

amministrativ@mente

Rivista scientifica trimestrale di diritto amministrativo  
www.amministrativamente.com



UNIVERSITÀ DEGLI STUDI DI ROMA "FORO ITALICO"

**Rivista scientifica trimestrale di diritto amministrativo (Classe A)**

Pubblicata in internet all'indirizzo [www.amministrativamente.com](http://www.amministrativamente.com)

*Rivista di Ateneo dell'Università degli Studi di Roma "Foro Italico"*

**Direzione scientifica**

Gennaro Terracciano, Gabriella Mazzei, Julián Espartero Casado

**Direttore Responsabile**

Gaetano Caputi

**Redazione**

Giuseppe Egidio Iacovino, Carlo Rizzo

**FASCICOLO N. 4/2021**

Estratto

Iscritta nel registro della stampa del Tribunale di Roma al n. 16/2009

ISSN 2036-7821



#### Comitato scientifico

Annamaria Angiuli, Antonio Barone, Vincenzo Caputi Jambrenghi, Enrico Carloni, Maria Cristina Cavallaro, Guido Clemente di San Luca, Andry Matilla Correa, Gianfranco D'Alessio, Mariaconcetta D'Arienzo, Ambrogio De Siano, Ruggiero Dipace, Luigi Ferrara, Pierpaolo Forte, Gianluca Gardini, Biagio Giliberti, Emanuele Isidori, Francesco Merloni, Giuseppe Palma, Alberto Palomar Olmeda, Attilio Parisi, Luca Raffaello Perfetti, Fabio Pigozzi, Alessandra Pioggia, Helene Puliat, Francesco Rota, José Manuel Ruano de la Fuente, Leonardo J. Sánchez-Mesa Martínez, Ramón Terol Gómez, Antonio Felice Uricchio.

#### Comitato editoriale

Jesús Avezuela Cárcel, Giuseppe Bettoni, Salvatore Bonfiglio, Vinicio Brigante, Sonia Caldarelli, Giovanni Cocozza, Sergio Contessa, Manuel Delgado Iribarren, Giuseppe Doria, Fortunato Gambardella, Flavio Genghi, Jakub Handrlica, Margherita Interlandi, Laura Letizia, Gaetano Natullo, Carmen Pérez González, Marcin Princ, Antonio Saporito, Giuliano Taglianetti, Simona Terracciano, Salvatore Villani.

#### Coordinamento del Comitato editoriale

Valerio Sarcone.



# Riflessioni sparse su alcune (spinose) questioni riguardanti il rapporto tra tecnica e politica

**di Francesco Zammartino**

(Professore di Istituzioni di diritto pubblico all'Università di Napoli L'Orientale.)

## Sommario

1. Considerazioni preliminari – 2. La proliferazione dei c.d. processi “artificiali” di produzione normativa” – 3. La norma tecnica: quali profili giuridici? – 4. Quale tecnica al servizio della politica? – 5. I rapporti tra tecnica e politica alla luce dell'emergenza Covid- 19.

## Abstract

The serious pandemic crisis that seems to have held the whole world in an inextricable grip has brought the question of the influence of technology in the political choices of democratic governments back to the center of the public debate.

In fact, never, as in this difficult moment in which significant precariousness about the future remains, have governments, taking advantage of the advice and specialist knowledge of scientists to take drastic decisions to counter the spread of the Covid -19 epidemic - discussion of the primacy of politics over the influence of technology in various scientific investigations.

*\* La decisione di pubblicazione del presente lavoro è stata assunta, a seguito di preventivo referaggio secondo i parametri della double blinde peer review, dalla Direzione scientifica della Rivista, considerata l'autorevolezza dell'autore.*



### 1. Considerazioni preliminari.

La grave crisi pandemica che sembra aver stretto il mondo intero in una morsa inestricabile, ha riportato al centro del dibattito pubblico la questione relativa all'influenza della tecnica nelle scelte politiche dei governi democratici.

Mai, infatti, come in questo difficile momento nel quale permane una significativa precarietà sul futuro, i governi, usufruendo della consulenza e delle conoscenze specialistiche degli scienziati per prendere decisioni drastiche per contrastare la diffusione dell'epidemia da Covid -19, hanno messo seriamente in discussione il primato della politica rispetto all'influenza della tecnica nelle varie indagini scientifiche.

La presenza di una componente tecnica all'interno del potere esecutivo comunque è vicenda risalente nel tempo e riproposta in diverse epoche storiche; teorizzata fin dall'antichità classica da Platone<sup>1</sup> e Aristotele<sup>2</sup>, ha trovato, in estrema sintesi, la sua successiva teorizzazione, dapprima, nel periodo dell'età moderna<sup>3</sup>, con la valorizzazione del sapere positivo e del ruolo della scienza attraverso le idee positiviste<sup>4</sup> e con la tradizione ermeneutica nelle scienze sociali di Max Weber<sup>5</sup>, successivamente, nelle società contemporanee, con l'affermazione del progresso informatico ed elettronico, nonché della globalizzazione dell'economia<sup>6</sup>.

Ciò malgrado, il rapporto tra tecnica e politica è rimasto un tema assai complesso, che ha seguito crinali differenti che ne rilevano l'innegabile specificità e caratterizzato da varie declinazioni del quale è difficile definirne ancora oggi i contorni atteso che agli stessi due lemmi ancora oggi non sembrano potersi attribuire una definizione "stipulativa", con la conseguenza che, ove se ne assuma altra, diversa in via convenzionale, si rischia di rendere estremamente conflittuale il rapporto stesso.

A testimonianza di quanto appena accennato, basti ricordare che i due fattori del rapporto, nonostante le differenti categorie entro le quali essi operano<sup>7</sup>, non di rado hanno confuso i propri rispettivi ruoli, invadendo l'uno i compiti dell'altro.

Il risultato è una costante commistione tra competenze tecniche e decisioni politiche di cui sia la politica<sup>8</sup>, la quale, alla luce anche della crisi che ha investito le ideologie<sup>9</sup>,

---

<sup>1</sup> PLATONE, *Repubblica*, libri V e VI.

<sup>2</sup> ARISTOTELE, *Ethica Nicomachea*, VI, 13, p. 1144.

<sup>3</sup> N. MACHIAVELLI, *Il principe*, 1513.

<sup>4</sup> C.H. DE SAINT SIMON, *De la réorganisation de la société européenne*, Paris, 1814.

<sup>5</sup> M. WEBER, *Parlamento e Governo*, Roma - Bari, 1993.

<sup>6</sup> Ex plurimis, J. K. GALBRAITH, *Il nuovo stato industriale*, 1967, trad. it., Torino, 1968; G. SOROS, *La crisi del capitalismo globale. La società aperta in pericolo*, 1998, trad. It. Milano, 1999.

<sup>7</sup> A. SCIORTINO, *Il Governo tra tecnica e funzioni*, in G. Grasso (a cura di), *Il Governo tra tecnica e politica*, Napoli, 2015, p. 43.

<sup>8</sup> Con ciò non si vuole sorvolare sul fatto che riconoscere esclusivamente alla politica la peculiarità di fare delle scelte appartiene ad un'idea di Stato in cui i compiti erano concepiti come esclusivamente politici, consistenti cioè essenzialmente nell'organizzazione e nel funzionamento dei servizi inerenti alla difesa, alla giustizia, alla polizia, ecc... La natura stessa di questi servizi finiva con lo sposarsi perfettamente con l'idea di un diritto pubblico



si è mostrata spesso incapace di risolvere le grandi sfide che si sono presentate nel terzo millennio<sup>10</sup>, favorendo così quel fenomeno della spoliticizzazione che ha coinvolto progressivamente tutte le democrazie occidentali, sia la stessa tecnica, sempre più invasiva e pericolosa sui processi decisionali (il c.d. disegno politico tecnocratico), hanno, in egual misura, contribuito a realizzare.

Nell'ambito di un tale complesso scenario, dove persistono alcune zone d'ombra, non sembra affatto peregrino evidenziare la necessità di un'attenta riflessione sulla corretta ripartizione di competenze e responsabilità tra tecnica e politica in termini organizzatori, in modo da determinare in modo propositivo una nesso lungo il corso del quale i due termini del confronto svolgano ruoli in piena sinergia, ma non sovrapponibili<sup>11</sup>.

Ma qui il discorso si fa particolarmente scivoloso soprattutto se si fa riferimento al nostro Paese che, a differenza di altri ordinamenti statali, non prevede prescrizioni dettagliate sul procedimento amministrativo e sull'esercizio del potere discrezionale, favorendo irrimediabilmente nella disciplina l'intervento "creativo" della giurisprudenza<sup>12</sup>.

Quest'ultima, infatti, di fronte a regole dai contenuti estremamente generici, ha provveduto a renderle concrete mediante strumenti certamente non indirizzati alla logica della politica.

Ciò induce a ritenere che, in un contesto non del tutto omogeneo, qualsiasi discorso inerente al tema in parola non possa prescindere da un'attenta lettura del Testo costituzionale che, all'art. 97, prevede che l'attività di un'amministrazione deve essere imparziale<sup>13</sup>, affinché la soddisfazione dell'interesse pubblico avvenga in maniera corretta e ragionevole, quale vincolo proprio all'attività amministrativa<sup>14</sup>.

---

costruito sui concetti di sovranità e di potere pubblico, di uno Stato, in sostanza, esprimendosi essenzialmente attraverso atti autoritativi.

<sup>9</sup> Cfr. G. PRETERROSSI, *La politica negata*, Roma-Bari, 2011, p. 9 ss.

<sup>10</sup> "Prevedo la spoliticizzazione completa dell'Italia: diventeremo un gran corpo senza nervi, senza più riflessi. Lo so: i comitati di quartiere, la partecipazione dei genitori nelle scuole, la politica dal basso... Ma sono tutte iniziative pratiche, utilitaristiche, in definitiva non politiche. La strada maestra, fatta di qualunquismo e di alienante egoismo, è già tracciata. Resterà forse, come sempre è accaduto in passato, qualche sentiero: non so però chi lo percorrerà, e come". P. P. PASOLINI: *Il nudo e la rabbia*, Stampa sera, 9 gennaio 1975.

<sup>11</sup> O. PINI, *Tecnica e politica tra mezzi e fini nell'emergenza coronavirus*, in *Riv. giur. AmbienteDiritto .it*, fasc. 4/2020, p. 14.

<sup>12</sup> Cfr. P. CARROZZA, *Governo e amministrazione*, in P. CARROZZA, A. DI GIOVINE, G.F. FERRARI (a cura di), *Diritto costituzionale comparato*, Roma-Bari, vol. II, p. 1052 ss.

<sup>13</sup> Cfr. A. CERRI, *Principio di legalità, imparzialità, efficienza*, in L. LANFRANCHI (a cura di), *Garanzie costituzionali e diritti fondamentali*, Roma, 1997, p. 171. F. MERLONI, *Amministrazione "neutrale" e amministrazione imparziale*, in *Dir. pubbl.* 1997, p. 360 ss.

<sup>14</sup> In tema la letteratura è a dir poco sterminata, ex plurimis, P. BARILE, *Il dovere di imparzialità della Pubblica Amministrazione*, in *Scritti giuridici in memoria di PIERO CALAMANDREI*, Padova, 1958, p. 25; U. ALLEGRETTI, *L'imparzialità amministrativa*, Padova, 1965, p. 131; S. CASSESE, *Imparzialità amministrativa e sindacato giurisdizionale*, in *Riv. it. scienze giur.*, 1968, p. 63; F. SAITTA, *L'imparzialità della Pubblica Amministrazione*, in *Enc. giur.*, XV, Roma, 1989; P. CARETTI, *Art. 97 1° comma, Parte I Cost.*, in *Comm. cost.*, a cura di G. BRANCA, continuato da A.



E' proprio, in effetti, in questa prospettiva, che sembra cogliersi il significato autentico del principio di separazione tra tecnica e politica (e in modo più manifesto tra politica e amministrazione) quale declinazione dell'imparzialità e del buon andamento, che non è solo funzionale, ma riguarda anche la separazione strutturale (si pensi alla necessaria separazione tra la componente organizzativa che è investita ad affiancare il ministro e l'apparato, cui è attribuito il compito della gestione amministrativa), nonché la responsabilità, atteso che l'amministrazione, come struttura separata e autonoma dalla politica<sup>15</sup> e munita di propri poteri, non è responsabile solo per la violazione di regole, ma anche per i risultati conseguiti<sup>16</sup>.

Sulla base di tali premesse, sembra possibile ricavarsi dal combinato disposto degli artt. 97 e 98 Cost. che il rapporto tra politica e amministrazione non si delinea secondo il classico schema che individua nel Governo l'assoluto protagonista della trama delle relazioni tecnico-politiche e fondamento delle scelte riguardanti le decisioni di politica nazionale, ma come puntualmente è stato osservato quello tra tecnica e politica (e amministrazione) sembra potersi descrivere «come un rapporto circolare, in forza del quale per indicare un fine e per farlo diventare un fine programmatico occorre un'attività di progettazione politica e amministrativa piuttosto complessa e molto articolata, che richiede sia analisi tecniche (amministrative, finanziarie e gestionali) sia analisi politiche»<sup>17</sup>.

In altre parole, la separazione tra politica e pubblica amministrazione si misura nell'esercizio di una discrezionalità in cui la struttura amministrativa di supporto prende parte oltre che all'attuazione anche allo sviluppo delle politiche pubbliche<sup>18</sup>.

La codificazione della distinzione fra indirizzo delle decisioni politiche e gestione dei mezzi e delle tecniche di attuazione avuta agli inizi degli anni '90, sembrava confermare il modello appena delineato<sup>19</sup>.

Ma le profonde trasformazioni che hanno interessato la struttura organizzativa dei pubblici poteri negli ultimi 30 anni e che hanno operato in favore di un modello sostanzialmente privatistico, hanno alterato il modello disegnato dalla Costituzione e consegnato un sistema nel quale il primato della tecnica nei confronti della politica

---

PIZZORUSSO, Bologna-Roma, 1994, p. 1 ss.; C. PINELLI *Art. 97, 1°, 2° e 3° comma*, in *Comm. cost.*, a cura di G. BRANCA, continuato da A. PIZZORUSSO, Bologna-Roma, 1994, p. 252 ss.; U. POTOTSCHINIG, *Art. 97, 3° comma, sezione II Cost.*, in *Comm. cost.*, a cura di G. BRANCA, continuato da A. PIZZORUSSO, Bologna-Roma, 1994, p. 361.

<sup>15</sup> Si rinvia a A. SANDULLI, voce *Amministrazione autonoma*, in *Dizionario enciclopedico del diritto*, vol. I, Padova, 1996, 65 ss., p. 124.

<sup>16</sup> In dottrina, si v. P. FORTE, *Il principio di distinzione tra politica e amministrazione*, Torino, 2005; S. BATTINI, *Il principio di separazione fra politica e amministrazione*, in *Riv. trim. dir. pubbl.*, 2012, p. 41 ss.; M. INTERLANDI, *Il principio di separazione tra politica e amministrazione: una storia difficile*, in *Diritti fondamentali.it*, fasc. 1, 2018, 8 ss.

<sup>17</sup> P. CARRROZZA, *Tecnica e politica: la necessaria complementarietà*, in G. GRASSO (a cura di), *Il Governo tra tecnica e politica*, Napoli, 2016, p. 88.

<sup>18</sup> Si rinvia F. BENVENUTI, *Disegno dell'amministrazione italiana. Linee positive e prospettive*, Padova, 1996.

<sup>19</sup> Recentemente, M. MAZZOLENI, *Indirizzo politico e gestione tecnica: sfere separate? Il caso della politica urbanistica locale in Lombardia*, in *Rivisteweb*, n. 3/2020, p. 373 ss.



appare sempre più evidente.

## 2. *La proliferazione dei c.d. processi "artificiali" di produzione normativa".*

E' indubbio che la privatizzazione degli enti pubblici economici e l'utilizzazione sempre più frequente degli strumenti privatistici nell'agire dei poteri pubblici, da una parte, la privatizzazione del pubblico impiego e la precarizzazione della dirigenza, dall'altra, hanno in sostanza depauperato la potenzialità innovativa dell'articolato normativo di cui agli artt. 97 e 98. Quest'ultimo, infatti, che rileva la tendenza di separare l'amministrazione dalla politica attraverso la scelta di attribuire le funzioni di indirizzo e di controllo ai vertici politici di governo, mentre quelle relative alla gestione ai funzionari amministrativi professionali, nella logica di una separazione che non investe, quindi, solo le competenze, ma va ad istituire organizzazioni parallele al governo, le quali sono soggette solo alla legge, è stato manifestamente confutato negli ultimi 30 anni da quelle teorie secondo cui la razionalità – efficienza della tecnica andavano preferite all'arbitrarietà – inadeguatezza della politica<sup>20</sup>.

Attraverso motivazioni, peraltro difficilmente contestabili, quali la scarsa professionalità nella gestione della cosa pubblica, la limitazione delle responsabilità, l'incertezza dei processi decisionali, il diffondersi di casi corruttivi, il modello privatistico in sostanza è riuscito a mettere in discussione le tradizionali categorie del diritto pubblico, spesso ricorrendo alla tecnica quale soluzione dei problemi politici.

Una prima questione che si collega a quanto appena accennato e che si riflette sulla capacità "ordinatoria" delle regole, è la proliferazione dei c.d. processi "artificiali" di produzione normativa".

In effetti, l'ordine dogmatico delle fonti legali del diritto in leggi, regolamenti e consuetudini che, per molti decenni, è stato il tradizionale modello di classificazione delle fonti di produzione delle norme giuridiche, è entrato in crisi per una serie di fattori di natura profondamente diversa tra loro, i cui effetti hanno comunque provocato una vera e propria scomposizione dell'assetto delle fonti, fino a quel momento caratterizzato da una certa linearità e solidità<sup>21</sup> (si pensi ai due criteri di gerarchia e competenza che sono ormai coinvolti in un rapporto dinamico di sostituzione e sovrapposizione reciproca).

I fattori che hanno minato le consolidate concettualizzazioni sul tema delle fonti di produzione normativa sono noti: alcuni rinvenibili nella stessa Costituzione

<sup>20</sup> Cfr. M. MANETTI, *Poteri neutrali e Costituzione*, Milano, 1994, *passim*.

<sup>21</sup> Su tali complesse problematiche si rinvia a V. CRISAFULLI, *Fonti del diritto*, cit., p. 927; L. PALADIN, *Saggio sulle fonti del diritto italiano*, in *Quad. cost.*, 1993, pp. 252 ss.; F. MODUGNO - S. NICCOLAI, *Atti normativi*, in *Enc. giur.*, IV, Roma, 1997; G. U. RESCIGNO, *L'atto normativo*, Bologna, 1998, pp. 15 ss. F. SORRENTINO, *Le fonti del diritto italiano*, Padova, 2009, p. 9 ss.; A. PIZZORUSSO, *Delle fonti del diritto*, artt. 1 -9 disp. prel., in *Commentario del codice civile* (a cura di F. Galgano), Bologna – Roma, 2011; G. PITRUZZELLA, *Le fonti del diritto*, II, Torino, 2012, p. 224 ss.



repubblicana, quali la rigidità, il policentrismo istituzionale, gli istituti di democrazia diretta, le limitazioni di sovranità previste per la partecipazione all'Unione europea; altri attengono a fenomeni non riconducibili all'orbita giuridica, bensì a fenomeni di natura politica (si pensi alle spinte disgregatrici provenienti dalla comunità internazionale alla luce delle miopi politiche di gestione dei flussi migratori) ed economica.

Ma se i fenomeni a connotazione politica sono stati alquanto monitorati dai confini assegnati dalla Carta costituzionale, lo stesso non si può dire per quelli di natura economica le cui forzature nell'assetto delle fonti sono risultate ben presto ingovernabili.

D'altronde, le pressanti sollecitazioni provenienti dalla c.d. *lex mercatoria* imposta dalla mondializzazione dell'economia e dei mercati, ha progressivamente introdotto una regolazione di *soft law* cedevole e informale, che ha minato gli schemi normativi tipici e formali del nostro sistema<sup>22</sup>.

Ciò ha riguardato soprattutto la normazione secondaria che, a dire il vero, già da anni non garantisce più un "ordine" nei processi di produzione giuridica, dal momento che lo sforzo della l. n. 400/1988 di mettere fine al disorganico pluralismo della produzione normativa secondaria mediante il vincolo di uno schema procedurale tipico previsto dall'art. 17 è risultato alquanto vano<sup>23</sup>.

Del resto, non sembra affatto incongruo affermare che le tendenze dei mercati a preferire una regolazione più agile e flessibile al fine di accogliere le istanze dinamiche del settore produttivo hanno trovato terreno fertile proprio in un sistema, quale è quello delle fonti secondarie, che non sembra affatto chiuso né costituzionalmente, né legislativamente, potendo una legge ordinaria derogare alla legge di cui *supra*.

La normazione di grado secondario è stata man mano sempre meno decretata secondo lo schema procedurale previsto dall'art. 17 della l. n. 400/1988, dando vita a quel fenomeno ormai noto ai giuristi della c.d. fuga dal regolamento o come forse più precisamente è stato autorevolmente definito, della fuga dell'esecutivo dal regolamento di tipo formale<sup>24</sup>, in modo da precisare che la fuga non riguardasse l'intera produzione della normazione secondaria.

---

<sup>22</sup> Sulla complessa questione, R. BIN, *Soft law, no law*, in A. SOMMA (a cura di), *Soft law e hard law nella società postmoderne*, Torino, p. 33 ss.

<sup>23</sup> G. TARLI BARBIERI, *Regolamenti governativi e ministeriali*, in S. Mangiameli (a cura di), *Diritto costituzionale*, Milano, 2008, 332

<sup>24</sup> B. TONOLETTI, *Fuga dal regolamento e confini della normatività nel diritto amministrativo*, in *Dir. amm.*, n. 23/2015, p. 389 ss.; per A. LUCARELLI, *Contributo alla teoria del sistema delle fonti. Ancora intorno al regolamento indipendente*, in *Rivista AIC*, n. 4/2018, p. 14, "l'impressione è che a tutt'oggi ci sia una sorta di 'fuga dal regolamento', ovvero la preferenza da parte del governo di ricorrere ad atti amministrativi generali, piuttosto che a fonti secondarie del diritto, costringendo l'interprete a verificare che nell'atto amministrativo generale sovente vi sono i caratteri della generalità, astrattezza e novità. Questo ha fatto sì che proprio il Consiglio di Stato, con Ad. Plen. del 2012 accedendo ad una lettura estensiva degli atti amministrativi generali, li abbia attratti nell'orbita del regolamento"



I regolamenti governativi e ministeriali vengono avvertiti sempre più come congegni normativi desueti e inadatti a esaudire le frenetiche domande dei mercati globalizzati. Le loro procedure di formazione sono percepite come eccessivamente rigide e complesse e ciò ha indotto il legislatore negli anni a definire forme procedimentali e caratteri contenutistici degli atti di normazione secondaria sconosciuti alla disciplina generale di cui all'art. 17 della l. n. 400/1988, sentita a questo punto, in mancanza anche di una copertura costituzionale, sempre più quale norma di natura meramente descrittiva<sup>25</sup>.

La natura non precettiva che connoterebbe la legge in esame ha indotto, così, parte della dottrina a considerare che tale disposizione non vincoli il legislatore successivo ad avvalersi del solo "prototipo" di regolamento ivi disciplinato.

Ed in effetti, i casi in cui il legislatore, reputando opportuna una successiva azione di produzione secondaria, ha espressamente esortato l'esecutivo all'utilizzo di decreti ministeriali aventi natura non regolamentare, sono effettivamente numerosi<sup>26</sup>.

Tali deviazioni dal modello procedimentale classico dei regolamenti, di cui ai sensi dell'art. 17, si sono riscontrate, poi, con maggiore frequenza con l'attuazione della riforma del Titolo V della Costituzione, la quale, come è noto, conferisce alla potestà regolamentare dello Stato la disciplina delle sole materie attribuite alla sua competenza legislativa esclusiva. In questo specifico caso, più volte il legislatore ha affidato la disciplina attuativa a decreti qualificati a contenuto non normativo, con il celato obiettivo di sottrarre tali atti alle garanzie procedimentali che si concretano nel parere del Consiglio di Stato, nella registrazione della Corte dei Conti e nella pubblicazione sulla Gazzetta Ufficiale.

Ma se la presenza di una tale categoria di atti privi di un contenuto normativo, come espressamente dichiara la legge, per il solo fatto di risultare in contrasto con la stessa definizione formale di regolamento, non rileva alcuna violazione del principio di legalità, i dubbi, invece, che il suddetto principio sia violato affiorano enormemente quando la portata del contenuto di tali atti presentata come non normativa è, in sostanza, normativa. E invero, non è un caso che l'uso in modo "continuativo e distorto" di adottare decreti di natura non normativa venga censurato dalla migliore dottrina, in quanto si ritiene che siffatta prassi violi sia l'art. 17 della l. n. 400/1988, (nella parte in cui si prevede per l'atto il regime giuridico previsto per le fonti regolamentari), sia l'art. 117, sesto comma, Cost. (deroga al riparto di competenza del potere regolamentare)<sup>27</sup>.

<sup>25</sup> In tal senso, V. MARCENÒ, *La potestà regolamentare: un bilancio delle scelte statutarie e della loro successiva attuazione*, in P. Caretti-E. Rossi (a cura di), *Osservatorio sulle fonti*, 2009, Torino, 2010, p. 9 ss.

<sup>26</sup> U. DE SIERVO *Lo sfuggente potere regolamentare*, in *Scritti per Mario Nigro*, vol. I, *Stato e amministrazione*, Milano, 1991, p. 277 ss.

<sup>27</sup> F. MODUGNO, A. CELOTTO, *Un «non regolamento» statale nelle competenze concorrenti*, in *Quaderni cost.*, 2003, p. 356; A. MOSCARINI, *Sui decreti del Governo di natura non regolamentare che producono effetti normativi*, in *Giur. cost.*, 2008, n. 6, p. 5075.



La prassi di cui sopra, che ha indubbiamente incoraggiato le deroghe al regime formale dei regolamenti governativi, non è, tuttavia, come è stato anticipato, il solo fenomeno che volge lo sguardo verso nuove esperienze di produzione di atti normativi secondari. Non riconducibile alla pressione delle esigenze della politica, bensì all'invasivo liberal contractualism, modello collaborativo dell'*agreement*, è il fenomeno della "mercattizzazione"<sup>28</sup> dello Stato e del diritto, che si esprime mediante atti definiti (impropriamente) di soft law insofferenti a principi e regole e nella cui categoria rientrano codici di autodisciplina, codici di associazioni, linee guida e standard operativi<sup>29</sup>.

Tali atti, che ormai sembrerebbero assurgere a fonte di produzione sulla base del principio secondo cui non sarebbe sempre obbligatoria l'interposizione della legge per delimitare ex ante il contenuto dell'atto normativo, suscitano particolari perplessità circa la violazione delle riserve di legge<sup>30</sup>, allorquando si rendano idonee appunto le medesime fonti a disporre di diritti.

In questo ordine di idee si approva il convincimento secondo cui la legge non debba in molte circostanze che uniformarsi a parametri tecnici che si sottraggono alla valutazione del potere di scelta degli organi rappresentativi<sup>31</sup>. In effetti, nonostante il soft law debba considerarsi innanzitutto quale risposta all'inidoneità dei processi politici a governare la realtà nel suo sviluppo e nel suo tessuto eterogeneo, esso ha assunto un'influenza sempre maggiore nell'ambito dei sistemi delle fonti del diritto, potendo prospettarsi, in un primo momento, quale concreta opzione alle codificate e tradizionali fonti legali, per poi, quando la sua indiscutibile matrice economica ha inglobato anche grandi momenti di giuridicità, realizzare una normazione di grado e forze diverse. A tal proposito, si rileva che non di rado gli effetti prodotti dagli atti in parola introducano, in sostanza, regole di hard law, laddove la natura del loro statuto è definita soft al solo fine di "sottrarsi ai più impegnativi requisiti che l'ordinamento impone agli atti fonte, pur aspirando alla medesima efficacia del diritto da quelli prodotto".

Ne consegue, alla luce anche del fatto che il soft law non racchiude riduttivamente tutti i fenomeni normativi avulsi dalle fonti di produzione del diritto, ma individua una "zona grigia di giuridicità", che si pone a cavallo tra gli estremi dei fenomeni normativi pienamente giuridici (c.d. "hard law") e i fenomeni normativi che non hanno caratteristiche tipiche della giuridicità, che il tema del potere normativo,

---

<sup>28</sup> F. SNYDER, *Soft law and Institutional Practice in The European Community*, in *The Construction of Europe*, London, 1994, p. 197 ss.; G. TEUBNER, *Il diritto come sistema autopoietico*, trad. it., Milano, 1996, passim.

<sup>29</sup> Ex plurimis, F. TERPAN, *Soft Law in the European Union. The Changing Nature of EU Law*, in *European Law Journal*, 2015, p. 68 ss.; v. inoltre A. POGGI, "Soft law" nell'ordinamento comunitario, in *L'integrazione dei sistemi costituzionali europeo e nazionali*, *Annuario AIC 2005*, Cedam, Padova, 2007, p. 369 ss.

<sup>30</sup> A. CONTIERI, *Aldo Sandulli (1915 – 1984), Attualità del pensiero giuridico del Maestro*, Milano, 2004, p. 487.

<sup>31</sup> In tal senso, M. MANETTI, *Fonti senza forma e presunto soft law, con particolare riguardo alle linee-guida Anac*, in *Dir. cost.*, n. 1/2019, p. 58.



riconosciuto per esempio alle Autorità amministrative indipendenti, vada affrontato anche al cospetto di una proliferazione dei processi c.d. "artificiali" di produzione normativa<sup>32</sup>, in cui i fenomeni sinteticamente accennati costituiscono solo alcuni dei numerosi esempi di sottosistemi normativi (la cui legittimazione costituzionale non equivale a una loro riconduzione a un sistema delle fonti ragionevolmente congruente), presenti nel sistema attuale delle fonti del diritto<sup>33</sup>.

### 3. La norma tecnica: quali profili giuridici?

L'intervento in ambiti tecnici contribuisce a motivare quindi l'esistenza di un generale potere normativo della p.a., perché capita non di rado che nell'applicazione di un criterio scientifico di valutazione degli eventi si possa estrarre la regola da applicare.

Si tratta di una tematica che richiederebbe una disamina articolata e che in questa sede può essere abbozzata solo sommariamente, ma che, in ogni modo, può permettere di comprendere come i problemi scientifici e il ruolo degli organi tecnici condizionino significativamente sul modo in cui opera lo Stato e in cui si formano le stesse norme giuridiche.

Del resto, se la definizione di norma tecnica è foriera di diverse fattispecie, ossia regole giuridiche a contenuto prevalentemente tecnico, regole adottate da enti pubblici particolarmente specializzati, regole formulate da soggetti privati, essa comunemente si forma mediante individuazione di accertamenti e giudizi, espressi in conseguenza di competenze scientifiche specialistiche<sup>34</sup>.

Ora quando esse acquistano giuridicità? Quando esse evidentemente regolano comportamenti da osservare allo scopo del rispetto delle norme tecniche.

Si delinea così una materia caratterizzata da un alto tasso di tecnicità con forza autoritativa rispetto all'andamento economico e scientifico, nella quale un compito fondamentale viene svolto da tutti quei soggetti specializzati, da raccordare appunto con la potestà normativa.

Le riflessioni testé accennate, seppur inducono, a una prima analisi, a considerare che in questi specifici casi la norma giuridica, in quanto regola comportamentale, non individui più il suo fine nella risoluzione di conflitti tra interessi, bensì nell'utilizzazione di metodi scientifici, non possono tuttavia sottovalutare la questione relativa alla composizione degli interessi, che la mera attuazione delle regole tecniche non può da sola risolvere<sup>35</sup>.

<sup>32</sup> Cfr. A. CONTIERI, *Nozioni tecniche come limite all'attività normativa*, in *Condizioni e limiti alla funzione normativa* Annuario 2004, APDA.

<sup>33</sup> F. ZAMMARTINO, *Il modello molteplice. La potestà normativa delle Autorità amministrative indipendenti*, Torino, 2020.

<sup>34</sup> V. E. PREDIERI, *Le norme tecniche nello Stato pluralista e prefederativo*, in *Dir. pubbl. econ.*, 1996, p. 256 ss.

<sup>35</sup> A. DE VALLES, *Norme giuridiche e norme tecniche*, in *Raccolta di scritti in onore di Arturo Carlo Jemolo*, vol. II, Milano, 1963; A. M. SANDULLI, *Le norme tecniche nell'edilizia*, in *Riv. giur. edil.*, 1974, II, p. 189 ss.; più recentemente,



Già la stessa Corte costituzionale<sup>36</sup> ebbe modo di dichiarare in tempi meno recenti, che solo quando la discrezionalità tecnica convive con quella generale amministrativa il soggetto titolare del potere è al contempo organo tecnico e organo produttore di regole normative. Questo perché una volta considerata l'attività di amministrazione una specifica forma di tecnica, diventa poi non facile rapportarla unitariamente a regole certe e conoscibili<sup>37</sup>.

Abbiamo accennato come nel linguaggio corrente la denominazione "norma tecnica" sia una locuzione che ancora si presta a una varietà di significati<sup>38</sup>. E non manca chi evidenzia perfino che il concetto stesso suscita non poche difficoltà di inquadramento teorico, in quanto il sostantivo "norma" che precede l'aggettivo "tecnico" costituirebbe una contraddizione in termini.

Ma le esigenze di una società, complessa e articolata quale è quella contemporanea, richiedono sempre maggiormente l'utilizzazione di norme tecniche, al fine di garantire un immediato assestamento dell'ordinamento giuridico alle nuove esigenze in ambiti in cui rapida è l'evoluzione tecnologica<sup>39</sup>.

La necessità di adeguare con continuità regole volte a disciplinare ambiti poco stabili e contraddistinti da complessità di natura tecnica, appare sempre più necessario per giustificare l'intervento tecnico nella regolazione della vita economica e sociale. Certo, in riferimento all'attività normativa, bisogna vigilare sul fatto che forte è il rischio che si consideri tecniche le norme nelle quali la "tecnica", compresa quale complesso di conoscenze estranee all'orbita giuridica, definisca il contenuto della norma assumendo rilevanza nel sistema delle fonti<sup>40</sup>. La conseguenza di questo stato di cose inciderebbe notevolmente non solo sulla legittimazione delle fonti formali, ma trasformerebbe i rappresentanti nel momento di legiferare a *periti peritorum*<sup>41</sup>.

In passato, anche se in rapporto alla mera attività amministrativa, autorevole dottrina

---

ex plurimis, E. FRENI, *Le sanzioni dell'Autorità Garante della Concorrenza e del Mercato*, in M. FRATINI, (a cura di), *Le sanzioni delle Autorità Amministrative Indipendenti*, Padova, 2011, p. 851 ss.

<sup>36</sup> Corte cost., sentt., nn. 122/1957, 48/1961.

<sup>37</sup> Per comprendere l'impostazione "tradizionale" del problema, ex multis, V. BACHELET, *L'attività tecnica della pubblica amministrazione*, Milano, 1967; D. DE PRETIS, *Valutazione amministrativa e discrezionalità tecnica*, Padova, 1995; C. MARZUOLI, *Potere amministrativo e valutazioni tecniche*, Milano 1985; ID., *Potere discrezionale e controllo giudiziario*, in V. PARISIO (a cura di), *Potere discrezionale e controllo giudiziario*, Milano, 1998, p. 71 ss.; F. SALVIA, *Considerazioni su tecnica e interessi*, in *Dir. pubbl.*, n. 2/2002, p. 603 ss.

<sup>38</sup> Per tutti, A. PREDIERI, *Le norme tecniche come fattore di erosione e di trasferimento di sovranità*, in *Studi in onore di F. BENVENUTI*, Modena, 1996, vol. IV, p. 1413 ss.

<sup>39</sup> Si v. F. SALMONI, *Le norme tecniche*, Milano, 2001, p. 31 ss.

<sup>40</sup> A. M. SANDULLI, *Manuale di diritto amministrativo*, cit., pp. 89 ss., il quale evidenzia anche quando i poteri regolativi siano indirizzati a dettare norme tecniche, essi beneficiano tanto del carattere imperativo quanto della forza normativa che distinguono, nell'ambito delle disposizioni denominate norme tecniche, quelle componenti autentiche fonti del diritto dalle regole tecniche, predisposte, piuttosto, «ai fini della determinazione delle caratteristiche (...) che certi prodotti devono rivestire per essere considerati eseguiti a «regola d'arte» e cioè rispondenti alla buona «tecnica della materia».

<sup>41</sup> M. MANETTI, *Fonti senza forma e presunto soft law, con particolare riguardo alle linee-guida Anac*, cit. p. 62.



suppose tre probabili forme di funzione tecnica in ragione della circostanza in cui l'elemento tecnico avrebbe agito nell'esercizio dell'attività amministrativa.<sup>42</sup>

Nella prima ipotesi, l'attività tecnica si limita a integrare la definizione contenuta nella disposizione normativa; nella seconda, il momento tecnico è strumento di assolvimento dell'attività normativa e amministrativa che si realizza proprio in quella tecnica; nella terza ipotesi, tecnica è la funzione mediante cui l'azione amministrativa perviene al fine previsto dalla disposizione normativa.

Il fenomeno che presenta i problemi più complessi e anche più significativi ai fini del riassetto della disciplina in esame è quello inerente le disposizioni riconducibili al nucleo definitorio di quelle che vengono denominate «regole tecniche»; trattasi, nell'ambito di un ragionamento più ampio, di quelle norme tecniche che vengono prescritte dalle autorità ai fini della protezione dell'ambiente, con l'efficacia di vere e proprie regole precettive, ai soggetti che svolgono determinate attività o realizzano determinati impianti o prodotti<sup>43</sup>. In questi casi, si può osservare che «l'adeguamento alle regole da parte dei singoli interessati non è più affidabile a meccanismi di spontanea osservanza, ma si tratta di vere e proprie regole giuridiche vincolanti, la cui inosservanza dà luogo alle sanzioni previste dall'ordinamento per le violazioni del diritto, ivi comprese, se del caso, le sanzioni penali»<sup>44</sup>.

La regola tecnica è integrata in un atto-fonte con norme propriamente giuridiche, assumendone i caratteri tipici e l'efficacia di queste ultime, ad eccezione della conservazione del contenuto sostanzialmente tecnico-scientifico.

A tal riguardo, è nel settore della tutela dell'ambiente, in buona sostanza, che si può individuare che il principale strumento giuridico fino ad oggi è rappresentato proprio dall'integrazione delle norme giuridiche con normative di tipo tecnico.

Volendo trarre le fila del discorso, si potrebbe arrivare a sostenere che tale teorizzazione può riguardare la potestà normativa di alcune specifiche strutture organizzative della p.a. quali le autorità amministrative indipendenti, a patto però che il potere normativo ad esse attribuito non si giustifichi esclusivamente in ragione della particolare tecnicità della materia da regolare e delle maggiori capacità tecniche dei soggetti in parola rispetto ai poteri dello Stato<sup>45</sup>.

Invero, la tesi che individua nella sola disciplina tecnica il fondamento dell'attività normativa delle autorità indipendenti, nasconde tutta una serie di rischi che porta a qualificare tali organismi quali "tecnostrutture", sorte essenzialmente per dare una

<sup>42</sup> O. RANELLETTI, *Principi di diritto amministrativo*, Napoli, 1912, p. 350 ss.

<sup>43</sup> M. CECCHETTI, *Note introduttive allo studio delle normative tecniche nel sistema delle fonti a tutela dell'ambiente*, in *Osservatorio sulle fonti*, 2008, p. 153 ss.

<sup>44</sup> Così, V. ONIDA, *Il sistema delle fonti in materia ambientale, con particolare riferimento alla normativa tecnica*, in *Razionalizzazione della normativa in materia ambientale (Atti del Convegno giuridico, Castel Ivano, 29-30 aprile 1994)*, Milano, Istituto per l'Ambiente, 1994, p. 62.

<sup>45</sup> A. PREDIERI, *L'eromper delle autorità amministrative indipendenti*, cit., p. 31



risposta alla crisi dei sistemi rappresentativi<sup>46</sup>, laddove esse, invece, si profilano quale uno dei mezzi di equilibrio del potere politico, a protezione dei diritti e degli interessi costituzionalmente protetti.

Ecco che allora appare necessario valorizzare, al fine di un superamento delle riserve relative alla legittimità del fondamento normativo delle Autorità amministrative indipendenti, anche il momento procedimentale, sotto principalmente due forme: quello della partecipazione degli interessati<sup>47</sup> e quello della motivazione della manifestazione di volontà (atto) finale, che rappresenta in fondo le ragioni di fatto e di diritto che hanno indotto l'Autorità a sostenere alcuni interessi<sup>48</sup>. A tal ultimo riguardo, si è affermato che gli organismi in argomento sono sempre obbligati a motivare i propri atti di regolazione, rilevando le ragioni giustificative dei medesimi, «pur non dovendo dare una puntuale replica a ogni osservazione emersa in sede di consultazione»<sup>49</sup>.

D'altra parte, solo garantendo l'obbligo di motivazione può essere effettivamente garantita l'effettività della partecipazione e del contraddittorio. La necessaria motivazione, da una parte, consente agli interessati di poter incidere concretamente sulle decisioni dell'Autorità; dall'altra, assicura un controllo giurisdizionale che non si manifesta più attraverso un sindacato di tipo debole, in quanto consente al giudice la circostanza di rilevare l'iter coerente seguito dalle Autorità indipendenti e le ragioni giustificative dell'atto, e inoltre di vagliare l'oggettiva rilevanza attribuita ai rilievi dei privati intervenuti nel procedimento<sup>50</sup>.

Tali considerazioni di carattere generale, del resto, non sembra nemmeno comportare un effetto di discriminazione tra attività provvedimentale e regolamentare, in quanto l'esclusione, ai sensi degli artt. 3, co. 2, e 13, co. 1 della legge n. 241 del 1990, dell'obbligo di motivazione e di partecipazione, deve essere interpretata restrittivamente, e quindi da imputarla solo a regolamenti del Governo<sup>51</sup>. Ma nonostante la partecipazione di istanze dal basso costituisca un elemento fondamentale per il consolidamento della legittimazione delle Autorità, la tesi della

---

<sup>46</sup> M. MANETTI, *Le autorità indipendenti* cit., p. 7.

<sup>47</sup> Il coinvolgimento preventivo dei soggetti interessati mediante le consultazioni pubbliche acquista una importanza fondamentale in quanto permette all'autorità di recepire elementi conoscitivi e di valutazione, e ai regolati il proprio punto di vista. Cfr. Consiglio di Stato, sez. VI, 15 dicembre 2014, 6153.

<sup>48</sup> Sul tema, R. MANFRELOTTI, *Un altro mattone tolto dal muto: ancora a proposito della legittimazione dei regolamenti delle Autorità amministrative indipendenti*, in *Giur. amm.*, 2007, p. 585.

<sup>49</sup> Consiglio di Stato, sez. VI, 24 maggio 2016, n. 2182; si cfr. anche Id, sez. Vi, 20 novembre 2015, n. 5284 e TAR Lombardia, sez. III, 29 dicembre 2014, n. 3215.

<sup>50</sup> Cfr. N. POSTERARO, *Autorità amministrative indipendenti, attività di regolazione e neocorporativismo: forme e limiti della partecipazione degli interessati al procedimento*, in *Dike kai nomos - anno 4, n. 10 (marzo 2016-settembre 2016)*, p. 146.

<sup>51</sup> Si v. la decisione del TAR Lombardia, sez. III; 3 gennaio 2011, n.1, nella quale si stabilisce che l'applicabilità delle regole previste dalla legge sul procedimento ormai è da ritenersi pacifica, poiché è espressione dei principi generali dell'ordinamento.



legittimazione procedimentale non ha riscosso in dottrina unità di intesa. Si è obiettato, per esempio, che la procedimentalizzazione dei compiti ad esse assegnati alla stregua dei principi del contraddittorio e della motivazione possa avere un effetto legittimante, in quanto essi sono fissati anche in relazione ad altri modelli della pubblica amministrazione<sup>52</sup>. Come, inoltre, si è confutato che la partecipazione di carattere funzionale avrebbe la potenzialità di riassumere gli ideali collettivi degli individui in un insieme di valori capaci di indirizzare la produzione normativa<sup>53</sup>.

Tali obiezioni non possono essere accolte perché esse si fondono su analisi speculative. Nel primo caso, si ritiene che la partecipazione di istanze dal basso determini una limitazione dell'autorità pubblica, anziché, come si ritiene, una sua legittimazione<sup>54</sup>, nel secondo, si ipotizza, in una visione prettamente illuminista, che anche lo Stato pluriclasse debba garantire un interesse pubblico generale.

Si ritiene, invece, che di fronte alla crescente valorizzazione delle finalità pubbliche da raggiungere in specifici settori affidati alle *Authorities*, s'intima il consolidamento del principio di legalità procedimentale, il quale si concreta nella definizione di forme rafforzate di partecipazione degli interessati nei procedimenti di formazione degli atti regolamentari<sup>55</sup>.

Alla luce delle considerazioni appena svolte, la partecipazione degli amministrati assume un valore importante su cui basare la legittimazione delle Autorità amministrative indipendenti; partecipazione procedimentale che a questo punto comprende anche il diritto di ogni individuo di essere ascoltato prima che nei suoi confronti venga adottato un provvedimento individuale che gli rechi pregiudizio.

#### 4. Quale tecnica al servizio della politica?

In una fase come quella attuale, in cui a una crisi della democrazia, dei partiti e della rappresentanza e del ruolo delle istituzioni nel suo complesso, si è aggiunto, come anticipato, una situazione di emergenza dovuta al diffondersi della pandemia da Covid-19, sembra necessario porre l'attenzione su un ulteriore profilo, oggetto di dibattito sia nella dottrina amministrativistica sia in quella costituzionalista, ossia quello relativo alle possibili scelte del governo per rispondere alle esigenze di buona efficacia della sua azione.

Il punto merita un'attenzione particolare, in quanto trascende di gran lunga il profilo meramente quantitativo della questione, per riconnettersi, invece, ad uno dei nodi-chiave dell'assetto del sistema politico- amministrativo.

---

<sup>52</sup> M. CUNIBERTI, *Autorità indipendenti e Costituzione*, cit., p. 431; G. DE MINICO, *Indipendenza delle Autorità o indipendenza dei regolamenti? Lettura in parallelo all'esperienza comunitaria*, in *Osservatorio delle fonti*, n. 1/2012, p. 6.

<sup>53</sup> G. DE MINICO, *Regole, comando e consenso*, Torino 2004, p. 63.

<sup>54</sup> G. GRASSO, *Le Autorità amministrative indipendenti*, cit., p. 93 ss.; A. PATRONI GRIFFI, *Le Autorità amministrative indipendenti nell'ordinamento costituzionale*, cit., p. 11.

<sup>55</sup> TAR Lombardia, sez. II, 6 settembre 2016, n. 1629; Id., 13 agosto 2015, n. 1895.



E' indubbio che l'incerta fase storica che vive attualmente l'Italia (ma è evidente che il ragionamento va esteso a tutti i paesi del mondo) presuppone risposte specifiche per risolvere una situazione che appare sempre più complessa, risposte di cui la politica solo in parte è riuscita a dare avvalendosi anche dell'apprezzamento scientifico dei dati messi a disposizione dalla scienza.

Ma se l'utilizzo dei tecnici nell'organizzazione amministrativa non costituisce assolutamente una novità in quanto, con mutevoli circostanze, è ormai una costante nella storia politica del nostro Paese<sup>56</sup>, discorso ben più complesso è quello di valutare il ruolo svolto dalla tecnica.

Si pensi all'esperienza dei governi tecnici succedutisi in Italia dall'inizio degli anni novanta (Ciampi, Dini, Monti, e per certi versi, Draghi), i quali, pur nell'inevitabile diversità che hanno caratterizzato i ministeri in parola<sup>57</sup>, si sono contraddistinti soprattutto per aver utilizzato la tecnica quale soluzione dei problemi politici attraverso la discutibile prassi di far passare come mere regole tecniche, quelle che in sostanza erano frutto di valutazioni politiche<sup>58</sup>.

Ciò induce a ritenere che, nonostante le connotazioni dei suindicati governi siano risapute, in quanto trattatisi (e trattasi) di esecutivi privi di legittimazione democratica, i cui componenti in buona parte non erano parlamentari e non avevano nessun legame con i partiti, il nodo della «compatibilità con la democrazia» non può essere sciolto solo analizzando la composizione e legittimazione degli stessi, ma valutando innanzitutto i loro obiettivi<sup>59</sup>.

Ma proprio a tal riguardo, le vicende raccontano che gli obiettivi fissati da siffatti esecutivi si sono presto adeguati alle richieste imposte dall'alto dalle tecnocrazie europee, intente a creare gli imperativi dettati da esigenze economico-finanziarie<sup>60</sup>.

Tale stato di cose, alla luce anche della crisi del consenso politico, ha comportato progressivamente la perdita da parte dei partiti del controllo sull'amministrazione<sup>61</sup> e la conseguente legittimazione di quegli apparati tecnici che, grazie alla preparazione dei propri componenti, hanno costituito il vero strumento di affidabilità dell'amministrazione.

Lungi dall'esternare perplessità sull'occorrenza di servirsi dei governi tecnici in determinati momenti di urgenza, in cui sia stata accertata l'impossibilità della

---

<sup>56</sup> Cfr. G. MELIS, *La fuga dell'amministrazione. Ascesa e declino dei tecnici nell'organizzazione dell'Italia unita*, in *Riv. trim. dir. pubbl.*, 2013, p. 469.

<sup>57</sup> Cfr. N. LUPO, *Un governo "tecnico-politico"? Sulle costanti nel modello dei governi "tecnici", alla luce della formazione del governo Draghi*, in *federalismi.it*, n. 8, p. 134 ss.

<sup>58</sup> E. CATELLANI, *Politica e tecnica: presupposti inscindibili del buon Governo*, in G. GRASSO (a cura di), *Il Governo tra tecnica e politica*, Napoli, 2015, p. 124.

<sup>59</sup> Sul punto C. DE FIORES, *Tendenze sistemiche e aporie costituzionali dei governi tecnocratici in Italia*, in *Costituzionalismi.it*, n. 2, 2021, p. 42.

<sup>60</sup> A. LUCARELLI, *Principi costituzionali europei tra solidarietà e concorrenza*, in *Consulta on line*, 7 luglio 2020, passim.

<sup>61</sup> Si rinvia a S. STAIANO, *Trasformazione dei partiti e forma di governo*, in *federalismi.it*, n. 19/2014.



politica di intervenire per risolvere gli obiettivi necessari per il buon funzionamento dello Stato, occorre comunque sottolineare che il conferimento ai tecnici dell'esercizio dell'indirizzo politico non è assolutamente la panacea di tutti i mali che affliggono la politica in genere.

Per di più tale "passaggio di consegne" potrebbe annidare, qualora non fosse delineata la fisionomia istituzionale del governo "tecnico", un rischio serio quale quello della sospensione del processo rappresentativo che costituisce l'humus della democrazia<sup>62</sup> e l'inizio di un regime in cui l'operato della *governance* tecnoburocratica<sup>63</sup> si sostituirebbe al comune circuito democratico Corpo elettorale-Parlamento-Governo<sup>64</sup>.

Ne consegue, che se l'obiettivo di un buon governo è anche quello di incoraggiare una politica di esperti che riesca a combinare sapere e decisione, in modo da considerare tecnica e politica due categorie funzionalmente interconnesse, ciò sembra possibile solo se i due lemmi siano ricondotti sotto l'"alveo" della Costituzione.

A tal riguardo, c'è da osservare che mentre il nostro Testo costituzionale, in ossequio al costituzionalismo moderno, prevede determinati vincoli al potere politico, maggiori problemi, invece, sembrano sorgere riguardo all'individuazione dei limiti prescritti dalla Costituzione alla tecnica.

Del resto, è stato sostenuto da autorevole dottrina<sup>65</sup> che la Costituzione repubblicana non potrebbe limitare la tecnica poiché quest'ultima, privata di ogni valore, si porrebbe in una sfera immune rispetto agli indirizzi costituzionali. La tecnica, in questa prospettiva, non rappresenterebbe altro che un mezzo per raggiungere gli scopi, in ossequio al funzionalismo ormai dominante nella società globalizzata<sup>66</sup>.

A titolo semplificativo, si ponga in mente ai nostri recenti governi, sempre più liberi nel loro agire politico, i quali, mediante solo l'ausilio di una tecnica formalmente corretta, utilizzano sempre maggiormente la questione di fiducia per il raggiungimento degli obiettivi programmatici<sup>67</sup>.

Ma il ruolo della tecnica dentro le dinamiche del governo, quale momento di interdipendenza con la politica, che non si limiti al processo attuativo ma coinvolga anche quello decisionale, non deve essere interpretato quale legittimazione della stessa esistenza di un governo, rendendo pressoché superflua la legittimazione democratico-rappresentativa.

---

<sup>62</sup> E. SEVERINO, *Crisi della tradizione occidentale*, Milano, 1999.

<sup>63</sup> Cfr. J. HABERMAS, *Nella spirale tecnocratica. Un'arringa per la solidarietà europea*, 2013, trad. Roma- Bari, 2014, p. 5 ss.

<sup>64</sup> D. FISICHELLA, *L'altro potere. Tecnocrazia e gruppi di pressione*, Roma- Bari, 1997, p. 54 ss.

<sup>65</sup> Cfr. N. IRTI, *Diritto e mercato*, in *Aa.Vv. Il dibattito sull'ordine giuridico del mercato*, Roma-Bari, 1999.

<sup>66</sup> F. FRACCHIA, *Sooranismi, globalizzazione e diritto amministrativo; sull'utilità di un approccio dialogante e a più dimensioni*, in *federalismi.it*, 2018.

<sup>67</sup> Già in tempi meno sospetti, si rinvia a M. OLIVETTI, *La questione di fiducia nel sistema parlamentare italiano*, Milano, 1996



Così operando, invero, la prospettive funzionaliste si pongono come un nuovo paradigma all'attività di governo, alimentando una tendenza che è quella della "neutralizzazione della politica e spoliticizzazione della Costituzione".

E qui credo che si colga il punto essenziale.

La tecnica, come tutti i poteri limitati, nel momento di confrontarsi con i principi sottesi, deve conformarsi ai dettami stabiliti dalla Costituzione, la quale, nei suoi altissimi principi ispiratori, non riduce tutto al conseguimento di qualsiasi risultato, nel pieno rispetto di quei valori e idealità che consentano il recupero del principio di legalità al più alto livello dell'ordinamento. In altri termini, in un contesto pluralistico e non neutrale quale quello appunto delineato dalla Costituzione, qualsiasi potere e attività deve operare nel pieno rispetto della legalità costituzionale<sup>68</sup>.

In questo sistema, che non è solo concettuale, i diritti non "dipendono" necessariamente dalle leggi e la soggezione alla legge non significa soggezione al legislatore. E' sufficiente, da un lato, ricordare che – secondo l'art. 2 della Costituzione – "la Repubblica" (non "lo Stato") si limita a "riconoscere" e a "garantire" i "diritti inviolabili dell'uomo", presupponendo che questi siano conoscibili *aliunde*; e, dall'altro, che l'art. 3, 2 comma, prevedendo che è "compito della Repubblica rimuovere gli ostacoli di ordine economico e sociale, che... impediscono... l'effettiva partecipazione di tutti i lavoratori all'organizzazione politica, economica e sociale del Paese", promuove l'eguaglianza sostanziale.

A me pare che l'ambiguità della tecnica (e dei governi che si sono negli anni succeduti) che ha generato prospettive funzionaliste e, talvolta, pseudo-scientifiche, soprattutto negli ultimi anni, sia refrattaria proprio ad allinearsi ai super-valori sanciti dalla Costituzione repubblicana.

##### 5. I rapporti tra tecnica e politica alla luce dell'emergenza Covid- 19.

L'esame sui rapporti fra tecnica e politica induce a ulteriori brevi e conclusive considerazioni alla luce dell'emergenza Covid -19.

Mai come in questo periodo, in effetti, appare angusto nell'ambito della decisione pubblica il rapporto tra chi governa e chi è chiamato ad agire mediante conoscenze specialistiche e complesse.

In premessa, va senz'altro precisato che in determinate circostanze come quelle in atto è del tutto opportuno che la politica si serva della consulenza dei tecnici e delle loro conoscenze specialistiche.

A sostegno di ciò, si constata come l'influenza basilare delle informazioni fornite dalla scienza medica nell'emergenza pandemica abbia notevolmente influito, oltre sull'opinione pubblica, sulle decisioni politiche adottate dal governo.

---

<sup>68</sup> G. AZZARITI, *Tecnica, politica, Costituzione. Perché non solo la politica ma anche la tecnica deve essere limitata dalla Costituzione*, in G. GRASSO (a cura di), cit. p. 120.



Tuttavia, nell'ambito di un ragionamento più ampio, ricercare una ponderazione congrua fra protezione della salute, limitazione dei diritti e garanzia del sistema democratico non è affatto di facile soluzione atteso che proprio la crisi pandemica ha riproposto il problema del rapporto tra diritto individuale alla salute e interesse collettivo, alla luce dell'art. 32 Cost.<sup>69</sup>.

Tanto è vero che nella vicenda di specie piuttosto bilanciare gli interessi coinvolti (salute, iniziativa economica, istruzione ecc.) per trovare la soluzione che comporti il sacrificio minore, si è preferito far prevalere il concetto che limitazioni di libertà e diritti fossero sempre ammesse – peraltro non di rado sulla base di atti carenti di motivazione – (si pensi ai casi di certe ordinanze regionali che hanno previsto svariate restrizioni<sup>70</sup>, dalle attività economiche alle scuole in presenza), partendo dal principio che il diritto alla salute sia superiore su tutti gli altri e che, comunque, la precauzione non sia mai troppa.

Del resto non è una novità sottolineare che da sempre chi si augura una collaborazione più stretta tra scienziati e decisori politici, una società insomma in cui le decisioni politiche siano basate sull'oggettività dei fatti concretamente appurati e su supposizioni scientificamente attendibili, poi inevitabilmente rischia di incappare nell'errore di considerare l'evidenza scientifica una verità dogmatica e la politica una mera tecnica di gestione della cosa pubblica<sup>71</sup>.

Non credo, infatti, che ci si allontani molto dalla realtà nel sottolineare che, soprattutto nei primi mesi dell'infezione, alcuni medici, in nome della superiorità della scienza, si sono limitati a fare una medicina "protocollare, difensivistica, subalterni ad algoritmi e a linee guida", scambiando forse troppo precipitosamente per certezza qualche dato dubbio.

A ciò va aggiunto che su alcune questioni gli scienziati si sono espressi in maniera contrastante; basti pensare a ciò che si è detto sull'utilità delle mascherine o sull'opportunità di fare tamponi o test sierologici a tappeto, opinioni discordi, che si sono rapidamente riverberate in disposizioni discordanti da parte delle diverse autorità competenti, a partire dall'OMS.

Certo, a dir il vero, nemmeno la politica sembra aver fatto scelte del tutto coerenti, in quanto, pur ricorrendo alla consulenza degli specialisti per informare e indirizzare le sue deliberazioni e favorire l'osservanza dei provvedimenti che andava approvando, non di rado l'ha utilizzata come paravento dietro cui difendersi nel momento delle decisioni difficili o impopolari.

---

<sup>69</sup> Corte cost., sent., n.5 del 2018.

<sup>70</sup> Si v. F. ZAMMARTINO, BIANCA NICLA ROMANO, *Il complesso e frammentario sistema dei poteri normativi statale e locali nella gestione dell'emergenza da Covid-19*, in *Amministrativ@mente*, n. 2/2020, p. 129 ss.

<sup>71</sup> L. CONTE, *Covid- 19. Le raccomandazioni di etica clinica della SIAARTI. Profilo di interesse costituzionale*, in *Federalismi.it. Osservatorio Emergenza Covid- 19*, 1 aprile 2020.



Ciò induce ad affermare che dinnanzi ad una crisi sanitaria che espone in pericolo una pluralità di principi costituzionali ( si pensi al bene vita) il rapporto tra tecnica e politica nella decisione pubblica sta conoscendo moduli nuovi, «in seno ai quali il dialogo tra quei due poli interconnessi si compie e si esaurisce nell'asse governativo o, meglio, stando agli ultimi accadimenti, nel canale di confronto diretto con il Presidente del Consiglio dei ministri, la cui primeggiante posizione negli attuali assetti endogovernativi appare, malgrado la carenza di leadership politica, innegabile»<sup>72</sup>.

Quanto appena detto, spinge a una riflessione sulla corretta ripartizione di competenze e responsabilità tra scienza e politica perché se alla prima compete il fondamentale dovere di profilare e valutare i rischi determinati, alla seconda spetta gestire quest'ultimi in modo razionale, equilibrato e rispettoso della convivenza democratica.

In altri termini, l'evidenza scientifica deve essere messa sempre in relazione con altri generi di valutazione per lo più politiche, sui contesti, sulle organizzazioni sociali, sulle realtà individuali e collettive<sup>73</sup>.

Senonché, durante tutto il percorso della vicenda pandemica, la tecnica, in più riprese, ha offuscato la politica<sup>74</sup> annichilendo non soltanto la sede di espressione della rappresentanza politica, ma finanche l'organo governo inteso nella sua collegialità.

Si pensi alla gestione della pandemia negli ultimi tempi sostenuta da determinate misure quali le proroghe dello stato di emergenza, che si avvicendano dal luglio 2020, e alla previsione d'introdurre un obbligo vaccinale generalizzato avanzato dal governatore Draghi<sup>75</sup>, misure che peraltro rilevano nella loro portata condizionante alcune incoerenze sul piano della legittimità costituzionale finendo per contrastarsi innanzitutto con il principio d'uguaglianza (art. 3 Cost.), in ragione delle distinzioni nei trattamenti che la stesse innestano<sup>76</sup>.

In queste vicende, i limiti squisitamente politici sono stati ripetutamente confusi con vincoli di ordine scientifico e ciò ha contribuito ad accentuare quella distanza che separa quella che potrebbe chiamarsi la "mitologia dell'emergenza"<sup>77</sup> dalla realtà dei dati medico-scientifici da quella degli strumenti e dei limiti normativi.

---

<sup>72</sup> M. TERZI, *Ancora sul rapporto tra tecnica e politica nell'attuale emergenza di sanità pubblica: dal Comitato tecnico-scientifico al Comitato di esperti in materia economica sociale*, in *Forum di Quaderni costituzionali*, n. 2, 2020, p. 286.

<sup>73</sup> Sul punto, cfr. I. CAVICCHI, *L'evidenza scientifica in medicina*, Padova, 2020.

<sup>74</sup> Si pensi solo all'influenza che hanno avuto soprattutto nel primo periodo della pandemia virale i due Comitati tecnico-scientifici sulle scelte del Governo Conte 2.

<sup>75</sup> V. AZZOLINI, A. MORELLI, *Romanzo emergenziale. Notazione sulla disciplina in materia di Covid*, in *Consulta on line*, fasc. III, 2021, p. 749.

<sup>76</sup> Sul punto V. BALDINI, *La gestione dell'emergenza sanitaria tra ripristino della legalità costituzionale perduta e realizzazione di un nuovo ordine costituzionale. Aspetti problematici della tutela della salute pubblica in tempo di pandemia*, in *Dirittifondamentali.it*, fasc. n.3/2021, p. 298.

<sup>77</sup> V. AZZOLINI, A. MORELLI, *Romanzo emergenziale. Notazione sulla disciplina in materia di Covid*, cit.



Un fenomeno, questo appena accennato, che a mio avviso andrebbe ricondotto al più presto entro il circuito della rappresentanza, tenuto conto anche dell'orizzonte medio lungo periodo entro il quale essa è destinata a protrarsi, per evitare che si rischi di acuire la già complessa crisi istituzionale e sociale che imperversa nelle nostra società.