo, in alcuni casi si tratta di progetti di legge non ancora divenuti diritto positivo, ma che rappresentano indici significativi di una certa sensibilità normativa in materia³⁶⁹; in altri casi, si tratta di fonti già in vigore, di portata più o meno organica³⁷⁰. Se la maggiore cautela nell'utilizzo dell'*hard law* è comprensibile e condivisibile – considerato che vi è in genere la consapevolezza che la rigidità mal si concilia con le continue innovazioni in questo ambito e può così potenzialmente limitare i benefici dell'IA per la collettività – non vanno tuttavia sottovalutati i vantaggi conseguibili con questo tipo di strumento normativo: stabilire dei limiti cogenti all'applicazione dell'IA; proporre soluzioni giuridiche ai principali problemi che essa solleva, con ciò contribuendo alla certezza del diritto³⁷¹; assicurare un maggior livello di tutela dei diritti e delle libertà fondamentali che siano coinvolte dall'uso della tecnologia intelligente, prevedendo appositi

misure e agli standard di *cybersecurity* riguardanti i sistemi di IA; il Regolamento 2016/679, il cui art. 22 rappresenta la principale fonte di regolamentazione dei processi decisionali automatizzati e, quindi, tecnologicamente determinati, nel panorama normativo europeo e dei singoli Stati membri. Si pensi per esempio, a tale proposito, a quanto affermato dal Consiglio di Stato nella sentenza n. 881 del 2020, dove il fondamento dei principi di non esclusività, di conoscibilità e di non discriminazione algoritmica, che dovrebbero regolare le decisioni adottate attraverso sistemi di IA, viene riconosciuto proprio in quanto affermato dall'art. 22 cit. Profili rilevanti per la disciplina dell'IA sono infine presenti nelle proposte relative al *Digital Services Act* e al *Digital Markets Act*, entrambe presentate il 15 dicembre 2020 al Parlamento europeo.

³⁶⁹ Come i tre disegni di legge, depositati presso il Congresso degli Stati Uniti e in attesa di discussione: l'*Algorithmic Accountability Act*, dell'aprile 2019; l'*AI in Government Act*, dell'agosto 2019; l'*Artificial Intelligence Act*, del maggio 2019. O la *Proposition de loi constitutionnelle n° 2585 relative à la Charte de l'intelligence artificielle et des algorithmes*, proposta di legge costituzionale che prevede di inserire all'interno del Preambolo della Costituzione francese la *Charte de l'intelligence artificielle et des algorithmes*, così da garantire un ulteriore livello di protezione ai diritti fondamentali che si trovino ad essere interessati dall'uso dell'IA, prevenendo i possibili rischi e danni che potrebbero concretizzarsi qualora il legislatore intervenisse in ritardo in questo specifico ambito (www.assemblee-nationale.fr/dyn/15/textes/l15b2585_proposition-loi).

³⁷⁰ Di ampio respiro è la *Directive on Automated Decision-Making* (www.tbs-sct.gc.ca/pol/doc-eng.aspx?id=32592), elaborata dal *Treasury Board of Canada Secretariat* del Governo canadese, che disciplina l'uso dei sistemi decisionali di IA all'interno delle istituzioni federali canadesi e dell'amministrazione canadese, perseguendo l'obiettivo principale di ridurre le possibilità che l'applicazione di questi sistemi comporti indebiti e ingiustificati rischi per i cittadini canadesi e promuovendone, invece, un uso che porti a decisioni più efficienti, accurate, coerenti e comprensibili, nel rispetto del diritto canadese. Più frammentaria, invece, la disciplina francese in materia, ricostruibile attraverso una pluralità di fonti, come la *Loi n° 2018-493 du 20 juin 2018 relative à la protection des données personnelles* (www.legifrance.gouv.fr/jorf/id/JORFTEXT000037085952/) e la *Loi n° 2019-222 du 23 mars 2019 de programmation 2018-2022 et de réforme pour la justice* (www.justice.gouv.fr/art_pix/joe_20190324_0071_0002.pdf), che recano alcune disposizioni orientate a dettare i primi profili normativi dell'IA applicata alla protezione dei dati e al settore della giustizia.

³⁷¹ Si pensi, per esempio, ai sistemi di valutazione dell'impatto prodotto dall'IA previsti dai ddl statunitensi e dalla disciplina canadese, oppure al meccanismo di attribuzione della nazionalità ai sistemi di IA stabilito dall'art. 4 della *Charte de l'intelligence artificielle et des algorithmes*.

strumenti e meccanismi di garanzia immediatamente azionabili³⁷².

Tuttavia, anche tra le esperienze nazionali che hanno utilizzato l'*hard law*, si rileva la diversità degli approcci seguiti, basata sull'intensità della tutela assicurata alla protezione delle situazioni giuridiche soggettive che si risolve, specularmente, nei limiti posti all'uso dell'IA. Così, da un lato, vi è un modello a tendenza più restrittiva, esemplificato dall'ordinamento francese, ove sono state introdotte limitazioni significative all'uso dell'IA, specie nei settori della giustizia³⁷³ e della medicina³⁷⁴; dall'altro, un modello a tendenza più permissiva, come quello canadese, incline a promuovere l'uso dell'IA, consentendone generalmente l'applicazione a determinate condizioni e limitandone gradatamente l'uso a seconda dell'impatto prodotto sui diritti e sulle libertà fondamentali³⁷⁵.

Volendo trarre qualche considerazione sul piano dei modelli di disciplina dell'IA, forse la disciplina canadese costituisce un esempio particolarmente efficace di realizzazione dell'equilibrio tra le diverse esigenze sottese al nuovo paradigma normativo integrato, in termini di rapporto tra costi e benefici. Essa prevede cinque requisiti, che devono essere rispettati dalle amministrazioni federali nell'impiego dell'IA: l'*Algorithmic Impact Assessment*, la cui predisposizione ha lo scopo di realizzare una valutazione sull'impatto che la decisione algoritmica potrà avere sui diritti e sugli interessi dei destinatari, al fine di stabilire un sistema di garanzie commisurate al livello dell'impatto stesso; il principio di trasparenza, inteso come obbligo di comunicazione dell'impiego dell'IA e di spiegazione comprensibile della decisione automatizzata, nonché come accessibilità del codice sorgente; la necessità di assicurare la qualità dell'IA, per evitare la presenza di *bias*; la garanzia di strumenti di ricorso avverso la decisione algoritmica; l'obbligo di revisione della disciplina ogni sei mesi, onde

³⁷² Emblematica è la previsione di inserire la *Charte de l'intelligence artificielle et des algorithmes* all'interno del Preambolo della Costituzione francese, incorporandola così nel *bloc de constitutionnalité*.

³⁷³ V. i riferimenti alla disciplina sulla giustizia *sub* nota n. 370. Alcune di queste disposizioni (in particolare il divieto di fornire dati e informazioni che permettano di identificare i magistrati, per finalità di elaborazione di modelli predittivi) sono state oggetto di sindacato di costituzionalità, conclusosi con la *Décision n° 2019-778 DC du 21 mars 2019*, con cui il *Conseil Constitutionnel* ha affermato che il divieto previsto è legittimo e trova giustificazione nella volontà del legislatore di evitare che l'impiego di questi dati a scopo predittivo possa condurre a indebite pressioni o a strategie di c.d. *forum shopping*, che potrebbero alterare l'esercizio della funzione giurisdizionale e le relative garanzie.

³⁷⁴ Il *Projet de loi relatif à la bioéthique* (www.legifrance.gouv.fr/dossierlegislatif/JORFDOLE000038811571/#:~:text=Le%20projet%20de%20loi%20vise,femmes%20comme%20pour%20les%20hommes), con cui si sta procedendo alla revisione della *loi de bioéthique*, stabilisce soprattutto alcune significative limitazioni all'uso dell'IA all'interno della relazione di cura, vietando l'adozione di decisioni completamente ed esclusivamente determinate dall'IA, affidando al medico il compito di decidere se ricorrere o meno a tale tecnologia e conformandone comunque l'uso al principio del consenso informato.

³⁷⁵ V. i riferimenti *sub* nota n. 370.

approntare un adeguato monitoraggio. In sintesi, quindi, un bilanciamento ragionevole tra la rigidità della fonte normativa giuridica (e le connesse garanzie che essa offre), da un lato; l'apertura, l'aggiornamento e la flessibilità della disciplina (che consentono di non ingabbiare il progresso e l'innovazione tecnologica), dall'altro.

5. Considerazioni di sintesi

Al termine della disamina condotta, ritornando alle riflessioni anticipate in premessa, si conferma l'assunto per cui l'evoluzione del polimorfo rapporto tra politica e tecnica nella normazione pone questioni che interessano la forma di governo ma impattano anche sulla forma di Stato, risultando peraltro a loro volta condizionate dalle vicende che interessano questa e quella. Per quanto rileva in questa sede, trattasi del crescente protagonismo dell'Esecutivo e, soprattutto, dell'attività di regolazione di soggetti estranei al circuito democratico-rappresentativo e della crisi della rappresentanza parlamentare, determinati da molteplici fattori di carattere economico-sociale, politico e giuridico. Ed è opportuno sottolineare, con riferimento agli ordinamenti di derivazione liberale, l'invarianza dell'assunto rispetto alle diverse forme di governo considerate³⁷⁶.

Nella prospettiva del sistema delle fonti, le medesime questioni rivelano l'inadeguatezza della struttura dello schema binario classico legittimità-controllo giurisdizionale, che tradizionalmente presidia tale sistema: ora a causa della necessità di ripensare il parametro stesso di legittimità³⁷⁷; ora a causa della preclusione di spazi di sindacato ai giudici (per inidoneità degli strumenti a disposizione³⁷⁸ o per la natura dell'oggetto del controllo³⁷⁹) o, per contro, in ragione dell'esaltazione dell'attivismo giurisdizionale, in funzione quasi suppletiva del legislatore³⁸⁰. Ma, prima ancora, tali questioni evidenziano la necessità di ridefinire lo stesso concetto stesso di fonte (e, va da sé, i relativi criteri ordinatori) e, con essa, i confini del rapporto tra pubblico e privato³⁸¹. Ed è peraltro interessante notare come

³⁷⁶ Dal momento che la casistica analizzata comprende esperienze relative a forme di governo parlamentare, semipresidenziale e presidenziale.

³⁷⁷ Emblematico, al riguardo, il caso degli algoritmi: v. *sub* 4.3 e, per ulteriori riflessioni, G. Orsoni, E. D'Orlando, *Nuove prospettive dell'amministrazione digitale: open data e algoritmi*, cit., 605 ss.

³⁷⁸ Che emerge spesso nel sindacato a geometria variabile sugli atti delle AII: v. *sub* 3.3.

³⁷⁹ Come si è visto, per esempio, a proposito di quella che è stata definita "riserva di scienza" – v. *spec. sub* 4.2 –, che impatta non solo sulla discrezionalità del legislatore ma anche sull'attività giurisdizionale: per ulteriori riferimenti, S. Penasa, *Le "scientific questions" nella dinamica della discrezionalità giurisdizionale e legislativa*, cit., 39 ss. e Id., *Presupposti scientifici delle leggi e giudizio di costituzionalità: spunti dal diritto comparato*, cit., 255 ss.; D. Servetti, *Riserva di scienza e tutela della salute*, cit., 231 ss.

³⁸⁰ Come rilevato, per esempio, a proposito del biodiritto (v. *sub* 4.2).

³⁸¹ Un esempio evidente e noto sono le norme tecniche di cui si è trattato *sub* 4.1, mentre un campo ancora inesplorato e che potrebbe dischiudere nuove prospettive è quello dell'IA, a cui

questi fenomeni si percepiscano, sebbene con differenti epifanie, con riferimento a tutti i sistemi appartenenti alla *Western Legal Tradition*. Anche se, sulla base dell'indagine compiuta, gli ordinamenti di *common law*, in virtù del loro peculiare approccio al fenomeno normativo (ancora significativamente persistente), parrebbero talvolta più pronti a reagire alle sollecitazioni poste dalla tecnica, a fronte delle rigidità che strutturalmente (tuttora) caratterizzano quelli di *civil law*³⁸².

Più in particolare, emerge l'impressione che, sempre più di frequente e diffusamente, le forme della produzione giuridica oggi derivino solo in parte dall'attività del legislatore, il cui ruolo, in passato, era invece centrale. Nella disamina dei casi di studio trattati si è tuttavia cercato di mantenere in evidenza un filo rosso, rappresentato dal ruolo che il legislatore e, quindi, il diritto politico – come espressione ancora insostituibile del circuito democratico-rappresentativo – possono avere in questo scenario che se, da un lato, impone di riflettere sull'adeguatezza di alcune categorie concettuali tipiche del costituzionalismo del Novecento, dall'altro, non fornisce punti di riferimento stabili e consolidati, ma solo tendenze apprezzabili in filigrana³⁸³.

Tentando allora di ricomporre il discorso sul rapporto tra politica e tecnica nella normazione, rispetto al percorso decostruttivo svolto nelle riflessioni che precedono, si potrebbe dire che al problema evidenziato in premessa, ovvero l'adeguatezza dei procedimenti di produzione normativa rispetto alle esigenze di normazione che provengono dalla realtà, la risposta è la costruzione di modelli di *evidence-based policy-making* e, quindi, di *evidence-based rule-making*³⁸⁴. In questo contesto con tale locuzione si fa riferimento, in generale³⁸⁵, a un tipo di processo decisionale – articolabile secondo molteplici

si è accennato *sub* 4.3.

³⁸² Maggiore prontezza apprezzabile in modo generalizzato: dal rilievo tradizionalmente accordato alla tecnica come strumento per migliorare la qualità della legislazione e per valutare le politiche pubbliche (v. *sub* 2.1), al risalente consolidamento dell'*administrative government*, con la naturale sottrazione di spazi di regolazione alla politica attraverso le AAI (v. *sub* 3.1 e, *amplius*, M. D'Alberti, *Diritto amministrativo comparato*, cit., 93 ss. e 123 ss.); dal più frequente e "fisiologico" ricorso al *soft law*, che consente di configurare paradigmi normativi flessibili e modulabili, più adatti a integrare diritto e scienza (v. *sub* 4.2. e 4.3), all'atteggiamento culturale generale di maggiore disponibilità alla sperimentazione di approcci differenti, riscontrabile anche con riferimento alla frontiera dell'IA (e, spec., del c.d. *Law 3.0*: v. *sub* 4.3 e, per una esemplificazione concreta, R. Brownsword, *Law 3.0*, cit.).

³⁸³ Scenario che, evidentemente, trascende il discorso giuridico e sul quale si rinvia al sempre attuale contenuto della *Zeitdiagnose* di U. Beck, *Risikogesellschaft. Auf dem Weg in eine andere Moderne*, Frankfurt am Main, 1986, trad. it. *La società del rischio. Verso una seconda modernità*, Roma, 2020 (7^a rist.), studio di teoria sociale fonte di molteplici spunti di riflessione anche per il giurista.

³⁸⁴ La locuzione trae origine, come noto, della *evidence-based practice*, che riguarda soprattutto le politiche sanitarie. Un classico riferimento della letteratura sull'argomento è l'opera collettanea di A.R. Roberts, K.R. Yaeger (ed.), *Evidence-Based Practice Manual: Research and Outcome Measures in Health and Human Services*, Oxford, 2004.

³⁸⁵ E, quindi, estendendone l'accezione rispetto al solo perimetro del biodiritto, a proposito del quale è stata in precedenza citata (v. *sub* 4.2).

varianti – che postula il superamento di una costruzione delle politiche pubbliche e, quindi, degli atti di normazione, fondata esclusivamente sulle opzioni ideologiche o sulle pressioni politiche contingenti, per privilegiare o, comunque, valorizzare, un approccio tecnico alle scelte di legislazione (e di governo e di amministrazione), in grado di ricondurle ad una metodologia scientifica fondandole su dati misurabili e – per quanto possibile – verificabili, sia nella fase di elaborazione, sia nella fase di applicazione-attuazione, sia, e soprattutto, nella fase di costruzione del consenso³⁸⁶.

Da qui la necessità di contemplare processi di normazione che, con varia intensità, integrino il parametro tecnico: inglobandolo nell'*iter* di formazione del diritto politico, come mero supporto conoscitivo e/o valutativo³⁸⁷; configurando una filiera di produzione delle regole, in virtù della quale legislatore e regolatori si dispongano all'interno di un unico processo istituzionale integrato, con una sequenza formata dal momento politico e dal successivo momento di implementazione tecnica³⁸⁸; strutturando il paradigma normativo in modo aperto, aggiornabile e modulabile, con il ricorso a diverse modalità di recepimento del dato tecnico (per esempio, le clausole generali o i rinvii)³⁸⁹.

Come si è visto, si tratta di processi che possono assumere connotati tra loro molto diversi e che presentano, a seconda degli ambiti materiali considerati, stadi di sviluppo piuttosto differenziati, rendendo evidente come sia estremamente difficile tirare le fila di un fenomeno dalle dimensioni globali, rispetto al quale è possibile individuare solo pochi denominatori comuni. Certo è che si tratta di un approccio che implica un ripensamento e un superamento della visione del sistema delle fonti di tipo tradizionale, di ispirazione formale-astratta. E su questo terreno, in effetti, l'approccio culturale fa la differenza³⁹⁰.

³⁸⁶ È questo il significato, in chiave costruttiva, riconducibile all'apertura dei confini della politica alla c.d. sub-politica (ovvero allo sviluppo tecnico-economico), analizzata criticamente nell'affresco di U. Beck, *La società del rischio*, cit., 256 ss.

³⁸⁷ Questo il piano della tecnica legislativa in generale e quello, più specifico, in cui conoscenze tecnico-scientifiche vengono acquisite tramite organi ausiliari del legislatore nel corso del procedimento legislativo, il cui *output* è comunque integralmente riconducibile a opzioni politiche compiute dal legislatore.

³⁸⁸ È il caso delle AII: C. Sartoretti, *Le autorità amministrative indipendenti nel diritto costituzionale comparato*, cit., 98 ss.

³⁸⁹ Schema ricorrente allorché si tratta di conciliare politica e tecnica all'interno della disciplina di una medesima fattispecie o di più fattispecie riconducibili a uno stesso ambito materiale.

³⁹⁰ Come ricordava un acuto studioso – la cui brillante speculazione teorica non era mai disgiunta da una conoscenza della realtà attenta e realmente partecipata –, l'approccio *evidence-based* «è particolarmente complesso per i costituzionalisti, perché il diritto costituzionale e il costituzionalismo della seconda metà del Novecento sono molto valoriali, sono imbevuti di ideologia politica. E il costituzionalismo valoriale ha dato straordinari risultati per quanto riguarda la tutela dei diritti; al contrario, la parte organizzativa del potere, che era quella per cui era nato il costituzionalismo, limitando il potere a tutela dei diritti, sembra essere in difficoltà... Ma se non funziona il sistema politico, non può funzionare nemmeno il sistema

Tuttavia il dato ineludibile è che, specie di fronte al progresso scientifico e tecnologico, il ruolo del legislatore va ricalibrato (accanto a quello dell'amministrazione e della giurisdizione), salvaguardando comunque la funzione del diritto politico come espressione della democrazia. E i modelli di *evidence-based policy-making* (e, più specificamente, di *evidence-based rule-making*) consentono di ottenere risultati senz'altro positivi in questo senso: miglioramento della qualità della normazione; rigenerazione della rappresentanza politica attraverso l'innesto di nuovi apporti partecipativi; recupero della centralità del Parlamento negli equilibri della forma di governo. Quindi non tecnocrazia contro democrazia³⁹¹, ma integrazione di elementi epistocratici nei processi decisionali democratici³⁹².

Nell'introduzione si accennava infine al fatto che il ricordato problema del disallineamento tra forme tradizionali ed esigenze attuali della normazione – questione teorico-generale sottesa al rapporto tra politica e tecnica nella normazione – appare riconducibile a uno dei profili (e delle sfide) più accattivanti della teoria della complessità: approdare da una visione programmatica a una visione strategica, che sia in grado di apprendere e di modificarsi sulla base della molteplicità degli eventi e delle contingenze. Tale teoria è tradizionalmente strutturata su un dilemma³⁹³, che si può riassumere nei seguenti termini: per fronteggiare la crescente complessità degli scenari globali, è necessario che le organizzazioni aumentino la loro complessità interna, come suggerisce la legge della varietà necessaria³⁹⁴, o devono selezionare parte della complessità esterna per ridurla attraverso la differenziazione³⁹⁵?

parlamentare [ovvero, in generale, la forma di governo]». Così P. Carrozza, *Tecnica e politica: la necessaria complementarità*, in G. Grasso (cur.), *Il Governo tra tecnica e politica*, cit., 97. Sul problematico rapporto "culturale" tra scienza e politica, cfr. K. Bogenschneider, T.J. Corbett, *Evidence-Based Policymaking. Insights from Policy-Minded Researchers and Research-Minded Policymakers*, New York, 2010.

³⁹¹ Secondo le critiche avanzate alla *evidence-based policy* da J. Muller, *The Tyranny of Metrics*, Princeton, 2017 o da P. Cairney, *The Politics of Policy-Making*, Palgrave 2016. Un interessante apporto sul tema, critico ma costruttivo, condotto nella prospettiva della filosofia della scienza, è quello di N. Cartwright, J. Hardie, *Evidence-Based Policy: A Practical Guide to Doing It Better*, Oxford, 2012.

³⁹² Sull'epistocrazia come componente non democratica dello Stato, comunque riconosciuta dalla Costituzione, S. Cassese, *La democrazia e i suoi limiti*, Milano, 2017, 36 ss.

³⁹³ A.F. De Toni, G. De Zan, *Il dilemma della complessità*, cit.

³⁹⁴ Attribuita a William Ross Ashby: W.R. Ashby, *Requisite Variety and Its Implications for the Control of Complex Systems*, in *Cybernetica*, vol. 1, n. 2, 1958, 83 ss., per il quale la complessità organizzativa interna di un sistema è la risposta adattiva alla complessità esterna ed è a essa direttamente proporzionale.

³⁹⁵ Secondo quanto suggerito da Niklas Luhmann: N. Luhmann, *Soziale Systeme. Grundriß einer allgemeinen Theorie*, Frankfurt am Main, Suhrkamp Verlag, 1984, trad. it., *Sistemi sociali. Fondamenti di una teoria generale*, Bologna, 1990. Più in particolare, secondo l'Autore l'ambiente è sempre più complesso della singola organizzazione, cosicché per questa è impossibile dotarsi di una varietà pari a quello, come invece sostenuto da Ashby. L'unica cosa da fare, allora, è che ogni organizzazione selezioni una quantità limitata di interazioni con il contesto globale, differenziandosi in ragione di esse dalle altre organizzazioni. Questa opera

Ragionando in termini di fonti normative, ciò significa: proliferazione potenzialmente incontrollata di fonti normative sempre più specializzate, con rinuncia progressiva al paradigma normativo generale e astratto, oppure abdicazione da parte del legislatore dal perseguimento della generalità dei fini politici, limitandoli o selezionandoli? Così posta, la domanda non può avere risposte nette. Puntare solo sull'incremento della complessità interna significa inseguire la complessità aumentando in modo esponenziale attori e rapporti con altrettante leggi speciali, regolamentazioni, discipline *ad hoc*: così, nel tentativo di mantenere una parvenza di certezza dei rapporti giuridici, si condurrebbe l'ordinamento ad un'ipertrofia normativa (peraltro già tangibile) idonea a creare, al contrario, solo incertezza. D'altro canto, puntare solo sulla riduzione della complessità esterna tramite selezione e differenziazione, non è opzione del tutto conciliabile con il ruolo del legislatore e della legge, fonte a carattere libero e a competenza generale della quale non sempre il legislatore può disporre³⁹⁶. In altri termini, è necessario trovare soluzioni intermedie, che sintetizzino, senza estremizzarle, le soluzioni prospettate dall'uno e dall'altro lemma.

Per concludere il ragionamento aperto in premessa, alla luce dell'analisi effettuata, si può allora affermare che l'*evidence-based rule-making*, in virtù delle caratteristiche sopra descritte e che compendiano elementi di entrambe le opzioni, è la forma che oggi sta assumendo, nella dimensione giuridica, la risposta al dilemma della complessità.

Elena D'Orlando
Dip.to di Scienze Giuridiche
Università degli Studi di Udine
elena.d'orlando@uniud.it

di selezione conduce a una riduzione della complessità, poiché ogni organizzazione si accolla parte della complessità globale e su di essa fonda la propria differenziazione dalle altre.

³⁹⁶ Il riferimento è ai casi di riserva di legge, in cui la possibilità di demandare la disciplina ad altre fonti è (più o meno) limitata e alle altre riserve di competenza costituzionalmente previste, che precludono al legislatore l'intervento nelle materie che ne sono oggetto.