

L'influenza della tecnica e del mercato sul sistema delle fonti
Quale futuro per il diritto oggettivo?
Una riflessione sul ruolo dell'innovazione

di Marco Gugliandolo*

SOMMARIO: 1. Introduzione. – 2. Mercato e innovazione: un'endiadi dal significato giuridico. – 3. La crisi del circuito democratico e il peso dell'economia nell'affermarsi della governance. – 4. L'arretramento dello Stato nel binomio regolazione-norme tecniche. Le autorità indipendenti. – 5. L'intricata rete della produzione pubblica e privata nella normazione tecnica nel controllo del rischio produttivo e ambientale. – 6. Innovazione e autoregolazione: tra «soft» e «hard laws». Il sapere pratico come libertà e come auto-limite per uno sviluppo sostenibile. – 7. Il principio di innovazione e le «sandboxes». Prospettive di diritto comparato nella transizione dallo Stato regolatore allo Stato stratega. Il ritorno della scelta politica nella tecnica? – 8. Conclusioni.

1. *Introduzione*

La moderna società del rischio¹ impone una serie di riflessioni che rimettono al centro il ruolo del giurista, impegnato nello scandagliare le modalità di produzione del diritto e l'evoluzione dei loro schemi. Invero, l'intensificazione della produzione e dell'industrializzazione hanno condotto a una sempre maggiore estensione dei mercati su scala continentale e globale, con una contestuale regressione dell'intervento attivo statale. Sia dal punto di vista formale che sostanziale, pertanto, i confini diventano linee sempre più sfumate², se

* Dottorando in Transizione Ecologica (settori disciplinari: Istituzioni di Diritto pubblico e Diritto Amministrativo), Centro di Sostenibilità e Transizione Ecologica, Università degli Studi di Palermo, Università degli Studi di Messina. Assistente giudiziario in aspettativa.

¹ Famosa denominazione coniata dal sociologo Beck, che dà il titolo all'omonima monografia. U. BECK, *La società del rischio*, trad. it., Roma, 2013, 14: «...siamo testimoni oculari, sia come soggetti che come oggetti, di una rottura all'interno della modernità. Una modernità che si sta liberando dalla sagoma della società industriale classica per darsi una nuova forma: la forma di quella che chiamo "società del rischio"»

² L'*homo oeconomicus* di J.S. Mill si avvarrebbe di un diritto «senza tempo e senza patria», secondo il famoso giuscommercialista tedesco Goldschmidt. L. GOLDSCHMIDT, *Handbuch des Handelsrechts*, 1° vol., Stuttgart 1891 (prima trad. it. Torino 1913), 12-13.

non d'intralcio per il funzionamento del mercato e la circolazione dei capitali. Il mercato e la tecnica, del cui progresso cui esso si nutre, diventano, di per sé, elementi sfuggenti, da un lato, deterritorializzanti³, dall'altro. Il loro incedere e il complessivo atteggiamento di favore nel panorama mondiale, ha condotto alla c.d. «globalizzazione», il cui atteggiarsi è estremamente proteiforme come i suoi prodotti culturali, sociali, politici e, di conseguenza, giuridici. Le cause di questa costante fluidità risiedono nella sua velocità e nell'incremento, in numero e natura, dei soggetti coinvolti e delle loro relazioni.

Per quanto qui di interesse, le questioni che ne discendono e che occorre mettere a fuoco sono essenzialmente due: la prima riguarda la produzione di regole al di fuori degli organi costituzionalmente preposti, tanto di natura pubblica quanto privata, palesando, spesso, nella società del rischio, un deficit democratico⁴; la seconda attiene alla fragilità della classica distinzione tra diritto pubblico e diritto privato in molti ambiti ordinamentali. La separazione delle questioni è utile dal punto di vista ricostruttivo ma, tuttavia, non implica un'autonomia delle stesse, essendo fortemente interrelate. Partono, infatti, da un assunto comune: ovvero che il mercato e la tecnica hanno cambiato il diritto e lo Stato in molte delle loro forme proprio per la continua capacità di innovare e, pertanto, la loro imprevedibilità per le strutture tradizionali della sovranità.

Il mondo post-pandemico, tuttavia, pare che voglia chiamare in raccolta tutti gli attori fin qui menzionati, nonché richiedere un nuovo e diverso intervento dello Stato nell'economia di transizione e recettiva delle istanze globali. C'è da domandarsi, pertanto, se non cambieranno anche gli strumenti giuridici a disposizione e se non saranno informati dal medesimo motore del mercato, ossia l'innovazione.

2. *Mercato e innovazione: un'endiadi dal significato giuridico*

Argomentando, tra innovazione e mercato esisterebbe un'endiadi. Particolarmente accolta, in questo senso, la ricostruzione del filosofo ed economista austriaco Joseph Schumpeter. In accordo con i suoi studi, l'innovazione

³ P. GROSSI, *Globalizzazione, diritto, scienza politica*, in *Il Foro it.*, 2002, 154.

⁴ Diffusamente, ancora U. BECK, *La società del rischio*, cit. Il sociologo tedesco lo considera un comportamento quasi fisiologico all'interno della società del rischio, preannunciando la necessità di «inseguire» interessi formati e bilanciati in sedi estranee da quelle istituzionali, meno dinamiche e performanti di quelle private.

è naturale all'interno di un sistema economico (si specifica: capitalistico), al punto da considerarla *endogena*; tuttavia, è portatrice di profonde trasformazioni ed espansioni della stessa, tali da impattare sui rapporti tra domanda e offerta e perfino di condizionare la stessa sopravvivenza degli attori nel gioco economico. Poco conta, poi, se questo, in un certo segmento, è concorrenziale o monopolistico: l'arrivo dirompente di una nuova tecnologia, o di nuovi assetti organizzativi, sarebbe in grado di mettere in discussione anche il più radicato degli attori economici, poiché nessun settore vivrebbe di scenari immutabili. Agirebbe, come da lui specificato, da *distruzione creativa*. Soprattutto, avrebbe una rilevanza pratica. Egli, infatti, distingue tra invenzione e innovazione: nel primo caso, si ha un'idea mai realizzata prima e può anche essere ispirata da motivazioni non economiche; l'innovazione, invece, avrebbe una finalità economica coincidente con la concreta applicazione di un'innovazione, in un prodotto, in un servizio o in un assetto organizzativo. In definitiva, «qualcosa di nuovo nel sistema economico». Di tal guisa, l'innovazione, poi, sarebbe mossa da aspetti prettamente materiali: la supposta razionalità dell'imprenditore o di chi, in generale, è a capo di quella organizzazione economica; la ricerca del profitto. Accadimenti economici che hanno tutt'oggi un certo rilievo nell'ordinamento giuridico attraverso la previsione di specifici istituti tesi a proteggere la momentanea creazione di extra-profitti o vantaggi competitivi, che non di rado sfociano nell'abuso del diritto⁵; fermo restando, tuttavia, che in certi mercati la *distruzione creativa* si realizzerebbe in maniera piuttosto aggressiva e repentina per via delle sue caratteristiche intrinseche⁶.

⁵ Esemplari le tutele fornite da appositi istituti giuridici rientranti nel macro-insieme della proprietà industriale. Tra questi, spicca soprattutto il brevetto, suddivisibile in brevetto di prodotto e in brevetto di procedimento, a seconda delle caratteristiche intrinseche dell'invenzione in oggetto, la cui tutela fornisce un monopolio temporaneo di sfruttamento della stessa. Sovente accade, però, che alcune imprese particolarmente «forti» decidano di accumulare una serie di brevetti e di sfruttare solo in seguito l'invenzione che potrà garantire, in futuro, un profitto: il vantaggio competitivo, pertanto, è doppio e non sempre adeguatamente compensato dai limiti temporali discendenti dal brevetto. Si dia il caso delle imprese farmaceutiche come esempio, esposto brevemente in R. CASO, *La scienza non sarà più la stessa. Più condivisione, cooperazione e solidarietà dopo il CoViD-19?*, in *Biolaw Journal – Rivista di biodiritto*, 2020, 69: tali imprese, più che interessate a innovare e a permettere una circolazione di *know-how* durante la pandemia, sono state più attente a costruirsi un profitto futuro calcolando, in via probabilistica, la necessità di una tecnologia o di un'altra in base all'esigenza del mercato.

⁶ Gli elementi indicati poco sopra (razionalità e profitto) inciderebbero in maniera

Proprio per questo, nel tempo, si è visto un progressivo allontanamento dello Stato nella normazione tecnica, trovandosi spesso, più che altro, a «inseguire»⁷ o a delegare compiti normativi e amministrativi. Da un lato, le strutture sovranazionali sembrano più idonee a intercettare il dinamismo del mercato e le sue innumerevoli innovazioni, specie per il tramite dei poteri indipendenti e delle agenzie specializzate che, nel frattempo, sorgono ai fini della correzione del rischio; dall'altro, ai continui scambi con la società civile seguono finanche dei ruoli sempre più grandi in capo ad alcuni dei suoi attori, specialmente economici, dove i poteri autoritativi man mano sfumano e si traducono in momenti di co-regolazione o di auto-regolazione normativa. Il sapere tecnico e scientifico di questi si traduce in un'isola giuridica che, non di rado, integra l'ordinamento con estrema fluidità e imprevedibilità, poiché inserita all'interno di una rete di influenze pratiche e concertative dislocate, oltre che in Europa, in tutto il globo. Lo Stato, di conseguenza, verserebbe in una vera e propria «asimmetria informativa». Oggi, però, il quadro cooperativo sembrerebbe atteggiarsi in maniera diversa che in passato: i problemi globali, come quelli dettati dal cambiamento climatico, in cui né gli attori pubblici né privati possono agire da soli, necessitano di cornici co-regolative diverse e più ravvicinate, come gli esperimenti normativi e concorrenziali. Dialogo, però, che si inserisce in un già «compromesso» quadro delle fonti del diritto, ma che assegnerebbe all'innovazione un ruolo centrale.

sensibile sulla volontà degli imprenditori di operare individualmente o di creare cartelli e forme di concentrazione in un mondo disaggregato, in cui gli operatori economici dispongono di informazioni più dettagliate. Di particolare interesse le dinamiche che attengono all'informatica. R. VAN DEN BERGH, A. GIANNACCARI, *L'approccio più economico nel diritto comunitario della concorrenza. Il più è troppo o non (ancora) abbastanza?*, in *Mercato Concorrenza e Regole*, 2014, 415, e, per i settori dove si impiegano strumenti informatici più avanzati, AA.VV., *Scale Without Mass: Business Process Replication and Industry Dynamics*, in *Harvard Business School Technology & Operations Management Unit Research Paper Series*, 2007, 2. Nell'epoca dei dati e dell'intelligenza artificiale, ulteriori rischi, nel medesimo solco della smaterializzazione dei servizi, sono segnalati da E. MOSTACCI, *L'intelligenza artificiale in ambito economico e finanziario: rischi e prospettive*, in *DPCE Online*, 2022, 361-382 in materia di algoritmi AI-based in materia finanziaria (c.d. *tecno-finanza*).

⁷ A. FARI, *Ambiente e innovazione. Una prospettiva giuridica*, in *Riv. quadrim. dir. amb.*, 2020, 109.

3. *La crisi del circuito democratico e il peso dell'economia nell'affermarsi della governance*

Sono note le difficoltà attraversate dal circuito democratico e, in particolare, da quello politico-rappresentativo. Tra le molteplici facce che questo fenomeno mostra, come precedentemente annunciato, è possibile scorgere l'incedere di fenomeni di integrazione sovranazionale e di globalizzazione dei mercati, che «svuotano» di consistenza la sovranità gli Stati. Si può notare, infatti, la progressiva tendenza a spostare il baricentro decisionale in seno a organismi politico-burocratici sovranazionali⁸, oltre che una progressiva «orizzontalizzazione» dei rapporti, tanto tra Stati, quanto tra gli Stati e i privati. In ciò, può dirsi che viene messa a dura prova la *fictio* stessa della rappresentanza, utile per governare i grandi ordinamenti statali⁹, ma che non sembra perfettamente rispondente alla dilatazione dei confini e alla velocità del progresso tecnologico. In una società così «diffusa» e a tratti inafferrabile, è altrettanto difficile condensare all'interno delle istituzioni parlamentari una molteplicità di interessi che emergono prepotentemente¹⁰. Tali strutture decisionali cominciano a essere avvertite come «dente», se non d'ostacolo, per via della continua progressione di difficoltà e di instabilità che il mercato e la tecnica propongono e che renderebbero la scelta politica, sostanzialmente, inidonea¹¹. All'interno della società del rischio si nota, di conseguenza, una certa propensione a correggere tali problematiche del circuito politico-rap-

⁸ Come osservato da G. MOSCHELLA, *L'incerta prospettiva della democrazia rappresentativa tra crisi della sovranità dello Stato e tendenze populistiche*, in *federalismi.it*, 2019, 2-3.

⁹ Come ricorda A. MORELLI, *Taglio dei parlamentar, rappresentanza e rappresentatività*, in *www.lacostituzione.info*, 16 settembre 2020.

¹⁰ L'ampliamento dei ceti coinvolti (e il continuo diversificarsi di questi, si aggiunge) rendono strutturale il difetto di rappresentatività delle assemblee elettive, come sostenuto in dottrina in tema di passaggio dallo Stato monoclasse a quello pluriclasse. Metafora, tuttavia, estremamente attuale, dove i partiti non riescono a operare una sintesi di queste diversità d'interessi e posizioni. A. MORELLI, *Le trasformazioni del principio democratico*, in *Consulta online (www.giurcost.it)*, 2015, 204; G. VECCHIO, *Crisi del partito e crisi del pluralismo*, in *Nomos*, 2017, 1-17.

¹¹ Si pensi, in via generale, alla legislazione avente contenuto tecnico-scientifico, dove, nel silenzio della Costituzione, la sua regolazione è rimessa ai regolamenti parlamentari, individuanti nelle «audizione informali» la modalità di introduzione del parere qualificato all'interno dell'istruttoria parlamentare. Tale informalità, tuttavia, si riproduce spessissimo in mancanza di trasparenza, sfruttata dalle maggioranze, oltre che dai soggetti rappresentanti interessi prevalentemente sezionali. Sul punto, A. IANNUZZI, *Istruttoria e valutazioni tecnico-scientifiche*, in *Rivista GdP*, 2017, 1-33; T. E. FROSINI, *Lobby come democrazia*, in *Rass. parl.*, 2022, 675-682.

presentativo ricorrendo ad altre vie. Si pensi, sul punto alla disputa sui modelli di democrazia deliberativa o partecipativa¹², che consistono in una «riarticolazione delle modalità di partecipazione dei cittadini alla vita pubblica», spesso però informata dalla logica del decentramento dei processi decisionali, della partecipazione, della competizione e della negoziazione¹³. Si passa, così, dal tradizionale *government* alla flessibilità ed elasticità della *governance*. Ciò porta a una serie di stratificazioni di relazioni recanti con sé il costante dialogo tra interessi diversissimi e particolaristici, dove man mano si perde la dimensione d'insieme. In tale quadro, però, non è sempre il cittadino ad essere al centro, specialmente in materia tecnica. Più spesso, sono esecutivi, comitati costituiti ad hoc, agenzie, autorità indipendenti e «portatori di interessi», come attori economici, tecnici e associazioni, a organizzare piani di lavoro e raccogliere consensi. È una partecipazione apparente che, spesso, sfocia in un più concreto *lasciar fare*. È in tale cornice che si verifica la progressiva erosione dei poteri normativi dello Stato e lo «schiacciamento» delle dinamiche verticali della loro allocazione.

Circostanza che si può ben osservare a partire dall'europeizzazione. Essa, già anni or sono, avvia e porta, come profetizzato da Paolo Grossi, a una sorta di neo-feudalizzazione: fase che in cui è difficile inquadrare l'azione europea dentro gli schemi di un'azione di governo di tipo statale, ma che in sé enuncia lo schiudersi di una rete di poteri di indirizzo e di coordinamento che, pur non trovando un legittimo riconoscimento democratico, impatta sulle politiche dei singoli Stati membri¹⁴, oltre che la fioritura di istituti pub-

¹² Per una compiuta analisi della democrazia partecipativa si rimanda a U. ALLEGRETTI, *La democrazia partecipativa in Italia e in Europa*, in *Rivista AIC*, 2011, 1-12. La democrazia deliberativa distingue tra modalità *aggregative* e modalità *discorsive*. La prima conta le preferenze come fattori esogeni e statici. La seconda, invece, studiata soprattutto da Habermas, separando il circuito propriamente politico da quello del dibattito pubblico (media *mainstream* e non, così come opinioni di associazioni di settore o di categoria) auspica la ricerca del canale comunicativo più adeguato entro cui alimentare la decisione finale, che immagina come una «chiusa idraulica». A. FLORIDIA, *Un'idea deliberativa della democrazia*, Bologna, 2017. A. LO GIUDICE, *La parabola della governance democratica e il nodo della legittimazione*, in *Ragion pratica*, 2022, 17-46.

¹³ A. LO GIUDICE, *La parabola della governance democratica e il nodo della legittimazione*, cit., 27. Aspetto della partecipazione che porta ad arene di contrattazione e decisione tra Stato e società tipiche dei regimi privati transnazionali. O. PEREZ, *Private Environmental Governance as Ensemble Regulation: A Critical Examination of Sustainable Business Indexes and the New Ensemble Politics*, in *Theoretical Inq. L.*, 2011, 1-35.

¹⁴ P. BILANCIA, *La governance dell'Unione europea ed il c.d. «deficit democratico»*, in *Le Regioni*

blici e organismi privati, e una loro conseguente riarticolazione. La dimensione politica dell'odierna Unione Europea si afferma già, com'è noto, al di fuori del rapporto circolare tra territorio dello Stato-nazione e il potere politico, che invece si presenta con più coerenza negli Stati costituzionali¹⁵: in molte fasi della sua storia, protagonisti sono soprattutto gli organismi tecnocratici e gli esecutivi, europeo e nazionali, con una emarginazione del Parlamento Europeo o limitazione del seppur progressivo numero di attribuzioni come co-legislatore previste dall'ultimo dei Trattati approvati, ovverosia Trattato di Lisbona, solo in parte risolvete il suo deficit democratico e l'annosa questione del funzionamento del principio di equilibrio tra le istituzioni europee¹⁶. Ciò trova ragione nella creazione e il sostentamento del mercato unico europeo, cristallizzato nella Costituzione economica *de facto* disegnata tramite le modifiche ai Trattati: entità orientata dalle nuove quattro libertà del principio di concorrenza, ove è necessario che le regole siano il più possibili comuni o, meglio, armonizzate¹⁷, sotto la stessa moneta e l'egida della Banca

nella multilevel governance, a cura di A. PAPA, Torino, 2017, 2-3: *in primis*, quello della Commissione, che è volano dell'azione dell'Unione Europea; tuttavia, il problema della legittimazione democratica è diffuso nello spazio sovranazionale e riguarderebbe, in genere, il complesso di istituzioni ivi coinvolto.

¹⁵ J. HABERMAS, *Una Costituzione per l'Europa?*, trad. it., Roma, 2017, 22.

¹⁶ E. SALVATI, *Il deficit democratico e il ruolo del parlamento europeo. Quali problemi ancora aperti?*, in *Il Politico*, 2016, 52-82, che tratta, ad esempio, la questione dello squilibrio tra Parlamento e Commissione in tema di poteri di iniziativa legislativa, di cui il Parlamento, almeno nei suoi pieni tratti, è ancora sprovvisto. Tuttavia, il deficit democratico riguarda anche i poteri di controllo. Un esempio molto recente, costituito dall'esercizio dei poteri discendenti dall'art. 26 del dispositivo del Piano di Ripresa e Resilienza, è illustrato da F. R. DE MARTINO, I. ROBERTI, *Il ruolo del Parlamento europeo nel Regolamento che istituisce il dispositivo per la ripresa e la resilienza nazionale (Regolamento UE 2021/241)*, in *Rivista GdP*, 2022, 63-67: nella fase di esecuzione e di controllo dell'operato degli Stati membri, il ruolo dell'Europarlamento è definito meramente «interlocutorio» e non vincolante per le scelte e le valutazioni della Commissione.

¹⁷ Questo non è stato un procedimento indolore: la reinterpretazione o, addirittura, l'abbandono delle disposizioni costituzionali degli Stati membri, è stato accettato a livello istituzionale stante i malfunzionamenti degli enti pubblici economici e la mancanza di procedure di trasparenza in grado di tracciare entrate e uscite finanziarie; ma la dottrina, si pensi a quella italiana, ha riscontrato numerose difficoltà a ridurre a sistema i dettami di *economia mista* (si pensi all'art. 41 della nostra Costituzione) con quelli puramente di mercato europei. Sul punto, tra gli altri, P. BILANCIA, *Il governo dell'economia tra stati e processi di integrazione europea*, in *Rivista AIC*, 2014, 4.

Centrale Europea¹⁸. Più nel dettaglio, ruolo importante, specialmente per la circolazione delle merci e dei capitali, è assunto dalle norme tecniche e dalla regolazione dei mercati: necessaria, la prima, per uniformare le caratteristiche dei prodotti nel mercato unico o imputare le esternalità negative prodotte nello spazio europeo; necessaria, la seconda, per evitare o correggere qualsiasi distorsione o i fallimenti del mercato e orientare al rispetto delle «regole del gioco» l'attività dei nuovi operatori economici a seguito dei massicci interventi di privatizzazione e di liberalizzazione. Ciò ha segnato un'apertura decisiva verso gli attori privati, tanto nell'economia reale, come in quella finanziaria, così come di una fortissima e rinnovata influenza del diritto comune. Sul piano economico, ciò è dovuto alle adesioni sistemiche al disegno ordolibera-rale di von Hayeck, in aperto disaccordo con interventi statali pianificati e pan-pubblicistici, ritenuti poco funzionali a seguire un mondo che cambia rapidamente e poco attento alla creatività dei privati e alla capacità di costruire conoscenze applicative¹⁹. Sul piano giuridico, il decentramento normativo si sposa con la tempestività necessaria per raggiungere le finalità preposte dai Trattati, facilitato, segnatamente, da un sistema delle fonti scevro di categorizzazioni formali²⁰ e che ha consentito di ricorrere numerose volte alle c.d. *soft laws* di appannaggio non unicamente istituzionale. Inizia una fase in cui l'egemonia dell'economico e del tecnico sul politico è stata spesso vagliata in dottrina come un'esasperazione dei tratti ordoliberali a cui l'Europa si è ispirata, ricadente in uno schema dove si assiste all'inversione del paradigma di legittimazione e fondamento del rapporto Stato-economia, ossia la *foucaultiana* governamentalità: non attraverso la volontà popolare, ma attraverso

¹⁸ Ente dotato sempre di maggiore autonomia e poteri, non sempre di carattere unicamente tecnico. Lo sguardo della dottrina economica, in verità, le riconosce finanche un potere di politica economica concreto. Sul punto, E. SAGHEZZA, *L'attribuzione della vigilanza bancaria alla BCE: un approccio di political economy*, in *Il sistema bancario tra crisi economica e ri-regolamentazione*, Milano, 2016, 423-438.

¹⁹ M. R. FERRARESE, *Governance. Sugli effetti politici e giuridici di una soft revolution*, cit., 176.

²⁰ A. POGGI, *Soft Law nell'ordinamento comunitario*, in A.A.V.V., *Annuario 2005. L'integrazione dei sistemi costituzionali europeo e nazionali. Atti del XX Convegno Annuale. Catania, 14-15 ottobre 2005*, Padova, 369, sulla scorta di A. D'ATENA, *L'anomalo assetto delle fonti comunitarie*, in *Dir. Unione eur.*, 2001, 592. L'Autrice concorda con la visione secondo cui il catalogo dell'art. 249 TCE (oggi 288 del TFUE) non avrebbe un formale raccordo con le finalità previste dai Trattati, essendo queste, più genericamente, accostate alla locuzione «misure», dando estrema discrezionalità alle Istituzioni europee sulla scelta dell'atto e delle procedure.

«qualcosa di più reale che a sua volta fonda le istituzioni, la politica»²¹ e, in ultima battuta, il diritto. Trattati incoraggiati e intersecantesi con le dinamiche di respiro internazionale all'interno della *global economic governance*.

4. *L'arretramento dello Stato nel binomio regolazione-norme tecniche. Le autorità indipendenti*

Ci si affaccia, pertanto, allo schema del c.d. «Stato regolatore». Orbene, come si è appena detto, l'arretramento dell'intervento statale nell'economia si svolge soprattutto nel binomio regolazione-norme tecniche. Ciò si sostanzia in una complessiva crescita dei poteri indipendenti negli apparati della pubblica amministrazione. Per far fronte alla risposta del rischio produttivo e per de-politicizzarlo, infatti, la stessa struttura dello Stato cambia sintomatologicamente, al fine di incorporare il perseguimento della libera concorrenza e dello «standard». Gli spazi di discrezionalità si riducono e si crea un rapporto osmotico tra regolazione dei mercati e adozione di specifiche di uniformità, che trovano terreno fertile in una riarticolazione del sistema amministrativo più che in quello politico, sconfinante in un sostanziale decentramento normativo ricadente nell'alveo delle c.d. *soft laws*: atti che per definizione non sono connotati dalla coercibilità delle fonti ordinarie (contrapposte, poiché *hard*) poiché non aventi una specifica forza normativa, ma i cui effetti giuridici si dispiegano altrettanto. Vi è, così, un fiorire di autorità indipendenti e agenzie, che si servono di un diritto *diverso* da quello dei giuristi, nondimeno impresso in formulazioni distanti dal linguaggio tecnico-giuridico per ricadere in quello informale, se non in quello del professionista a cui si rivolge²².

In riferimento alla regolazione dei mercati, ad ogni buon conto, in primo luogo è da rilevare il ruolo delle autorità amministrative indipendenti, neo-attori pubblici estranei alla piramide del *bureau*. Questi inediti apparati²³ si tro-

²¹ C. ATZENI, *Il «liberalismo autoritario» e il processo di consolidamento delle attività economiche europee*, in *Ordines*, 2021, 57; E. DI SALVATORE, «*Democrazia partecipativa*» e processo di integrazione europea, in *www.ipof.it*, 2013, 3.

²² F. ZAMMARTINO, *Le Autorità indipendenti: aspetti problematici e nuove prospettive*, in *www.dirittifondamentali.it*, 2020, 981.

²³ Diffusamente, S. CASSESE, *La crisi dello Stato*, Roma-Bari, 2002. In generale, l'Autore nota che il carattere inedito delle autorità in oggetto starebbe nell'indipendenza, e quindi nell'assenza di controllo governativo: caratteristica declinata più nel senso europeo, che in senso costituzionale. Invero, la nostra Carta parla molto poco di indipenden-

vano ad erodere gran parte dei poteri della pubblica amministrazione, specie in tema di discrezionalità tecnica, oltre che ad esercitare dei poteri regolamentari che, spesso, sono stati considerati sovrapponibili a quelli governativi se compensati da una partecipazione procedurale da parte dei regolati²⁴: di conseguenza, entrano in competizione con lo Stato e ne possono ereditare buona parte della forza anche nel riparto di competenze²⁵, pur non avendo un fondamento costituzionale diretto, normando senza soggiacere alle regole della produzione secondaria, in violazione del *numerus clausus* delle fonti del diritto e in assenza di formale investitura democratica. Nel complesso, la loro copertura sistemica è perlopiù ricavabile «irritualmente» da interpretazioni di alcune disposizioni della Costituzione²⁶, dall'art. 3, co. 2 delle Preleggi e,

za, se non in riferimento al potere giurisdizionale e, al limite, del buon andamento della pubblica amministrazione. Per il resto, alla sfera del potere esecutivo e della pubblica amministrazione parrebbe, almeno in apparenza, estraneo il concetto di indipendenza. Per alcuni autori ciò si verificherebbe per effetto del meccanismo di responsabilità discendente dall'art. 95 della Costituzione. Se ne dedurrebbe che «se i ministri sono responsabili individualmente degli atti dei loro dicasteri...gli apparati amministrativi devono dipendere dal governo», S. BATTINI, *Indipendenza e amministrazione fra diritto interno ed europeo*, in *Riv. trim. dir. pub.*, 2018, 948. I Trattati europei, invece, offrono una panoramica piuttosto ampia e trasversale dell'indipendenza, con riguardo anche agli organi esecutivi, come indicato anche all'art. 17, par. 3, TUE.

²⁴ Nonostante dal punto di vista *formale* non vi sia una corrispondenza tra principio di legalità e attività normativa delle autorità indipendenti, dal punto di vista *sostanziale* (cioè di un'amministrazione sempre più per *risultati*), è possibile accettare dei poteri normativi e regolamentari in capo alle autorità indipendenti, che va compensata un'ampia partecipazione dei soggetti interessati. Sul punto, Cons. Stato, sez. VI, 20 aprile 2006, n. 2201, dove si sottolinea che questa opererebbe, in via compensativa, in luogo «della dialettica propria delle strutture rappresentative»; *ex multis*, Cons. Stato Cons. Stato, VI sez., 27 dicembre 2006, n. 7972, subordina la validità delle sanzioni inflitte dalle autorità indipendenti (in particolare, il caso riguardava l'allora nota come «Autorità per l'energia elettrica e il gas», abbreviata in AEEG), al rispetto della «legalità procedurale». V. CERULLI IRELLI, *I poteri normativi delle Autorità amministrative indipendenti*, in *www.astrid.it*, 2009, 15.

²⁵ È il caso della sentenza Corte cost., 13 gennaio 2004, n. 7, dove la Consulta ammette che le normative statali di dettaglio possano avere carattere auto-applicativo quando si tratti di raggiungimento di livelli e prestazioni essenziali. Nel caso di specie, però, ammette finanche, da parte dello Stato, nell'ambito del recepimento di una direttiva europea, la delega di competenze tecniche al Gestore dei Servizi Energetici e alla Autorità indipendente di riferimento, col fine di garantire l'accesso uniforme ai servizi. A. IANNUZZI, *Caratterizzazioni della normazione tecnica nell'ordinamento italiano*, in *Rivista AIC*, 2006, 38.

²⁶ Oltre che l'art. 11 della Costituzione, infatti, pur non essendovi unanimità sul

infine, dalle singole leggi ordinarie istitutive di tali autorità (che divengono «atti-fonte»²⁷). A ciò, però, si aggiunge lo «svuotamento» della legge. Ciò si verifica nella sempre più frequente evenienza in cui la stessa legge, tramite il largo uso delle clausole generali, rimandi all'agire regolamentare delle autorità indipendenti per far fronte a esigenze di adattamento, normativo e di controllo, derivanti dal mercato. Scelta che reca con sé tutte le note problematiche accompagnate a tale tecnica redazionale, ma che farebbe emergere ulteriori «poteri impliciti» in capo alle stesse autorità indipendenti²⁸. Le *soft laws* delle autorità diventano di tal guisa numerose; aumentano, però, se si fanno rientrare nel loro alveo i chiarimenti di fonti *soft*, ma anche di fonti *hard*, e le loro raccomandazioni. Il novero della produzione normativa delle autorità indipendenti è pertanto vastissimo.

Utile, per il corretto svolgimento delle regole del gioco, diventa altresì il diritto comune: il diritto privato diviene «regolatorio», ossia si «pubblicizza» e finisce per essere, in mano alle predette autorità, uno strumento di correzione in mercati ad alto rischio come quello finanziario o nel settore dell'energia²⁹.

fondamento costituzionale delle autorità indipendenti, le ricostruzioni più convincenti sembrano ritrovarsi nell'ampia e generica formulazione proposta dal Titolo V della Costituzione circa la potestà regolamentare discendente dal nuovo art. 117, co. 6, Cost., riguardanti le materie riservate al solo Stato. Ciò viene interpretato come un riconoscimento del pluralismo istituzionale in cui anche il nostro ordinamento si trova. Si segnalano i contributi di N. LUPO, *La potestà regolamentare del governo dopo il nuovo Titolo V della Costituzione: sui primi effetti di una disposizione controversa*, in *Oss. fon.*, 2002, 238; C. TUBERTINI, *Riforma costituzionale e potestà regolamentare dello Stato*, in *Riv. trim. dir. pubbl.*, 2002, 942-943, per cui «diventerebbero parte dello Stato» Ciononostante, ad opinione dello scrivente, non sembra fornire una formula di equipollenza, né una preferenza, rendendo estremamente contingente e liquido l'esercizio della *governance* in materia di competenza statale e dei relativi poteri normativi.

²⁷ S. FOÀ, *I regolamenti delle Autorità amministrative indipendenti*, Torino, 2002, 2.

²⁸ Tra i contributi più recenti, si segnala M. RAMAJOLI, *Le clausole generali nel diritto pubblico dell'economia*, in *Riv. reg. merc.*, 2023, 274-294, che illustra, a livello europeo e interno, i correttivi. Essi, però, richiedono l'individuazione di standard di partenza, che, similmente ai principi, guiderebbero l'interprete.

²⁹ R. NATOLI, *Il diritto privato regolatorio*, in *Riv. reg. merc.*, 2020, 141-142. aggiunge che in questo caso il contratto diventa altresì strumento di tutela delle istanze dei più deboli ai fini del contrasto della c.d. «povertà energetica», regolando i prezzi, garantendo libertà di scelta tra i fornitori e imponendo parità di trattamento, da un altro; limitando le possibilità di rifiutare in capo al fornitore. Si sacrifica, insomma, la libertà contrattuale in vista del perseguimento di fini ulteriori. Il contratto, insomma, si funzionalizza. V. RICCIUTO, *Regolazione del mercato e «funzionalizzazione» del contratto*, in AA.VV., *Studi in onore di Giuseppe*

Tuttavia, questa rappresenta solo una porzione del rinvirgamento del diritto privato. Sovente, infatti, nel commercio nel mercato unico quanto in quello globale, il contratto diventa finanche fonte del diritto, veicolando standard produttivi³⁰ o schemi negoziali persino alternativi a quelli del diritto statale³¹. Com'è stato detto in dottrina, più in generale, si assiste all'«embricazione» dei due grandi rami ordinamentali, che produce un ibrido di difficile catalogazione. Si pensi, a riguardo, alla «giuridificazione» del diritto *corporate* con l'elaborazione di codici di condotta e la loro progressiva vincolatività con la conseguente emersione della responsabilità sociale delle imprese³². Luogo in cui il perseguimento di istanze sociali e ambientali incontra spesso l'economia e dove la bipolarità tra potere pubblico e autonomia privata si sfuma.

5. *L'intricata rete della produzione pubblica e privata nella normazione tecnica nel controllo del rischio produttivo e ambientale*

È arduo ipotizzare l'adozione di standard cogenti (le c.d. «regole tecniche») diversi all'interno del mercato unico. Se ne ha che la riduzione del

Benedetti, Napoli, 2008, 1628.

³⁰ Il contratto esorbita dalla funzione tipica del regolamento di interessi, poiché l'identificazione di standard è in grado di individuare modelli negoziali formalmente atipici, ma che, nei fatti, diventano quelli preferiti. G. OPPO, *Impresa e mercato*, in *Annali del Seminario giuridico*, Milano, 2002, 410.

³¹ Si pensi, sul punto, agli standard e usi negoziali individuati dall'ente UNIDROIT ai fini dell'uniformazione dei contratti, che nel tempo sono assurti a superamento della *lex mercatoria*, eludendo di fatto il meccanismo integrativo statale per funzionare, può dirsi, autonomamente (ad esempio, ricorrendo ad arbitrati internazionali). Sul punto, G. B. FERRI, *La volontà privata e la teoria del negozio giuridico*, in *Dir. e gius.*, 1997, 30; per un approfondimento più ampio, L. FRANZESE, *Legge e contratto oggi*, in *www.lircocervo.it*, 2004, 1-16.

³² Già nel 1999, Mario Draghi, chiamato a intervenire nel dibattito dell'ordine giuridico del mercato (*rectius*: dei mercati), parla di «regole non poste dall'autorità statale, più o meno formalizzate, che vanno dalla prassi ai codici di autodisciplina e che risultano spesso dotate di maggiore effettività e forza deterrente delle concorrenti norme di diritto»... come... «i canoni di correttezza e la reputazione nel sistema degli scambi commerciali». M. DRAGHI, in AA.VV., *Il dibattito sull'ordine giuridico del mercato* (relazione a convegno), Roma-Bari, 1999, 84. In pari modo, oggi tale reputazione è importante nei sistemi di *rating* di contabilità non finanziaria. Ma i codici di condotta, ancora di più, rivestono un ruolo significativo per l'accertamento della responsabilità amministrativa degli enti di cui al D. lgs. 8 giugno 2001, n. 231.

marginale di discrezionalità politica e statale si percepisce vividamente anche sul piano della legislazione avente contenuto tecnico-scientifico, in maniera non del tutto dissimile da quanto avviene all'interno della regolazione economica. Frequente in questo caso, il ricorso alla delega legislativa. Il Governo, infatti, in forza del suo apparato, è considerato come «l'organo tecnico più qualificato a disciplinare tutte quelle materie che per la loro complessità richiedono tecniche particolari»³³ ed è principale attore nel recepimento delle Direttive europee³⁴. La discrezionalità assembleare risulta, in questo caso, «compressa» da un duplice punto di vista: da un lato, l'individuazione degli standard tecnici è di appannaggio sovranazionale e il contenuto della delega parlamentare è, sovente, scarso; dall'altro, la determinazione interna di tali standard è spesso avvolta da una certa oscurità, in cui è facile che i ruoli dei tecnici ministeriali e dei tecnici delle agenzie si accavallino, senza mancare poi l'interferenza di standard di natura privatistica. Il diritto dell'ambiente fornisce numerosissimi esempi, come le Direttive sulla qualità dell'aria³⁵, i «Pacchetti rifiuti»³⁶, le Direttive in materia di *permitting* (VIA e VAS), ma potrebbero essere molti altri. In questo caso, è di rilievo lo spostamento sostanziale del baricentro decisionale per la produzione delle linee guida alle agenzie del Sistema Nazionale a rete per la Protezione Ambiente. Si pensi, in questo ultimo caso, all'art. 25, co. 4, D. lgs. 16 giugno 2017, n. 104, in recepimento della Direttiva VIA 2014/52/UE, che rinvia alle competenze di agenzie del SNPA l'elaborazione di norme tecniche e di linee guida per la redazione di studi di impatto ambientale, anche ad integrazione degli allegati tecnici ministeriali. Stesse considerazioni, poi, possono essere fatte in tema di classificazione dei rifiuti in forza del dettato dell'art. 184, co. 5, codice dell'ambiente. Casi analoghi, disseminati all'interno della disciplina di settore, sono tuttavia copiosi. La legittimazione di tali enti a emanare linee guida vincolanti, tuttavia, sta anche qui nella autorevolezza e dal carattere tecnico e specialistico. Criticità che,

³³ F. SALMONI, *Le norme tecniche*, Milano, 2001, 182.

³⁴ Aspetto acuito dall'attuale regime di recepimento del diritto europeo di cui alla L. 24 dicembre 2012, n. 234, la c.d. «Legge di delegazione europea», per effetto della quale la delega parlamentare è ancora meno dettagliata, stante il numero svariato di oggetti in essa contenuti. M. ROSINI, *L'attuazione del diritto dell'Unione Europea nel più recente periodo: legge di delegazione europea e legge europea alla luce della prassi applicativa*, in *Oss. fon.*, 2017, 18.

³⁵ Ad esempio, la Direttiva 2008/50/CE, recepita con D. lgs. 13 agosto 2010, n. 155.

³⁶ Direttive 849/2018/UE, 850/2018UE, 851/2018/UE, 852/2018/UE recepite, anch'esse, con lo strumento dei decreti legislativi nel 2020.

tuttavia, si acuisce sensibilmente nel caso in cui siano direttamente i privati a normare in materia tecnico-scientifica.

Infatti, come cennato diffusamente, la normazione tecnica è un terreno estremamente vasto che non si ferma unicamente agli esempi di produzione pubblica. L'apporto dei privati confluisce all'interno di schemi co-regolativi, se non auto-regolativi. Esempio fulgido proviene ancora dal quadro euro-unitario, che nel mercato unico europeo svolgono un ruolo di rilievo, ma ancora piuttosto ambiguo nel sistema delle fonti. Parallelamente, infatti, nello spazio europeo si afferma il sistema di normalizzazione, composto dagli enti noti come CEN (*European Committee for Standardisation*), CENELEC (*European Committee for Electrotechnical Standardisation*) ed ETSI (*European Telecommunications Standards Institute*), organismi di diritto privato, che, su mandato della Commissione europea, tramite un procedimento di formazione volontaria, consensuale e democratico, redigono norme dirette o indirette³⁷, non vincolanti, per la definizione delle caratteristiche di un prodotto, i processi di produzione ed i metodi di misurazione³⁸. Esse si diffondono a macchia d'olio col fine di eliminare gli ostacoli tecnici alla libera circolazione delle merci alla realizzazione del mercato e veicolare le innovazioni tecnologiche: in accordo con il «nuovo approccio», infatti, le direttive, infatti, fissano unicamente requisiti essenziali dei prodotti, mentre invece agli enti di normalizzazione europea spetta il compito di dettare le specifiche cui, eventualmente, conformarsi per immettere i prodotti nel mercato³⁹. Tali norme «esistono», poi, in seguito a recepimento da parte di enti di normalizzazione riconosciuti dal diritto interno, denominati ONN (Organismi Nazionali di normalizzazione).

³⁷ Le norme indirette sembrerebbero atteggiarsi come delle fonti sulla produzione, poiché indicherebbero delle modalità e delle forme da seguire ad altri enti di formazione norme tecniche. N. GRECO, *Crisi del diritto, produzione normativa e democrazia degli interessi. Esemplicità della normazione tecnica in campo ambientale*, in *Studi parlam.*, 1998, 25.

³⁸ Già dalla Direttiva 83/189/1983 è infatti nota la differenza tra regola tecnica e norma tecnica: la prima rende obbligatorio il rispetto di una certa specifica tecnica ed è contenuta in leggi o disposizioni amministrative, mentre la seconda specifica una certa tecnica la cui osservanza non sia obbligatoria ed è approvata da un organismo di normalizzazione internazionale, europeo o nazionale. N. GRECO, *Crisi del diritto, produzione normativa e democrazia degli interessi*, cit., 11; A. IANNUZZI, *Caratterizzazioni della normazione tecnica nell'ordinamento italiano*, cit., 11 parla, in merito, di «inversione terminologica» tra ciò che è regola e ciò che è norma.

³⁹ E. CHITI, *Organizzazione europea e organizzazione globale*, in *Riv. trim. dir. pubbl.*, 2009, 380, nascente dalle problematiche commerciali, si aggiunge, risolte con il famoso precedente *Cassis de Dijon*.

Gli enti di normalizzazione riconosciuti, ad ogni modo, sono una delle grandi conseguenze della cennata embricazione tra diritto pubblico e diritto privato, poiché rientranti nella vasta categoria di soggetti privati esercenti pubbliche funzioni: in questo caso, di co-regolazione attraverso *deregulation*, dovute alla necessità di rendere la produzione più responsiva delle istanze globali, competitive e non⁴⁰, attraverso il bagaglio tecnico dei soggetti privati, in grado di stabilire i parametri che a loro volta serviranno per il rilascio di certificazioni di conformità a tali norme in grado di imprimere certezza al mercato⁴¹.

Vi sono, tuttavia, due profili di problematicità da affrontare: il primo attinente al profilo dell'efficacia giuridica di tali norme, mentre il secondo, alla legittimazione democratica, che emerge, in questo caso, diversamente. Per quanto concerne la prima questione, l'applicazione delle norme tecniche in oggetto, si è detto, sarebbe volontaria, valevole per la presunzione di conformità al contenuto delle direttive. La questione si complica, però, se si bada alla loro «giuridificazione», soprattutto ove vi siano tecniche di rinvio da parte di fonti tradizionali tramite, ancora, clausole generali⁴², o anche, più semplicemente, come anche detto nel precedente paragrafo, da un contratto. Invero, un orientamento della Corte di Giustizia espresso nel

⁴⁰ G. CORSO, *Attività economica privata e deregulation*, in *Riv. trim. dir. pubbl.*, 1998, 639.

⁴¹ Gli enti certificatori sarebbero di natura, anche loro, privatistica. A. MOLITERNI, *Pubblico e privato nell'attività della p.a.*, in *Riv. it. sc. giur.*, 2016, 333. F. CAFAGGI, *Rethinking private regulation in the European regulatory space*, in *EUI Working Paper LAW*, 2006, 9-11.

⁴² M. CECCHETTI, *Note introduttive allo studio delle normative tecniche nel sistema delle fonti a tutela dell'ambiente*, in *Oss. fon.*, 1996, 150, afferma la loro facoltatività in ogni momento, salvo, per l'appunto, fenomeni di «incorporazione» a opera di leggi o regolamenti. Tuttavia, già con la sentenza della Corte di cassazione, III sezione penale, 13 giugno 1989, in materia di sicurezza, si fa fatica a non dare importanza, oltre che ai sistemi di prevenzione di cui al decreto 547/1955, anche ai sistemi «di riconosciuta efficacia» oggetto di armonizzazione comunitaria e coincidenti con le normative CEI, per effetto dell'attuazione del diritto europeo, così ridelineandosi il principio di tassatività. Non solo: si deroga al predetto sistema sanzionatorio se è dovuta l'osservanza delle norme tecniche più aggiornate, quando in grado di fornire maggiore tutela, sebbene prive di sanzioni, se «risulta imposta da provvedimento amministrativo adottato per disposto della L. 186/1968 o di altro atto avente forza di legge». La deroga a fonti di rango primario è individuata, così, sempre per mano pubblica dallo Stato, poiché «i pubblici poteri hanno necessità, che deriva loro dai Trattati comunitari, di adeguarsi rapidamente alle esigenze che lo sviluppo scientifico e tecnologico impone e tale necessità può essere più agevolmente soddisfatta ricorrendo all'attività di privati a ciò opportunamente autorizzati dagli stessi pubblici poteri». Sul punto, F. SALMONI, *Le norme tecniche*, cit., 266-267.

noto caso Elliott⁴³ sembrerebbe evidenziare che le norme tecniche prodotte dagli organismi di normalizzazione non si limiterebbero solo a fornire delle presunzioni, ma che, a tutti gli effetti, produrrebbero norme facenti parti del corpo giuridico dell'Unione Europea e, per questo, da osservare. Infatti, esse riempiono di significato le indicazioni delle direttive, con la conseguenza che le norme tecniche armonizzate non potrebbero più essere trattate come uno strumento puramente di mercato per la divulgazione di *know-how* tecnologico⁴⁴. Ciononostante, numerosi gli interrogativi che rimangono insoluti poiché non trattati all'interno della decisione in parola, come ad esempio la risoluzione di un eventuale conflitto tra gli standard fissati da fonti *hard* e le norme tecniche armonizzate⁴⁵. Ciò, comunque, appare una scelta preannunciata da un altro precedente giurisprudenziale, per il rispetto di istanze di sicurezza, sebbene con una certa fluidità e instabilità⁴⁶, ove si assiste a una dilatazione delle norme tecniche a tutela dei diritti fondamentali⁴⁷. Argomentando ulteriormente, potremmo infatti dire che le norme tecniche armonizzate rappresentano uno strumento di controllo del rischio all'interno del mercato unico, utile a rispondere alle più disparate esigenze, tra cui, quelle di protezione della sicurezza del consumatore. A ciò, però, si aggiungono anche quelle di

⁴³ J. Elliott Construction Limited c. Irish Asphalt Limited, C613/14.

⁴⁴ M. ELIANTONIO, *Private Actors, Public Authorities and the Relevance of Public Law in the Process of European Standardization*, in *Eur. Public Law*, 2018, 480; C. TOVO, *Judicial review of harmonized standards: Changing the paradigms of legality and legitimacy of private rulemaking under EU law*, in *Comm. Mark. L. Rev.*, 2018, 1190.

⁴⁵ Questo caso in particolare è stato affrontato dalla dottrina spagnola da Alvarez Garcia. In particolare, a suo avviso, la norma tecnica armonizzata più recente non dovrebbe in alcun modo condurre alla cedevolezza dello standard fissato da una disposizione generale approvata dal Consiglio e dal Parlamento. V. ÁLVAREZ GARCÍA, *Las normas técnicas armonizadas (Una peculiar fuente del Derecho Europeo)*, Madrid, 2020, 150.

⁴⁶ Si pensi al caso *Global garden product co.* Commissione europea, dove la Corte di giustizia ammette che la Commissione possa ritirare dal commercio prodotti rispettanti norme tecniche relativamente recenti, se in contrasto con quelle appena disponibili. In particolare, il caso riguarda dei tagliaerba non conformi alle norme EN 60335-2-77:2010, sebbene prodotti nel periodo in cui le norme EN 60335-2-77:2006 rappresentavano l'unico standard effettivamente cogente.

⁴⁷ Similmente a quanto notato da A. IANNUZZI, *Le forme di produzione delle fonti a contenuto tecnico-scientifico nell'epoca del diritto transnazionale*, in *DPCE online*, 2020, 3299, oltre alla tendenza a «rinforzare» l'azione pubblica con pareri qualificati da parte di agenzie di settore a protezione di diritti fondamentali e istanze generali, come detto nel caso della ricezione delle regole tecniche, si vede finanche la necessità di assegnare importanza alla produzione privatistica.

protezione dell'ambiente. Ad esempio, le norme della serie EN 14899:2006 specificano le modalità di campionamento e analisi dei rifiuti pericolosi per una loro migliore gestione; la serie EN 17665:2022 garantisce poi la conformità alla Direttiva 2019/904/UE circa i requisiti dei tappi e delle bottiglie di plastica per la lotta all'inquinamento marino da micro e macro-plastiche. Infine, anche in materia di transizione energetica, le Direttive dedicate (RED I-III), nel delegare gli Stati la determinazione delle specifiche per accedere agli incentivi per gli impianti di produzione di energia da fonti rinnovabili, chiede la loro conformità, perlomeno se esistenti, ai criteri tecnici determinati dagli organismi di normalizzazione⁴⁸.

Il secondo ordine di problemi, poi, si è detto, attiene al deficit democratico. A partire dall'assenza di riferimenti di legittimazione nei Trattati, è possibile notare che il circuito politico-rappresentativo non è mai del tutto coinvolto. Già tra gli anni '90 del 1900 e i primi anni '00 del 2000, infatti, il Parlamento europeo avanza richieste di partecipazione nell'ambito della produzione delle norme tecniche⁴⁹. In effetti, tali istanze vengono prese in considerazione all'interno del Regolamento 2012/1025 che, nel meglio regolare il *framework* di intervento co-regolativo nell'ambito della produzione di norme tecniche, integra ulteriormente il momento partecipativo, ma pur sempre nell'ottica della *stakeholder society*. Ad esempio, l'art. 7 del Regolamento in parola apre alle autorità pubbliche, ma soprattutto alle autorità indipendenti del commercio. Il Regolamento si sofferma, invece, su un maggiore coinvolgimento per la Commissione, degli ONN e delle organizzazioni di settore indicate nell'Allegato III (ECOS, a protezione dell'ambiente; ANEC, per gli interessi dei consumatori; SBS, a rappresentanza dei sindacati; l'ETUC, rappresentante le PMI⁵⁰). Non sembrerebbe essere invece coinvolto il ruolo degli

⁴⁸ L'articolo 17 della Direttiva Red I, rimaneggiato dalle due successive, sul punto non è mai stato infatti intaccato, sebbene la Direttiva Red III precisi una gerarchia di norme tecniche: tra cui quelle reperibili facilmente in Gazzetta Ufficiale dell'Unione Europea in prima istanza, mentre, in via residuale, rimanda ad altre norme armonizzate o norme europee in loro assenza.

⁴⁹ Sia di singoli parlamentari, sia, in materia ambientale, delle associazioni di settore. N. GRECO, *Crisi del diritto, produzione normativa e democrazia degli interessi*, cit.

⁵⁰ Tali organizzazioni compongono l'Assemblea generale e il Consiglio tecnico. Non in maniera del tutto pervasiva, tuttavia: ad esempio, le organizzazioni in parola compongono l'Assemblea Generale unicamente nelle sessioni aperte, come quella primaverile; il ruolo, poi, più che operativo, è soprattutto consultivo. M. ELIANTONIO, A. VOLPATO, *The European System of Harmonised Standards. Legal Opinion for ECOS*, in SSRN, 11 marzo 2022, 30.

europarlamentari. Il sistema di normalizzazione evoca, pertanto, dinamiche neocorporative⁵¹, rientranti nella c.d. «democrazia degli interessi» menzionata da Alberto Predieri, che, per quanto necessiti di una cornice pubblica per potere operare⁵², sembra essere un presupposto meramente strumentale all'interno di un contesto interamente in mano ai privati. Difatti, nella pratica, il bagaglio conoscitivo delle *expertise* diventerebbe una vera e propria «oligarchia delle conoscenze o dei saperi»⁵³ esorbitante il circuito politico-rappresentativo, ma avente invece autonomi circuiti di influenza, con protagonisti agenzie ed organizzazioni⁵⁴, sovente poi estesi a sedi di lavoro a vocazione perlopiù transnazionale ed in grado di penetrare le competenze del Legislatore. La normalizzazione europea, infatti, non usa necessariamente meccanismi autonomi, ma si rifà a quanto previsto dalla *International Standard Organization* (nota con l'acronimo ISO), che, oggi, ne influenza sistematicamente l'agire ai fini dell'abbattimento delle barriere di commercio in ambito OMC. Molte norme tecniche europee, spesso, altro non sono che recepimenti di norme ISO. Non mancano, tra l'altro, esempi di diretto riconoscimento di detti parametri, come nel caso del Regolamento EMAS⁵⁵. Esso, infatti, si avvale, sebbene rafforzandolo, del sistema volontario di certificazioni di *auditing* ambientale delle normative ambientali ISO (serie 14000, 14001, ecc. ecc.) recepite dalla normalizzazione europea: di fatto, però, essenziali per la partecipazione alla contrattazione pubblica da parte dei privati⁵⁶, ma anche nelle trattative intercorrenti tra i privati stessi. In molteplici casi, solo formalmente, pertanto, l'adesione alle norme tecniche è squisitamente volontaria: una forma di cogenza

⁵¹ F. SALMONI, *Le norme tecniche*, cit., 337, che sul punto argomenta già anni addietro che in tali ambiti tecnici «il rischio è che si affermino nuove forme di rappresentanza più settoriali», ove la rappresentanza degli interessi si sostituisce a quella politico-rappresentativa.

⁵² Come sostenuto da R. SCHMIDT, *Protecting the Environment through Sports? Public Private Cooperation for Regulatory Resources and International*, in *Eur. Journ. of Int. L.*, 2017, 1341.

⁵³ Come sospetta A. IANNUZZI, *Caratterizzazioni della normazione tecnica nell'ordinamento italiano. Il campo di analisi e di verifica della materia ambientale*, cit., 2.

⁵⁴ E. CHITI, *Organizzazione europea ed organizzazione globale: elementi per una comparazione*, in *Riv. trim. dir. pubbl.*, cit., 359 e ss.

⁵⁵ Noto come Regolamento 2009/1221/CE.

⁵⁶ R. CARANTA, *Labels as Enablers of Sustainable Public Procurement*, in *Sustainable Public Procurement under EU Law: New Perspective on the State as Stakeholder*, a cura di B. SJÄFJELL, A. WIESBROCK, Cambridge, 2016, 109.

avviene, se non per via giuridica, anche per mezzo del mercato europeo e internazionale⁵⁷.

La regolazione privata, sconfinante poi in una vera e propria auto-regolazione, diventa addirittura preponderante in fatto di determinazione dei criteri ESG (acronimo riepilogante i criteri *Environmental, Social and Governance*) per gli investimenti nell'ambito della finanza *green* sulla base della Tassonomia delle attività economiche sostenibili prevista nel Regolamento 2020/852/UE: con un'incredibile ingerenza di agenzie private di *rating* ed esposizione a fenomeni di *greenwashing*⁵⁸.

6. *Innovazione e regolazione: tra «soft» e «hard laws». Il sapere pratico come libertà e come auto-limiti per uno sviluppo sostenibile*

La tecnica è spazio di libertà nel mercato. In questo scenario, è proprio l'applicazione volontaria delle norme tecniche prodotte dagli organismi di diritto privato che, almeno in linea teorica, consente agli operatori economici di sperimentare un prodotto o un processo innovativo⁵⁹: specie quando le norme imperative non individuano puntualmente specifiche e, anzi, rimandano alla forza creativa dell'autonomia privata. Argomentando, le norme tecniche richiamano il ciclo di Deming⁶⁰, modello cardine per ogni sistema di gestione di un'organizzazione. Sistema di gestione, tuttavia, vuol dire anche *miglioramento continuo*, sia della struttura produttiva, sia dei processi, sia del prodotto. Lo scopo è quello di rispondere nella maniera migliore possibile

⁵⁷ Come notato da F. W. ZIBETTI, L. L. P. SOBRINHO, M. L. GARCIA, *A Obrigatoriedade das Normas Técnicas Internacionais no Âmbito do Sistema Multilateral de Comércio*, in *Sequência* (Florianópolis), 2018, 178.

⁵⁸ In particolare, la falsa comunicazione *green* a opera delle grandi società di capitali può essere amplificata direttamente o indirettamente dai criteri di valutazione delle agenzie di *rating* dei *report* di sostenibilità (finanziaria e non), la cui intellegibilità risulta distorta da numerosi *bias* come l'«effetto *hazy*», che ricade sulla lettura della rendicontazione dei risultati, spesso indeterminata, effettuate dalle imprese, al punto da ricreare più una sintesi della filosofia ispiratrice della loro attività economica, più che i risultati effettivi che ne derivano. Sul punto, D. BARRESI, *Il rating ESG nelle società di capitali*, in *Riv. dir. soc.*, 2023, 727.

⁵⁹ Diffusamente, G. PISANO, *How to Capture Value from Innovation: Shaping Intellectual Property and Industry Architecture*, in *Cal. Man. Rev.*, 2007, 278-296.

⁶⁰ Incardinato nelle fasi del *Plan, Do, Check, Act*. W. E. DEMING, *Out of the Crisis*, Cambridge, 1986, 88.

alle aspettative del cliente, attuando un attento monitoraggio di ogni fase. L'innovazione, pertanto, è *routine* di ogni organizzazione, come sostenuto da Shaw Bell⁶¹: serve a dare stabilità al sistema capitalistico e ancorarlo al funzionamento dell'economia, dove l'imprenditore *schumpeteriano* lascia il timone alle sue equipe scientifiche costituite nelle sezioni di ricerca e sviluppo.

L'adesione al circuito *soft laws* delle norme tecniche consente alle aziende di implementare, nei propri sistemi di gestione per la qualità, strumenti e guide per la gestione dell'innovazione attraverso il *reporting*. Il Comitato Tecnico ISO/TC 279, in particolare, ha elaborato delle linee guida⁶², annualmente aggiornate, dalle quali traspare un maggiore interesse alla condivisione delle scoperte, specie se orientate a scopi di tutela ambientale: un superamento dell'atteggiamento protezionistico che spingeva le imprese a investire in innovazione per ottenere le tutele brevettuali e vantaggi competitivi. Essa però sconta ancora il problema tipico delle norme tecniche prodotte dai privati, cioè la loro non completa consultabilità se non previo pagamento, per effetto della protezione del diritto d'autore⁶³, divenendo spesso inaccessibili per le PMI. Tuttavia, nonostante gli intenti di divulgazione innovativa, le normative tecniche non sempre riescono a scorgerne l'aspetto dinamico, scontando un approccio lineare e ancora *manageriale* che si traduce in una generica trasposizione delle esperienze avvenute in ambito americano con l'espediente *start-up*⁶⁴ e che non sempre tiene conto dei problemi del territorio

⁶¹ C. SHAW BELL, *Thinking about Economics*, in *The American Economist*, 1998.

⁶² Ci si riferisce alle ISO 56002:2019, della più ampia serie ISO 56000.

⁶³ Problema che affligge anche le norme prodotte dagli enti di normalizzazione europea. Tuttavia, proprio recentissimamente, si è assistito a un cambio di rotta. Infatti, i giudici della Corte di Giustizia hanno accolto le considerazioni dell'Avvocata generale Medina nell'ambito del contenzioso C-588/21 P, sollevato da due organizzazioni senza scopo di lucro di divulgazione giuridica, la *Public.Resource.Org, Inc.* e la *Right to Know CLG*. Esse avevano impugnato la sentenza del Tribunale che confermava la legittimità del diniego della Commissione alla richiesta di accesso alle norme tecniche armonizzate CEN in tema di sicurezza dei giocattoli da parte delle associazioni in parola. L'Avvocata generale Medina, tuttavia, in merito alla sentenza del Tribunale, ravvisa una sostanziale elusione del problema della natura giuridica delle norme tecniche: più nel dettaglio, qualificava in senso «giuridico» la delega della Commissione agli organismi di normalizzazione e, pertanto, ciò avrebbe reso sufficiente inquadrare le norme tecniche armonizzate nel quadro del diritto europeo cui si deve dare attuazione. Pertanto, la tutela del diritto d'autore, anche se fosse legittima, dovrebbe cedere rispetto al «libero accesso alla legge».

⁶⁴ J. TIDD, *A Review and Critical Assessment of the ISO:56002 Innovation Management Systems Standard: Evidence and Limitations*, in *Int. Journal of Inn. Man.*, 2021, 10.

che, spesso, è il collante delle esperienze. Manca, insomma, una vocazione «politica», nell'accezione di un'adesione corale e orientata a precisi scopi, che può venire soprattutto dall'«alto» e attraverso la ponderazione di interessi che solo nelle assemblee elettive è possibile; non tengono poi conto della necessità della collaborazione tra le stesse imprese per la creazione di circoli virtuosi.

Quella odierna è, tuttavia, una fase delicata in cui si cerca di coniugare sostenibilità del capitale con la sostenibilità ambientale e che necessita, soprattutto, di risposte immediate. Proprio per questo, da un lato, l'ossatura della libera concorrenza rimane, per il decisore comunitario, la scelta migliore in cui conciliare crescita e sostenibilità, ma con delle novità di rilievo. Si assiste, invero, da un lato, a una progressiva «lettura politica» dei correttivi della libera concorrenza dell'Unione Europea, in controtendenza rispetto al passato, che consentono una tutela delle istanze ambientali in deroga a quanto previsto dal diritto *antitrust*⁶⁵ in forza di una loro maggiore integrazione e applicazione discendenti dall'art. 11 TFUE⁶⁶. Alcuni esempi sono rappresentati dalla cedevolezza del divieto di intese discendenti dall'art. 101 TFUE; il via libera agli aiuti di Stato in ottica di attuazione dell'*European Green Deal* e, soprattutto, dei Piani Nazionali di Ripresa e Resilienza. La politica industriale europea, pertanto, si «colora» di obiettivi e finalità che esorbitano dalla mera stabilità economica: sviluppo sostenibile accompagnato da politiche redistributive. Si segnala altresì una volontà di recupero delle fonti *hard* in materia di *rating* ambientale e l'inizio di una maggiore demarcazione tra norme tecniche e scelta politica almeno in ambito finanziario⁶⁷, oltre che una maggiore definizione dei principi ispiratori della disciplina e delle caratteristiche delle agenzie di *rating*, sebbene, com'è noto, oggi parecchio osteggiato. Dall'altro, prevede nuovi interventi per favorire l'economia circolare, ma soprattutto ricerca, innovazione e approvvigionamento di materie prime critiche, necessarie per la transizione ecologica e digitale in ottica di riduzione della dipendenza dagli altri Stati, come Russia e Cina. Tornerebbe, così, una concertazione di scopo: o, meglio, strategica. È il caso della proposta di Regolamento sulle materie

⁶⁵ C. MURACA, *Tutela della concorrenza e sostenibilità ambientale: un dialogo difficile ma necessario*, in *Riv. dir. reg.*, 2021, 73-74, riportante alcuni esempi pratici.

⁶⁶ «Le esigenze connesse con la tutela dell'ambiente devono essere integrate nella definizione e nell'attuazione delle politiche e azioni dell'Unione, in particolare nella prospettiva di promuovere lo sviluppo sostenibile».

⁶⁷ L'ESMA dovrebbe elaborare progetti di norme tecniche di regolamentazione che non comportino scelte politiche» (considerando 26) della proposta di Regolamento della Commissione, fascicolo n. 2023/0177(COD).

prime critiche⁶⁸: esso si vorrebbe inserire nel rispetto delle norme commerciali e della concorrenza internazionale (p. 7 della Proposta), ma è chiaro che la volontà è, da un lato, di rendere l'Unione Europea un attore meno debole di fronte alle negoziazioni OMC, dall'altro, di regolamentare gli accaparramenti di materie prime dai singoli Stati membri nel mondo post-pandemico e, forse, post-globalizzazione.

7. *Il principio di innovazione e le «sandboxes». Prospettive di diritto comparato nella transizione dallo Stato regolatore allo Stato stratega. Il ritorno della scelta politica nella tecnica?*

Oltre a quanto esposto prima, l'avvicinamento alla tecnica avviene anche attraverso nuovi strumenti di produzione giuridica, sebbene con caratteristiche ancora fortemente ambigue. In particolare, il caso delle «sandboxes» rappresenta la risposta giuridica più recente all'innovazione, tesa alla creazione di un ambiente normativo informato all'apprendimento e alla condivisione con le imprese operanti nel settore d'interesse. Tuttavia, il loro utilizzo capillare, ma raramente formalizzato dai legislatori, rimane consonante con il policentrismo normativo della globalizzazione e, in qualche misura, richiamante la «liquidità» del diritto contemporaneo⁶⁹. Le prime applicazioni hanno avuto luogo nel settore della c.d. «tecnologia-finanza», in ambito *common law*, dove sono considerate ambiente sicuro rivolto a imprenditori e consumatori per testare nuovi prodotti finanziari, bancari e assicurativi dal contenuto tecnologico avanzato (es. IA e i registri *DLG Technology* e *blockchain*), sfruttando deroghe normative e autorizzatorie per un periodo di tempo limitato, sotto la supervisione di una o più Autorità di controllo normativamente individuate. L'approccio alla produzione di regole sembra pertanto speculare a quello di un esperimento e al c.d. «*learning by doing*»⁷⁰ e non lontano, almeno nello spirito, da quello del ciclo di Deming, in cui è però possibile operare sul piano delle regole del gioco e, quindi, concorrenziali, oltre che sul piano delle specifiche tecniche. Nello spazio dell'Unione Europea, la loro applicazione deve il merito soprattutto a una embrionale formalizzazione del c.d. «principio di innova-

⁶⁸ Fascicolo n. 2023/0079(COD).

⁶⁹ A. ALGOSTINO, *Verso un diritto dell'effettività a-territoriale?*, *Forum Quaderni Costituzionali*, 2019, 3, che riprende la nota metafora *baumaniana*.

⁷⁰ N. MACCABIANI, *An Empirical Approach to the Rule of Law: the Case of Regulatory Sandboxes*, in *Oss. fon.*, 2020, 741-759..

zione», la cui funzione di ottimizzazione, per usare la nota metafora *alexxyana*, sarebbe quella di rendere il diritto più vicino allo sviluppo tecnologico⁷¹. Nella società nel rischio, ciò ricorda astrattamente la nascita e l'evoluzione dell'ormai consolidato principio di precauzione, il cui impatto sulle politiche e sulle produzioni normative potrebbe, un giorno, essere il medesimo. Proprio per questo, le *sandboxes* sono impiegate, oltre che nel campo delle intelligenze artificiali, soprattutto in quello dello sviluppo sostenibile, specialmente nel settore energetico o, in minore misura, dei rifiuti. Ambiti materiali, oggi, ritenuti non a caso strategici dagli Stati, e che coincidono con quelli previsti dalla disciplina ampliata dei «*golden powers*»⁷². È ragionevole ritenere, pertanto, che interventi legislativi futuri avranno ad oggetto una sistemazione ulteriore all'operatività delle *sandbox* normative e dei poteri delle amministrazioni coinvolte. Ciò sembra, almeno negli intenti, un'inversione del paradigma passato, in cui la tecnica era vista come *limite*, sebbene anche elastico, all'attività amministrativa⁷³.

Tuttavia, come già premesso, le *sandboxes* sembrano rifuggire da una precisa categorizzazione e, in qualche misura, dalle fonti del diritto. Innanzitutto, questo è dovuto all'accavallamento ricorrente tra esigenze di semplificazione e l'innovazione: le *sandboxes*, pertanto, hanno come minimo comun denominatore l'alleggerimento, che può essere sia di carattere procedimentale, sia di carattere regolatorio. Questo può condurre all'applicazione delle «*sandboxes*» nell'alveo delle norme sui procedimenti autorizzatori e delle verifiche tecniche; nell'altro caso, possono essere istituite dalle autorità di regolazione per ammettere deroghe al regime che rende un certo mercato concorrenziale. In questo ultimo caso, spesso vengono definite *regulatory sandboxes*. Occorre, tuttavia, fare delle distinzioni tramite la raccolta di alcuni casi pratici. Alcuni regimi sperimentali prevedono, in effetti, delle deroghe a regole o norme tecniche e, in quel caso, divengono delle vere *sandbox* normative. L'esempio, in Italia, è nel campo nella *end of waste*, in cui il nuovo art. 184-ter del codice dell'ambiente dà la possibilità di accedere ad un regime semplificato di autorizzazione per l'installazione di impianti prototipali particolarmente innovativi, in deroga o in assenza di norme tecniche di riferi-

⁷¹ M. TRAPANI, *L'utilizzo delle sandboxes normative: una ricognizione comparata delle principali esperienze di tecniche di produzione normativa sperimentali e il loro impatto sull'ordinamento*, in *Oss. fon.*, 2022, 224.

⁷² Contenuti nel noto Decreto Liquidità, D. l. 8 aprile 2020, n. 23, convertito in L. 5 giugno 2020, n. 40, che spaziano dall'energia alle nano-tecnologie.

⁷³ Tra tutti, V. BACHELET, *L'attività tecnica della pubblica amministrazione*, Milano, 52.

mento, stante una valutazione tecnica di congruità da parte delle autorità, ai fini di una produzione normativa rispondente a esigenze future per impianti di analoga natura⁷⁴. In Olanda, in ambito *prosumerism* e *smart grid*, è famoso il caso della *sandbox* normativa in deroga alle norme di rango primario contenute nel *Dutch Electricity Act*⁷⁵. Altrimenti, possono altresì non prevedere alcuna deroga.

Interessanti, poi, gli esempi francese e tedesco. Nel primo caso, all'art. 37, co. 1, della Costituzione francese, è consentito alle leggi e ai regolamenti introdurre disposizioni sperimentali: ciò è stato ampiamente fatto in diversi ambiti ordinamentali, in special modo, anche qui, nel settore energetico. In Germania, il governo può avvalersi delle c.d. «clausole di sperimentazione», che sembrano offrire spazi di accelerazione di implementazione di tecnologie in larga scala senza deroghe, se non ove strettamente necessario. Ciò che vale la pena constatare è che tali ordinamenti sembrano offrire una coerenza normativa che in Italia non sembra vicina. Tale giudizio si rafforza poi ulteriormente se si pensa al caso portoghese, dove la legge prevede la facoltà di istituire, previa valutazione istruttoria, distretti territoriali veri e propri dedicati alla sperimentazione di tecnologie: volano della *governance* è l'Ente di gestione della zona di sperimentazione costituita, coordinato, a sua volta, con l'Agenzia Nazionale per l'Innovazione, e le autorità di vigilanza competenti⁷⁶.

In Italia, l'analogo istituto non sembra ancora così strutturato. Si pensi al Decreto Crescita del 2020, il cui riferimento alle *sandboxes* universali è contenuto in maniera estremamente vaga all'art. 32 (oggi, all'art. 36 della L. 120 del 2020 di conversione), che permette l'apertura di istruttorie procedi-

⁷⁴ Procedimento disciplinato, impropriamente, dalle linee guida SNPA: sul solco di una loro adozione che rappresenta uno dei tanti casi di semplificazione normativa da un lato (V. DESANTIS, *Il ricorso alle linee guida come (improprio) fattore di semplificazione normativa*, in *Corti supreme e salute*, 2020, 627-659), spia di un ancora difficile raccordo tra l'attuale Ministero dell'Ambiente e della Sicurezza Energetica e le agenzie tecniche in ambito istruttorio e adozione delle norme tecniche, come precedentemente cennato nella sezione dedicata al recepimento delle regole tecniche comunitarie. M. CECCHETTI, *La produzione pubblica del diritto dell'ambiente: tra expertise tecnico-scientifico, democrazia e responsabilità politica*, in *DPCE online*, 2020, 3410- 3411

⁷⁵ E.C. VAN DER WAAL, A.M. DAS, T.VAN DER SCHOOR, *Participatory Experimentation with Energy Law: Digging in a 'Regulatory Sandbox' for Local Energy Initiatives in the Netherlands*, in *Energies*, 2020, 458.

⁷⁶ M. TRAPANI, *L'utilizzo delle sandboxes normative: una ricognizione comparata delle principali esperienze di tecniche di produzione normativa sperimentali e il loro impatto sull'ordinamento*, cit., 237.

mentali davanti al dicastero competente, fatto salvo il rispetto di numerosi divieti materiali, come nel caso dell'ambiente: l'ambito di sperimentazione è pertanto residuale. Di rilievo, poi, lo stralcio dell'art. 223 dal disegno di legge del nuovo codice dei contratti pubblici, che conteneva la possibilità di introdurre *sandbox* normative. Ciò rappresenta un evidente cortocircuito anche con la disciplina del nuovo art. 184-ter del codice dell'ambiente, il cui intento è quello di superare una declinazione «forte» del principio di precauzione che precedentemente aveva minato l'autorizzazione di impianti sperimentali per mancanza di normativa tecnica di riferimento⁷⁷. L'atteggiamento del legislatore italiano sembra, pertanto, rinunciatario, in apparenza, per il rispetto dei principi dell'ordinamento costituzionale; nei fatti, sembra ancora molto confuso e non aver compiutamente compreso i principi ispiranti il suo statuto giuridico dell'economia *green*, se non in termini di competitività e di sicurezza dell'approvvigionamento. Si è persa, pertanto, l'occasione di creare uno spazio di sperimentazione generale, come avvenuto oltralpe e in area middle-europea. Sono, però, le deroghe regolatorie (e pertanto sul regime della concorrenza in un certo mercato) ad essere presente in numero copioso, un po' in tutta Europa, dove protagoniste sono state soprattutto le autorità indipendenti e le loro *soft laws*. Famosi i progetti pilota ARERA in materia di riduzione *black-out*, la cui adesione da parte delle imprese può permettere l'accesso a una regolazione speciale basato sul ricalcolo delle premialità e delle penalità per tutto il periodo della sperimentazione. Sul tema, la Delibera 566/2019/R/eel fissa quelli che sembrerebbero i criteri generali di esperimenti regolatori basata sui progetti pilota⁷⁸.

Ad ogni modo, oggi può dirsi che l'innovazione non diventa unicamente un fatto di protezione di interessi privati, identificati nella semplice tutela della proprietà intellettuale e brevettuale privata, ma anche di interessi pubblici e di politica del diritto. È probabile, però, che in futuro il legislatore, su iniziativa governativa, tornerà con più decisione sul tema. In particolare, sem-

⁷⁷ Si fa riferimento al caso Contarina, dove l'assenza di norme tecniche è stata di ostacolo all'autorizzazione di un impianto in grado di riciclare prodotti assorbenti usa e getta e dove, come sovente accade in materia ambientale, era sorto un contenzioso Stato-Regione per la definizione della qualifica di rifiuto. Sul punto, Cons. di Stato, Sez. IV, sent. n. 1229 del 28 febbraio 2018.

⁷⁸ Orizzonte temporale di sperimentazione pari ad anni quattro; presentazione di un progetto innovativo e che riguardi aree critiche; motivazioni per le quali le deroghe tecniche e tariffarie sono necessarie; tutela del consumatore; reporting periodico ai fini del controllo dell'Autorità.

brerebbe identificarsi nell'altro lato della medaglia, ancora non visibile, dei *golden powers*, che caratterizzerebbe il nascente Stato stratega, nella sottoveste di Stato promotore⁷⁹. Senza addentrarci eccessivamente nel merito di questa controversa disciplina, può dirsi che questi poteri c.d. «aurei» possono essere esercitati non più in virtù di una clausola statutaria come al tempo della c.d. *golden share*, ma in forza di una normativa generale di diritto pubblico che li attribuisce al Governo. Questi consistono in veri e propri poteri di indirizzo sulle imprese di interesse nazionale che sono in grado di generare ricchezza e sicurezza, comprendenti soprattutto veti nell'ambito di operazioni di straordinaria amministrazione nel caso in cui degli investimenti esteri minacciassero gli assetti proprietari, previa una complessa valutazione tecnica molto diversa da quella che ha caratterizzato il modello dello Stato regolatore⁸⁰. La tecnica, insomma, tornerebbe a essere non solo strumento di scelta, ma verrebbe politicamente direzionata e, eventualmente, pianificata. Nel caso delle imprese particolarmente innovative, essenziali per le crescenti politiche di indipendenza economica, potrebbe un giorno riprodurre, in senso molto lato, un meccanismo simile a quello noto nel privato, dove sovente le multinazionali rilevano *start-up*. Il *gap* tecnico con la società civile potrebbe, pertanto, ridursi nel tempo in funzione dello sviluppo nazionale. Questa modalità, in effetti, potrebbe evitare di rendere il mercato, ancora una volta, il solo decisore e captatore di esigenze di sviluppo⁸¹.

8. Conclusioni

In sintesi, potremmo dire che l'effetto *disruptive* dell'innovazione e la pervasività dei mercati non hanno avuto un effetto unicamente economico, ma spesso e volentieri si è riprodotto in ambito giuridico, sottraendo numerosi

⁷⁹ Come prospettato in AA.VV., *Lo Stato promotore*, a cura di F. BASSANINI, G. NAPOLITANO, L. TORCHIA, Bologna, 2021.

⁸⁰ R. GAROFALI, *Golden power e controllo degli investimenti esteri: natura dei poteri e adeguatezza delle strutture amministrative*, in *federalismi.it*, 2019, 9: «Ecco, allora, che il ruolo dello Stato, nell'esercizio dei poteri indicati, è non più quello di semplice regolatore, non dovendo mancare nei decisori pubblici una capacità di analisi strategica di tipo anche geoeconomico e geopolitico, naturalmente saldamente poggiante su verifiche e valutazioni tecniche complesse».

⁸¹ Timore mostrato, in particolare, da M. TRAPANI, *L'utilizzo delle sandbox normative*, cit., 288.

ambiti dalla sfera di produzione normativa statale e causando un continuo disallineamento dal sistema delle fonti, giustificata da una frammentazione degli apparati interni e da interazioni con organizzazioni di natura privatistica. La crisi dello Stato, quindi, si sostanzia in una perdita di potere decisionale sui mercati e sulla tecnica: alla rappresentazione politica del mondo subentra l'emersione di poteri indipendenti e di poteri privati dalla legittimazione *de facto*, fondata su parametri di autorevolezza scientifica e tecnica, oltre a una conseguente *de-territorializzazione* dell'economia, delle fonti e una diffusa sofferenza del circuito rappresentativo. Il diritto dell'ambiente si può considerare una «epifania» di tale fenomeno⁸². Ciò è sintomatico della stessa moltiplicazione delle fonti e di una loro progressiva frantumazione, derivante da nuovi rapporti di forza politici-culturali⁸³, così come di una concezione del diritto parecchio morbida e funzionale alla risoluzione di esigenze contingenti, che nella società del rischio e dei mercati globali si moltiplicano. La normazione tecnica, in particolare, esaspera questo tratto e, per certi versi, il diritto euro-unitario lo ha accelerato. Come cennato qualche pagina sopra, l'ordine delle fonti europeo non è costruito intorno a criteri di formalità, non collegando nessuna di queste a finalità prescritte dai Trattati: la discrezionalità istituzionale, aggiunta alle disposizioni dei Trattati che informano le politiche europee alla scienza e ai dati, non possono che creare una forma di delegazione a cascata a enti, per così dire, specializzati, con inevitabili ripercussioni per il diritto interno. Di conseguenza, se ne ha l'importanza a dare spazio a norme non perché poste dall'alto in ossequio della validità *kelseniana*, ma per la loro autorevolezza⁸⁴.

Tuttavia, la transizione dallo Stato regolatore allo Stato stratega sembra poter restituire, tanto sul piano euro-unitario, quanto sul piano interno, un ritorno della decisione politica in materie dal contenuto tecnico, sebbene senza mostrare una compressione degli apparati qui esposti, specie col fine di

⁸² Come, giustamente, sottolineato in un editoriale di G. L. CONTI, *La tutela dell'ambiente: prospettive di diritto pubblico della transizione*, in *Riv. giur. dell'amb.*, 2017, 119.

⁸³ Come sostiene A. ALGOSTINO, *Necessità della storia, tra norma e conflitto*, in *Il diritto alla storia. Saggi, testimonianze, documenti per «Historia Magistra» (2009-2019)*, a cura di A. D'ORSI, F. CHIAROTTO, Torino, 2021, 6. Il diritto sarebbe proteiforme nelle modalità e nel contenuto perché dipendente dai rapporti di forza, che sono, per natura stessa, mutevoli.

⁸⁴ A. ALGOSTINO, *Verso un diritto dell'effettività a-territoriale*, cit., 3, nota in generale, traendo spunto dalle osservazioni di Alfonso Catania, che l'effettività diventa un tratto delle norme non più per mezzo della loro validità (in senso *kelseniano*, pertanto), ma per mezzo della loro efficacia nel perseguimento di un risultato.

ridurre la dipendenza da Stati che realizzano forme di monopolio di risorse energetiche e non (come nel caso della dipendenza dal petrolio e gas russo, o delle terre rare in Cina). Ciò potrebbe vedere, segnatamente, il ritorno delle fonti *hard*. Parallelamente, interessante per il giurista la nascita delle *sandboxes*, spazi di potenziale deroga relativamente sicuri in cui gli imprenditori possono dialogare con amministrazioni o regolatori col fine di introdurre in larga scala tecnologie innovative per lo sviluppo di una o più aree. Non poche le insidie un tale approccio: il diritto temporaneamente disapplicato necessita di risposte costituzionali puntuali per il rischio di continue interferenze nel principio di separazione delle competenze, che non si trovano già da molto prima in riferimento alla legittimità di molti attori pubblici e privati, e il rispetto della certezza del diritto. In un mondo giuridico sempre più attento a normare, anche impropriamente, l'eccezione, un'inversione del principio di certezza del diritto sembra tuttavia alle porte: ossia nella misura in cui restituisce efficienza. Questo richiede un Parlamento pronto, non indebitamente chiuso da una dirompente azione amministrativa.

Non è chiaro se questo scricchiolamento dei risultati della globalizzazione ne stia decretando la conclusione, oppure se, essendo intimamente connessi all'economia capitalistica, ciò non rappresenti altro che una fisiologica e accettata discontinuità che, prima o poi, finirà: quel che questa breve cornice post-pandemica lascia intendere, tuttavia, è che il diritto oggettivo sembrerebbe volersi avvinare alla tecnica in uno schema di costante apprendimento e utilizzo di strumenti nuovi che incidono sul piano tanto *hard*, quanto *soft*, in vista di una «internalizzazione normativa». C'è poi un ulteriore aspetto di rilievo. In particolare, si è visto, al mancato rispetto delle norme tecniche nel tempo è corrisposta una sanzione per ragioni di controllo del rischio. Oggi, invece, per la necessità di investire le possibilità di rischio futuro attraverso l'innovazione, il meccanismo sembra invertito e mostra di volersi «aggrappare» all'ordinamento. La forza conformatrice del diritto ne esce, ad ogni modo, pregiudicata nella continua ricerca della migliore *performance*: la forma più sviluppata di accettazione della precarietà – e della liquidità – che discende dalla società del rischio e dai continui ripensamenti dei dettami giuridici e sociali per potere, effettivamente, funzionare.

Abstract

Scopo del presente elaborato è quello di dimostrare, mutuando dalla famosa metafora dell'economista Joseph Schumpeter, l'effetto *disruptive* dell'innovazione all'interno del panorama giuridico, dovuto ad una complessiva incidentalità del mercato e della tecnica che nelle modifiche alla struttura dello Stato e del sistema delle fonti all'interno della società del rischio. Metodologicamente, pertanto, dapprima sono analizzati l'emersione dei poteri indipendenti e la nascita di contesti co-regolativi in materia economica e tecnica con il conseguente deficit democratico, oltre che l'incedere dei fenomeni di globalizzazione che hanno condotto a una erosione dei poteri normativi statali e a una certa fluidità del diritto; successivamente, è prospettato un possibile futuro rinvigorismento del legislatore attraverso nuovi strumenti, ancora informi, come le *regulatory sandboxes*, volti a ridefinire la cornice regolativa per il perseguimento di una economia di transizione.

The influence of technology and market on the sources of law. What future for the legal system? Reflections on the role of innovation

The aim of this paper is to demonstrate, borrowing from the famous metaphor of the economist Joseph Schumpeter, the *disruptive* effect of innovation within the legal landscape, due to an overall incidentality of the market and technology in changes to the structure of the state and the system of sources within the risk society. Methodologically, therefore, first the emergence of independent powers and the birth of co-regulatory frameworks in economic and technical matters with the consequent democratic deficit are analysed, as well as the advance of globalisation phenomena that have led to an erosion of State regulatory powers and a certain fluidity of the law; subsequently, this paper envisages a possible future revitalisation of the law-maker through new, still unformed instruments, such as *regulatory sandboxes*, aimed at redefining the regulatory framework for the pursuit of a transitional economy.