

Norme tecniche e *soft law*

di Giuseppe Tropea

SOMMARIO: 1. Premessa: sui diversi usi del concetto di norma tecnica. – 2. Cenni sul dibattito in tema di *soft law*. – 3. L'ambito regolatorio delle autorità indipendenti e il punto di vista degli amministrativisti. – 4. La parabola normalizzante dell'emergenza nel potere di ordinanza e nei d.p.c.m., e il rinnovarsi dello Stato amministrativo. – 5. Questioni tecnico-scientifiche e rimodulazione dei rapporti legislazione/amministrazione/giudice. – 6. Conclusioni: un problema di rapporti tra settori scientifici disciplinari?

1. *Premessa: sui diversi usi del concetto di norma tecnica*

Il dibattito odierno su norme tecniche e *soft law* sottende diverse chiavi di lettura e forse anche diverse sensibilità fra gli interpreti.

Vi sono almeno tre prospettive attraverso cui può oggi guardarsi al rapporto fra diritto a legittimazione politica tradizionale e sapere tecnico/scientifico¹. Il primo ambito è quello delle procedure di razionalizzazione inserite nei procedimenti di formazione del diritto politico. Il secondo vede una suddivisione degli spazi di normazione tra il circuito politico e quello amministrativo, con sottrazione della regolazione politica determinata dalla tecnica (es. Autorità indipendenti). Il terzo, infine, è quello in cui politica e tecnica si confrontano senza le intermediazioni fornite dai tradizionali schemi di intermediazione normativa, ed emerge più propriamente il tema delle norme tecniche (es. biodiritto, diritto dell'ambiente). In tale contesto, particolare rilievo hanno assunto le norme prodotte da enti ed associazioni private, ai quali si chiede una disciplina uniforme di carattere tecnico in materie nelle quali rilevino specifiche tecniche di prodotti, servizi, processi produttivi. In questo caso si è progressivamente passati, intorno agli anni '80, ad una giuridificazione della norma tecnica attraverso tecniche di rinvio², essenzialmente a causa di esigenze di omogeneizzazione dei prodotti industriali derivate dall'affermazione del principio di libera circolazione all'interno dei Paesi membri dell'UE.

All'interno di questa tripartizione può essere poi effettuata un'ulteriore, più sottile, bipartizione speculativa, che chiama più direttamente in causa il fenomeno della *soft law*.

¹ Cfr. E. D'ORLANDO, *Politica e tecnica nella produzione normativa*, in DPCE online, 2021, 353-354; ID., *Politica, tecnica e scienza: il sistema delle fonti di fronte al dilemma della complessità*, in Dir. amm., 2021, 713 ss.

² Sulla rilevanza giuridica della normativa tecnica v. M. GIGANTE, *Norma tecnica*, in *Diz. dir. pubbl.*, diretto da S. Cassese, Milano, 2006, vol. IV, 3806 ss.

Quella più *mainstream* è l'impostazione che vede l'ascesa di fonti diverse da quelle primarie e secondarie nell'era della globalizzazione dei mercati e della tecnicizzazione del mondo³. È presente in questa lettura la presa d'atto della crisi della legalità in esso insita, e il contestuale tentativo di trovare "freni" all'anti-sovrano⁴, che vanno dalla legalità procedurale al controllo delle corti.

Questo primo punto di vista presuppone un'idea di "norma tecnica" legata all'uso corrente della locuzione, intesa come "normativa tecnica", cioè come insieme di regole che qualificano deonticamente una tecnica o che attuano norme più generali, ossia ne specificano le modalità di esecuzione/applicazione. Dal diritto dell'ambiente⁵ a quello dei contratti pubblici, dal digitale alla tutela della salute, come l'emergenza del Covid-19 ci ha drammaticamente mostrato⁶, questo primo punto d'osservazione ha suscitato una serie di questioni, fra le quali anche la disciplina di questi ambiti tramite il ricorso all'incerta e ambigua categoria della *soft law*. In taluni casi, peraltro, anche il tema delicato all'accesso alla giustizia, presidiato dall'art. 24 Cost. e dalla riserva di legge processuale di cui all'art. 111 Cost., è stato toccato, nella misura in cui si è intrecciato a taluni scenari innovativi fra quelli sopra indicati, dalla pandemia⁷ alla digitalizzazione⁸.

C'è poi la definizione più filosoficamente connotata di "regola tecnica", che si fonda sulla distinzione kantiana tra imperativo ipotetico e imperativo categorico, poi sviluppata dai filosofi analitici⁹, che inquadra le regole tecniche, diverse da quelle categoriche, fra le regole che prescrivono un comportamento in quanto mezzo per perseguire un determinato fine, secondo lo schema: se si vuole Y, si deve X. Questo concetto di regola tecnica, a rigore, si distingue dalle regole tecniche sopra indicate, definibili invece come regole tecnomomiche e come regole tecniche d'attuazione¹⁰.

³ AA.VV., (a cura di) A. Somma, *Soft law e hard law nelle società postmoderne*, Torino, 2009.

⁴ M. LUCIANI, *L'antisovrano e la crisi delle costituzioni*, in *Riv. dir. cost.*, 1996, 147 ss.

⁵ Cfr. M. CECCHETTI, *Note introduttive allo studio delle normative tecniche nel sistema delle fonti a tutela dell'ambiente*, in *Osservatorio sulle fonti* 1996, Torino 1996; ID., *La produzione pubblica del diritto dell'ambiente: tra expertise tecnico-scientifica, democrazia e responsabilità politica*, in *DPCE online*, 2020, 3339 ss.

⁶ Cfr. A. IANNUZZI, *Leggi "science driven" e Covid-19. Il rapporto fra politica e scienza nello stato di emergenza sanitaria*, in *BioLaw Journal*, n. 1/2020, 119 ss.

⁷ Si pensi alle numerose linee guida, raccomandazioni, indicazioni, che hanno inciso sulla disciplina dei processi. Sul punto cfr. C. MANCUSO, *La giustizia di fronte all'emergenza: il rinnovato ruolo del soft law*, in www.judicium.it, 30 giugno 2020.

⁸ Si pensi alla spinosa questione della rilevanza delle regole tecniche emanate per mezzo di D.P.C.M. con riguardo alla ammissibilità della notifica a mezzo Pec nel processo amministrativo telematico. Sia consentito il rinvio a G. TROPEA, *Il buono, il brutto, il cattivo: sulla notifica del ricorso a mezzo Pec nel processo amministrativo*, nota a Cons. Stato, sez. III, 20 gennaio 2016, n. 189, in *Giur. it.*, 2016, 1219 ss.

⁹ Cfr. ad es. G. GOMETZ, *Le regole tecniche. Una guida refutabile*, Pisa, 2008.

¹⁰ Vi sono periodi eccezionali, come quello che viviamo, in cui si verifica una peculiare sovrapposizione fra imperativo categorico e imperativo ipotetico. Rileva N. IRTI, *Viaggio tra gli*

Invero, già Crisafulli parlava di norme tecniche come regole promananti da leggi naturali ed espressive di una «correlazione di fenomeni secondo il principio di causalità»¹¹, che si distinguono dalla odierna nozione di norma tecnica come regola giuridica che incide in materia tecnica, soprattutto di stampo economico-finanziario.

A me pare che questa differente modalità d'inquadramento della questione abbia delle importanti conseguenze, anche nel modo in cui le diverse discipline, quella costituzionalista e quella amministrativista, approcciano la coppia concettuale norme tecniche e della *soft law*. A sua volta essa risente di un diverso modo d'intendere i rapporti fra Costituzione e tecnica¹², secondo prospettive "neutraliste" o funzionaliste da un lato, che rinnovano l'epoca delle neutralizzazioni e spolticizzazioni schmittiane, o assiologicamente orientate a subordinare la tecnica alla Costituzione dall'altro.

La prima prospettiva, maggiormente presente fra i costituzionalisti, porta sovente ad accedere ad un'idea non tanto di crisi della legge, ma più ampiamente di crisi del diritto come sistema di veridificazione del potere, per dirla con Foucault¹³, e sempre con quest'ultimo ad evidenziare il sistema sapere/potere insito a questi fenomeni¹⁴, connotando la *soft law* come "resa" del sistema democratico rappresentativo a una serie di ideologie forti, su tutte quella neoliberale dell'effettività¹⁵, che prevale sul modello kelseniano della validità. Per averne una visione d'insieme, basta leggere la recente strategia di normazione tecnica proposta dalla Commissione UE che delinea l'approccio di questa all'interno del mercato unico e a livello globale, corredata da una proposta di regolamento sulla normazione, al fine di promuovere la competitività dell'UE a livello globale, attraverso un'economia resiliente, verde e digitale e a integrare i valori democratici nelle applicazioni tecnologiche¹⁶.

obbedienti, Milano, 2021, 116: «Se il comando ha la semplice natura di imperativo ipotetico (nel senso kantiano), cioè di indicazione di mezzi necessari per raggiungere uno scopo, allora la paura riguarda, a modo d'esempio, un contagio o una contaminazione batterica ecc. Nulla vieta, e anzi questi mesi di ansiosa clausura ne rendono prova, che le prescrizioni mediche siano assunte a contenuto di norme giuridiche, sicché alla paura del morbo si congiunga la paura della sanzione, e insieme conducano all'obbedienza più stretta e trepidante».

¹¹ V. CRISAFULLI, *Lezioni di diritto costituzionale*, I, Padova, 1970, 8-9.

¹² G. AZZARITI, *Tecnica, politica, Costituzione. Perché non solo la politica ma anche la tecnica deve essere limitata dalla Costituzione*, in *Il Governo tra tecnica e politica*, Napoli, 2016, 119.

¹³ Recentemente richiamato da R. BIN, *Critica della teoria delle fonti*, Milano, 2021, 31.

¹⁴ Per rilievi sulle dinamiche di sapere/potere, e su come i fatti scientifici siano prodotto di ricerche socialmente condizionate piuttosto che oggettive rappresentazioni della natura, cfr. M. TALLACCHINI, *Scienza e diritto. Prospettive di co-produzione*, in *Riv. fil. dir.*, 2012, 332.

¹⁵ Sul principio di effettività come grimaldello interpretativo capace di fare affermare la prospettiva assiologica dell'interprete, specie se declinato nel contesto valoriale proconcorrenziale europeo, v. S. MAZZAMUTO, *Il diritto post-moderno: un concetto inutile o addirittura dannoso?*, in *Europa e dir. priv.*, 2018, 845 ss.; L. NIVARRA, *Dalla «crisi» alla «eclissi»: ovvero, da un paradigma all'altro*, in *Europa e dir. prin.*, 2017, 801 ss.

¹⁶ COM (2022) 31 final, 2.2.2022. La strategia presentata propone cinque linee di intervento

La seconda appare più neutra, in quanto volta a sottolineare le origini della *soft law* nel diritto internazionale e in quello societario, le sue diverse manifestazioni (cd. pre-law, post-law, para-law), i suoi caratteri¹⁷, e soprattutto a mostrarne la naturale connessione con la “tecnificazione” del mondo e quindi del diritto. Questa prospettiva predilige percorsi di “giustificazione” e indagini sulla “giuridificazione” del fenomeno¹⁸ (e di allontanamento di esso dal modello nichilista alla Irti-Severino¹⁹, e prima heideggeriano) ad esempio valutando in profondità questi meccanismi come strumenti di riduzione luhmanniana della complessità, e così rileggendo fenomeni come quello delle “norme interne”²⁰.

Questo secondo approccio, più diffuso fra gli amministrativisti, sembra assecondare meglio la prospettiva della filosofia analitica sopra richiamata, che non a caso vede nella regola tecnica un sistema defettibile, più trasparente e adatto, proprio in quanto confutabile, ai contesti socioculturali che viviamo, all’insegna del principio di effettività sopra richiamato.

Peraltro, anche il primo approccio favorisce una conclusione di stampo funzionalista e a-valutativo, se inteso nel modo in cui è andato conformandosi negli ultimi decenni di spinto neoliberalismo, in cui l’espressione norma tecnica è stata usata per nascondere la natura ideologica della regola, in vista della creazione della cd. economia sociale di mercato²¹.

principali: 1. Prevedere, classificare in ordine di priorità e affrontare le esigenze di normazione in settori strategici (es. normazione per quanto riguarda la produzione di vaccini e medicinali contro la COVID-19, il riciclo delle materie prime critiche, la catena di valore dell’idrogeno pulito, il cemento a basse emissioni di carbonio, la certificazione dei chip e i dati); 2. Migliorare la governance e l’integrità del sistema europeo di normazione; 3. Rafforzare la leadership europea per quanto riguarda le norme globali; 4. Sostenere l’innovazione; 5. Preparare la prossima generazione di esperti nel campo della normazione. Per rilievi critici su queste tendenze, anche se anteriori al documento qui richiamato, v. V.E. FALSITTA, *Tassidermia giuridica e reincarnazione. Riflessioni su tecnica, ordinamento giuridico e fisco*, Milano, 2021

¹⁷ Cfr. M. RAMAJOLI, *Soft law e ordinamento amministrativo*, in *Dir. amm.*, 2017, 147 ss.

¹⁸ Tema al quale è stata dedicata un’interessante raccolta di saggi: cfr. AA.VV., *La giuridificazione*, a cura di B. Marchetti e M. Renna, A 150 anni dall’unificazione amministrativa italiana, a cura di L. Ferrara e D. Sorace, vol. III, Firenze, 2016.

¹⁹ N. IRTI-E. SEVERINO, *Dialogo su diritto e tecnica*, Bari, 2001. Più di recente, con una serrata critica alla normazione sul Covid-19, giudicata in contrasto con la “legalità linguistica”, v. N. IRTI, *Viaggio tra gli obbedienti*, cit.

²⁰ Cfr. F. FRACCHIA-M. OCCHIENA, *Le norme interne: potere, organizzazione e ordinamenti*, Napoli, 2020. Cfr. pure, anche in questo caso con richiami a Luhmann, V. BERLINGÒ, *Le proiezioni giuridiche dell’ordinamento interno della Pubblica amministrazione*, in *Scritti in onore di A. Ruggieri*, Napoli, 2021, vol. I, 329 ss. Appare emblematico il recente ritorno di interesse degli amministrativisti per il tema delle norme interne: cfr. anche M. ROVERSI MONACO, *Le norme interne del sistema amministrativo italiano. Uno studio introduttivo*, Milano, 2020.

²¹ G. SERGES, *Norme “tecniche” e norme ideologiche. Una riflessione sulle regole dell’austerità e sull’articolo 81 della Costituzione*, in *Il Governo tra tecnica e politica*, cit., 278.

Proverò a sviluppare nelle pagine che seguono queste due linee di lettura, che, pur apparentemente diverse dal punto di vista prescrittivo e assiologico, finiscono per convergere sull'idea di fondo di una tendenza funzionalista alla amministrativizzazione del diritto e all'amministrazione come creatrice più che esecutrice di norme, un tratto tipico dello Stato amministrativo di schmittiana memoria che oggi mi pare si manifesti con particolare vivacità, nella convergenza tra Stato tardo neoliberale e consolidata tendenza alla stabilizzazione dell'emergenza.

2. *Cenni sul dibattito in tema di soft law*

Quanto sopra osservato trova conferma se si dà uno sguardo più approfondito al vivace dibattito in tema di *soft law*.

Come detto, una importante linea ricostruttiva diffusa soprattutto tra i costituzionalisti²² tende a vedere nella *soft law* una forte connotazione corporativa, che denota un rifiuto della politica. La regolazione “dal basso”, efficacemente definita “piramide rovesciata”²³, fatta soprattutto di dati scientifici e del mercato, di norme appunto “tecniche”, sarebbe il portato del modello neoliberale della *governance*²⁴, che consente la prevalenza degli interessi più forti e organizzati. In questo senso la retorica “soft” maschererebbe pratiche “hard”, particolarmente incisive su diritti e libertà fondamentali²⁵.

Si pensi a settori quali l'immigrazione e la sicurezza urbana, nei quali l'ammi-

²² R. BIN, *Soft law, no law*; A. SOMMA, *Some like it soft. Soft law e hard law nella costruzione del diritto privato europeo*, entrambi in (a cura di) A. Somma, *Soft law e hard law nelle società postmoderne*, cit.; M. MANETTI, *Fonti senza forma e presunto soft law, con particolare riguardo alle linee-guida Anac*, in www.diritti-fondamentali.it, n. 1/2020, 170 ss. Tale impostazione critica talora viene adesivamente richiamata, salvo poi essere smussata in chiave eminentemente descrittiva da F. ZAMMARTINO, *Il modello molteplice. La potestà normativa delle Autorità amministrative indipendenti*, Torino, 2020, 279.

²³ A. RUGGERI, *Il disordine delle fonti e la piramide rovesciata al tempo del Covid-19*, in www.giurcost.it, 2020, 684 ss. Cfr. sul punto anche E. D'ORLANDO, *Politica e tecnica nella produzione normativa*, cit., 349.

²⁴ G. SERGES, *Norme “tecniche” e norme ideologiche. Una riflessione sulle regole dell'austerità e sull'articolo 81 della Costituzione*, cit., 276; M.R. FERRARESE, *Soft law: funzioni e definizioni*, in *Soft law e hard law nelle società postmoderne*, cit., 71 ss.; B. PASTORE, *La figura del giurista al tempo del “post-pensiero”*, in *Europa e diritto privato*, 2020, 423 ss. Contestualizza questi fenomeni nella crisi della dicotomia pubblico/privato, B. SORDI, *Diritto pubblico e diritto privato. Una genealogia storica*, Bologna, 2020.

²⁵ A. DI ROBILANT, *Genealogies of Soft Law*, in *The American Journal of Comparative Law*, 2006, 499 ss.

nistrazione, soprattutto attraverso circolari e direttive²⁶, nega diritti²⁷. Tendenza che storicamente si riscontra già nelle circolari riguardanti l'attuazione delle leggi razziali²⁸ e nel diritto coloniale, casi che evocano l'odierna questione migratoria. In tal senso il Governo non va più inteso nel senso giuridico-formale della sovranità classica, ma foucaultiano, come "prassi", strabordante rispetto a qualsiasi tentativo di limite²⁹. Emblematico il tema dell'accoglienza del richiedente asilo³⁰ e quindi la vicenda degli hot-spot, "punti di crisi" istituiti nei Paesi di confine dell'Unione al fine di affrontare sfide migratorie specifiche e sproporzionate

²⁶ Si pensi alla Direttiva del ministro Salvini del 17 aprile 2019 che invita i prefetti a emanare ordinanze anti-degrado per tenere lontani spacciatori, ladri, scippatori e abusivi dalle "zone rosse" quali centri storici, luoghi turistici, aree vicine alle scuole e piazze particolarmente frequentate. Il modello erano recenti ordinanze prefettizie, ad esempio relative al comune di Firenze, istitutive di zone rosse in varie zone del territorio comunale, nelle quali si interdice la presenza per chi è stato denunciato per reati di spaccio, danneggiamento o contro la persona, ovvero è stato sanzionato per commercio abusivo su suolo pubblico. Ma, secondo il Tar Toscana, 4 giugno 2019, n. 823: «E' illegittimo il provvedimento prefettizio che ha disposto il divieto di stationare in diverse aree della città, assunte a c.d. "zone rosse", alle persone cui è stata contestata la violazione della normativa sul commercio in area pubblica o che risultano denunciate per i reati di percosse, lesioni personali, rissa, danneggiamento o spaccio di sostanze stupefacenti». Presupposto per l'emanazione di provvedimenti contingibili e urgenti in base all'art. 2 del Testo Unico delle Leggi di Pubblica Sicurezza è la dimostrazione, da parte dell'Autorità prefettizia, dell'insufficienza dei mezzi ordinariamente messi a disposizione dell'ordinamento per affrontare la situazione rilevata. Il divieto di stationare in determinate aree urbane non può dunque essere utilizzato in via ordinaria quale misura di prevenzione amministrativa poiché, in tal caso, dovrebbe essere previsto da una specifica norma di legge come stabilisce l'articolo 16, primo comma, della Costituzione». Per non parlare del d.m. 5 agosto 2008, decreto non regolamentare che definiva le nozioni di incolumità pubblica e sicurezza urbana, ai sensi del potere di ordinanza di cui all'art. 54 t.u.e.l., all'origine della nota sentenza della Corte cost. n. 115/2011 sul principio di legalità sostanziale. Si consideri, infine, l'elencazione dei luoghi che possono essere presi in considerazione per il cd. daspo urbano. L'art. 9 del d.l. n. 14/2017 individua, prima di tutto, le aree «interne delle infrastrutture, fisse e mobili, ferroviarie, aeroportuali, marittime e di trasporto pubblico locale, urbano ed extraurbano», nonché le relative pertinenze, come luoghi rispetto ai quali occorre particolare attenzione per il loro decoro. Per quanto riguarda l'elencazione dei luoghi di cui all'art. 9, questa non pare suscettibile di interpretazione estensiva o analogica, in virtù delle riserve di cui agli artt. 13, 16 e 23 Cost. Tuttavia, le linee di indirizzo per l'attuazione dei nuovi strumenti di tutela della sicurezza urbana, adottate dal Ministero dell'Interno in data 8 luglio 2017, conferiscono alle linee guida ed alle linee generali, adottate su proposte dello stesso Ministro, nonché anche ai futuri patti per l'attuazione della sicurezza urbana, la possibilità di «perimetrazione di ulteriori aree ove estendere le previsioni contenute negli artt. 9 e 10 del decreto».

²⁷ Cfr. in tal senso M. D'AMICO, *Amministrazione creatrice ed esecutrice del diritto*, in *Rivista AIC*, n. 4/2018, 53 ss.

²⁸ S. GENTILE, *Le leggi razziali. Scienza giuridica, norme, circolari*, Milano, 2010.

²⁹ B. TONOLETTI, *Fuga dal regolamento e confini della normatività nel diritto amministrativo*, in *Dir. amm.*, 2015, 426.

³⁰ Cfr. G. TROPEA, *La condizione amministrativa del rifugiato, nella segmentarietà della frontiera*, in pubblicazione negli *Scritti in onore di M. Immordino* e in *Nuove autonomie*, 2021, 633 ss.

caratterizzate dall'arrivo di ampi flussi migratori la cui genesi e la cui conseguente disciplina è caratterizzata, tanto a livello interno quanto a livello europeo, dal ricorso a fonti atipiche o di rango sub-primario, in materie coperte da riserve di legge (artt. 10 e 13 Cost.). Oppure si consideri il tema del soccorso in mare. Qui vi è stato dapprima il cd. Codice "Minniti" ("*Codice di condotta per le Ong impegnate nelle operazioni di salvataggio dei migranti in mare*"), che non è altro che una circolare amministrativa, e in seguito l'infra-diritto, sempre più *soft*, rappresentato dalla "*tweeting-governance*" dell'ex ministro Salvini: se è vero che il Consiglio di Stato si è espresso per il carattere non provvedimentale dei messaggi sui social media³¹, tuttavia l'enunciato performativo³² della *governance* cinguettante è stato un infra-diritto molto efficace nella nota vicenda "Diciotti", conclusasi con una discutibile presa di posizione del Parlamento a favore del carattere politico dell'iniziativa del ministro.

Oppure si consideri l'ambito del biodiritto, anche esso connotato da ascendenze di *soft law* in ambito internazionale³³, e nel quale l'amministrazione crea norme in settori tecnico-scientifici, come la p.m.a., il fine vita, la fecondazione eterologa, l'interruzione di gravidanza³⁴. In tutti questi settori, a ben guardare, non è solo l'amministrazione che assume un rinnovato ruolo di creatrice del diritto, a causa della costante opera di aggiornamento di cui tali atti con contenuto tecnico necessitano³⁵, ma muta in senso ulteriormente nomopoietico pure il ruolo del giudice (amministrativo in particolare³⁶), sia per il tono costituzionale elevato delle questioni di biodiritto³⁷ sia per il suo essere strettamente correlato al caso concreto³⁸. Queste fonti secondarie atipiche, dal carattere incerto (si pensi

³¹ Sez. VI, n. 769/2015.

³² Cfr. J. AUSTIN, *How to Do Things with Words*, Oxford, 1962, trad. It, *Come fare cose con le parole*, Milano, 2005; J. R. SEARLE, *Speech Acts: An Essay in the Philosophy of Language*, Cambridge 1969, trad. it., *Atti linguistici. Saggi di filosofia del linguaggio*, Torino 2009.

³³ L. POLI, *Il diritto internazionale come "motore" del biodiritto e l'emersione di un "biodiritto internazionale"*, in *BioLaw Journal – Rivista di BioDiritto*, n. 2/2019, 287 ss.

³⁴ In questo caso è utile richiamare la vicenda delle Linee guida della Regione Lombardia, restrittive della disciplina dettata dalla legge n. 194/1978, che hanno determinato un annullamento parziale da parte del Tar Lombardia, sez. III, 29 dicembre 2010, n. 7735. Interessante quanto detto dal Tar a fronte della decisione regionale di fissare un tetto determinato temporale per l'interruzione di gravidanza: «in taluni casi non è opportuno imbrigliare in una disposizione legislativa parametri che possono variare a seconda delle condizioni che si presentano nelle innumerevoli, sempre diverse, fattispecie concrete e che, soprattutto, possono variare a seconda del livello raggiunto dalle acquisizioni scientifiche e sperimentali in dato momento storico. È proprio per questa ragione che si è preferito lasciare che l'accertamento circa la possibilità di vita autonoma del feto sia condotto caso per caso dal medico che segue la gestante»

³⁵ Cfr. F. SALMONI, *Le norme tecniche*, Milano, 2001, 97 ss.

³⁶ M. D'AMICO, *Amministrazione creatrice ed esecutrice del diritto*, cit., 110.

³⁷ R. BIN, *Il giudice, tra Costituzione e biodiritto*, in *Scritti in onore di A. Ruggeri*, Napoli, 2021, vol. I, 441 ss.

³⁸ A. D'ALOIA, *Giudice e legge nelle dinamiche del biodiritto*, in *BioLaw Journal – Rivista di BioDiritto*, n. 1/2016, 105 ss.

alle linee guida in materia di p.m.a., non definibili propriamente quali regolamenti ministeriali e non riconducibili neppure alle circolari o alle ordinanze³⁹, spesso si sono poste in contrasto sia con le relative disposizioni di legge sia con decisioni sul tema della Corte costituzionale⁴⁰, che in alcuni casi le hanno radicalmente modificate⁴¹. Più in generale, nel settore della responsabilità medica oggi un ruolo fondamentale è svolto proprio dalle linee guida di cui all'art. 5 della legge n. 24 del 2017 (cd. Gelli-Bianco), regolazione tecnica cui di fatto il legislatore ha rimesso la disciplina.

Il margine di rilevanza della *soft law*, in questo settore, è comunque occupato soprattutto dai casi in cui la scienza più che oggetto diviene soggetto della regolazione: qui a rilevare sono spesso principi – anche globali – attinenti alla integrità della ricerca, la deontologia, e che guidano in ultima istanza lo svolgimento della attività scientifica⁴².

Anche durante la pandemia si è avuta una crescente rilevanza di fonti provenienti dall'amministrazione "creatrice" di diritto, dalle circolari⁴³ del Ministero dell'interno concernenti le allora vigenti misure di contenimento e gestione dell'emergenza epidemiologica a – anche in questo caso – *infra*/diritto *soft*, come le cd. *Frequently Asked Questions* (F.A.Q.), la cui pubblicazione sui siti internet dei Ministeri o di altri enti pubblici ha conosciuto un significativo incremento⁴⁴, inquinando quella che oggi Natalino Irti definisce la "legalità linguistica"⁴⁵.

Sul punto, c'è da considerare la recente vicenda giurisprudenziale sulla cd. "vigile attesa"⁴⁶, che ha determinato in prima battuta l'annullamento della circolare del Ministero della Salute "Gestione domiciliare dei pazienti con infezione da SARS-CoV-2" aggiornata al 26 aprile 2021, nella parte in cui, anziché dare indicazioni valide sulle terapie da adottare a domicilio, prevedono un lungo elenco delle terapie da non adottare. Il giudice amministrativo di primo grado

³⁹ B. LIBERALI, *Il problematico intervento delle Linee guida ministeriali e regionali nelle materie in cui viene in rilievo l'evoluzione scientifica*, BioLaw Journal – Rivista di BioDiritto, n. 1/2016, 244, che parla anche in questo caso di "fuga dal regolamento".

⁴⁰ Sulle linee guida che in tema di p.m.a. non tengono conto delle sentt. n. 151/2009, 162/2014 e 96/2015 della Corte costituzionale v. B. LIBERALI, *Il problematico intervento delle Linee guida ministeriali e regionali nelle materie in cui viene in rilievo l'evoluzione scientifica*, cit., 245.

⁴¹ M. D'AMICO, *Amministrazione creatrice ed esecutrice del diritto*, cit., 82.

⁴² Si consideri, ad es., il Codice di condotta europeo per l'integrità della ricerca adottato dal consorzio ALLEA nel 2017.

⁴³ Sulle circolari nel periodo pandemico, con rilievi critici sulla doppia fuga (dalla legge e dal regolamento) che esse comportano e sulle difficoltà di sindacato giurisdizionale stante la "riserva di scienza", cfr. S. FOÀ, *Le circolari amministrative nell'emergenza pandemica*, in www.federalismi.it, 9 marzo 2022.

⁴⁴ Cfr. E. D'ORLANDO-F. NASSUATO, *Linee guida e sistema delle fonti: un'ipotesi ricostruttiva*, in *Corti supreme e salute*, 2021, 55 ss.

⁴⁵ N. IRTI, *Viaggio tra gli obbedienti*, cit., 13-43.

⁴⁶ Tar Lazio, sez. III-quater, 15 gennaio 2022, n. 419.

ha ritenuto, in disparte dalla validità giuridica di tali prescrizioni, che sia onere imprescindibile di ogni medico agire secondo scienza e coscienza, e che la suddetta circolare contrasterebbe con la richiesta professionalità e deontologia medica nella misura in cui impedisce al sanitario l'uso di terapie reputate idonee ed efficaci nel contrasto al Covid-19. Si evidenzia, qui, un chiaro *favor* per il profilo costituzionale della libertà della scienza⁴⁷ (chiamata ad individuare il cd. "perimetro del possibile") rispetto alla discrezionalità politico-amministrativa⁴⁸, anche nella forma del *soft law*. Il Consiglio di Stato, accogliendo dapprima in sede cautelare poi nel merito l'appello del Ministero della Salute, ha statuito che la circolare in questione contiene "raccomandazioni" e non "prescrizioni", lasciando ferma la responsabilità del medico di ritenere – motivatamente – che la raccomandazione non sia la via ottimale per la cura del paziente⁴⁹.

3. *L'ambito regolatorio delle autorità indipendenti e il punto di vista degli amministrativisti*

E tuttavia, è soprattutto il dibattito sul ruolo e i caratteri delle linee guida dell'ANAC che negli ultimi anni ha fatto maggiormente misurare le diverse impostazioni in campo, poiché ineluttabilmente ha maggiormente coinvolto anche gli amministrativisti. Che, come accennato in premessa, hanno in maggioranza assunto un ruolo più neutro e descrittivo, se non giustificazionista, che marca un diverso approccio assiologico al tema.

L'erompere della *soft law*⁵⁰, con riguardo soprattutto alla regolazione delle autorità indipendenti⁵¹, al di là dei facili accostamenti di formule⁵², non deve aver troppo stupito l'amministrativista, per varie ragioni.

Si è mostrato come numerosi settori, soggetti alla variabilità della *lex mercatoria* e a un'incessante evoluzione tecnica, si pensi all'integrità dei mercati finanzia-

⁴⁷ Cfr. R. CAVALLO PERIN, *Il contributo italiano alla libertà di scienza nel sistema delle libertà costituzionali*, in *Dir. amm.*, 2021, 587 ss.

⁴⁸ F. CORTESE-L. PENASA, *Dalla bioetica al biodiritto: sulla giuridificazione di interessi scientificamente e tecnologicamente condizionati*, in *La giuridificazione*, cit., 192, i quali richiamano sul punto Corte cost., n. 282/2002, secondo cui «da regola di fondo» in ambito medico-sanitario è rappresentata 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».

⁴⁹ Cons. Stato, sez. III, decreto 19 gennaio 2022, n. 207; successivamente: Cons. Stato, sez. III, 9 febbraio 2022, n. 946. Sulla vicenda v. G. RE FERRÈ, *Le linee guida per le cure domiciliari dei pazienti Covid tra TAR e Consiglio di Stato: illegittima imposizione o strumento a supporto dell'attività medica?*, in www.ceridap.it, 21 marzo 2022.

⁵⁰ G. MORBIDELLI, *Degli effetti giuridici della soft law*, in *Rivista della regolazione dei mercati*, 2016, 1.

⁵¹ Sul tema, caratterizzato ormai da letteratura vastissima, cfr. da ultimo AA.VV., *Autorità indipendenti. Funzioni e rapporti*, a cura di C. Acocella, Napoli, 2022; AA.VV., *Le autorità amministrative indipendenti tra garanzia e regolazione*, a cura di A. Contieri, M. Immordino, F. Zammartino, Napoli, 2020.

⁵² A. PREDIERI, *L'erompere delle autorità amministrative indipendenti*, Firenze, 1997.

ri⁵³, al settore alimentare⁵⁴, hanno quasi naturalmente implicato la *soft law*: definita «un non diritto che concorre alla certezza del diritto»⁵⁵.

In altre ipotesi, l'amministrativista talora osserva percorsi di “giuridificazione” della *soft law*, come nel caso dalle norme contenute nei codici di condotta le quali, intese inizialmente come espressione di *soft law* o al più ricondotte a una matrice pattizia⁵⁶, si vedono gradualmente riconosciuto il carattere di fonte integrativa delle norme di legge equiparate ai regolamenti, con tutte le implicazioni del caso, tra cui la impugnabilità delle decisioni disciplinari dinanzi agli organi statali⁵⁷.

In ogni caso è sul tema del potere regolatorio delle autorità indipendenti che forse maggiormente è emerso lo scontro di vedute tra costituzionalisti ed amministrativisti.

Si pensi al discusso tema dei cd. poteri impliciti⁵⁸ e della legalità procedurale. A fronte di una giurisprudenza del Consiglio di Stato pacifica nel richiamare il ruolo legittimante di quest'ultima, c'è chi obietta il superamento del circuito rappresentativo democratico⁵⁹, o prospetta problemi di cattura del regolatore⁶⁰, e contesta l'effettiva neutralità della tecnica⁶¹.

Con particolare riferimento alle linee guida ANAC, ad esempio, da parte di taluni si dubita del carattere di “norme tecniche” delle stesse, ritenendo che si tratti di atti con rilievo discrezionale e politico, stante anche la natura trasversale della *mission* di ANAC, vista come “pianificatore della virtù” nella prevenzione della corruzione⁶². Si è osservato che questa normativa su ANAC ha dato luogo

⁵³ M. RAMAJOLI, *Self Regulation, Soft Regulation e Hard Regulation nei mercati finanziari*, in *Rivista della regolazione dei mercati*, 2016, 53 ss.

⁵⁴ M. RAMAJOLI, *La giuridificazione del settore alimentare*, in *Dir. amm.*, 2015, 657 ss.

⁵⁵ G. MORBIDELLI, *Degli effetti giuridici della soft law*, cit., 5.

⁵⁶ Sulla competenza parallela dei privati nella produzione di norme giuridiche, alla luce delle fondamentali considerazioni sul “diritto dei privati” di Cesarini Sforza, cfr. A. MOSCARINI, *Le fonti dei privati*, in *Giur. cost.*, 2010, 1895 ss., che tocca partitamente sia il tema delle norme tecniche che il tema della *soft law*.

⁵⁷ S. STACCA, *L'autodisciplina delle formazioni sociali*, in *La giuridificazione*, cit., 423 ss.

⁵⁸ N. BASSI, *Principio di legalità e poteri amministrativi impliciti*, Milano, 2001. Un caso molto interessante è stato quello che ha riguardato il regolamento Agcom in tema di tutela amministrativa del diritto d'autore on line, che ha determinato una serie di dubbi di legittimità costituzionale sul fondamento legale del potere normativo in concreto esercitato dall'Agcom nel 2003 e, indirettamente, sul fondamento dei poteri provvedimentali previsti nel suddetto regolamento. Cfr. sul tema A. GIANNELLI, *La tutela amministrativa del diritto d'autore online*, nota a Corte cost., 3 dicembre 2015, n. 247, in *Giorn. dir. amm.*, 2016, 345 ss.

⁵⁹ R. BIN, *Critica della teoria delle fonti*, Milano, 2021, 98; M. MANETTI, *I regolamenti delle autorità indipendenti*, in *Scritti in onore di L. Carlassare*, Napoli, 2009, 191 ss.

⁶⁰ G. MANFREDI, *Legalità procedurale*, in *Dir. amm.*, 2021, 749 ss.

⁶¹ M. MANETTI, *Fonti senza forma e presunto soft law, con particolare riguardo alle linee-guida Anac*, cit., 189.

⁶² M. MANETTI, *Fonti senza forma e presunto soft law, con particolare riguardo alle linee-guida Anac*, cit., 189.

di fatto alla depoliticizzazione di una politica pubblica. Peraltro, sorge il dubbio che «il tentativo di ammantare di scientificità la sua azione risponda alla consapevolezza che alla costituzione di un «campo di sapere» (caratterizzato da proprie tecniche cognitive) corrisponda la contestuale costituzione (in questo caso il rafforzamento) di una «relazione di potere»⁶³.

Anche su questi fronti la dottrina amministrativistica mi pare percorra in linea maggioritaria, invece, sentieri di legittimazione del fenomeno, come in passato aveva fatto sul piano organizzativo quando si era posto il problema della legittimità costituzionale delle autorità indipendenti⁶⁴ che si era riscontrata, secondo diversi percorsi: nella teoria dei poteri impliciti, della legalità procedurale, della “natura delle cose” di ordine comunitario⁶⁵.

Quest’opera di legittimazione si misura su diversi piani.

Partendo dal tema specifico dei contratti pubblici, la sensazione diffusa presso interpreti ed operatori è che i veri protagonisti dei processi di semplificazione continuino a collocarsi al di fuori delle aule parlamentari, e che segnatamente consistano nelle stazioni appaltanti, nell’Autorità nazionale anticorruzione e negli organi di giustizia.

In questo senso, già prima della crisi pandemica taluni hanno messo in luce la centralità del ruolo della regolazione flessibile di ANAC e di alcuni strumenti volti ad incentivare la *compliance* nel settore.

Si pensi al tema dell’uso dei meccanismi di *rating*⁶⁶, che, se adeguatamente trasparenti, vengono ritenuti idonei a orientare le scelte di allocazione delle risorse pubbliche coinvolte nei processi di acquisto⁶⁷. C’è, in primo luogo, il rating di legalità, cui si abbina la necessità – prontamente segnalata dalla giuri-

⁶³ In questo senso L. DE LUCIA, *La costituzionalizzazione del diritto amministrativo italiano nella crisi economica e istituzionale*, in *Pol. dir.*, 2019, 25, con evidente riferimento a M. Foucault. Sulla tematica dei rapporti fra scienza e politica durante la pandemia cfr. D. DI CESARE, *Virus sovrano? L’asfissia capitalistica*, Torino, 2020, 40 ss.; R. ESPOSITO, *Immunità comune. Biopolitica all’epoca della pandemia*, Torino, 2022, 167 ss. Fra i giuristi, parlando di riserva di scienza nel caso della pandemia e del sapere degli esperti rispetto alla politica, v. E. MALFATTI, *Scienza, tecnologia e forme di produzione giuridica. Qualche rilievo d’insieme*, in *DPCE Online*, 2020, 3272 ss. Cfr. anche A. IANNUZZI, *Le forme di produzione delle fonti a contenuto tecnico-scientifico nell’epoca del diritto transnazionale*, *ivi*, 3286 ss.

⁶⁴ Per una sintesi delle opinioni in merito v. ora G. DELLA CANANEA, *Autorità indipendenti?*, in *Diritto amministrativo e società civile, Vol 1, Studi introduttivi*, Bologna, 2018, 199 ss.

⁶⁵ F. MERUSI, *La natura delle cose come criterio di armonizzazione comunitaria nella disciplina degli appalti*, in *Riv. it. dir. pubbl. com.*, 1997, 46 ss.

⁶⁶ Cfr. L. GALLI-M. RAMAJOLI, *Il ruolo della reputazione nel mercato dei contratti pubblici: il rating d’impresa*, in www.rivistadellaregolazioneideimercati.it, n. 1/2017, 63 ss.

⁶⁷ Il regime della qualificazione vale anche per le stazioni appaltanti: qui abbiamo addirittura un’amministrazione, seppure indipendente, che autorizza l’esercizio dell’autonomia negoziale in capo ad un’altra amministrazione, che ne dovrebbe essere istituzionalmente portatrice. Nel momento in cui si scrive si è in attesa delle linee guida di ANAC, alla luce di un protocollo d’intesa siglato tra Presidenza del Consiglio e ANAC in data 17 dicembre 2021.

sprudenza – di prevedere meccanismi di compensazione idonei a disinnescare possibili dinamiche discriminatorie nei confronti di chi non possa acquisire il predetto *rating* per ragioni estrinseche, come quella relativa alla sede dell'impresa o all'entità del suo fatturato⁶⁸. Si pensi altresì ai certificati di adempimenti o alle liste “bianche”, che rendono manifesta l'affidabilità di un operatore in termini di rispetto della normativa di riferimento, contribuendo a superare il *bias* dell'inerzia o dello *status quo*⁶⁹.

Autori sensibili al tema, hanno così osservato che l'ottica della burocrazia difensiva, da molti additata come una dei principali mali del settore, prospera proprio nella disattenzione al piano degli incentivi, e riflette l'antica “miope” visione del rapporto tra legge e amministrazione. Bisognerebbe superare la tradizionale prospettiva della mera esecuzione della legge, e pensare alle norme come cornici, *frame*, integrando l'analisi degli scopi delle regole con il tentativo di comprenderne i possibili effetti. Sbocco naturale di tale approccio metodologico è, di nuovo, la valutazione delle norme orientata alle conseguenze e lo studio delle risposte comportamentali al vincolo giuridico, familiare alla riflessione economica⁷⁰.

Quanto alla regolazione di ANAC, si è osservato che la flessibilità dello strumento delle linee guida sia un modello ideale per l'impiego dei “pungoli” del paternalismo libertario. Pur notandosi criticamente che l'uso del “burocratese” è rimasto tendenzialmente presente, si è osservato come l'obiettivo ultimo resterebbe quello della semplificazione degli enunciati e della chiarezza dei significati. La regolazione anche, se non soprattutto, in questo settore dovrebbe essere per principi e obiettivi, utilizzando proprio le scienze cognitive, in un contesto in cui la discrezionalità amministrativa trovi finalmente sfogo⁷¹.

Questa prospettiva risulta controvertibile, in genere, se si guarda l'elaborazione di filosofi del diritto di appartenenza continentale oltre che all'approccio critico correnti fra i costituzionalisti, sopra descritto.

⁶⁸ Cons. Stato, sez. V, 10 ottobre 2019, n. 6907.

⁶⁹ N. RANGONE, *Strumenti tradizionali e nuovi per l'effettività delle decisioni amministrative*, Relazione al convegno AIPDA su Decisioni amministrative e processi deliberativi, Bergamo 5-6-7 ottobre 2017, in www.aipda.it, 26-27.

⁷⁰ M. CAFAGNO, *Risorse decisionali e amministrazione difensiva. Il caso delle procedure contrattuali*, in *Dir. amm.*, 2020, 38.

⁷¹ S. VALAGUZZA, *Nudging pubblico vs. pubblico: nuovi strumenti per una regolazione flessibile di ANAC*, in *Rivista della regolazione dei mercati*, 2017, 91 ss. Tale approccio metodologico è condiviso da F. FRACCHIA-P. PANTALONE, *La fisionomia delle linee guida: abbozzo di una traiettoria evolutiva con specifico riferimento al settore dei contratti pubblici*, in www.ildirittodelleconomia.it, 2021, 19, nota 33. Implicita in questa presa di posizione è l'idea che la prescrizione contenuta nel *nudge* rientri nella nozione di “regola tecnica”, distinta da quella prescrittiva anche a causa della maggiore trasparenza e confutabilità razionale che la caratterizza. Questa idea, diffusa nella filosofia analitica (cfr. G. GOMETZ, *Le regole tecniche. Una guida refutabile*, cit.), trascura il carattere spesso manipolatorio della regola tecnica, invece enfatizzato dalla filosofia continentale.

Ad essere sotto osservazione, in questo caso, non è tanto la tecnica regolatoria di ANAC, la sua effettività, i problemi che hanno interessato i giuristi con riferimento alla questione delle fonti atipiche e della *soft law*⁷², la tendenziale “marcia indietro” sul modello delle linee guida a far data dal cd. d.l. sblocca-cantieri (d.l. n. 55/2019).

Piuttosto, è il fatto che tali modelli regolatori, assieme ad altri quali le norme sugli ISO⁷³, quelle sui *ranking* delle università o degli ospedali, mostrano che la “colonizzazione” del diritto da parte della norma contribuisce a instaurare modalità di regolazione caratteristiche della “società del controllo” e in grado di conquistare progressivamente gli spazi già occupati dal modello giuridico-politico della sovranità classica⁷⁴. Un metodo di regolazione non pubblica, ma di origine privata alquanto diffuso in epoca post-liberale è costituito proprio dalle norme tecniche, i cd. “indicatori”, che dispiegano un peculiare tipo di operatività normativa: non sanzionano una condotta del soggetto a cui si rivolgono, ma sono esse stesse il modello del comportamento che tale soggetto deve adottare per potere essere conforme ad esse. Gli indicatori, infatti, altro non sono che sofisticati dispositivi disciplinari che svolgono una funzione di normalizzazione, cioè di allineamento dei soggetti con i fini del sistema di potere (e sapere) dominante⁷⁵.

La critica è tanto radicale quanto spesso ignorata dal giurista: «Si tratta, evidentemente, di portare a termine un percorso che ha le caratteristiche di una scelta strategica e tattica tutt’altro che liberale che non garantisce né la trasparenza dell’operato dei regolatori/policymaker, né la maggiore comprensibilità delle norme da parte dei loro assoggettati, e che punta sul tecno-potere più che sulla regolazione giuridica, sottraendosi alla scelta politica democratica. È in questo contesto caratterizzato dalla norma in senso foucaultiano che il *nudge* si iscrive: in una logica della normatività giuridico politica che solo per inerzia, colpevole

⁷² Cfr., da ultimo, F. FRACCHIA-M. OCCHIENA, *Le norme interne: potere, organizzazione e ordinamenti*, cit.; P. PANTALONE, *Autorità indipendenti e matrici della legalità*, Napoli, 2018.

⁷³ A. BENEDETTI, *Certezza pubblica e “certezze” private. Poteri pubblici e certificazioni di mercato*, Milano, 2010; A. ROMANO TASSONE, *Amministrazione pubblica e produzione di certezza: problemi attuali e spunti ricostruttivi*, in *Dir. amm.*, 2005, 867 ss.

⁷⁴ A.J. ARNAUD, *Critique de la raison juridique*, II, *Gouvernements sans frontières. Entre mondialisation et post-mondialisation*, Paris, 2003; J. CARBONNIER, *Les phénomènes d’internormativité*, in Id., *Essais sur les lois*, in *Repertoire du notariat Defrénois* Paris, 1979, 287-306; F. CHAZEL, J. COMMAILLE, *Normes juridiques et régulation sociale*, Paris 1991; J. CLAM, G. MARTIN, *Les transformations de la régulation juridique*, Paris 1998; D. MOCKLE, *La gouvernance, le droit et l’Etat*, Bruxelles, 2007; H. SCHEPEL, *The Constitution of Private Governance. Product Standards in the Regulation of Integrating Markets*, Cambridge, 2005; D. Shelton (ed.), *Commitment and Compliance. The Role of Non Binding Norms in the International Legal Studies*, Oxford, 1999.

⁷⁵ M. TARONI-M. UBERTONE, *Il diritto debole. Un’introduzione*, A. ARTOSI, *Con i dosaggi esatti degli esperti. Per un’analisi del potere tecno-disciplinare*, entrambi in *Il diritto debole. Mutazione del diritto e nuove forme di normatività*, Torino, 2020, spec. 5 e 85 ss.

approssimazione e surrettizie professioni di anti-ideologismo può essere accostata agli strumenti giuridici di stampo liberale»⁷⁶.

Ma queste obiezioni, pur in larga parte convincenti, non soddisfano del tutto il giurista, il quale – secondo i suoi concetti e strumenti tradizionali – deve soprattutto confrontarsi con un altro tema.

Si tratta del piano, più ampio, del rapporto col principio di legalità.

In questo senso, in un recente studio⁷⁷ si è ritenuto che l'unico modo di garantire l'osservanza del principio di legalità da parte della regolazione delle autorità indipendenti, in particolare delle linee guida ANAC sia, al netto delle qualificazioni date al frastagliato fenomeno dalla giurisprudenza amministrativa⁷⁸ (potere regolamentare dei ministri; linee guida non vincolanti, per le quali è stata richiamata la categoria della *soft law*⁷⁹; linee guida vincolanti, ricondotte agli atti amministrativi generali di regolazione), quello di considerare le varie “matrici della legalità”, in un'epoca connotata dai rapidi cambiamenti tecnico-scientifici. Sicché, accanto alla classica distinzione tra legalità in senso formale e legalità in senso sostanziale, si è considerata anche la legalità/indirizzo, raffrontabilità, per principi, procedurale.

Accanto alla più generale prospettiva esegetica della armonizzazione al principio di legalità, declinata in modo multiforme al fine di farvi rientrare le nuove forme di regolazione *soft* delle autorità, si collocano poi quei percorsi che tendono a far ricadere le norme interne dell'amministrazione all'interno dell'ordinamento generale, grazie anche all'opera della giurisprudenza amministrativa, parlando in questi casi di fonti terziarie⁸⁰.

Pertanto, anche coloro che si pongono come critici nei confronti di queste tesi definite “scettiche”, finiscono per giustificare il fenomeno delle norme interne leggendole come strumenti volti a contenere la complessità, anche tecnica, dei sistemi contemporanei: si ritiene, in buona sostanza, sviluppando la costruzione luhmanniana, che tali norme assorbono l'incertezza e trasformino il “pericolo” in “rischio”, fissando le condizioni regolative del decidere futuro in modo corretto⁸¹.

⁷⁶ M. GALLETTI-S. VIDA, *Libertà vigilata. Una critica del paternalismo libertario*, Roma, 2018, 349-350.

⁷⁷ P. PANTALONE, *Autorità indipendenti e matrici della legalità*, cit., *passim*.

⁷⁸ Cons. Stato, parere n. 855/2016.

⁷⁹ Un esempio emblematico di come i confini tra *soft law* e norma vincolante siano piuttosto labili è la perplessa vicenda delle commissioni di concorso universitario. Secondo Tar Abruzzo, sez. Pescara, 5 giugno 2021, n. 294, un regolamento di ateneo che contrasti con l'aggiornamento per il 2017 del PNA sarebbe illegittimo, nella parte in cui non prevede una maggioranza di commissari esterni. Ciò in quanto l'articolo 1 comma 3 della legge 190 del 2012 ha disposto che l'ANAC può ordinare “la rimozione di comportamenti o atti contrastanti con i piani”; e siccome la rimozione, cioè l'annullamento d'ufficio, presuppone l'illegittimità del provvedimento da rimuovere, se ne deduce che tale contrasto comporta *ex lege* il vizio di violazione di legge. L'argomentazione sembra provare troppo, nella misura in cui assume per sistematicamente giustificato il potere attribuito ad ANAC, a sua volta discutibile nella misura in cui attribuisce la possibilità di intervenire in autotutela su atti giuridicamente pari-ordinati.

⁸⁰ M. MAZZAMUTO, *L'atipicità delle fonti nel diritto amministrativo*, in *Dir. amm.*, 2015, 683 ss.

⁸¹ F. FRACCHIA-M. OCCHIENA, *Le norme interne: potere, organizzazione e ordinamenti*, cit., *passim*.

Il tratto profondo che accomuna tali ricostruzioni è rappresentato, a mio avviso, da un recupero, talora appunto attraverso il filtro di Luhmann, dell'istituzionalismo romaniano, non a caso generalmente visto come base teorica nella genealogia della *soft law*⁸², al fine di costruire una regolazione flessibile e resiliente⁸³.

4. *La parabola normalizzante dell'emergenza nel potere di ordinanza e nei d.p.c.m., e il rinnovarsi dello Stato amministrativo*

Come ho avuto modo di osservare trattando il dibattito attorno ai poteri d'ordinanza nell'emergenza⁸⁴, questa tematica è stata fondamentale nell'impero del normativismo e dell'istituzionalismo, ma non ha del tutto saputo aggiornarsi, nonostante importanti contributi spingessero verso un rinnovamento delle categorie. D'altra parte, che di un tale riposizionamento dogmatico si senta il bisogno è dimostrato dalla parabola invariabilmente "normalizzante" dell'emergenza.

La giurisprudenza più recente relativa alle questioni tecnico-scientifiche più delicate in materia di Codiv-19, dall'obbligo vaccinale ai sanitari alla legittimità costituzionale dei d.p.c.m. emanati durante la crisi pandemica, riflette tali scenari, e sembra al fondo giustificare un diritto mite e "per principi", definito "debole" in omaggio alla nota categoria filosofica introdotta da Gianni Vattimo e Pier Aldo Rovatti⁸⁵, dove la precauzione è accompagnata alla trasparenza⁸⁶ e dove sfumano le categorie tradizionali di inquadramento degli atti giuridici, e si ragiona con approccio realistico.

Se da un lato anche la dottrina maggioritaria continua a prospettare la natura amministrativa dei d.p.c.m., il giudice amministrativo intraprende un percorso argomentativo più articolato, avvicinandoli alle ordinanze contingibili e urgenti⁸⁷, pur riferendone il carattere atipico⁸⁸.

C'è chi al proposito rievoca la figura della "fuga dal regolamento" a favore di fonti governative atipiche e terziarie⁸⁹, emergenza crescente nel controverso

⁸² A. Di ROBILANT, *Genealogies of Soft Law*, cit.

⁸³ A. MASSERA, *Le autorità indipendenti e l'Ordinamento giuridico*, in *Attualità e necessità del pensiero di Santi Romano*, Napoli, 2019, 143 ss.

⁸⁴ G. TROPEA, *Potere di ordinanza, normalizzazione dell'emergenza e trasformazioni dell'ordinamento*, in *Dir. amm.*, 2021, 885 ss.

⁸⁵ G. VATTIMO-P.A. ROVATTI (a cura di), *Il pensiero debole*, Milano, 2010. Per un uso di tale categoria in ambito giuspubblicistico, a iniziare dalla porosità tra le categorie del pubblico e del privato, v. ora M. PROTTO, *Il diritto debole*, Torino, 2019.

⁸⁶ Cons. Stato, sez. III, 20 ottobre 2021, n. 7045.

⁸⁷ M. LUCIANI, *Il sistema delle fonti del diritto alla prova dell'emergenza*, in www.rivistaaic.it, n. 2/2020, 130 ss.; E.C. RAFFIOTTA, *I poteri emergenziali del Governo nella pandemia: tra fatto e diritto un moto perpetuo nel sistema delle fonti*, in www.rivistaaic.it, n. 2/2021, 64 ss.

⁸⁸ Cons. Stato, Sez. I, parere n. 850/2021.

⁸⁹ G. BRUNELLI, *Sistema delle fonti e ruolo del Parlamento dopo (i primi) dieci mesi di emergenza sanitaria*, in www.rivistaaic.it, n. 1/2021, 384 ss. In generale, sulla categoria delle fonti atipiche

contesto della *governance* e della connessa *soft law*, e chi ne sottolinea il “perdurante successo” nei circuiti decisionali degli ordinamenti pluralistici⁹⁰. Il punto che sembra più interessante, in ogni caso, è dato dalla affinità tra l'impostazione del Consiglio di Stato e il tentativo compiuto da taluni nel livellare, di fatto, d.p.c.m. e potere di ordinanza, configurando un carattere normativo o paranormativo per entrambi, ed avvicinandoli alla figura del regolamento delegificante⁹¹. La Corte costituzionale ha, con taluni aggiustamenti e divergenze, sposato la linea di fondo realistica di tale approccio⁹², ritenendo che il contenuto tipizzato dei d.p.c.m. non sia in linea con l'idea del conferimento di potestà legislativa da parte del decreto legge. I d.p.c.m. rientrano fra gli atti espressione di potestà amministrativa, ancorché ad efficacia generale, e vengono ivi qualificati come atti necessitati più che come ordinanze necessitate, in quanto «emessi in attuazione di norme legislative che ne prefissano il contenuto».

Pare così trovare conferma quella tesi secondo cui oggi uno stesso atto giuridico sia ormai suscettibile di possedere simultaneamente una pluralità contraddittoria di qualificazioni, potendo contenere prescrizioni normative, amministrative generali e amministrative puntuali al tempo stesso⁹³.

Anche in questo caso, sul fronte della teoria delle fonti, non si può non scorgere l'emersione di un'altra caratteristica tipica dello Stato amministrativo: la legislazione si trasforma in amministrazione⁹⁴ e la giurisprudenza in legislazione⁹⁵. Al netto della piena sovrapposizione tra d.p.c.m. e ordinanza, sembra indubitabile che, proprio come per la parabola del potere di ordinanza o nella vicenda evocata della fuga dal regolamento⁹⁶, la formulazione della disposizione

e terziarie, cfr. M. MAZZAMUTO, *L'atipicità delle fonti nel diritto amministrativo*, in *Dir. amm.*, 2015, 683 ss.

⁹⁰ M.C. GRISOLIA, *Brevi spunti introduttivi e qualche domanda su “emergenza e Governo-pubblica amministrazione”*, in www.rivistaaic.it, n. 1/2021, 433 ss., spec. 437.

⁹¹ Cfr. G. MORBIDELLI, *Delle ordinanze libere a natura normativa*, in *Dir. amm.*, 2016, 59; A. MANGIA, *Emergenza, fonti-fatto, e fenomeni di delegificazione temporanea*, in www.rivistaaic.it, n. 2/2021, 746 ss.

⁹² Corte cost., 22 ottobre 2021, n. 198.

⁹³ M. RAMAJOLI, B. TONOLETTI, *Qualificazione e regime giuridico degli atti amministrativi generali*, in *Dir. amm.*, 2013, 53 ss.; M. MAZZAMUTO, *L'atipicità delle fonti nel diritto amministrativo*, cit., 698. Con specifico riguardo ai d.p.c.m., seppure considerandosi solo quelli antecedenti alla fase pandemica, v. R. BIN, *Critica della teoria delle fonti*, cit., 90.

⁹⁴ M. NIGRO, *Carl Schmitt e lo stato amministrativo*, in *Quad. cost.*, 1986, 479. Ben consapevole di tali fenomeni è, da ultimo, R. BIN, *Critica della teoria delle fonti*, cit., spec. 31 ss., anch'egli con un condivisibile richiamo al profetico Foucault che guardava al modello dell'economia sociale di mercato di tipo ordoliberales.

⁹⁵ Un recente caso emblematico è rappresentato dalle sentenze gemelle dell'Ad. plen. nn. 17 e 18 del 2021, sulle quali, se si vuole, si v. A. GIANNELLI-G. TROPEA, *Il funzionalismo creativo dell'Adunanza Plenaria in tema di concessioni demaniali marittime e l'esigenza del katékton*, in *Riv. ital. dir. pubbl. com.*, 2021, 723 ss.

⁹⁶ B. TONOLETTI, *Fuga dal regolamento e confini della normatività nel diritto amministrativo*, in *Dir. amm.*, 2015, 425.

diviene strumento di governo, redendo palese la contiguità tra il *disporre* e *provvedere*. Questi fenomeni insegnano che il governo, inteso non nel senso giuridico-formale, ma foucaultiano di governo come “prassi”, è strabordante rispetto a qualsiasi tentativo di limite⁹⁷.

Il discorso può valere anche per le tematiche relative alle connessioni fra *soft law* e norme tecniche, e porta ineluttabile a una realistica presa d’atto sul ritorno sulla scena dello Stato amministrativo.

Si impone una presa d’atto circa la sussistenza di fraglie incolmabili rispetto al principio di legalità, e sulla definitiva autonomizzazione della categoria dell’emergenza rispetto a quella dell’urgente necessità, con ciò che ne discende: centralità dello Stato amministrativo, che fa della legge e della sentenza *amministrazione*. Si rischia, diversamente, di rimanere bloccati sulla reprimenda ormai stantia dell’espansione dei poteri dell’esecutivo, a livello statale e locale, e limitarsi invece a descrivere, spesso in modo acritico, i nuovi meccanismi regolatori che ci consegna l’emergenza, vista come eccezione permanente.

5. *Questioni tecnico-scientifiche e rimodulazione dei rapporti legislazione/amministrazione/giudice*

Si spiega anche sotto questo aspetto la progressiva centralità dell’amministrazione e del giudice sulle questioni tecniche, non solo nel senso di una progressiva rilevanza dell’amministrazione e del giudice come creatori di norme, ma anche della prospettiva di modellare il procedimento legislativo su quello amministrativo in caso di questioni tecnico-scientifiche⁹⁸, quest’ultimo a sua volta rideterminato nel senso di fornire risposte adeguate dal punto di vista organizzativo, portando a compimento la ristrutturazione dell’amministrazione di servizio, come mostra ancora l’emblematico settore del bio-diritto⁹⁹.

Un recente esempio in tal senso è la discussa¹⁰⁰ ordinanza del CGA reg. sec. del 17 gennaio 2022, n. 38, che, pur ribadendo i principi (specie quello di pre-

⁹⁷ B. TONOLETTI, *Fuga dal regolamento e confini della normatività nel diritto amministrativo*, cit., 426.

⁹⁸ Cfr. la tesi di dottorato di L. DEL CORONA, *La scienza tra libertà e potere: Costituzione e valutazioni tecnico-scientifiche*, in www.unimi.it

⁹⁹ F. CORTESE-L. PENASA, *Dalla bioetica al biodiritto: sulla giuridificazione di interessi scientificamente e tecnologicamente condizionati*, in *La giuridificazione*, cit., 169 ss.

¹⁰⁰ Cfr. B. LIBERALI, *La non manifesta infondatezza subordinata alle risultanze istruttorie: una trasformazione impropria?*, in www.ceridap.it, 8 febbraio 2022, la quale osserva come nel caso di specie l’oggetto di indagine non è conferente rispetto alla determinazione di imporre il trattamento di vaccinazione, riguardando invece il tema del rapporto fra medico e paziente e il regime di farmaco-vigilanza. L’ordinanza ha dato luogo ha un ampio dibattito anche sulla *Rivista* online www.nuoveautonomie.it, numero speciale sull’obbligo vaccinale, con i commenti di M.R. Spasiano, M. Calabrò, A. Ruggeri, L. Lorello, A. Simonati, M. Mazzamuto, E. Cavasino, G. Verde, A. Mangia.

cauzione)¹⁰¹ di fondo della precedente sentenza n. 7045/2021 della III Sezione del Consiglio di Stato in tema di legittimità dell'obbligo vaccinale, se ne discosta nella misura in cui, per verificare la persistenza delle ragioni di tale obbligo con riguardo a varie sopravvenienze (es. “variante omicron”), dispone istruttoria in ottemperanza al principio secondo cui la scelta vaccinale possa essere rivalutata nella prospettiva della valorizzazione della dinamica evolutiva propria delle conoscenze tecnico-scientifiche che debbono sorreggere le scelte in campo sanitario¹⁰². Si ha quindi un'ampia istruttoria tecnico-scientifica finalizzata ad una piena valutazione sulla non manifesta infondatezza della questione di legittimità costituzionale. Un'ulteriore conferma della amministrativizzazione progressiva del potere normativo (e dell'istruttoria legislativa), con riguardo ai poteri del giudice di valutare e motivare la non manifesta infondatezza della questione¹⁰³.

Il CGARS nell'ordinanza n. 38 del 2022 ritiene di non potersi pronunciare sul requisito della non manifesta infondatezza visto che la causa non è ben istruita pertanto affida ad un collegio lo svolgimento di attività istruttoria. La vicenda svela un importante caso di intersezione tra giudizio amministrativo e giudizio costituzionale, e in particolare un caso di intersezione tra istruttoria tecnico scientifica nel giudizio amministrativo e istruttoria nel giudizio di legittimità costituzionale.

Le emergenze istruttorie hanno quindi indotto il giudice siciliano a prospettare una rivisitazione dell'orientamento giurisprudenziale del Consiglio di Stato sulla legittimità della vaccinazione obbligatoria¹⁰⁴. In particolare, si è ritenuto che i parametri fissati dalla giurisprudenza costituzionale non siano stati rispettati, in quanto non vi sarebbe prova di vantaggio certo per la salute individuale e collettiva superiore al danno per i singoli, non vi sarebbe prova di totale assenza di rischio o di rischio entro un normale margine di tollerabilità, e non vi sarebbe prova che – in carenza di efficacia durevole del vaccino – un numero indeterminato di dosi, peraltro ravvicinate nel tempo, non amplifichi gli effetti collaterali dei farmaci, danneggiando la salute. Inoltre, non sarebbero state adottate “misure di mitigazione” e “misure di precauzione” ad accompagnamento dell'obbligo vaccinale, quali adeguati accertamenti in fase di triage pre-vaccinale, e adeguata

¹⁰¹ In periodo pandemico il principio di precauzione opererebbe in modo inverso, “controintuitivo”, in quanto, mentre la sua applicazione classica comporta l'apposizione di limiti pur in presenza di risultanze scientifiche incerte (obbligo di non fare), nel caso di specie esso – sulla base dei medesimi presupposti (dati scientifici non definitivi) – comporterebbe l'imposizione di un obbligo di fare, incidente, tra l'altro, su un diritto fondamentale.

¹⁰² Corte cost., n. 5/2018.

¹⁰³ E. CAVASINO, *Istruttoria tecnico-scientifica nel giudizio a quo, rilevanza e non manifesta infondatezza della questione ed effetti sull'istruttoria nel giudizio di legittimità costituzionale*, in www.nuoveautonomie.it, *Speciale obbligo vaccinale*, cit.; A. MANGIA, *Un raffinato esempio di distinguishing. Se la fonte è il fatto, che deve fare il giudice quando il fatto cambia?*, *ivi*

¹⁰⁴ CGARS, ord. 22 marzo 2022, n. 351.

farmacovigilanza post vaccinazione, con il rischio che in nome della vaccinazione di massa risulti sbiadita la considerazione della singola persona umana.

Anche alla luce dell'esito – seppur provvisorio – della vicenda, il dubbio è che nel caso di specie l'istruttoria sia volta a dimostrare (più che a dubitare) l'incostituzionalità della legge. In altre parole, è come se il giudice volesse sostituire l'attività istruttoria nel processo amministrativo all'istruttoria legislativa o ancora ai poteri istruttori della Corte nel giudizio di legittimità.

Ciò pare avere delle conseguenze anche sul fronte della tenuta del principio di indegradabilità dei diritti fondamentali, nella misura in cui sottende l'idea di fondo che il giudice amministrativo finisce per essere l'autorità più adatta a sindacare questo tipo di scelte¹⁰⁵. La devoluzione al g.a. appare addirittura un'opportunità sul fronte delle possibilità di esercizio dei diritti in questione. I diritti, quanto più sono fondamentali, paradossalmente tanto più sono condizionati. Su almeno due fronti. Quello organizzatorio: in uno stato di prestazioni sociali, molto spesso non c'è diritto effettivo se non ci sono scelte organizzative e procedure adeguate, frutto di esercizio di potere. Emblematico il caso Englaro: dopo che Cassazione aveva riconosciuto che diritto alla salute è anche diritto alla interruzione delle cure, il diritto alla salute è stato declinato in una veste particolare quando il giudice amministrativo ha annullato il diniego dell'ospedale di individuare una struttura e un percorso procedurale per gestire la cessazione delle cure¹⁰⁶. Quello economico: nel settore delle prestazioni, il diritto alla salute è, come noto, settore di "scelte tragiche"¹⁰⁷. Il tema della limitazione delle risorse economiche costringe all'esercizio di un potere di discernimento, che garantisce al diritto fondamentale di esistere, sia pure nell'ambito della cd. riserva del possibile.

Il progresso della medicina e della tecnica ha, infatti, prodotto aspettative e istanze rispetto alle quali la riflessione giuridica e il legislatore non erano preparati, così che è toccato ai giudici il compito di trovare, caso per caso, il bilanciamento tra i diritti, tra nuove aspettative e fondamenti etici dell'ordinamento, tra prestazioni esigibili e tenuta economica del sistema.

In questa prospettiva il dato sostanziale si coniuga con quello processuale: il g.a. ha un ruolo chiave nel sorvegliare che il potere di selezione sia esercitato seguendo criteri razionali e ragionevoli, scongiurando le illegittime disparità di

¹⁰⁵ Cfr., in tema di contenzioso relativo alle misure di contenimento della pandemia, la giurisprudenza puntualmente richiamata da F. GOISIS, *La giustizia amministrativa nell'emergenza pandemica, tra incisività dei poteri e self-restraint*, in pubblicazione in *Dir. proc. amm.*

¹⁰⁶ TAR Lombardia, Milano, sez. III, 26 gennaio 2009, n. 214.

¹⁰⁷ Si allude al noto lavoro di G. CALABRESI e P. BOBBIT, *Scelte tragiche*, trad. it., Milano, 2006, tornato in auge con la drammatica vicenda del Covid-19, su cui v. l'intervista di R.G. Conti a P. Bobbit, *Tragic choices, 42 anni dopo. Philip Bobbitt riflette sulla pandemia*, in www.giustiziainsieme.it, 17 maggio 2020. Cfr. ora anche J. HABERMAS, *Proteggere la vita. I diritti fondamentali alla prova della pandemia*, Bologna, 2022.

trattamento, che altro non sono che la variante lessicale del concetto, forse più accattivante ma meno plastico, di discriminazione.

In buona sostanza, la perdita di tenuta del principio di legalità, compensata sul piano del redivivo Stato amministrativo, implica un giudice che spinga in avanti il proprio sindacato sulla discrezionalità tecnica, anche alla luce dei parametri elastici della *soft law*, e un'amministrazione che rimodelli la propria organizzazione e i propri saperi tecnici, non a caso tornati al centro del dibattito sulle riforme amministrative¹⁰⁸.

Certo tale ruolo sempre più spiccato di arbitraggio del g.a. presenta anche una serie di rischi di esondazione dal proprio carattere giurisdizionale soggettivo e di parti come scolpito negli artt. 24 e 113 Cost. (come emerge dalla recente remissione alla Consulta dell'obbligo vaccinale), a meno che non si intenda rivalutare la sua connotazione super-consulenziale e di tutela di giustizia nell'amministrazione come discendente dall'art. 100 Cost.

6. *Conclusioni: un problema di rapporti tra settori scientifici disciplinari?*

Il sintetico quadro sopra descritto pecca, evidentemente, di eccessiva semplificazione.

In ogni caso a me pare che, più o meno consapevolmente, mai come nel settore dei rapporti tra norme tecniche e *soft law* le due anime portanti del diritto pubblico nostrano abbiano marcato faglie di dissidio e scontro.

Senza voler generalizzare, i costituzionalisti sembrano maggiormente attenti al principio di legalità e al mantenimento del circuito rappresentativo democratico, e quindi propensi a criticare meccanismi di legittimazione quali la legalità procedurale e la teoria dei poteri impliciti. In questo senso, paiono maggiormente riflettere le perplessità di una certa filosofia post-strutturalista di origine continentale¹⁰⁹.

Gli amministrativisti, invece, sembrano più propensi a giustificare il fenomeno della *soft law*, nella implicita consapevolezza della ineluttabilità di una ormai radicata tendenza contemporanea, figlia della giuridicità "debole" che connota i nostri tempi. Ciò si manifesta sia nei casi in cui si tratta di "giuridificare" settori in cui la delicatezza della materia impone di rispettare il pluralismo e l'autonomia individuale e sociale delle persone, sia nei casi in cui è marcato il ruolo della scienza, e quindi il rinvio a nozioni extra-giuridiche, ove più facilmente vengono in rilievo principi generali (es. il principio di precauzione). In questo senso, nella

¹⁰⁸ AA.VV., *Annuario Aipda 2019, Quali saperi servono alla pubblica amministrazione?*, Napoli, 2020.

¹⁰⁹ Si v., ad es., l'insistito richiamo a Foucault nel recente saggio di R. BIN, *Critica della teoria delle fonti*, cit.

maggior neutralità del loro approccio, gli amministrativisti paiono privilegiare maggiormente l'inquadramento delle regole tecniche in chiave analitica, come regole che prescrivono un comportamento in quanto mezzo per perseguire un determinato fine, un determinato "risultato". Non è un caso che la riflessione sull'amministrazione di risultati sia stata oggi riattualizzata alla luce del dibattito sulla regolazione "gentile" o *nudge*¹¹⁰. E non è un caso che la *soft law* possa essere ricondotta serenamente a norma terziaria nella misura in cui si accentui il tradizionale ruolo pretorio della giurisprudenza amministrativa operante per principi, come fattore di chiusura garantista del sistema¹¹¹. È sotto tali profili che gli amministrativisti iniziano a interessarsi della tecnica e della scienza anche sotto il profilo della regolazione¹¹², a fronte di un interesse classico che ha invece toccato il tema della discrezionalità tecnica e soprattutto del suo sindacato giurisdizionale¹¹³, e che solo da poco inizia come detto a lambire anche il campo dell'organizzazione.

Detto ciò, a me pare che dalla riflessione sui rapporti tra norme tecniche e *soft law* possano trarsi le seguenti conclusioni che, al netto dei dissidi disciplinari, per la loro rilevanza sistematica attraversano l'intero diritto pubblico contemporaneo, smussando potenziali visioni difformi.

Il diritto si sta tramutando in qualcosa di altro da sé, o per mancanza di ragioni a monte o per mancanza di ragioni a valle: o perché gli effetti normativi non sono più il frutto di una scelta razionale di un legislatore tra alternative possibili o perché si producono senza dovere trarre la loro forza motivante dalla creazione di incentivi razionali per i consociati. Un esempio emblematico di mancanza di ragioni a monte è dato dagli interventi legislativi che si realizzano per effetto di dinamiche di mercato. Questi non sono interpretabili come momenti di scelta consapevole di agenti tra valori etici antagonisti, ma più che altro come effetti pratici di leggi macroeconomiche. Un altro caso è rappresentato proprio dall'integrazione all'interno del tessuto giuridico tradizionale di norme tecniche, che producono effetti sulla società, in termini di standardizzazione e limitazione della libertà, senza essere imputabili alla volontà di un legislatore. Un caso di

¹¹⁰ Sulla connessione fra *nudge* e neoliberalismo, in Italia v. O. GIOLO, *Il diritto neoliberale*, Napoli, 2020, 5, 30, anche per la connessione col tema della *soft law*. Cfr. anche A. ZITO, *La nudge regulation nella teoria giuridica dell'agire amministrativo. Presupposti e limiti del suo utilizzo da parte delle pubbliche amministrazioni*, Napoli, 2021. Per un'analisi in chiaroscuro delle tesi sostenute in questo libro mi permetto di rinviare a G. TROPEA, *Spinte gentili per la pubblica amministrazione?*, in *www.ildirittoeconomico.it*, 24 gennaio 2022.

¹¹¹ M. MAZZAMUTO, *L'atipicità delle fonti nel diritto amministrativo*, cit., *passim*.

¹¹² Da ultimo, fra i cultori del diritto costituzionale, v. invece L. BUSATTA, *Tra scienza e norma: il fattore scientifico come oggetto, strumento e soggetto della regolazione*, in *www.costituzionalismo.it*, n. 1/2021, 132 ss.

¹¹³ Per un recente bilancio v. A. Moliterni (a cura di), *Le valutazioni tecnico-scientifiche tra amministrazione e giudice. Concrete dinamiche dell'ordinamento*, Napoli, 2021.

mancanza di ragioni a valle è invece rappresentato da disposizioni ispirate alla teoria del nudging che non trattano i consociati come interlocutori razionali, ma piuttosto come cani di Pavlov, prevedibilmente portati per fattori psicobiologici a rispondere a certi input con determinati output¹¹⁴. A mancare in questo caso, per stare alla profonda natura del *nudge*, è quell'elemento della comprensibilità della norma, di recente definito "legalità linguistica", che ha tradizionalmente giustificato l'obbedienza¹¹⁵.

In tal senso, appare evidente che sullo sfondo si delinea un altro dissidio epocale, che chiama in causa la tenuta del principio di separazione dei poteri nonché i caratteri dell'ermeneutica per principi: tali sommovimenti possono essere letti o come inaccettabile rottura degli steccati tradizionali Legge-Amministrazione e Amministrazione-Giudice, o come ineluttabile linea di tendenza del diritto postmoderno.

È forse su questo minimo comun denominatore descrittivo che costituzionalisti e amministrativisti possono creare una lingua comune nell'esaminare gli spinosi rapporti fra *soft law* e norma tecnica. Quando Mario Nigro commenta lo Stato amministrativo in Carl Schmitt evidenzia, fra l'altro, la direzione *organizzativa* e quella *funzionale* del fenomeno¹¹⁶. Nel primo senso, lo Stato amministrativo è lo Stato nel quale le autorità amministrative non solo governano e amministrano, ma pongono regole di comportamento e giudicano intorno alla loro applicazione. Nel secondo senso è lo Stato in cui anche legislazione e giurisdizione si trasformano in amministrazione: la legge e la sentenza perdono la loro funzione tipica e divengono anch'esse misure amministrative¹¹⁷.

Trarre conseguenze prescrittive da tale dato descrittivo di fondo può essere operazione più o meno condivisibile, a seconda che si acceda o meno alla tesi della "fallacia naturalistica" o della "legge di Hume"¹¹⁸. E toccherebbe pure la delicata questione del "tradimento dei chierici" e del senso del giurista, che rischia in un contesto a-costituzionale e meramente tecnico di ridursi a mero esperto senz'anima¹¹⁹.

Ma non è questa l'occasione dove poter tentare questa ulteriore impegnativa indagine.

¹¹⁴ M. TARONI-M. UBERTONE, *Il diritto debole. Un'introduzione*, cit., 8. Sulla diffusione dell'analisi economica del diritto e degli strumenti dell'analisi di impatto della regolazione come base nei governi contemporanei per favorire, in chiave neoliberale, l'incontro fra valutazioni "tecniche" e valutazioni "politiche", v. G. TIBERI, *Governare con "spinte gentili"? Quando le scienze comportamentali incontrano la regolazione*; M. CUNIBERTI, *L'organizzazione del Governo tra tecnica e politica*, entrambi in *Il Governo tra tecnica e politica*, Quaderni del Gruppo di Pisa, Napoli, 2016, rispettivamente 293 ss. e 45 ss.

¹¹⁵ N. IRTI, *Viaggio tra gli obbedienti*, cit., 13-43.

¹¹⁶ M. NIGRO, *Carl Schmitt e lo stato amministrativo*, cit., 479.

¹¹⁷ Peraltro, l'amministrazione creatrice di diritto trasforma a sua volta il ruolo del giudice amministrativo, che finisce a sua volta per interpretare creativamente. Cfr. in tal senso M. D'AMICO, *Amministrazione creatrice ed esecutrice del diritto*, in *Rivista AIC*, n. 4/2018, 53 ss.

¹¹⁸ Sul punto v. G. GOMETZ, *Le regole tecniche. Una guida refutabile*, cit., 137 ss.

¹¹⁹ G. AZZARITI, *Tecnica, politica, Costituzione. Perché non solo la politica ma anche la tecnica deve essere limitata dalla Costituzione*, cit., 116.

Abstract

Il saggio parte dal tema del rapporto tra norme tecniche e soft law per indagare più in generale talune tensioni all'interno del nostro diritto pubblico. Dopo una introduzione sulle varie declinazioni della nozione di norma tecnica, anche nel dibattito filosofico, si analizza l'impatto della soft law in diversi ambiti del diritto pubblico contemporaneo e si prospetta di leggere tali dinamiche, fonte di costante tensione coi principi di legalità e separazione dei poteri, nel segno della progressiva amministrativizzazione del diritto contemporaneo.

Technical norms and soft law

The essay starts by analyzing the theme of the relationship between technical norms and soft law. It then investigates more generally certain tensions within our public law. After an introduction on the various declinations of the notion of technical norm, also in the philosophical debate, the essay analyses the impact of soft law in different areas of contemporary public law aiming to read these dynamics, considered a source of constant tension according the principles of legality and separation of powers, in the light of the progressive administration of contemporary law.