

ORGANI TECNICI E PRODUZIONE NORMATIVA*

CECILIA SICCARDI**

Sommario

1. Premessa: delimitazione del campo di indagine. – 2. Un breve *excursus* storico: tecnica “strumento” del potere. – 3. Quale modello costituzionale? Tecnica “strumento” dei diritti. – 4. Gli “strumenti” di dialogo tra tecnica e potere normativo. – 5. Gli organi tecnici dell'emergenza sanitaria. – 6. Le ragioni che giustificano il dislocamento della valutazione tecnica fuori dal circuito democratico: tra riserva di scienza e riserva di amministrazione. – 7. L'impatto sul sistema delle fonti. – 8. Gli organi tecnici come strumento di delega delle valutazioni tecnico-scientifiche all'amministrazione. – 9. Organi tecnici e riserva di legge. – 10. L'istruttoria: quali garanzie?. – 11. Incertezza tecnico-scientifica e discrezionalità amministrativa. – 12. Linee guida, protocolli e circolari. – 13. Il PNRR e il ricorso agli esperti per le riforme. – 14. Lo “strumento” tecnico europeo. – 15. Un cambio di prospettiva: la legge come *milestone*. – 16. Riflessioni conclusive.

Abstract

The paper focuses on role of experts committee on legislation. To this end, the paper is divided into three parts. The first part analyses different ways of dialogue between experts and legislative power. The second part focuses on the impact of the experts committee decisions on pandemic legislation. Finally, the last part of the study focuses on the implementation of the National Recovery and Resilience Plan, which opens up new scenarios in the relationship between science and law.

Suggerimento di citazione

C. SICCARDI, *Organi tecnici e produzione normativa*, in *Osservatorio sulle fonti*, n. 2/2022. Disponibile in: <http://www.osservatoriosullefonti.it>

* Il presente contributo costituisce la rielaborazione della relazione tenuta al Convegno annuale dall'Associazione «Gruppo di Pisa» dal titolo *Modello costituzionale e trasformazione del sistema delle fonti nelle crisi economica e pandemica. Emergenza e persistenza* svoltosi a Firenze il 17 e 18 giugno 2022.

** Ricercatrice in Diritto costituzionale, Università degli Studi di Milano.

Contatto: cecilia.siccardi@unimi.it

1. Premessa: delimitazione del campo di indagine

I rapporti tra tecnica e diritto sono stati indagati da studiosi di diverse discipline, sotto molteplici angoli prospettici.

Muovendo la nostra analisi dal titolo della sessione del convegno in cui si è chiamati ad intervenire, la quale fa espresso riferimento ai fattori “esogeni”¹ di condizionamento della produzione normativa, è possibile distinguere almeno due punti di osservazione differenti.

Il primo vede il *diritto* quale fattore di condizionamento della tecnica e, dunque, quale motore o quale limite del progresso tecnico-scientifico.

Il secondo, al contrario, assume la *tecnica* quale fattore di condizionamento del diritto e della formazione delle norme giuridiche.

Questo lavoro, concentrandosi prevalentemente sull’impatto della tecnica ed, in particolare, delle decisioni degli organi tecnici sulla produzione normativa, intende indagare questa seconda prospettiva.

Al fine di evitare confusioni terminologiche e inopportune evasioni dal campo di indagine è doveroso chiarire sin da subito che questo scritto non si occuperà della “tecnologia”, bensì della “tecnica” nei termini che seguono. Giulio Giorello, illustre filosofo della scienza, scriveva che «la tecnica, e poi la tecnologia, che della prima è figlia, è conoscenza e libertà sin da quando l’essere umano ha realizzato i primi manufatti». Se la tecnica è conoscenza, è sapere, «la tecnologia è strumento, è applicazione pratica per realizzare il manufatto»².

Al rapporto tra diritto e tecnologia è stato dedicato lo scorso convegno annuale dell’associazione “Gruppo di Pisa”, tenutosi telematicamente

¹ I. Massa Pinto propone una definizione di fattore “esogeno” mutuata dall’econometria: una variabile esogena che all’interno di un certo modello dato assume un valore indipendente dal modello stesso, influenzando su quest’ultimo senza esserne a sua volta condizionata. Secondo gli econometristi, ciò che è esogeno in una lettura descrittiva, può divenire endogeno in una lettura prescrittiva del modello stesso. Assumendo tale prospettiva il modello di carattere prescrittivo è rappresentato dal sistema costituzionale delle fonti e le variabili sono costituite dai vincoli finanziari, dall’emergenza, dalla tecnica, oggetto delle relazioni della sessione pomeridiana del convegno annuale dell’Associazione Gruppo di Pisa, Modello costituzionale e trasformazione del sistema delle fonti nelle crisi economica e pandemica. Emergenza e persistenza, Firenze 17 e 18 giugno 2022 (d’ora in poi Convegno) cfr. la registrazione della relazione orale della Professoressa Massa Pinto pubblicata sul sito dell’Associazione al seguente link. Sempre sui fattori esogeni, A. Cardone chiarisce come la tecnica, insieme all’emergenza e ai vincoli finanziari, non può essere qualificata letteralmente come “fattore esogeno” di condizionamento della produzione normativa, «ma, piuttosto, in coerenza con le più intime caratteristiche degli ordinamenti costituzionali pluralistici, deve essere considerata come elemento di fatto in grado di orientare l’individuazione del significato attribuibile, in concreto, alle norme costituzionali sui diritti e sul sistema delle fonti». A. CARDONE, *Bozza della relazione illustrativa*, Convegno annuale dell’associazione Gruppo di Pisa, Modello costituzionale e trasformazione del sistema delle fonti nelle crisi economica e pandemica. Emergenza e persistenza, Firenze 17 e 18 giugno 2022, 86, pubblicata sul sito dell’associazione al seguente link .

² D. GILLES, G. GIORELLO, *La filosofia della scienza nel XX secolo*, Laterza, Bari, 2010, 36.

all'Università di Genova e durante il quale sono stati presentati importanti lavori di ricerca che hanno affrontato in modo completo e approfondito le problematiche proprie dell'impatto delle nuove tecnologie, dell'innovazione digitale e dell'avvento dell'intelligenza artificiale sui processi democratici, sul sistema istituzionale, sulle fonti e sulla tutela dei diritti³.

Esclusa così dal campo di indagine la tecnologia, si deve ora definire cosa si intenda, ai soli fini del presente studio, per "tecnica" e per "tecnici". Consapevoli della complessità semantica⁴, sembra particolarmente utile, nell'indagine che qui si conduce, prendere spunto dagli studi di quegli autori che propongono una definizione ampia di tecnica quale «l'area caratterizzata da cognizioni e giudizi emessi sulla base di una scienza specialistica»⁵. Tecnico sarebbe quindi «ogni persona che possiede le conoscenze e le attitudini specializzate necessarie per risolvere un determinato problema»⁶.

Il riferimento ad una concezione così ampia consente di inquadrare al meglio l'oggetto della nostra indagine che ha l'obiettivo di analizzare in che modo l'istituzione di organi "tecnici" di consulenza dell'esecutivo, estranei al circuito democratico-rappresentativo, possa incidere sul sistema delle fonti.

Allo stesso modo, la definizione proposta sembra essere coerente con diversi elementi utili alla definizione del campo di indagine: la natura di tali organi, i quali sono istituiti su iniziativa e presso le amministrazioni dello Stato⁷; i componenti di tali organi, i c.d. tecnici, i quali provengono prevalentemente dal mondo dell'amministrazione; il loro operato che coinvolge non solo meri accertamenti tecnici, ma anche valutazioni tecnico-scientifiche complesse attinenti all'area di diverse scienze specialiste. È questa un'ambiguità di fondo di questi organi che riemerge costantemente nell'analisi: organi tecnici chiamati in causa per applicare un sapere certo e neutrale⁸, la tecnica, si

³ Si veda la raccolta di contributi P. COSTANZO, L. TRUCCO, *Il diritto costituzionale e le sfide dell'innovazione tecnologica. Atti del Convegno di Genova, 18-19 giugno 2021*, Editoriale Scientifica, Napoli, 2022.

⁴ Per un'approfondita analisi delle diverse accezioni di tecnica A. IANNUZZI, *Il diritto capovolto. Regolazione a contenuto tecnico-scientifico e Costituzione*, Editoriale Scientifica, Napoli, 2018, 12 ss.

⁵ G. GUARINO, *Tecnici e politici nello stato contemporaneo*, in *Scritti di diritto pubblico dell'economia e di diritto dell'energia*, Giuffrè, Milano, 10.

⁶ *Ibidem*.

⁷ Sulla difficile distinzione tra tecnica e amministrazione P. CARROZZA, *Tecnica e politica: la necessaria complementarietà*, G. GRASSO (a cura di), *Il Governo tra tecnica e politica*, Editoriale Scientifica, Napoli, 81 ss. su cui si veda anche C. NAPOLI, *Il ruolo della formazione della classe dirigente nella tensione tra politica e tecnica-amministrazione*, in P. BIANCHI, E. A. FERIOLI, G. MARTINICO, C. NAPOLI, *Scritti in memoria di Paolo Carrozza*, Pisa University Press, Pisa, 2021, 589 ss.

⁸ Non si può non richiamare il noto pensiero di C. Schmitt, il quale ritiene al contrario che «la tecnica è sempre e soltanto strumento e arma e proprio per il fatto che serve a tutti non è neutrale». Ancora, «la tecnica non è più terreno neutrale nella linea di quel processo di neutralizzazione ed ogni politica di potenza può servirsi di essa» cfr. C. SCHMITT, *L'epoca delle neutralizzazioni e delle politicizzazioni*, in ID. *Le Categorie del politico*, trad. it. P. Schiera, Il Mulino, Bologna, 1932, 167 ss.

scontrano con questioni scientifiche complesse e sulle quali non vi è alcuna certezza.

La nomina di tali organi ha caratterizzato in modo evidente il periodo pandemico, durante il quale «è stato di certo essenziale il ruolo dei tecnici, quali ispiratori delle decisioni via via adottate»⁹. È noto, infatti, che sin dalle prime fasi dell'emergenza sono stati nominati dall'esecutivo organi tecnici, come il Comitato tecnico-scientifico, volti ad arginare le conseguenze derivanti dalla diffusione del virus Covid-19 e tale opzione è stata confermata anche al fine di raggiungere gli obiettivi del Piano nazionale di ripresa e resilienza.

La pandemia ha quindi offerto la drammatica occasione per studiare un tema classico della dottrina pubblicistica, esasperando le problematiche conseguenze del coinvolgimento degli organi tecnici nella produzione delle norme, prima fra queste la marginalizzazione della legge e del Parlamento a fronte del rafforzamento dei poteri normativi e para normativi del Governo. Tale circostanza è certamente dovuta alla situazione emergenziale, ma, come si avrà modo di argomentare, la c.d. *fuga dalla legge* costituisce uno degli effetti tipici del ricorso alla tecnica ai fini della produzione normativa.

Al fine di indagare l'impatto del coinvolgimento degli organi tecnici sul sistema delle fonti si è scelto di suddividere questa relazione in tre parti.

In questa prima parte si vogliono individuare le diverse modalità di dialogo tra tecnica e potere normativo, tra le quali gli organi tecnici rappresentano solo un'opzione possibile. Anche a partire da un *excursus* storico si tenterà di mettere in luce come le diverse modalità di dialogo tra tecnici e potere normativo, possano incidere non solo sui "contenuti", ma anche sulle "forme" delle fonti del diritto.

Nella seconda parte, si porrà l'attenzione sull'impatto dei pareri degli organi tecnici di consulenza governativa sulla produzione normativa. Caso emblematico di studio è costituito dagli organi tecnici, ed in particolare dal Comitato tecnico scientifico, istituiti per far fronte all'emergenza sanitaria dovuta alla diffusione del *virus* Covid-19.

Infine, l'ultima parte dello studio è dedicata all'analisi dell'elaborazione e dell'attuazione del Piano nazionale di ripresa e resilienza, il quale sembra aprire nuovi scenari nei rapporti tra tecnica e diritto.

2. Un breve *excursus* storico: tecnica "strumento" del potere

Al fine di indagare le conseguenze del coinvolgimento degli organi tecnici sul sistema delle fonti, si è scelto di iniziare la ricerca con un breve *excursus* storico relativo al rapporto tra tecnici e potere normativo durante il regime

⁹ I. MASSA PINTO, *La tremendissima lezione del Covid-19 (anche) ai giuristi*, in *Questione Giustizia*, 2020.

fascista. Tale indagine consente non solo di riflettere su un tema drammaticamente attuale¹⁰, ovvero il ruolo dei tecnici nella preparazione del diritto bellico, ma anche di comprendere le radici più profonde dei principi costituzionali che regolano il rapporto tra la tecnica e il potere normativo (*infra* par. 3).

In generale, è possibile affermare che nelle guerre sembrano manifestarsi, nella loro maggior latitudine, due linee di tendenza, che caratterizzano anche le altre crisi: l'accentramento dei poteri in mano all'esecutivo e il coinvolgimento di consulenti tecnici per sostenere e legittimare le politiche del Governo.

Mentre altre tipologie di crisi si contraddistinguono, talvolta, per la presenza di esecutivi "deboli", i quali ricorrono ai tecnici per rafforzare le proprie decisioni politiche, le guerre e le fasi di preparazione al conflitto sono diversamente caratterizzate da esecutivi "forti", i quali si avvalgono dei tecnici per delineare la strategia bellica o per legittimare scelte politiche, altrimenti scomode innanzi all'opinione pubblica.

Ciò è avvenuto anche negli anni che hanno preceduto la Seconda guerra mondiale, durante i quali l'analisi del rapporto tra tecnici e politici è inevitabilmente legata alle caratteristiche del regime totalitario e a quel peculiare sistema delle fonti¹¹.

Sin dai primi anni della sua esistenza, il partito fascista si dedicò alla

¹⁰ Ci si riferisce ovviamente al conflitto avviato a partire dall'invasione russa in Ucraina il 24 febbraio 2022. Nel momento in cui si scrive, in cui il conflitto è ancora in corso, un'analisi relativa all'impatto della tecnica sul sistema delle fonti in materia rischierebbe di apparire superficiale o di essere smentita in pochi giorni e, pertanto, si intende porre l'attenzione sul passato, il quale mette ben in luce il dialogo tra tecnici e politici, nella preparazione della Seconda guerra mondiale, dalle cui ceneri è poi nata la nostra Carta costituzionale. Sull'impatto dell'emergenza bellica in Ucraina sul sistema delle fonti, tra livello sovranazionale e locale, si vedano le approfondite riflessioni di A. LO CALZO, *Interazioni tra dimensione sovranazionale e dimensione Nazionale nella produzione normativa: tra crisi "endemiche" e nuove emergenze*, cit. Per quanto attiene al rapporto tra le fonti nazionali e locali, sullo stesso tema S. LIETO, *L'impatto dell'emergenza sanitaria ed economica da Covid-19 sul sistema delle fonti tra livello statale, regionale e locale*, cit., secondo la quale per fronteggiare l'emergenza bellica il Governo italiano avrebbe «sostanzialmente riproposto lo schema di intervento normativo adottato in occasione della pandemia». Inoltre, sui profili costituzionalistici del conflitto in corso si rinvia agli studi di tema M. BENVENUTI, *Le conseguenze costituzionali della guerra russo-ucraina. Prime considerazioni*, in *Osservatorio Aic*, 3/2022; G. DE VERGOTTINI, *La Costituzione e il ritorno della guerra*, in *Osservatorio Aic*, 3/2022. Infine, in generale, sul diritto bellico P. CARNEVALE, E. GREPPI, K. ROUDIER, *Il diritto della Guerra e della Pace*, Editoriale Scientifica, Napoli, 2019.

¹¹ Sul sistema delle fonti durante il regime e sulla discontinuità con l'ordinamento costituzionale cfr. M. D'AMICO, *La continuità tra regime fascista e avvento della Costituzione repubblicana*, in M. D'AMICO, A. DE FRANCESCO, C. SICCARDI, *L'Italia ai tempi del ventennio fascista. A ottant'anni dalle leggi antiebraiche*, FrancoAngeli, Milano, 2019. Con specifico riferimento alla legislazione razziale e al sistema delle fonti in epoca fascista cfr. P. CARETTI, A. CARBONE, *La parabola della legislazione razziale. Alcuni appunti in tema di fonti del diritto*, in G. BRUNELLI, A. PUGIOTTO, A. VERNESI (a cura di), *Scritti in onore di Lorenza Carlassare. Il diritto costituzionale come regola e limite al potere*, Jovene, Napoli, 2009, 2213 ss.

formazione di c.d. “gruppi di competenza”, i quali avevano il compito di formare esperti da impiegare nell’amministrazione dello Stato e nelle società partecipate e in enti paralleli, come gli enti Beneduce (INA, IRI, IMI CREDIOP)¹². Tra questi merita di essere ricordato, in particolare, l’istituto mobiliare italiano (IMI) che, come si vedrà, ha assunto un ruolo nelle politiche economiche della guerra.

La preparazione della guerra era stata avviata, già nel 1925 con l’approvazione della legge n. 969/1925 «Organizzazione della Nazione per la guerra».

All’articolo n. 4 erano disciplinate le modalità di «mobilitazione della nazione per la guerra», le quali miravano a coinvolgere non solo il corpo militare, ma comprendevano anche «la mobilitazione civile» che consisteva «nel passaggio delle pubbliche amministrazioni, delle industrie, dei servizi, aziende ed enti necessari alla vita, alla resistenza ed alla difesa della nazione, dallo stato di pace allo stato di guerra».

Come evidenziato dagli storici, la mobilitazione degli industriali non fu decisiva nella preparazione della guerra, a causa dell’arretratezza dell’apparato industriale italiano¹³. In tale mobilitazione fu invece coinvolto, almeno in parte, il Consiglio nazionale delle ricerche (di seguito CNR), alla cui presidenza fu nominato, nel 1938, Pietro Badoglio, l’allora capo delle forze armate. Si creava così un collegamento fortissimo tra scienziati, tecnici della guerra e amministrazione dello Stato che, tuttavia, non si tradusse mai in un reale coinvolgimento del Centro nazionale delle ricerche nelle attività belliche¹⁴.

Il CNR ebbe piuttosto un ruolo cruciale nella preparazione dell’economia di guerra e nello sviluppo delle politiche autarchiche del regime, imposte a seguito delle sanzioni applicate dalla Società delle nazioni, a seguito della guerra in Etiopia¹⁵.

In un celebre discorso tenuto nel 1936 alla Camera delle cooperazioni Mussolini affermava che a causa della «guerra economica, della guerra invisibile - inaugurata da Ginevra contro l’Italia» – era necessario «vedere se e in quali limiti l’Italia può realizzare la sua autonomia economica nel settore della

¹² Sugli enti Beneduce cfr. R. FERRETTI, *L'Iri nel sistema politico-amministrativo fascista*, in *Storia amministrazione Costituzione*, 1/2013, 109 ss. In generale sulla storia dei “tecnici” in politica cfr. L. CASTELLANI, *L'ingranaggio del potere*, Liberilibri, Macerata, 2020, 111. Si tenga conto che anche il Manifesto dei Fasci del 1919 proponeva «la valorizzazione della guerra rivoluzionaria al di sopra di tutto e di tutti», anche mediante la «formazione di *Consigli Nazionali tecnici* del lavoro, dell’industria, dei trasporti, dell’igiene sociale, delle comunicazioni, ecc. eletti dalle collettività professionali o di mestiere, con *poteri legislativi*, e diritto di eleggere un Commissario Generale con poteri di Ministro».

¹³ Cfr. N. LABANCA, *Il fascismo e la preparazione della guerra: tecnici e politici*, in *Il Contributo italiano alla storia del Pensiero*, 2013.

¹⁴ Analizza il rapporto tra scienza e regime R. MAIOCCHI, *Il fascismo e la scienza*, in *Il Contributo italiano alla storia del Pensiero*, 2013.

¹⁵ *Ibidem*.

difesa nazionale» e «procedere all'inventario delle nostre risorse e stabilire inoltre quel che ci può dare la tecnica e la scienza. Per questo abbiamo creato e date le agevolazioni necessarie al Consiglio Nazionale delle Ricerche»¹⁶.

A fronte dell'aumento di fondi, al CNR venne attribuito un duplice compito nello sviluppo delle politiche autarchiche.

Da un lato, spettava al CNR la stima del fabbisogno di materie prime in caso di guerra. A questo scopo venne istituita anche una Commissione interministeriale per le materie prime, formata da tecnici ministeriali, tecnici militari e scienziati, la quale aveva il compito di presentare una relazione al Consiglio nazionale di difesa sulle stime del fabbisogno in caso di guerra¹⁷.

Dall'altro lato, il d.l. n. 1480/1938 e gli atti attuativi avevano attribuito al CNR la competenza nella valutazione dei progetti autarchici delle industrie. Più precisamente, si prevedeva una valutazione preliminare sull'attribuzione del finanziamento da parte del Comitato Tecnico Consultivo per l'Autarchia, nominato presso l'IMI e composto da un membro dell'IMI, uno del Ministero delle Finanze, uno del Ministero delle Corporazioni, uno della Confederazione Fascista degli Industriali, ed infine un esponente del Consiglio Nazionale delle Ricerche. Per la valutazione scientifica dei progetti industriali il Comitato si avvaleva a sua volta del parere del Consiglio nazionale delle ricerche¹⁸.

Oltre che nello sviluppo dell'economia bellica, gli scienziati e i tecnici servirono al regime per fondare l'ideologia che giustificava il conflitto armato e che avvicinava l'Italia agli alleati.

I demografi, ad esempio, ebbero un ruolo fondamentale nello sviluppo delle politiche demografiche, incentrate sullo *slogan* bellico «numero è potenza». A proposito, è possibile ricordare come Corrado Gini, Presidente dell'Istituto nazionale di Statistica «pur nutrendo forti dubbi circa la possibilità effettiva di una espansione indotta da misure politiche», «si presentò in pubblico come scienziato noto internazionalmente che veniva a dare supporto alla politica demografica del fascismo»¹⁹.

Infine, non si può non richiamare il «Manifesto degli scienziati razzisti» che ha anticipato le leggi antiebraiche. Si tratta di un documento controverso, stilato, secondo alcuni, sotto dettatura di Mussolini, costituendo il prodotto non di «una controversia scientifica, bensì di una radice ideologica:

¹⁶ Discorso pronunciato alla II assemblea delle corporazioni del 23 marzo del 1936 e pubblicato sul sito dell'Archivio Luce.

¹⁷ Sul ruolo di questa commissione si veda ancora R. MAIOCCHI, *Il fascismo e la scienza*, cit.

¹⁸ Analizza il ruolo di tali enti nello sviluppo delle politiche autarchiche del regime F. NEMORE, *La politica autarchica del fascismo: tra industria e ricerca scientifica*, in *Il Mondo degli Archivi*, 2015.

¹⁹ Ne dà conto R. MAIOCCHI, *La scienza e il regime: sostegno o contrapposizione?*, in M. D'AMICO, C. SICCARDI, A. DE FRANCESCO (A CURA DI), *L'Italia ai tempi del ventennio fascista*, cit., 132.

l'affermazione della diversità delle razze era solo la premessa o il pretesto dell'ideologia razzista»²⁰. Secondo altri, invece, gli scienziati avevano contribuito al manifesto e servirono a legittimare il «razzismo ufficiale, svolgendo un ruolo che è stato agli antipodi di ogni forma di ragionevolezza»²¹.

È noto che il Manifesto fondò la nozione di razza contenuta nel Regio decreto-legge n. 1728/1938 «Provvedimenti per la difesa della razza italiana», il quale fra l'altro, all'art. 26 prevedeva che «le questioni relative all'applicazione del presente decreto saranno risolte, caso per caso, dal Ministro per l'interno, sentiti i Ministri eventualmente interessati, e previo parere di una Commissione da lui nominata», aggiungendo che «il provvedimento non è soggetto ad alcun gravame, sia in via amministrativa, sia in via giurisdizionale». I suggerimenti degli scienziati dunque furono inglobati nelle fonti del regime, caratterizzate da un accentramento dei poteri normativi del Governo da parte della l. 100/1925 e da uno «stillicidio» di circolari amministrative con contenuti normativo²².

Quanto appena affermato è da leggersi ovviamente alla luce della peculiare forma di «legalità», o meglio di «pretesa di legalità»²³ propria del regime fascista, la quale si pone in netto contrasto con il modello costituzionale.

3. Quale modello costituzionale? Tecnica «strumento» dei diritti

Nel saggio «Politica e tecnica» del 1945, Norberto Bobbio evidenzia come dalla scissione tra tecnica e politica derivano due «atteggiamenti» propri dell'epoca fascista e prefascista: il *politico incompetente* e il *tecnico apolitico*.

Il primo predica il politicantismo «il modo di far della politica senza cognizioni specifiche, affidandosi esclusivamente all'istinto o peggio al futuro»²⁴.

Il secondo, nascondendosi dietro all'apoliticismo, «è pronto a servire qualsiasi padrone» è «strumento e come tale si piega al volere e agli interessi del

²⁰ Così V. ONIDA, *Le "radici" delle leggi razziali*, in *ivi*, 161

²¹ Il riferimento è ancora a R. MAIOCCHI, *La scienza e il regime: sostegno o contrapposizione?*, cit., 130. Sulle origini dell'ideologia razzista si vedano anche le tesi di P. Caretti, secondo il quale l'ideologia razzista ha trovato il suo «primo terreno di coltura nella legislazione coloniale degli anni precedenti (a partire dal 1933)» cfr. P. CARETTI, *Il razzismo del regime fascista: dalla legislazione coloniale alle leggi antiebraiche alla Repubblica sociale*, in M. D'AMICO, C. SICCARDI, A. DE FRANCESCO (a cura di), *L'Italia ai tempi del ventennio fascista*, cit., 163.

²² Sul tema delle circolari nel regime fascista si veda M. D'AMICO, *L'amministrazione creatrice ed esecutrice del diritto*, in *Rivista Aic*, 4/2018. Inoltre, si veda ancora a P. CARETTI, A. CARBONE, *La parabola della legislazione razziale. Alcuni appunti in tema di fonti del diritto*, in G. BRUNELLI, A. PUGIOTTO, A. VERONESI (a cura di), *Scritti in onore di Lorenza Carlassare. Il diritto costituzionale come regola e limite al potere*, Napoli, 2009, 2213 ss.

²³ C. STORTI, *Ancora sulla legalità nel fascismo*, in M. D'AMICO, A. DE FRANCESCO, C. SICCARDI, *L'Italia ai tempi del ventennio fascista*, cit., 48.

²⁴ N. BOBBIO, *Politica e Tecnica*, in *ID.*, *Tra le due Repubbliche. Alle origini della Democrazia Italia*, con nota storica di T. Greco, Donzelli Editore, Roma, 1996, 3. Si tratta di un saggio pubblicato in una raccolta di scritti che raccontano l'impegno in prima persona del Filosofo nel Partito di Azione.

primo che vi ponga le mani». Di conseguenza, «l'impostazione di una nuova e vigorosa democrazia in Italia» deve essere perseguita mediante «l'inserimento della tecnica nella vita politica: il che vuol dire ridare alla tecnica quell'anima che l'ottundimento di tanti anni le ha sottratta, farla ritornare libera e quindi responsabile, condurla ad essere essa stessa guida di sé e non strumento, attività cosciente della propria forza, dell'utilità che essa reca, se usata per nobili scopi, della moralità nuova che essa racchiude in un mondo di uomini liberi padroni del proprio destino»²⁵.

Questo auspicio si riflette solo in parte nella Costituzione del 1948, la quale si fonda sui principi di autonomia della scienza e del potere politico, senza prevedere espressamente strumenti che “inseriscano” il sapere tecnico-scientifico nella vita politica, né vincoli in tal senso.

Da un lato, è noto che l'articolo 33 della Costituzione, configurando espressamente la scienza come “libertà”²⁶, evidenzia l'esigenza costituzionale di “autonomia” delle scienze²⁷, evitando ingerenze da parte del potere politico. Tale esigenza era chiara ai Costituenti, i quali, consacrando per la prima volta, il valore costituzionale della scienza, miravano ad evitare che quest'ultima diventasse strumento al servizio del potere della classe politica dominante²⁸.

Dall'altro lato, «dall'impianto complessivo del nostro ordinamento repubblicano, strutturato come Stato costituzionale fondato su una democrazia

²⁵ *Ivi*, 6.

²⁶ Di recente sulla scienza come libertà P. VERONESI, *La scienza secondo la Costituzione italiana e (le sue applicazioni)*, in *BioLaw Journal-Rivista di BioDiritto*, n. 3/2021, 158. Secondo l'A. dall'art. 33 della Costituzione discenderebbe «un argine protettivo avverso le sempre possibili intrusioni statali (od'altra provenienza) nel mondo del pensiero scientifico. A quest'ultimo sono quindi garantite sia l'indipendenza, sia la conseguente libertà d'azione». Si vedano, inoltre, le profonde riflessioni di R. CAVALLO PERIN, *Il contributo italiano alla libertà di scienza nel sistema delle libertà costituzionali*, in *Dir. Amm.*, 3/2021, 608 secondo il quale «la natura giuridica della libertà di scienza è generalmente configurata come diritto soggettivo di libertà in senso proprio: come diritto soggettivo individuale, la cui protezione, si è detto, è efficace *erga omnes*». In generale, sulla libertà della scienza S. LABRIOLA, *Libertà di scienza e promozione della ricerca*, Cedam, Padova, 1979; G. FONTANA, *Commentario Costituzione - Art. 33*, in R. BIFULCO, A. CELOTTO, M. OLIVETTI (a cura di), *Commentario alla Costituzione*, Utet, Torino, 2006; A. MURA, *Art. 33 Cost.*, in G. BRANCA (a cura di), *Commentario della Costituzione*, Bologna - Roma, Zanichelli, 1976, 229.

²⁷ L'oggetto della tutela costituzionale è ampio e si sottrae «ad ogni limitazione di campo, di disciplina o di sapere» come nota L. BUSATTA, *Tra scienza e norma: il fattore scientifico come oggetto, strumento e soggetto della regolazione*, in *Costituzionalismo*, 1/2022. In tale nozione, possono essere ricomprese diverse aree specialistiche oggetto delle valutazioni degli organi tecnici.

²⁸ L. CHIEFFI, *Ricerca scientifica e tutela della persona*, Edizioni Scientifiche Italiane, Napoli, 1993, 27 riporta come i Costituenti vollero affermare il fermo «ripudio dello stato di asservimento della cultura alla volontà e alla ideologia della classe politica dominante che (...) fu imposta durante il ventennio fascista. Lo Stato totalitario, nell'attuazione di un disegno volto a penetrare ogni settore della società, si serviva della cultura, compresa quella scientifica, esclusivamente a fini propagandistici e strumentali alle sue mire espansioniste (...)». Ricostruisce in modo approfondito il dibattito in Assemblea Costituente L. DEL CORONA, *La libertà costituzionale della scienza fra diritto e politica*, in corso di pubblicazione.

rappresentativa», si desume con chiarezza «la piena autonomia degli apparati pubblici investiti del potere di produzione delle regole del diritto»²⁹. Tale impostazione si riflette sulle norme costituzionali che regolano il procedimento legislativo, le quali non prevedono alcun *iter* specifico per le leggi a contenuto tecnico-scientifico.

La necessità costituzionale di un raccordo tra potere legislativo e sapere tecnico-scientifico è stata individuata in via successiva nella giurisprudenza della Corte costituzionale, quale presupposto essenziale del rispetto del principio di ragionevolezza.

Più precisamente è possibile tenere distinti tre ambiti di riferimento.

In primo luogo, nei settori a contenuto tecnico-scientifico, la Corte costituzionale, è arrivata ad affermare il principio di ragionevolezza scientifica³⁰. In alcune notissime pronunce in ambito medico-sanitario, tra le quali la sentenza n. 282 del 2002 rappresenta solo il *leading case*, si legge che «un intervento sul merito delle scelte terapeutiche in relazione alla loro appropriatezza non potrebbe nascere da valutazioni di pura discrezionalità politica dello stesso legislatore, bensì dovrebbe prevedere l'elaborazione di indirizzi fondati sulla verifica dello stato delle conoscenze scientifiche e delle evidenze sperimentali acquisite tramite istituzioni e organismi a ciò deputati (...) o comunque dovrebbe costituire il risultato di una siffatta verifica»³¹. Sussiste, dunque,

²⁹ E. CHELI, *Scienza, tecnica e diritto: dal modello costituzionale agli indirizzi della giurisprudenza costituzionale*, in *Rivista Aic*, 1/2017 secondo il quale il "modello costituzionale" è fondato, da un lato sull'autonomia della scienza e, dall'altro lato, sull'autonomia del potere politico. Nello stesso senso si veda anche E. CASTORINA, *Scienza, tecnica e diritto costituzionale*, in *Rivista Aic*, 4/2015, 5 ss. Vi sono autori che richiamano anche l'art. 9 della Costituzione al fine di evidenziare come «la Carta costituzionale lungi dall'essere indifferente al fenomeno scientifico e tecnologico abbia, invece, inteso attribuire alla Repubblica italiana il connotato di una forma di Stato culturale all'interno della quale lo sviluppo della ricerca scientifica costituisce un vero e proprio principio fondamentale» cfr. F. G. PIZZETTI, *Decisione politica ed expertise tecnico*, G. DE MINICO, M. VILLONE, *Stato di diritto emergenza tecnologia*, in *Consulta Online*, 2020, 110.

³⁰ Vi è infatti chi nota come tale principio, non essendo esplicitato nel testo costituzionale, rappresenti una creazione della giurisprudenza costituzionale A. MANGIA, *Si caelum digito tetigeris. Osservazioni sulla legittimità costituzionale degli obblighi vaccinali*, in *Rivista Aic*, 3/2021, 432.

³¹ Le altre sentenze in cui la Corte ribadisce questo principio, sempre in ambito medico sanitario, sono C. Cost. sent. n. 338 del 2003; C. cost. sent. n. 8 del 2011, C. cost. sent. n. 162 del 2014; C. cost. sent. n. 274 del 2014; C. Cost. sent. n. 169 del 2017. Inoltre, la Corte costituzionale ha ripreso lo stesso inciso in una sentenza in materia ambientale: C. cost. sent. n. 116 del 2006. Sono numerosi gli studi in dottrina a commento della giurisprudenza costituzionale sotto il profilo della ragionevolezza scientifica, quale vincolo alla discrezionalità del legislatore cfr. in ordine cronologico L. BUSATTA, *Tra scienza e norma: il fattore scientifico come oggetto, strumento e soggetto della regolazione*, in *Costituzionalismo.it*, 1/2021, 132; ss., G. RAGONE, *Eine empirische Wende? La Corte costituzionale e le sfide della complessità tecnico-scientifica*, Giappichelli, Torino, 2020, 137 ss., la quale ritiene che il controllo di ragionevolezza estrinseca si sostanzia in un vincolo procedurale sull'*iter* legislativo; A. IANNUZZI, *Il diritto capovolto*, cit., 162 ss. S. PENASA, *La «ragionevolezza scientifica» delle leggi nella giurisprudenza costituzionale*, in *Quaderni costituzionali*, 4/2009, 817 ss.; G. D'AMICO, *Scienza e diritto nella prospettiva del giudice delle leggi*, SGB, Messina, 2008; L. VIOLINI, *La tutela della salute e*

un vincolo procedurale che impone al legislatore di fondare le proprie scelte su conoscenze tecnico-scientifiche, reperibili presso istituzioni o organismi riconosciuti³². Lo stesso principio è stato ribadito in numerose altre pronunce, tra cui la sentenza n. 162 del 2014 che, dichiarando l'illegittimità costituzionale del divieto di fecondazione eterologa, sembra mettere ben in luce l'intima connessione tra principio di ragionevolezza scientifica e la tutela dei diritti. Il legislatore deve, infatti, tener conto «degli indirizzi fondati sulla verifica dello stato delle conoscenze scientifiche e delle evidenze sperimentali acquisite, tramite istituzioni e organismi a ciò deputati, anche in riferimento all'accertamento dell'esistenza di una lesione del diritto alla salute psichica ed alla idoneità e strumentalità di una determinata tecnica a garantirne la tutela nei termini nei quali essa si impone alla luce della nozione sopra posta» (C. cost. sent. n. 162 del 2014)³³.

In secondo luogo, vengono in rilievo quelle norme che non incidono direttamente su settori a contenuto tecnico-scientifico, ma sono “guidate” dalla scienza³⁴. Tale circostanza può dirsi esplosa durante il periodo pandemico,

i limiti al potere di legiferare: sull'incostituzionalità di una legge regionale che vieta specifici interventi terapeutici senza adeguata istruttoria tecnico-scientifica, in *Le Regioni*, 1450 ss.; Q. CAMERLENGO, *Indizi di perdurante asimmetria tra legge statale e legge regionale. La primazia delle valutazioni scientifiche*, in *Istituzioni del federalismo*, 5, 685 ss. Vi sono studiosi che fanno riferimento alla «“relazionalità cognitiva”, intendendo con questo termine la necessità, per comprendere e giudicare correttamente l'esercizio della discrezionalità legislativa, di mettersi in relazione con le acquisizioni tecnico-scientifiche disponibili ovvero di rispettare lo spazio in cui altri saperi tecnico-scientifici sono chiamati ad esercitare la propria competenza» cfr. C. DI COSTANZO, A. SIMONCINI, *Il contributo della Corte costituzionale allo sviluppo del biodiritto*, in *BioLaw Journal-Rivista di BioDiritto*, 2/2019, Special Issue, 208.

³² Tale vincolo ha portato la dottrina ad interrogarsi sull'esistenza del principio costituzionale di riserva di scienza cfr. C. CASONATO, *La scienza come parametro interposto di costituzionalità in generale*, in *Rivista Aic*, 2/2016. D. SERVETTI, *Riserva di scienza e tutela della salute. L'incidenza delle valutazioni tecnico-scientifiche di ambito sanitario sulle attività legislative e giurisdizionale*, Pisa, 2019. Critico riguardo alla riserva di scienza G. FONTANA, *Tecno-scienza e diritto al tempo della pandemia (considerazioni critiche sulla riserva di scienza)*, in *Osservatorio sulle fonti*, 1/2022, 814. Quest'ultimo, fra l'altro, ritiene che la riserva di scienza si fondi su una concezione «obsoleta della ricerca scientifica che non tiene conto della complessità e del pluralismo che connotano dall'interno le singole partizioni in cui si articola la scienza medica».

³³ A commento della sentenza n. 162 del 2014 sotto questi profili cfr. M. D'AMICO, *Scienza e diritto nella giurisprudenza costituzionale*, in AA.VV., *Scritti in onore di Gaetano Silvestri*, Giappichelli, 718 ss. B. LIBERALI, *Problematiche costituzionali nelle scelte procreative. Riflessioni intorno alla fecondazione medicalmente assistita e all'interruzione volontaria di gravidanza*, Giuffrè, Milano, 2017, 222 ss.

³⁴ Il riferimento è a A. IANNUZZI, *Leggi “science driven” e CoViD-19. Il rapporto fra politica e scienza nello stato di emergenza sanitaria*, in *BioLaw Journal-Rivista di BioDiritto, Special Issue*, 1/2020, 119. Altri autori e autrici usano l'espressione *science related Law*, ovvero leggi mutate dalla scienza. Analizza la giurisprudenza costituzionale in ambito *science related* G. RAGONE, *Imparare dalla pandemia: saperi scientifici e processi di decisione politica*, in *Quaderni costituzionali*, 1/2022, 80 ss. In particolare, l'A. si riferisce alla sentenza della Corte costituzionale n. 116 del 2006 in materia ambientale, che qui, invece, si è classificata tra la giurisprudenza concernente norme a contenuto

in cui le conoscenze scientifiche veicolate principalmente tramite le decisioni di organi tecnici hanno coinvolto ogni ambito della vita sociale, incidendo su diritti costituzionalmente garantiti: sulla libertà personale (art. 13 Cost.), sulla libertà di riunione (art. 17 Cost.), sulla libertà di circolazione (art. 16 Cost.), sul diritto allo studio (art. 34 Cost.), sulla libera iniziativa economica (art. 41 Cost.), e così via; diritti costituzionali limitati da norme “guidate” dal sapere dei tecnici, in nome della necessaria tutela “urgente” del diritto alla salute (art. 32 Cost.).

Pertanto in tali settori il vincolo di ragionevolezza scientifica imposto al legislatore si attenua, dovendo il legislatore effettuare un bilanciamento tra le indicazioni provenienti dalla scienza e la tutela di diritti costituzionalmente coinvolti³⁵.

Infine, deve tenersi in conto che anche negli ambiti che non sono strettamente a contenuto tecnico-scientifico, viene in rilievo il principio di ragionevolezza che impone al legislatore una valutazione consapevole dei fatti oggetto di regolamentazione³⁶, la quale sarà più efficiente se operata mediante la guida di tecnici esperti³⁷. È probabile, infatti, che norme non al passo con il sapere tecnico-scientifico in qualsiasi ambito rischino di essere irragionevoli e pertanto lesive dei principi costituzionali.

Alla luce del quadro costituzionale appena esposto, si comprende come

tecnico-scientifico, nonché alla sentenza della Corte costituzionale n. 114 del 1998, vertente sulle norme del codice penale sulla circostanza dell'abitudine nell'ubriacatezza e nell'uso di stupefacenti rispetto a quella della cronica intossicazione da alcool o droghe.

³⁵ Tale tesi sembra confermata anche dalla giurisprudenza della Corte costituzionale: nella sentenza n. 282 del 2002 si legge, infatti, che nelle materie a contenuto tecnico-scientifico la discrezionalità legislativa è limitata e deve rifarsi alle conoscenze scientifiche «salvo che entrino in gioco altri diritti o doveri costituzionali». Valorizza il predetto passaggio della giurisprudenza costituzionale C. CASONATO, *La scienza come parametro interposto di costituzionalità in generale*, cit., 11. Analogamente P. VERONESI, *La scienza secondo la Costituzione italiana e (le sue applicazioni)*, cit., 154 secondo il quale «le esigenze della scienza – come accade per un qualsiasi diritto fondamentale – sono inoltre da ponderare e bilanciare allorché vengano a collidere con altri interessi confluenti nelle particolari fattispecie di volta in volta in esame».

³⁶ A proposito si richiama quanto sapientemente espresso da F. Bilancia nell'intervento orale tenuto nell'ambito dell'Atelier n. 2 del Convegno: l'analisi dei presupposti di fatto di una scelta normativa deve essere orientata dal principio del merito, il quale impone che tale indagine avvenga secondo parametri oggettivi cfr. la registrazione disponibile al seguente link. Sul tema si veda l'ampio studio di M. SALERNO, *Contributo al principio costituzionale del merito*, Giappichelli, Torino, 2020, spec. 35 ss.

³⁷ In questo campo, il legislatore potrebbe far ricorso non solo agli esperti delle scienze mediche o delle scienze c.d. esatte, ma anche delle scienze umane e sociali. In relazione a questi ultimi ambiti, si ritiene utile richiamare gli studi che in dottrina hanno posto l'attenzione sulla centralità del “fatto” nel giudizio di ragionevolezza cfr. M. D'AMICO, *La Corte costituzionale e i fatti: istruttoria ed effetti delle decisioni*, in *Rivista del Gruppo di Pisa*, 1/2017; M. AINIS, *Sul rilievo dei «fatti» nel giudizio di legittimità costituzionale*, in *Rivista Aic*, 2010; G. RAGONE, *Eine empirische Wende? La Corte costituzionale e le sfide della complessità tecnico-scientifica*, cit., 19 ss.

l'istaurazione di strumenti di dialogo fra tecnica e politica³⁸ sia – riprendendo le parole di Bobbio – “urgente” in ogni ambito della vita democratica.

4. Gli “strumenti” di dialogo tra tecnica e potere normativo

Dal principio di ragionevolezza scientifica discenderebbe un vincolo rivolto al legislatore di fondare le proprie scelte, almeno in alcuni settori, su conoscenze tecnico-scientifiche.

Tuttavia, nel nostro ordinamento, a differenza che in altri Stati³⁹, non sono previsti strumenti o organismi stabili di consulenza tecnico-scientifica del potere legislativo.

Anzi, è possibile affermare che il modello italiano relativo agli strumenti di confronto tra legislatore e il sapere tecnico-scientifico sia caratterizzato dalla fragilità dei canonici strumenti parlamentari e da un protagonismo del Governo nell'istituzione di organi di consulenza tecnica nei più svariati settori.

Tra gli strumenti parlamentari, è stato evidenziato come le audizioni non si prestino all'ascolto della comunità scientifica, essendo esclusivamente rivolte, ai sensi dei regolamenti parlamentari, ai soli membri del Governo, ai dirigenti delle amministrazioni centrali e degli enti, comunque sottoposti a controllo ministeriale⁴⁰. Nemmeno le audizioni informali, sviluppate nella prassi per ampliare la platea dei soggetti “audibili”, hanno le caratteristiche per avviare un serio confronto con la comunità scientifica.⁴¹ Esse, infatti, presenterebbero diverse problematiche, non essendo idonee ad offrire un serio approfondimento di tematiche complesse e a coinvolgere la totalità delle posizioni presenti nella comunità scientifica, rispondendo a logiche politiche più

³⁸ Sui limiti del rapporto tra tecnica e politica 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), *Il Governo tra tecnica e politica. Cit.*, 115 ss. A proposito G. PISTORIO, *L'uso costituzionalmente orientato della tecnica nelle Decisioni governative*, in *Osservatorio sulle fonti* 1/2002, osserva: «nella Costituzione e quindi nel rispetto dei confini che delimitano l'esercizio di ogni potere e nella garanzia di un adeguato bilanciamento dei diritti che va individuato il criterio che deve orientare il decisore politico nell'avvalersi del dato tecnico-scientifico una politica di competenti che riesca a coniugare sapere e decisione».

³⁹ Per un'analisi comparata degli strumenti parlamentari S. PENASA, *La consulenza scientifica parlamentare: analisi comparata di uno strumento costituzionalmente necessario*, in *Diritti comparati*, 3/2021. Si rinvia inoltre agli interventi che sono stati tenuti nell'ambito dell'Atelier n. 5 del Seminario di Diritto comparato dell'Associazione Gruppo di Pisa dedicato al tema «I fattori esogeni di condizionamento della produzione normativa in tempo di crisi: tecnica, scienza e vincoli finanziari», i cui atti sono in corso di pubblicazione.

⁴⁰ Cfr. art. 143, c. 2, Regolamento della Camera e art. 47, Regolamento del Senato cfr. L. GIANNITI-N. LUPO, *Corso di Diritto Parlamentare*, Il Mulino, Bologna, 2018, 222.

⁴¹ Sui profili critici delle audizioni cfr. N. LUPO, *Le audizioni sulla riforma elettorale: rito inutile o contributo della scienza (costituzionalistica) alla formazione della legge?*, in *Quaderni costituzionali*, 3/2017, 605. Inoltre, riflette sui limiti delle audizioni informali L. DEL CORONA, *La libertà costituzionale della scienza fra diritto e politica*, in corso di pubblicazione.

che a criteri di autorevolezza scientifica del soggetto chiamato in audizione⁴².

Un esempio emblematico in tal senso è quello relativo ai lavori preparatori che hanno portato all'approvazione della legge n. 40/2004, durante i quali sono stati chiamati in audizione solo esperti già convinti sostenitori dell'impostazione del disegno di legge allora in discussione, i quali non evidenziarono gli aspetti critici di una legge poi sanzionata da molteplici pronunce di incostituzionalità⁴³.

Diversamente, in dottrina, si è sostenuto che le indagini conoscitive⁴⁴ potrebbero invece rappresentare uno strumento più idoneo al coinvolgimento dei tecnici nei lavori parlamentari, poiché consentono non solo l'audizione di persone chiamate dai parlamentari, ma si caratterizzano per lo svolgimento di altre attività utili, dotate di maggior "oggettività", come la richiesta di documenti o di studi e lo svolgimento di sopralluoghi⁴⁵.

Alla luce di quanto appena esposto la dottrina è giunta ad affermare che il modello parlamentare italiano, caratterizzato dalla mancanza di sedi o procedure specificamente funzionali all'ascolto dei tecnici, risulta «un modello che – forse in termini eccessivamente assoluti – è stato qualificato come “caso paradigmatico di chiusura del potere legislativo alla *expertise*”»⁴⁶.

In tale contesto, il Governo ha assunto inevitabilmente un ruolo di primo piano nel confronto con le comunità scientifiche e con gli esperti. La modalità prediletta di tale confronto sembra essere la nomina di “esperti”, interni o esterni all'amministrazione, in organi tecnici *ad hoc* o in commissioni/uffici

⁴² *Ibidem*.

⁴³ Né da conto criticamente M. D'AMICO, *I diritti contesi*, FrancoAngeli, Milano, 2016, 57 ss. Sui lavori preparatori della legge n. 40/2004 cfr. B. LIBERALI, *Problematiche costituzionali nelle scelte procreative. Riflessioni intorno alla fecondazione medicalmente assistita e all'interruzione volontaria di gravidanza*, Giuffrè, Milano, 2017, 222 ss.

⁴⁴ In generale sulle indagini conoscitive si veda P. TORRETTA, *Qualità della legge e informazione parlamentare, contributo allo studio dell'indagine conoscitiva nel procedimento legislativo*, Edizioni Scientifiche Italiane, Napoli, 2007.

⁴⁵ Ancora cfr. L. DEL CORONA, *La libertà costituzionale della scienza fra diritto e politica*, cit. In effetti queste considerazioni svolte in dottrina sembrano trovare conferma nella giurisprudenza costituzionale, la quale, nelle sentenze che hanno coinvolto norme a contenuto tecnico-scientifico, non sembra dare peso alle audizioni, riconoscendo, invece, qualche rilevanza delle indagini conoscitive. Si pensi alla sentenza n. 74 del 2019, in cui la Corte, nel risolvere il conflitto di competenze tra lo Stato e la Regione Puglia in relazione ad alcune norme che incidevano sulla diffusione del batterio Xilella, sembra valorizzare il fatto che la normativa statale in materia sia frutto di «un'indagine conoscitiva presso la XIII Commissione Agricoltura della Camera, conclusasi il 21 febbraio 2019 a seguito della quale è intervenuto il decreto-legge 29 marzo 2019, n. 27 (Disposizioni urgenti in materia di rilancio dei settori agricoli in crisi e del settore ittico nonché di sostegno alle imprese agroalimentari colpite da eventi atmosferici avversi di carattere eccezionale e per l'emergenza nello stabilimento Stoppani, sito nel Comune di Cogoletto)».

⁴⁶ S. PENASA, *La consulenza scientifica parlamentare: analisi comparata di uno strumento costituzionalmente necessario*, cit., 53.

già presenti all'interno dei Ministeri⁴⁷. Da sempre, infatti, le Amministrazioni presentano «al loro interno Commissioni/comitati tecnici, organismi tecnici creati *ad hoc* e variamenti denominati, strutture di missione, nuclei tecnici di coordinamento che hanno il compito di affiancare le scelte politiche sia di carattere normativo, sia amministrativo»⁴⁸.

Moltissimi sono gli organi “tecnici”⁴⁹ che nell'amministrazione pubblica⁵⁰ possono assumere un rilievo nella produzione normativa. Essi sono disciplinati dalla d.lgs. n. 300/1999⁵¹, come da normative in settori specifici.

Si pensi, ad esempio, al settore sanitario, nell'ambito del quale il Consiglio Superiore di Sanità (CSS)⁵², costituendo l'organo di consulenza tecnico-scientifica del Ministro della salute, svolge funzioni di primo piano con un impatto anche sulla produzione normativa.

Si pensi ancora al settore ambientale, ove la normativa di settore (l. n. 132/2016) ha disciplinato «un modello di amministrazione reticolare che si sviluppa attorno a quattro nodi fondamentali: il Ministro dell'ambiente, cui spetta la definizione delle politiche ambientali; l'Istituto superiore per la protezione e la ricerca ambientale (ISPRA), il quale svolge funzioni di indirizzo e coordinamento tecnico, finalizzate a rendere omogenee le attività del sistema nazionale per la protezione ambientale (art. 6, l. n. 132/2016); le Giunte regionali, alle quali spetta la definizione degli indirizzi programmatici regionali in materia ambientale e la vigilanza sulle Agenzie regionali e provinciali; e infine, le Agenzie regionali e provinciali per la protezione dell'ambiente (ARPA

⁴⁷ N. LUPO, *I governi tecnici. Gli esecutivi Ciampi, Dini e Monti nel difficile equilibrio tra tecnica e politica*, in *Rassegna parlamentare*, 1, 57 ss. Inoltre, è necessario tenere in considerazione un profilo che, pur non essendo oggetto del presente studio è di primario rilievo: gli uffici tecnici dei Ministeri incidono non solo sui contenuti degli atti normativi, ma anche sulla qualità di questi ultimi. Sul tema si vedano, di recente, i contributi raccolti in F. DAL CANTO, A. SPERTI, *Gli Strumenti di analisi e di valutazione delle politiche pubbliche. Atti della giornata di studi svoltasi a Pisa l'11 giugno 2021*, Giappichelli, Torino, 2022. Affronta il tema proprio in relazione ai rapporti tra scienza e normazione L. DI MAJO, *Profili generali su normazione e scienza*, in *Diritto pubblico europeo Rassegna online*, 1/2021, p. 86 ss. Inoltre, si veda P. BONETTI, *Il coordinamento della progettazione degli atti normativi del governo: problemi e prospettive*, in *Astrid Rassegna*, 2009.

⁴⁸ Così E. CATELANI, *Politica e tecnica: presupposti inscindibili del buon governo*, in G. GRASSO (a cura di), *Il Governo tra tecnica e politica*, cit., 127.

⁴⁹ Oltre agli organi tecnici dei Ministeri, rilevano in particolare le Agenzie di cui al titolo II, le quali svolgono attività a carattere tecnico-operativo di interesse nazionale cfr. sul tema F. MERLINI, *Le agenzie a cinque anni dal d.lgs. n. 300*, in *Diritto pubblico*, 2013.

⁵⁰ Il tema è stato già oggetto di studio nel Seminario dell'Associazione Gruppo di Pisa del 20 novembre 2015, tenutosi a Como i cui atti sono pubblicati in G. GRASSO (a cura di), *Il Governo tra tecnica e politica. Atti del Seminario Annuale di Como 20 novembre 2016*, Editoriale Scientifica, Napoli, 2016.

⁵¹ Inoltre, viene in rilievo l'art. 31 della l. n. 400/1988 il quale include, tra il personale della Presidenza del Consiglio dei Ministri, esperti e consiglieri.

⁵²Cfr. art. 4, d.lgs. n. 266/1993 “Consiglio Superiore di Sanità”. Si veda in particolare il comma 2 che disciplina i casi di parere obbligatorio.

e APPA).

In alcuni specifici settori, l'apparato tecnico dei Ministeri potrebbe non essere ritenuto sufficiente e, pertanto, si ricorre alla nomina di comitati tecnici *ad hoc* o a competenze esterne all'amministrazione⁵³, presso Autorità indipendenti o organismi privati⁵⁴.

L'assenza di strumenti parlamentari stabili di dialogo con i tecnici, associato al protagonismo del Governo⁵⁵ nel confronto con i tecnici produce un impatto anche sul sistema delle fonti. Raramente, infatti, l'operato di tali organi incide su fonti di rango primario, essendo piuttosto coinvolti in procedimenti amministrativi volti all'adozione di atti che, non infrequentemente nascondono un contenuto normativo⁵⁶.

5. Gli organi tecnici dell'emergenza sanitaria

A partire dalla dichiarazione dello Stato di emergenza del 31 gennaio 2020⁵⁷, il Governo ha ritenuto di dotarsi di un folto apparato di organi tecnici e *task force*, garantendosi un confronto costante con l'*expertise* in diversi settori al fine di arginare le conseguenze sanitarie, sociali ed economiche dovute al diffondersi del *virus* Covid-19⁵⁸.

Sin dalle primissime fasi dell'emergenza ha assunto un ruolo determinante nel confronto con l'esecutivo, il Comitato tecnico scientifico (CTS), istituito

⁵³ M. CUNIBERTI, *L'Organizzazione del Governo: tra tecnica e politica*, in G. GRASSO (a cura di), *Il Governo tra tecnica e politica*, cit., 68 evidenzia come si assista all'«emarginazione delle strutture tecniche interne, oltre alla diffusa svalutazione del momento conoscitivo dell'attività amministrativa» e al ricorso «ad organismi tecnici di particolare qualificazione (come le autorità indipendenti)».

⁵⁴ A. Iannuzzi ha evidenziato nel corso dell'Atelier n. 2 del Convegno come si stia assistendo ad una «fuga dai Ministeri» per l'elaborazione di norme tecniche anche a favore di organismi privati. A proposito, il Professor Iannuzzi richiama, quale esempio emblematico, il Decreto del 29 aprile 2022 della Presidenza del Consiglio dei Ministri Dipartimento per le Pari Opportunità «Parametri per il conseguimento della certificazione della parità di genere alle imprese e coinvolgimento delle rappresentanze sindacali aziendali e delle consigliere e consiglieri territoriali e regionali di parità. (22A03808)», che rimette la definizione dei parametri minimi per la certificazione della parità di genere all'UNI – Ente italiano di normazione cfr. la registrazione dell'intervento orale disponibile a questo link, nonché la pagina dedicata del sito dell'UNI.

⁵⁵ Tale torsione del rapporto tra Governo e Parlamento si riscontra nelle situazioni emergenziali. Sul tema di recente e con specifico riferimento all'emergenza sanitaria M.C. GRISOLIA, *Rapporto tra poteri ed emergenza*, in G. DE MINICO, M. VILLONE, *Stato di diritto emergenza tecnologia*, cit., 51 ss.

⁵⁶ In questo senso si veda A. SCIORTINO, *Il Governo tra tecnica e politica: le funzioni*, in G. GRASSO (a cura di), *Il Governo tra tecnica e politica*, cit., 17. L'A. nota come l'impatto della tecnica, in riferimento allo specifico ambito della finanza pubblica, produca «modelli deliberativi sostitutivi del dibattito parlamentare».

⁵⁷ Delibera del Consiglio dei ministri del 31 gennaio 2020 - Dichiarazione dello stato di emergenza in conseguenza del rischio sanitario connesso all'insorgenza di patologie derivanti da agenti virali trasmissibili, Pubblicata nella GU n. 26 del 1° febbraio 2020.

⁵⁸ Il tema è già stato oggetto di studi in dottrina G. RAGONE, *Imparare dalla pandemia: saperi scientifici e processi di decisione politica*, cit. L'A. ritiene che tale tendenza proseguirà oltre l'emergenza.

con ordinanza del Capo di dipartimento della protezione civile n. 371/2020 e riunitosi per l'ultima volta il 30 marzo del 2022⁵⁹. Se il decreto istitutivo attribuiva, in modo del tutto generico, al Comitato compiti «di consulenza e di supporto alle attività di coordinamento per il superamento dell'emergenza», le funzioni di quest'ultimo si sono evolute con l'avanzare dei mesi, adattandosi ai mutamenti epidemiologici. In dottrina, si è infatti giustamente osservato come il CTS abbia assunto un ruolo che può essere definito «cangiante», intervenendo talvolta di propria iniziativa fornendo pareri all'esecutivo, talvolta esclusivamente su richieste della Presidenza del Consiglio o dei Ministeri⁶⁰.

Allo stesso modo anche la composizione del Comitato è mutata nel corso dei mesi: inizialmente ne facevano parte esclusivamente vertici dell'amministrazione sanitaria, che operavano «nell'ambito dei loro doveri di ufficio» ed è stata via via integrata, mediante l'inserimento di esperti «esterni» all'amministrazione e «appartenenti non solo al campo medico ma anche ad altri settori quali quello statistico-matematico-previsionale, o altri utili a definire il quadro della situazione epidemiologica e ad effettuare l'analisi dei dati raccolti, necessaria per l'approntamento delle misure di contrasto alla pandemia»⁶¹. Con l'ordinanza n. 751/2021 venivano così nominati un esperto informatico di analisi previsionali, un esperto epidemiologico e il Direttore del Covid Crisis Lab dell'Università Bocconi.

Un altro organismo composto da vertici dell'amministrazione sanitaria è la Cabina di Regia istituita, a seguito del D.M. del 30 aprile del 2020, presso il Ministero della Salute con il compito di valutare, a seguito del monitoraggio dei dati dell'andamento epidemiologico, la classificazione del rischio nei territori regionali (zona verde, zona gialla, zona rossa).

Il Governo si è poi voluto affiancare di una serie di *task force* e gruppi lavoro, competenti non solo in ambito medico sanitario: la *task force* Colao

⁵⁹ Sono già moltissimi gli studi in dottrina sul Comitato tecnico scientifico. Sull'impatto delle decisioni del CTS sui diritti fondamentali si rinvia alle riflessioni nel fascicolo pubblicato su questa rivista A. IANNUZZI e G. PISTORIO, *La gestione dell'emergenza sanitaria tra diritto e tecnica. Atti del Convegno tenutosi a Roma il 25 novembre 2021 e organizzato dal Dipartimento di Giurisprudenza dell'Università degli Studi Roma Tre, nell'ambito del Progetto PRIN 2017 "Self- and Co-regulation for Emerging Technologies: Towards a Technological Rule of Law*, in Osservatorio sulle fonti, 1/2022. Si vedano, inoltre C. LOTTA, *La legislazione emergenziale per contrastare la pandemia da Covid-19 tra scienza e diritto: il ruolo del Comitato tecnico-scientifico*, in *Consulta Online*, 1/2022; F. LAVIOLA, *La decisione politica "science-based" e il ruolo del Comitato tecnico-scientifico nella gestione dell'emergenza Covid-19 tra arbitrarie pretese di segretezza e riaffermazione del diritto alla trasparenza*, in *Federalismi*, 2020. Per un confronto con l'esperienza francese cfr. G. MINGARDO, *Il ruolo del comitato tecnico-scientifico in Italia e Francia nell'emergenza CoViD-19*, in *BioLaw Journal - Rivista di BioDiritto*, 2/ 2020, 89 ss.

⁶⁰ Così G. RAGONE, *Imparare dalla pandemia: saperi scientifici e processi di decisione politica*, cit., 87. Sull'evoluzione del ruolo del CTS si veda anche G. MOBILIO, *Libertà di circolazione: spunti sul concorso tra diritto, politica e scienza nel fronteggiare la pandemia*, in *Osservatorio sulle fonti*, 1/2022.

⁶¹ Art. 2, Decreto del Capo Dipartimento del 5 febbraio n. 371/2020.

per la fase II, la *task force data driven*. Si tratta di organismi istituiti prevalentemente con atti amministrativi⁶², ad eccezione del Gruppo di supporto digitale, istituito con decreto-legge n. 18/2020⁶³.

Tali comitati non sono sorti solo a livello statale, ma si è assistito ad una moltiplicazione di nomine di esperti, comitati-tecnici e commissioni, anche a livello regionale. Così in Lombardia è stato nominato un comitato tecnico-scientifico composto da virologi e accademici delle Università lombarde; in senso analogo, il Veneto ha istituito con delibera della Giunta Regionale, un comitato tecnico con lo scopo, espresso nelle parole del Presidente della Regione «di dare veste formale ad interlocuzioni che erano già in corso e che, in questi giorni, sono state un sicuro e valido riferimento per la nostra Regione»⁶⁴; ancora la Toscana non solo ha nominato una “Commissione di esperti”, ma ne ha chiarito le funzioni in un’ordinanza del Presidente, nella quale si legge che quest’ultima ha il compito di definire le «linee di indirizzo per la gestione del percorso COVID-19 in ambito territoriale, anche in riferimento all’assistenza dei pazienti in fase terminale e alle cure palliative»⁶⁵.

La tendenza all’istituzione di comitati tecnici *ad hoc* sembra confermata

⁶² Le informazioni sono reperibili sul sito del Ministero per la transazione digitale cfr. link. Il d.P.C.M. istitutivo, non avendo contenuto normativo, non è stato pubblicato in Gazzetta ufficiale. In relazione alla trasparenza dei lavori del gruppo *data driven* cfr. A. IANNUZZI, C. COLAPIETRO, *App di contact tracing e trattamento dei dati con algoritmi: la falsa alternativa fra tutela del diritto alla salute e protezione dei dati personali*, in *Diritti fondamentali*, 10 giugno 2020.

⁶³ Ne dà conto G. RAGONE, *Imparare dalla pandemia: saperi scientifici e processi di decisione politica*, cit., 87.

⁶⁴ Cfr. Deliberazione della giunta regionale del 03 novembre n. 1474/2020, Costituzione del “Comitato di crisi Coronavirus” in relazione alla gestione dell’emergenza sanitaria da COVID-19. La tendenza ad istituire comitati tecnici regionali si contrappone ai principi espressi dalla Corte costituzionale nella sentenza n. 338 del 2003, che ha risolto, a favore dello Stato, il conflitto legislativo di competenza su una legge regionale che aveva predisposto linee guida sulla terapia elettroconvulsivante e sulla lobotomia. Nello specifico, la legge della Regione Toscana impugnata prevedeva l’emanazione di linee guida relative all’erogazione terapeutica conformemente alle «indicazioni della “Comunità scientifica toscana”». A proposito il Presidente del Consiglio, lamentava che a «siffatta comunità scientifica non corrisponde un’“entità istituzionale organizzata e dotata di legittimi esponenti”, e comunque che non sarebbe razionale riservare alla dimensione regionale l’espressione di tali indicazioni, che potrebbero anche contrastare con quelle espresse dalle istituzioni tecnico-specialistiche nazionali». La Corte costituzionale, dopo aver richiamato i principi già espressi nella sentenza n. 282 del 2002, precisa che il riferimento alla «“Comunità scientifica toscana” come base tecnica per l’elaborazione delle linee guida si pone in contraddizione con il carattere, di norma nazionale o sovranazionale, delle acquisizioni e delle valutazioni tecnico-scientifiche sul cui fondamento i sanitari sono chiamati ad operare, non potendosi certo ammettere, per la stessa ragione per cui è precluso un intervento legislativo regionale sul merito delle scelte terapeutiche, un vincolo, in una sola Regione, a rispettare indicazioni provenienti da un solo settore, territorialmente circoscritto, della comunità scientifica». Su questa giurisprudenza cfr. M. CARTABIA, *La giurisprudenza costituzionale relativa all’art. 32, secondo comma, della Costituzione italiana*, in *Quaderni costituzionali*, 2/2012, 455 ss.

⁶⁵ Ordinanza del Presidente della Giunta Regionale del 17 Marzo n. 14/2020.

anche ad emergenza sanitaria conclusa, come dimostrerà l'analisi dell'istituzione delle commissioni di esperti istituite al fine di raggiungere gli obiettivi del PNRR. Pertanto, pare importante analizzare le conseguenze del coinvolgimento di tali organi nella produzione normativa e sul sistema delle fonti.

6. Le ragioni che giustificano il dislocamento della valutazione tecnica fuori dal circuito democratico: tra riserva di scienza e riserva di amministrazione

Al fine di analizzare il coinvolgimento degli organi tecnici nella produzione normativa, è necessario anzitutto chiedersi, se i principi costituzionali consentano di “dislocare” la valutazione tecnica alla base di una scelta normativa, fuori dal circuito democratico-rappresentativo.

Scorrendo la giurisprudenza costituzionale è possibile individuare due ragioni che attengono a piani differenti: quello del *contenuto* e quello del *procedimento*.

Sul piano del *contenuto*, come visto, la giurisprudenza della Corte costituzionale consente di limitare la discrezionalità legislativa nei settori a contenuto tecnico-scientifico. Non spetta al legislatore entrare nel merito delle scelte scientifiche, ma quest'ultimo deve necessariamente affidarsi alle conoscenze acquisite, per usare la terminologia della Corte costituzionale «presso istituzioni e organismi - di norma nazionali o sovranazionali - a ciò deputati» (c.d. *riserva di scienza*)⁶⁶.

La Corte non chiarisce i connotati dei predetti organismi, limitandosi ad affermare che essi devono avere carattere nazionale o internazionale. In una delle pochissime pronunce in cui richiama espressamente tali organismi, essa ha fatto riferimento ad un parere dell'OMS (C. cost. sent. n. 5 del 2018) idoneo a fondare una scelta legislativa in materia di obblighi vaccinali⁶⁷.

Di conseguenza, sorge spontaneo domandarsi se i comitati tecnici dell'emergenza sanitaria, analizzati nel paragrafo precedente, che hanno così fortemente impattato sulla produzione normativa, possano essere ricompresi tra gli «organismi nazionali» citati nella giurisprudenza costituzionale.

In dottrina si è evidenziato come le modalità di nomina dei membri del Comitato tecnico-scientifico non sarebbero idonee ad assicurare l'“autorevolezza scientifica” e l'indipendenza dei membri, rispondendo piuttosto a

⁶⁶ Sul tema si rinvia alle considerazioni e alla bibliografia citata nel par. 3 di questo lavoro.

⁶⁷ Si ricorderà come, in tale pronuncia, la Corte costituzionale ha dichiarato non fondata la questione in relazione alle norme del d.l. n. 73/2017 (poi convertito in l. n. 119/2017), che aveva introdotto obblighi vaccinali per minori sino a 16 anni, valorizzando a tal fine il parere richiesto durante l'istruttoria parlamentare su richiesta della Commissione permanente del Senato Igiene e Sanità. A commento, sotto il profilo del rapporto tra conoscenze tecnico-scientifiche e discrezionalità legislativa U. ADAMO, *Materia "non democratica" e ragionevolezza della legge*, in *Consulta Online*, 1/2018; A. IANNUZZI, *L'obbligatorietà delle vaccinazioni a giudizio della Corte costituzionale fra rispetto della discrezionalità del legislatore statale e valutazioni medico-statistiche*, ivi, 1/2018.

logiche corrispondenti all'interesse della maggioranza e dell'esecutivo⁶⁸. È stato osservato come i membri del CTS sono stati «scelti in maniera del tutto discrezionale dall'interno dell'apparato governativo che si avvale della loro consulenza»⁶⁹. Verrebbe a mancare, in tal modo, il presupposto giustificativo del dislocamento della valutazione scientifica alla base delle scelte normative in una sede esterna dal circuito democratico: la nomina governativa dei membri rischia di tramutare il comitato tecnico da sede di valutazione “scientifica” ad altra sede di valutazione politica/amministrativa del Governo. Si tratta di un tema delicato che coinvolge la difficile definizione dei criteri di valutazione dell'autorevolezza scientifica di un organismo o di un singolo⁷⁰.

Sul piano del *procedimento*, invece, è possibile che la valutazione tecnica venga rimessa a tali organi, poiché il procedimento amministrativo è ritenuto il luogo più idoneo a soddisfare le esigenze dell'istruttoria. In alcune pronunce volte a derimere conflitti di competenze tra Stato e Regioni in materia ambientale⁷¹, la Corte costituzionale è arrivata ad affermare che l'attività amministrativa meglio si presta alla «modalità tecnica del provvedimento» poiché non si «esaurisce in un unico atto, dovendo essere riesercitata nel caso di esigenze sopravvenute, che richiedono una celerità di decisione non compatibile con le forme e i tempi del procedimento legislativo» (C. cost. Corte cost. n. 178 del 2020⁷²). Ancora, la struttura del procedimento amministrativo, in

⁶⁸ L. DEL CORONA, *La fiducia nella scienza alla prova dell'emergenza sanitaria da Covid-19*, in *Osservatorio sulle fonti*, 1/2022, 417. Secondo l'A. «Il principale problema legato alla mancata chiara individuazione dei criteri di scelta dei membri del CTS è dato dalla confusione che si viene a creare in ordine alla natura del rapporto che lega l'esperto al decisore politico. Una confusione che può inficiare l'indipendenza dell'organo di consulenza scientifica, consentendo nomine di natura sostanzialmente fiduciaria». Molti contributi in dottrina hanno evidenziato l'arbitrarietà e l'assenza di trasparenza dei criteri di selezione dei componenti dei comitati tecnici durante l'emergenza sanitaria cfr. A. IANNUZZI, *Le forme di produzione delle fonti a contenuto tecnico-scientifico nell'epoca del diritto transnazionale*, in *Dpce Online*, 3286 il quale evidenzia come «l'aspetto che appare più criticabile è l'omesso riferimento a qualsiasi procedura pubblica, aperta e trasparente, di selezione degli esperti, che rappresenta, invece, l'unico scudo per non alimentare i sospetti di fedeltà del nominato alla causa del nominante».

⁶⁹ G. RAGONE, *Eine empirische Wende? La Corte costituzionale e le sfide della complessità tecnico-scientifica*, Torino, 2020, 86 ss.

⁷⁰ Si interroga criticamente su tale aspetto C. GASONATO, *La scienza come parametro*, cit., 9.

⁷¹ Traccia le linee di tendenza della giurisprudenza costituzionale in materia M. CECCHETTI, *La Corte costituzionale davanti alle “questioni tecniche” in materia di tutela dell'ambiente*, in *Federalismi*, 14/2020.

⁷² Con la sent. n. 178 del 2020, la Corte costituzionale ha dichiarato illegittima, per violazione dell'art. 117, secondo comma, lett. s), Cost., una normativa regionale che prevede l'integrazione di due giornate settimanali per l'esercizio venatorio da appostamento alla fauna selvatica migratoria nel periodo intercorrente fra il 1° ottobre e il 30 novembre, salva la facoltà della Giunta regionale, sentito l'ISPRA, di modificare tale integrazione. L'impiego della legge-provvedimento nell'adozione del calendario venatorio è illegittimo, poiché la normativa statale di settore prescrive l'adozione del calendario venatorio con “atto amministrativo” e tale previsione costituisce espressione della competenza esclusiva dello Stato in materia di tutela dell'ambiente e dell'ecosistema. Infatti, la modalità tecnica

luogo di quello legislativo «garantisce un'istruttoria approfondita e trasparente anche ai fini del controllo giurisdizionale» (Corte cost. n. 258 del 2019⁷³) «in attuazione dei principi di cui all'art. 1 della legge 7 agosto 1990, n. 241» (C. Cost. sent. n. 69 del 2018⁷⁴) (c.d. *riserva di amministrazione*⁷⁵).

Gli organi tecnici di cui si discute sembrano rispondere a tale seconda esigenza. Nella maggior parte dei casi analizzati, i comitati tecnici incidono, per espressa previsione legislativa, prevalentemente nella formazione di atti amministrativi (o raramente regolamentari) con il compito di svolgere l'istruttoria su una determinata questione tecnica.

del provvedimento è necessaria per la protezione della fauna, perché l'attività amministrativa non si esaurisce in un unico atto, dovendo essere riesercitata nel caso di esigenze sopravvenute, che richiedono una celerità di decisione non compatibile con le forme e i tempi del procedimento legislativo. A commento si veda G. VIVOLI, *L'autonomia legislativa regionale in materia di caccia nel rispetto degli standard statali di protezione della fauna*, in *www.ambienteditto.it*, 4/2020, 391.

⁷³ Con la sent. 258 del 2020, la Corte costituzionale ha dichiarato costituzionalmente illegittima, per violazione dell'art. 117, secondo comma, lett. s), Cost., una normativa regionale che autorizza l'esercizio venatorio nei siti della rete Natura 2000 secondo le modalità e le condizioni indicate nel calendario venatorio vigente (AllegatoA), posto che le norme impugnate hanno fatto propria la disciplina dell'attività venatoria già in precedenza posta dal calendario approvato con provvedimento amministrativo, così attraendo quest'ultimo nella sfera legislativa e attribuendogli gli effetti tipici degli atti normativi. L'adozione di una legge-provvedimento si pone in contrasto con l'implicita riserva di amministrazione stabilita dall'art. 18, comma 4, della legge n. 157 del 1992 - che garantisce un'istruttoria approfondita e trasparente anche ai fini del controllo giurisdizionale e non tollera che il calendario venatorio venga irrigidito nella forma legislativa a scapito dell'esigenza di raffrontabilità sottesa al principio di generalità e astrattezza della legge - il quale esprime una scelta compiuta dal legislatore statale che attiene alle modalità di protezione della fauna e si ricollega per tale ragione alla competenza esclusiva dello Stato in materia di tutela dell'ambiente e dell'ecosistema. Commentano la pronuncia in relazione al profilo della riserva di amministrazione F. FERRARI, *Riserva di amministrazione o giudizio comparativo tra atti? Sul rapporto tra leggi-provvedimento regionali e atti amministrativi*, in *Le Regioni*, 3/2020; S. SPUNTARELLI, *La via della tutela dell'ambiente per riconoscere la riserva di atto amministrativo*, in *Giurisprudenza costituzionale*, 6/2019, 3172. In senso analogo si vedano C. cost. n. 272 del 2020, sent. n. 10 del 2019, sent. n. 28 del 2019.

⁷⁴ Con la sent. n. 69 del 2018, la Corte costituzionale ha dichiarato l'illegittimità della normativa della Regione del Veneto in tema di autorizzazione di impianti energetici a biomassa, a biogas e gas di scarica e di processi di depurazione, ritenendo il procedimento amministrativo più idoneo alla pianificazione rispetto al procedimento legislativo. A commento A. CARDONE, *Riserva di amministrazione in materia di piani regionali e divieto di amministrare per legge: le ragioni costituzionali del "giusto procedimento di pianificazione"*, in *www.forumcostituzionale.it*, 2018; F. CORTESE, *Sulla riserva preferenziale di procedimento come strumento di garanzia*, in *www.forumcostituzionale.it*, 2018. È opportuno precisare che la pronuncia richiamata aveva ad oggetto leggi "provvedimento" regionali su cui cfr. G. ARCONZO, *Contributo allo studio sulla funzione legislativa provvedimentale*, Giuffrè, Milano, 2013, 165 ss.

⁷⁵ L'esistenza di una riserva di amministrazione è dibattuta in dottrina. A. CARDONE, *Riserva di amministrazione in materia di piani regionali e divieto di amministrare per legge: le ragioni costituzionali del "giusto procedimento di pianificazione"*, cit., 3 evidenzia come la sentenza citata della Corte costituzionale n. 69 del 2018 «determinerebbe una tendenziale rottura nell'affermazione giurisprudenziale secondo cui, invece, non esisterebbe nell'ordinamento costituzionale una riserva di amministrazione». In generale sul tema D. VAIANO, *La riserva di funzione amministrativa*, Giuffrè, Milano 1996, 1 ss.

Tale *riserva di amministrazione* - seppur considerata in determinati settori ad alto coefficiente tecnico (es. si tratta di questioni che attengono, ad esempio, al calendario venatorio o al piano regionale dei rifiuti) una “garanzia” pone problematiche di rilievo in relazione al sistema delle fonti e al principio di legalità, soprattutto quando coinvolge atti, come quelli dell'emergenza pandemica, che vanno ben al di là della mera regolazione tecnica. Si tratterebbe in altri termini di un'opzione ben lontana dal modello di sistema delle fonti voluto dai nostri Costituenti, il quale, come è stato sapientemente osservato, «deve trarre, direttamente o indirettamente, il *suo* fattore di legittimazione democratica dal circuito della rappresentanza politica»⁷⁶.

7. L'impatto sul sistema delle fonti

L'inquadramento degli organi tecnici appena delineato consente di ragionare sull'impatto del loro operato sul sistema delle fonti.

Anzitutto, essi hanno un ruolo del tutto limitato sulla produzione normativa di rango primario. Quanto alla normativa dell'emergenza sanitaria, riferimenti espressi alle indicazioni del Comitato tecnico-scientifico si ritrovano nelle premesse dei decreti-legge solo in alcuni rari casi, in settori assai controversi, come ad esempio quello relativo agli obblighi vaccinali⁷⁷. Ad esempio, nel decreto-legge n. 44/2021, il quale estende l'obbligo vaccinale ad alcune categorie di soggetti è indicato, tra i considerata, «l'avviso espresso dal Comitato tecnico-scientifico di cui all'ordinanza del Capo del Dipartimento della protezione civile 3 febbraio 2020, n. 630, e successive modificazioni, nelle riunioni del 26 e 29 marzo 2021». È del tutto singolare che un atto normativo, per il quale, come è noto, non vige l'obbligo di motivazione, riporti in premessa l'esito di un'istruttoria tecnica. Tale opzione può essere dovuta a molteplici ragioni: il Governo potrebbe aver voluto soddisfare un'esigenza di massima trasparenza in un ambito delicato, oppure l'indicazione degli avvisi del Comitato, potrebbe essere servita a legittimare una scelta legislativa scomoda a molti “deresponsabilizzando” l'esecutivo.

L'incidenza delle indicazioni del Comitato tecnico-scientifico sui decreti-legge può essere avvenuta mediante scambi informali, di cui non vi è traccia, volti a orientare la disciplina primaria che legittima l'attività amministrativa in cui si inserisce l'organo tecnico.

In generale, nei settori a contenuto tecnico-scientifico, in cui la disciplina necessita di un elevato dettaglio di specifiche tecniche, «è pacificamente

⁷⁶ Così A. CARDONE, *Bozza della relazione illustrativa*, cit., 8.

⁷⁷ Sul rapporto tra scienza e diritto nell'ambito della campagna vaccinale nell'emergenza sanitaria cfr. F. FIGORILLI, *Il difficile equilibrio tra tecnica, politica e regolazione nella campagna vaccinale anti Covid*, in *Istituzioni del Federalismo* 4/2022, 1011 ss.

accettata dalla dottrina la tesi dell'inidoneità della legge e degli atti aventi forza di legge a dettare specifiche tecniche, a fronte del rischio di rapida obsolescenza» e in favore del «trasferimento al Governo della competenza a porre in essere la disciplina tecnica»⁷⁸, mediante l'adozione di fonti secondarie o atti amministrativi.

Tale tendenza ha tuttavia caratterizzato anche la normativa pandemica che, come già più volte ribadito, coinvolge settori che incidono su molteplici diritti costituzionali e che vanno al di là della mera regolazione tecnica.

Alla normativa emergenziale⁷⁹ sono stati applicati modelli propri delle regolazioni a contenuto tecnico-scientifico, i quali hanno inciso sulla *forma* e sui *contenuti* delle fonti dell'emergenza.

Quanto alla *forma*, si è fatto ampio ricorso al modello della delega, dal legislatore alla pubblica amministrazione, dello svolgimento dell'istruttoria presso un organo tecnico al fine dell'adozione dell'atto amministrativo. Tale modello, come si dirà, pur sembrando essere stato avallato dalla giurisprudenza costituzionale (C. cost. sent. n. 198 del 2021), comporta problematiche di rilievo in riferimento alla riserva di legge (*infra* parr. 8 e 9).

In secondo luogo, l'esigenza di restare al passo con il continuo aggiornamento del sapere tecnico-scientifico determina un forte utilizzo di atti flessibili, quali protocolli linee guida, raccomandazioni, e circolari, difficilmente inquadrabili dal punto di vista delle fonti del diritto (*infra* par. 12).

Quanto al *contenuto*, le indicazioni degli organi tecnici potrebbero essere

⁷⁸ A. IANNUZZI, *Il diritto capovolto. Regolazione a contenuto tecnico-scientifico e Costituzione*, cit., 132; ID., *Le forme di produzione delle fonti a contenuto tecnico-scientifico nell'epoca del diritto transnazionale*, cit. Sul tema si vedano F. SALMONI, *Le norme tecniche*, Giuffrè, Milano, 2001, 97 ss. M. A. SANDULLI, *Le norme tecniche dell'edilizia*, in *Rivista giuridica dell'edilizia*, 1994.

⁷⁹ Sulle problematiche relative al sistema delle fonti durante l'emergenza dovuta alla diffusione del virus Covid-19 sono stati pubblicati numerosissimi studi. Senza alcuna pretesa di completezza M. D'AMICO, *Emergenza, diritti, discriminazioni*, in *Rivista del Gruppo di Pisa*, 3/2020; A. CARDONE, *La "normalizzazione" dell'emergenza. Contributo allo studio del potere extra ordinem del Governo*, Torino, Giappichelli, 2011; R. ROMBOLI, *L'incidenza della pandemia da Coronavirus nel sistema costituzionale italiano*, in *Consulta Online*, 3/2020, 513. M. LUCIANI, *Il sistema delle fonti del diritto alla prova dell'emergenza*, in *Rivista Aic*, 2/2020; R. CHERCHI, A. DEFFENU, *Fonti e provvedimenti dell'emergenza sanitaria Covid-19: prime riflessioni*, in *Diritti Regionali*, 1/2020. B. CARAVITA, *L'Italia ai tempi del coronavirus: rileggendo la Costituzione italiana*, in *federalismi.it*, 6/2020; F. SORRENTINO, *Riflessioni minime sull'emergenza coronavirus*, in *Costituzionalismo.it*, 1/2020; A. LUCARELLI, F. SALMONI, *Sistema normativo delle fonti nel governo giuridico della pandemia. Illegittimità diffuse e strumenti di tutela*, in *Rivista Aic*, 1/2021, 400; E.C. RAFFIOTTA, *I poteri emergenziali del Governo nella pandemia: tra fatto e diritto un moto perpetuo nel sistema delle fonti*, in *Rivista Aic*, 2/2021, 64; I. NICOTRA, *Pandemia costituzionale*, Napoli, 2020; G. SILVESTRI, *Covid-19 e Costituzione*, in *Unicost.it*, 2020; G. AZZARITI, *Il diritto costituzionale d'eccezione*, in *Costituzionalismo.it*, 1/2020; S. STAIANO, *Né modello né sistema. La produzione del diritto al cospetto della pandemia*, in *Rivista Aic*, 2/2020. Per un'analisi comparata A. LO CALZO, *I fondamenti teorico-costituzionali del diritto dell'emergenza, con particolare riferimento alla pandemia*, in B. BRANCATI, A. LO CALZO, R. ROMBOLI (a cura di), *Coronavirus e Costituzione*, cit., 42 ss.

più o meno pregnanti a seconda del grado di certezza della questione scientifica alla base dell'adozione dell'atto amministrativo (*infra* par. 10).

Da un lato, davanti all'incertezza scientifica, esplosa durante il periodo pandemico, l'organo tecnico potrà proporre più opzioni valutabili dall'amministrazione che manterrà un'ampia discrezionalità, mettendo in campo il principio di precauzione o effettuando giudizi di proporzionalità e adeguatezza.

Dall'altro lato, la certezza scientifica potrebbe comportare un mero accertamento tecnico⁸⁰, al quale consegue un'attività "vincolata" della Pubblica Amministrazione.

8. Gli organi tecnici come strumento di delega delle valutazioni tecnico-scientifiche all'amministrazione

Nella maggior parte dei casi analizzati il coinvolgimento dell'organo tecnico nella produzione normativa avviene secondo il seguente schema: una fonte di rango primario volta a regolare un settore a contenuto tecnico-scientifico rinvia ad atti del Governo o a provvedimenti amministrativi ai fini dell'attuazione della disciplina, previo parere di un comitato tecnico.

In questi casi, il legislatore «non recepisce immediatamente nel testo legislativo la regola a contenuto tecnico ma affida il potere di determinarla ed eventualmente di aggiornarla agli organi del Governo, che dovrebbero essere maggiormente supportati da strutture dotate delle necessarie competenze»⁸¹.

Gli esempi sono molteplici e si ritrovano, in particolare, nelle norme in materia ambientale o sanitaria.

Solo a titolo esemplificativo, è possibile richiamare l'art. 9 del d.lgs. n. 132/2016, in base al quale i livelli essenziali delle prestazioni tecniche ambientali (LEPTA) sono stabiliti «con decreto del Presidente del Consiglio dei ministri», «su proposta del Ministro dell'ambiente e della tutela del territorio e del mare, che si avvale del Consiglio del Sistema nazionale», organo tecnico deputato a promuovere e di indirizzare lo sviluppo coordinato delle attività in materia ambientale.

Tale modello ha caratterizzato la normativa emergenziale a partire dal decreto legge n. 19/2020, il quale all'art. 2 stabilisce che «per i profili tecnico-scientifici e le valutazioni di adeguatezza e proporzionalità, i provvedimenti di cui al presente comma sono adottati sentito, di norma, il Comitato tecnico

⁸⁰ Distingue tra tecnica e tecnicistica G. SERGES, *Norme tecniche e norme ideologiche. Una riflessione sulle regole dell'austerità e sull'art. 81 della Costituzione*, in G. GRASSO (a cura di), *Il Governo tra tecnica e politica*, cit.,

⁸¹ M. CECCHETTI, *Note introduttive allo studio delle normative tecniche nel sistema delle fonti*, in *Osservatorio sulle fonti*, 1997, 157. Dello stesso A., *Prospettive per una razionalizzazione della "normazione tecnica" a tutela dell'ambiente nell'ordinamento italiano*, in S. GRASSI, M. CECCHETTI. (A cura di), *Governo dell'ambiente e formazione delle norme tecniche*, Giuffrè, Milano, 2006.

scientifico di cui all'ordinanza del Capo del dipartimento della Protezione civile 3 febbraio 2020, n. 630».

Lo schema che vede in successione decreto-legge - parere del Comitato tecnico-scientifico - d.P.C.M., con cui si è familiarizzato durante il periodo pandemico, non è una novità dovuta solo all'emergenza, ma ben si adatta alla regolamentazione di settori a contenuto tecnico-scientifico⁸² in continua evoluzione⁸³.

Una delle problematiche proprie di tale modello è rappresentato dalla incerta qualificazione degli atti del Governo⁸⁴, quali atti amministrativi o normativi⁸⁵. Infatti, come efficacemente illustrato nei settori tecnico-scientifici «non risultano infrequenti ipotesi di vera e propria “fuga dal regolamento”, ossia di atti a contenuto sostanzialmente normativo⁸⁶ emanati dagli organi del potere esecutivo prescindendo dalle forme previste per gli atti regolamentari (parere del Consiglio di Stato, visto della Corte dei conti, dovere di previa informazione della Presidenza del Consiglio)»⁸⁷.

Tali episodi che vengono definiti di “fuga dal regolamento”⁸⁸ devono

⁸² I d.P.C.M. sono stati spesso utilizzati per la disciplina di materia a contenuto tecnico già prima del periodo emergenziale cfr. C. PINELLI, *Sul “rilievo essenzialmente tecnico” di un decreto del Presidente del Consiglio chiamato a ripartire risorse finanziarie fra le Regioni*, in *Giur. cost.*, 2016, 1088 ss.

⁸³ Anche nel periodo precedente alla pandemia i d.P.C.M. trovano spesso fondamento nei decreti-legge cfr. l'utile ricerca condotta sui d.P.C.M. adottati dal 2014 al 2018 da D. DE LUNGO, *Nil est in intellectu quod prius non fuerit in sensu: considerazioni empiriche sui decreti del presidente del consiglio dei ministri nell'esperienza recente*, in *Osservatorio sulle fonti*, 2/2019, 6. In generale, sui decreti di natura non regolamentare si veda M. GIANNELLI, *I decreti di “natura non regolamentare”. Un'analisi a partire dalla prassi della XVI e XVII legislatura*, in *Osservatorio sulle fonti*, 2/2019.

⁸⁴ Sotto altro profilo P. Carnevale nota come i d.P.C.M. dell'emergenza «sono esplicitamente chiamati a svolgere un compito attuativo della disciplina posta dagli atti di decretazione d'urgenza, così da delinarsi fra provvedimenti collegiali del Governo e provvedimenti monocratici del Presidente un nesso di esclusiva intercessione operativa che pare recidere del tutto qualsiasi relazione fra questi ultimi ed il sistema della protezione civile» cfr. P. CARNEVALE, *Pandemia e sistema delle fonti a livello statale. Quale riflessione di ordine sistematico*, in *Corti supreme e salute*, 1/2021, 14.

⁸⁵ In generale, per una ricostruzione delle caratteristiche di tali atti prima dell'emergenza sanitaria M. C. GRISOLIA, *Osservazioni in tema di decreti del Presidente del Consiglio a contenuto regolamentare*, in U. DE SIERVO (a cura di), *Il potere regolamentare nell'amministrazione centrale*, Bologna, 1992, 155.

⁸⁶ V. Onida evidenziava le problematiche di questi modelli di normazione sul piano della democraticità, della pubblicità, della trasparenza e della responsabilità che dovrebbero caratterizzare la produzione normativa cfr. 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)*, Giuffrè, Milano, Istituto per l'Ambiente, 1994, 62.

⁸⁷ Ancora M. CECCHETTI, *Note introduttive allo studio delle normative*, cit., 159.

⁸⁸ Per un'analisi in generale del fenomeno U. DE SIERVO, *Lo sfuggente potere regolamentare del governo (riflessioni sul primo anno di applicazione dell'art. 17 della legge n. 400/88)*, in *Scritti per Mario Nigro*, Milano, 1991, 277 ss.; B. TONOLETTI, *Fuga dal regolamento e confini della normatività nel diritto amministrativo*, in *Diritto amministrativo*, 2/2015, 388 ss.; N. LUPO, *Dalla legge al regolamento*, Bologna, 2003, 21 ss.

essere letti alla luce «di una realtà ordinamentale che fatica a ritrovare coerenti elementi di distinzione persino tra atto amministrativo generale, e, invece, atto normativo»⁸⁹.

Tale confusione è emersa con nettezza di recente, di fronte all'alluvione di atti amministrativi e d.P.C.M. adottati durante l'emergenza sanitaria: dottrina e giurisprudenza si sono interrogate sulla natura dei d.P.C.M., proponendo diverse classificazioni, quali atti amministrativi generali⁹⁰, quali atti normativi⁹¹, quali atti *ad tempus* equiparabili alle ordinanze contingibili e urgenti⁹².

Come noto, sul punto si è pronunciata anche la Corte costituzionale con la criticata pronuncia n. 198 del 2021⁹³.

La questione di legittimità costituzionale, sollevata dal Giudice di Pace di Frosinone, verteva su alcune norme del decreto-legge n. 19/2020 che, secondo lo stesso giudice, si porrebbero in contrasto con il principio di tipicità delle fonti, derogabile solo in caso di guerra, delegando ad atti amministrativi la funzione legislativa che spetta al Parlamento (art. 76 e 77 Cost.)⁹⁴.

Il perno della motivazione ruota intorno alla riscontrata tipicità delle misure di contenimento nella fonte di rango primario, che consente alla Corte di escludere qualsivoglia delega del potere legislativo alla pubblica amministrazione.

Molto più fugaci, forse consapevolmente, risultano essere, invece, i passaggi della motivazione in relazione alla qualificazione dei d.P.C.M. La Corte afferma, da un lato, che tali atti non possono essere equiparati alle ordinanze contingibili e urgenti e, dall'altro, li definisce atti necessitati⁹⁵, con effetti

⁸⁹ F. GOISIS, *La giustizia amministrativa nell'emergenza pandemica, tra incisività dei poteri e self-restraint*, in *Diritto Processuale Amministrativo*, 4/2021, 853.

⁹⁰ Tar Catanzaro, 8 maggio, n. 841.

⁹¹ Cons. Stato, Sez. I, 15 maggio 2021, n. 850.

⁹² Così Cons. St., sez. I., 15 maggio 2021 n. 850.

⁹³ La pronuncia è stata ampiamente commentata in dottrina M. RUBECCHI, *I d.P.C.m della pandemia: considerazioni attorno ad un atto da regolare*, in *Federalismi*, 2021; A. LUCARELLI, *L'erosione del principio di legalità e gli atti amministrativi sufficientemente tipizzati*, in *Giur. cost.*, 4/2021, 2063 ss.; M. CAVINO, *La natura dei DPCM adottati nella prima fase di emergenza COVID. Lettura di Corte cost. n.198/2021*, in *Federalismi*, 2021; A. SAIITA, *Il codice della protezione civile e l'emergenza pandemica anche alla luce di C. cost. n. 198 del 2021*, in *Consulta online*, 3/2021; A. MORELLI, *Le "convergenze parallele" dei modelli di normazione impiegati per fronteggiare la pandemia: "stato di emergenza" e "stato di necessità" alla luce della sent. n. 198/2021 della Corte costituzionale*, in *Nomos*, 2021; M. FRANCAVIGLIA, *Il sistema dei d.P.C.m. al vaglio della Corte costituzionale. Impressioni a prima lettura di Corte cost., sent. n. 198/2021*, in *Diritti comparati*, 10 gennaio 2022; L. CASTELLI, *La Corte costituzionale e i d.P.C.M. pandemici*, in *Quaderni costituzionali*, 1/2022, 154 ss.

⁹⁴ A commento dell'ordinanza di rimessione A. LUCARELLI, *La gestione della pandemia dinanzi alla Corte costituzionale. Riflessioni intorno all'ordinanza di rimessione n. 27/2020 del Giudice di Pace di Frosinone*, in *Rivista della Corte dei conti online*, 2/2021.

⁹⁵ Sul punto A. CARDONE nota, in modo del tutto condivisibile, come «il ricorso alla categoria degli atti necessitati, utilizzata per inquadrare i d.P.C.M., non è miracolosa nel prevenire che il legislatore, dinnanzi alla contingibilità e all'urgenza, faccia ricorso a provvedimenti amministrativi solo

generali.

Quello che preme sottolineare in questa sede è il percorso argomentativo che porta la Corte a qualificare i d.P.C.M. dell'emergenza quali atti amministrativi. I d.P.C.M. configurati dal d.l. n. 19/2020 vengono adottati secondo «un criterio tipico di esercizio della discrezionalità amministrativa, che è di per sé del tutto incompatibile con l'attribuzione di potestà legislativa ed è molto più coerente con la previsione di una potestà amministrativa, ancorché ad efficacia generale». Tale criterio tipico della discrezionalità amministrativa sembra essere rappresentato dalle valutazioni di adeguatezza e proporzionalità e dall'istruttoria presso il Comitato tecnico scientifico.

La Corte, infatti, afferma che quanto stabilito dall'art. 2 del d.l. n. 19/2020, cioè che, «per i profili tecnico-scientifici e le valutazioni di adeguatezza e proporzionalità, i provvedimenti di cui al presente comma sono adottati sentito, di norma, il Comitato tecnico-scientifico», assume rilievo ai fini dello scrutinio di legittimità «giacché supporta sul piano istruttorio la messa in atto della disciplina primaria, rendendone più concreta ed effettiva la verifica giudiziale».

La Corte affermando che l'istruttoria supporta la disciplina primaria sul piano dell'attuazione e assicurando una concreta ed effettiva verifica giudiziale sembra evidenziare, non solo che il procedimento amministrativo è il luogo “elettivo” per le valutazioni tecniche, ma anche che il giudice amministrativo è quello più adatto ad un simile sindacato.

Nella sentenza appena commentata la Corte cerca di tenere ferma una concezione sostanziale del principio di legalità⁹⁶, valorizzando la tipicità delle misure anti-contagio previste dalla fonte di rango primario. Nelle rime della motivazione sembra però nascondersi una visione del principio di legalità in senso procedurale. Vi è, infatti, un'inversione di logica di non poco conto nel percorso argomentativo della Corte: non è la legge, ma è il procedimento – caratterizzato dall'istruttoria presso il CTS – a determinare la qualificazione dell'atto come amministrativo. Pertanto, posto che la Corte si è confrontata solo con i parametri dell'art. 76 e 77 Cost. è opportuno ora riflettere sui

in apparenza tipizzati e sostanzialmente normativi e derogatori della legge» cfr. A. CARDONE, *Bozza della relazione illustrativa*, 68.

⁹⁶ Ancora A. Cardone notava, prima della pubblicazione della sentenza n. 198 del 2021, come lo schema decreto-legge – d.P.C.M. «abbia prodotto una “mela avvelenata”» determinando «un'insofferibile tensione il principio di legalità in senso formale e sostanziale» cfr. A. CARDONE, *Il baratro della necessità e la chimera della costituzionalizzazione: una lettura della crisi delle fonti del sistema di protezione civile contro le battaglie di retro-guardia*, in *Osservatorio sulle fonti*, Fascicolo Speciale, 2020, 337. Diversamente E. Raffiotta ritiene che i d.P.C.M. «sono pienamente legittimi perché adottati nel rispetto in primo luogo del principio di legalità, essendo espressamente previsti e legittimati da fonti di rango primario» cfr. E. RAFFIOTTA, *Sulla legittimità dei provvedimenti del Governo a contrasto dell'emergenza virale da coronavirus*, in *BioLaw Journal*, 2020, 7.

meccanismi oggetto della pronuncia n. 198 del 2021, in relazione al principio riserva di legge⁹⁷.

9. Organi tecnici e riserva di legge

La Corte costituzionale, nella sentenza n. 198 del 2021, non ha dunque valutato lo schema decreto-legge – parere del Comitato tecnico scientifico – d.P.C.M., rispetto al principio della riserva di legge⁹⁸.

Da questo punto di vista, sembra importante richiamare alcune sentenze che hanno messo a confronto l'istruttoria presso organi tecnici in relazione all'art. 23 della Costituzione⁹⁹.

Già a partire dalla sentenza n. 507 del 1988, la Corte ha affermato che «il principio della riserva di legge, previsto dall'art. 23 Cost., sia rispettato anche in assenza di una espressa indicazione legislativa dei criteri, limiti e controlli sufficienti a delimitare l'ambito di discrezionalità dell'amministrazione, purché gli stessi siano desumibili (...) dal funzionamento degli organi competenti a determinarne la misura». Di conseguenza la Corte esclude «la violazione della norma costituzionale citata quando esista, per l'emanazione dei provvedimenti amministrativi concernenti le prestazioni, un modulo procedimentale a mezzo del quale si realizzi la collaborazione di più organi, al fine di evitare eventuali arbitrii dell'amministrazione».

⁹⁷A. Lo Calzo nota come «nella prassi, quindi, il dpcm finisce per atteggiarsi come fonte “co-primaria” in quanto, formalmente mantiene natura amministrativa, ma materialmente tocca diritti la cui limitazione è normalmente coperta da riserva di legge Sul principio della riserva di legge durante l'emergenza sanitaria» cfr. A. LO CALZO, *Interazioni tra dimensione sovranazionale e dimensione Nazionale nella produzione normativa: tra crisi “endemiche” e nuove emergenze*, cit., 48. Inoltre, G. Mobilio ritiene, in modo condivisibile, che «i decreti-legge si siano limitati ad autorizzare formalmente i d.P.C.M. a scegliere se, come e quanto comprimere le libertà costituzionali dei cittadini. Pur in un contesto emergenziale, il risultato è stato quello di svilire quella valenza democratica della riserva di legge posta a presidio degli equilibri tra poteri costituzionali» cfr. G. MOBILIO, *La decretazione d'urgenza alla prova delle vere emergenze. L'epidemia da covid-19 e i rapporti tra decreto-legge e altre fonti*, in *Osservatorio sulle fonti*, Fascicolo speciale, 2020. In generale, sul principio di legalità nell'emergenza sanitaria cfr. L.A. MAZZAROLLI, «Riserva di legge» e «principio di legalità» in tempo di emergenza nazionale. Di un parlamentarismo che non regge e cede il passo a una sorta di presidenzialismo extra ordinem, con ovvio, conseguente strapotere delle pp.aa. La reiterata e prolungata violazione degli artt. 16, 70 ss., 77 Cost., per tacer d'altri, in *Federalismi*, 2020; R. DI MARIA, *Il binomio “riserva di legge-tutela delle libertà fondamentali” in tempo di Covid-19: una questione non soltanto “di principio”*, in *Diritti regionali*, 2020, 511 ss.

⁹⁸Sul rapporto tra riserva di legge e principio di legalità almeno V. CRISAFULLI, *Principio di legalità e «giusto procedimento»*, in *Giur. cost.*, 1962, 130 ss.; L. CARLASSARE, *Voce Legalità (principio di)*, in *Enc. giur.* XVIII, Treccani, Roma, 1990; R. GUASTINI, *Voce Legalità (principio di)*, in *Dig. Disc. Pubbl.*, IX, Utet, Torino, 1991. Sul rapporto tra legge e amministrazione almeno S. FOIS, «Legalità (principio di)», in *Enc. dir.*, Milano, XXIII, 1973, 659 ss; D. VAIANO, *La riserva di funzione amministrativa*, Giuffrè, Milano, 1996.

⁹⁹Sulla riserva di legge di cui all'art. 23 della Costituzione cfr. G. AMATO, *Normativa ministeriale in materia tributaria e art. 23 della Costituzione*, in *Riv. Dir. e sc. Finanze*, 2/1965, 315; D. LA MEDICA, *La riserva della legge in materia tributaria*, in *Archivio finanziario*, 1967, 80.

Ancora, la sentenza n. 180 del 1996 ha ritenuto non fondata la questione relativa ad una norma di una legge regionale della Liguria, ai sensi della quale le tariffe per gli accertamenti di igiene e sanità «qualora non previste da specifiche norme di legge o di regolamento, sono stabilite dalla Giunta regionale, sentito il Comitato regionale per la tutela della salute e per la sicurezza negli ambienti di lavoro». La Corte, ribadito il carattere relativo della riserva di cui all'art. 23 Cost., precisa nuovamente che l'indeterminatezza della legge riguardo alle "tariffe" è compensata dal fatto che la legge dispone «onde assicurare un'effettiva congrua ponderazione degli interessi coinvolti - anche la partecipazione di organi consultivi, dotati di spiccata competenza tecnica desumibile dalla loro composizione ordinaria, allargata, nei casi previsti, alla partecipazione di altri esperti o di possibili categorie interessate»¹⁰⁰.

Viceversa nella sentenza n. 83 del 2015 la Corte costituzionale ha dichiarato l'illegittimità costituzionale di una norma che assoggettava alla preventiva autorizzazione da parte dell'Agenzia delle dogane e dei monopoli la commercializzazione delle sigarette elettroniche poiché «l'elasticità delle indicazioni legislative non è accompagnata da forme procedurali partecipative, già indicate da questa Corte come possibile correttivo»¹⁰¹.

Infine, non può non essere richiamata anche la questione relativa alle norme sull'onere contributivo a favore dell'autorità di regolazione dei trasporti (ART), risolta dalla sentenza n. 69 del 2017. La Corte non solo ha affermato i principi espressi dalle sentenze appena citate,¹⁰² ma ha valorizzato, seppur in riferimento allo specifico settore dei poteri regolatori delle autorità indipendenti, «forme di *legalità procedurale* (...) quando vengano in rilievo

¹⁰⁰ Commenta la pronuncia sotto il profilo della riserva di legge L. ANTONINI, *Riserva di legge e prestazioni patrimoniali imposte: la problematica parabola dell'antico istituto*, in *Giurisprudenza costituzionale*, 3/1996, 1674.

¹⁰¹ Secondo L. BUSATTA, *Tra scienza e norma: il fattore scientifico come oggetto, strumento e soggetto della regolazione* la sentenza n. 83 del 2015 «un efficace esempio della dinamica secondo cui una scelta regolatoria adottata sulla base di un "dialogo" con la scienza (un'istruttoria scientifica) resiste allo scrutinio di costituzionalità poiché la discrezionalità legislativa appare fondata su solidi presupposti fattuali». A commento della pronuncia si veda anche D. SERVETTI, *Ragionevolezza dell'imposta sulle sigarette elettroniche, principio di precauzione e scienza privata del giudice costituzionale. Nota alla sentenza della corte n. 83 del 2015*, in *Rivista Aic*, 4/2015.

¹⁰² È necessario ricordare che, negli ambiti presi in considerazione dalla Corte, la riserva di legge è soddisfatta mediante procedimenti che coinvolgono non solo organi con competenze tecniche, ma anche associazioni di settore e di privati. Si tratta di procedimenti partecipativi "dal basso" che legittimerebbero la carenza di contenuti della legge. Nella sentenza n. 69 del 2017 la Corte afferma che «in questi casi, la difficoltà di predeterminare con legge in modo rigoroso i presupposti delle funzioni amministrative attribuite alle autorità comporterebbe un inevitabile pregiudizio alle esigenze sottese alla riserva di legge, se non fossero quantomeno previste forme di partecipazione degli operatori di settore al procedimento di formazione degli atti». Su questi aspetti M. PICCHI, *Partecipazione e legalità procedurale nella sentenza della Corte costituzionale sul contributo per il finanziamento dell'Autorità di regolazione dei trasporti*, in *Quaderni costituzionali*, 4/2017, 913 ss.

profili caratterizzati da un elevato grado di complessità tecnica»¹⁰³. Tale concezione è mutuata dalla giurisprudenza del Consiglio di Stato sui poteri normativi delle autorità indipendenti, secondo la quale «l'applicazione del principio di legalità può avere carattere meno intenso, in ragione dell'esigenza di assicurare, in contesti caratterizzati da un elevato tecnicismo, un intervento regolatorio celere ed efficace ... la de-quotazione del principio di legalità in senso sostanziale — giustificata dalla valorizzazione degli scopi pubblici da perseguire in particolari settori come quelli demandati alle autorità amministrative indipendenti — impone, tuttavia, il rafforzamento del principio di legalità in senso procedimentale: il quale si sostanzia, tra l'altro, nella previsione di rafforzate forme di partecipazione degli operatori del settore nell'ambito del procedimento di formazione degli atti regolamentari»¹⁰⁴.

In definitiva, dalla giurisprudenza costituzionale analizzata emerge come l'istruttoria presso il comitato tecnico assuma un peso ai fini della legittimità della fonte di rango primario che prevede il suo coinvolgimento nelle valutazioni tecniche. Più precisamente, dalle pronunce appena richiamate è possibile desumere che l'istruttoria presso l'organo tecnico: a) «supporta l'attuazione della disciplina di rango primario» (C. cost. sent. n. 198 del 2021); b) è idonea a compensare l'indeterminatezza della legge nelle materie coperte da riserva di legge relativa (C. cost. sentt. 507 del 1988; 180 del 1996; 69 del 2017); c) legittima una concezione del principio di legalità in senso procedurale (C. cost. sent. n. 69 del 2017).

Tuttavia, si ritiene che tale giurisprudenza si fondi su due presunzioni che possono essere poste in discussione.

Anzitutto, i principi appena richiamati trovano ragione nella presunzione che il procedimento amministrativo rappresenti “il luogo” più idoneo per l'istruttoria, poiché caratterizzato dalle garanzie proprie della legge n. 241 del 1990 (*infra* par. 10).

In secondo luogo, la giurisprudenza costituzionale che legittima una visione del principio di legalità in senso procedurale si fonda su una concezione di tecnica, quale sapere “neutrale”¹⁰⁵ e “certo” che, proprio in virtù di tali caratteristiche, può costituire un solido argine alla discrezionalità

¹⁰³ Criticamente M. D'Amico si chiede «se questa legalità “procedurale” possa sostituire completamente quella sostanziale e se la trasformazione totale di questo principio sia accettabile alla luce della nostra Costituzione». M. D'AMICO, *Amministrazione creatrice ed esecutrice del diritto*, cit., 93.

¹⁰⁴ Si tratta di un principio espresso dal Consiglio sin dal parere n.366 del 2006, nel quale si afferma che il «rischio di una caduta del valore della legalità sostanziale deve essere compensato, almeno in parte, con un rafforzamento della legalità procedurale, sotto forma di garanzie del contraddittorio». Ripercorre questa giurisprudenza sotto il profilo della legalità procedurale G. MANFREDI, *Legalità procedurale*, in *Diritto amministrativo*, 4/2021, 749 ss.

¹⁰⁵ In questo senso anche L. DEL CORONA, *La libertà costituzionale della scienza fra diritto e politica*, in corso di pubblicazione.

amministrativa (*infra* par. 11).

Come si dirà nei paragrafi che seguono, queste due presunzioni vacillano di fronte alla realtà, tanto più a seguito dell'emergenza sanitaria.

10. L'istruttoria: quali garanzie?

Alla luce di quanto appena affermato, diviene prioritario comprendere quali siano le modalità di svolgimento dell'istruttoria e quali siano le reali garanzie connesse al procedimento amministrativo¹⁰⁶ che prevede l'istruttoria presso un organo tecnico.

Sul piano amministrativo la risposta si potrebbe facilmente individuare nelle garanzie previste dalla l. n. 241/1990, la quale prevede che l'attività amministrativa sia fondata sul rispetto dei criteri di economicità, efficacia, imparzialità e trasparenza, imponendo l'obbligo di motivazione dei provvedimenti amministrativi.

Tale obbligo è di particolare rilievo ai nostri fini poiché l'art. 3 della legge n. 241/1990 stabilisce che la motivazione deve indicare i presupposti di fatto e le ragioni giuridiche che hanno determinato la decisione dell'amministrazione «in relazione alle risultanze dell'istruttoria»¹⁰⁷. Il legislatore ha imposto una «corrispondenza biunivoca»¹⁰⁸ tra istruttoria procedimentale e motivazione provvedimentale. Tale corrispondenza comporta sul piano contenutistico un preciso vincolo alla motivazione, nonché sul piano formale un vizio di validità e legittimità del provvedimento.

La motivazione del provvedimento rappresenta certamente una garanzia essendo strumentale al controllo giurisdizionale, nonché all'esercizio del diritto di difesa¹⁰⁹. Non si tratta solo di una garanzia individuale, ma la motivazione degli atti amministrativi svolge anche una funzione "collettiva" di controllo democratico¹¹⁰.

Tali fondamentali garanzie, tuttavia, potrebbero non trovare applicazione in relazione agli atti del Governo ed, in particolare, ai d.P.C.M. che hanno caratterizzato la normativa emergenziale e le regolazioni a contenuto tecnico-scientifico. Infatti, l'art. 3 della legge n. 241/1990 esclude espressamente dall'ambito di applicazione dell'obbligo di motivazione gli atti normativi e gli

¹⁰⁶ Sul tema in ottica comparata L. VIOLINI, *Le questioni scientifiche controverse nel procedimento amministrativo. Sostanze cancerogene e centrali nucleari negli Stati Uniti*, Giuffrè, Milano, 1986, 8.

¹⁰⁷ F. CARDARELLI, *La motivazione del provvedimento*, in M. A. SANDULLI, *Codice dell'azione amministrativa*, Giuffrè, Milano, 306.

¹⁰⁸ *Ibidem*.

¹⁰⁹ Si tratta di una teoria risalente su cui già C. MORTATI, *Obbligo di motivazione e sufficienza degli atti amministrativi (a proposito dello scrutinio delle valutazioni per merito comparativo)*, in *Giurisprudenza italiana*, 1942.

¹¹⁰ G. CORSO, *Manuale di Diritto amministrativo*, Giappichelli, Torino, 2006, 786.

atti amministrativi a contenuto generale, tra i quali come visto rientrano i d.P.C.M. dell'emergenza (C. cost. sent. n. 198 del 2021).

Secondo la dottrina tale distinzione troverebbe ragione nel fatto che «negli ordinamenti democratici gli organi che beneficiano di una investitura popolare non hanno tendenzialmente bisogno di motivare i propri atti, mentre tale bisogno hanno gli organi giurisdizionali e amministrativi che di tale investitura non godono»¹¹¹.

Sin dall'indomani dell'approvazione della legge sul procedimento amministrativo, il Consiglio di Stato si è mostrato critico verso tale esclusione affermando che non è «persuasiva l'ipotesi che il legislatore, proprio nel quadro della legge istitutiva del giusto procedimento amministrativo, abbia voluto sopprimere indiscriminatamente la garanzia della motivazione degli atti, come quelli a contenuto generale che pure incidono sulle situazioni soggettive dei singoli» (Cons. St. 6 febbraio 2001, n. 475).

In dottrina, inoltre, si è evidenziato come di fronte ai frequenti fenomeni di "fuga dal regolamento" verso atti atipici, molti atti governativi risulterebbero pertanto sottratti ad un effettivo controllo democratico¹¹².

Inoltre, l'assenza delle garanzie di trasparenza e motivazione degli atti amministrativi generali è dimostrata anche dall'art. 24 della legge n. 241/1990 che esclude dal diritto di accesso, tra gli altri, «l'attività della pubblica amministrazione diretta all'emanazione di atti normativi, amministrativi generali, di pianificazione e di programmazione, per i quali restano ferme le particolari norme che ne regolano la formazione».

Proprio sulla base di questa norma, il Dipartimento di Protezione civile aveva opposto diniego alla richiesta di accesso civico ai verbali del Comitato tecnico-scientifico poiché «prodromici all'adozione di atti amministrativi generali, o subordinatamente di atti normativi, di pianificazione e programmazione» sottratti all'accesso ai sensi dell'art. 24 della l. n. 241/1990¹¹³.

Il Tar Lazio con sentenza n. 8615 del 2020 ha accolto il ricorso, fondando la decisione su una diversa nozione dei d.P.C.M., i quali non rientrerebbero né tra gli atti normativi, né tra gli atti amministrativi a contenuto generale sottratti all'ambito di applicazione della norma anzidetta, ma si tratterebbe piuttosto di atti atipici che si connotano «per caratteristiche ben più assonanti con le ordinanze contingibili e urgenti, ma che differenziano per la carenza

¹¹¹ F. CARDARELLI, *La motivazione del provvedimento*, cit.

¹¹² A. MOSCARINI, *Sui decreti del governo "di natura non regolamentare" che producono effetti normativi*, in *Giurisprudenza costituzionale*, 6/2008, 5075.

¹¹³ Commentano la pronuncia sotto il profilo della trasparenza dei lavori del CTS cfr. L. DEL CORONA, *La fiducia nella scienza alla prova dell'emergenza sanitaria da Covid-19*, cit., 543. G. RAGONE, *Imparare dalla pandemia: saperi scientifici e processi di decisione politica*, 92; F. LAVIOLA, *La decisione politica "science-based" e il ruolo del comitato tecnico-scientifico nella gestione dell'emergenza covid-19 tra arbitrarie pretese di segretezza e riaffermazione del diritto alla trasparenza*, cit.

del presupposto della “contingibilità”, atteso che i DDPCM in questione riproducono contenuti già dettagliatamente evidenziati nei DD.LL. attributivi del potere presupposto».

Secondo il Tar «la *ratio* dell’intera disciplina normativa dell’accesso impone di ritenere che se l’ordinamento giuridico riconosce, ormai, la più ampia trasparenza alla conoscibilità anche di tutti gli atti presupposti all’adozione di provvedimenti individuali o atti caratterizzati da un ben minore impatto sociale, a maggior ragione deve essere consentito l’accesso ad atti, come i verbali in esame, che indicando i presupposti fattuali per l’adozione dei descritti DDPCM, si connotano per un particolare impatto sociale, sui territori e sulla collettività».

A seguito di quella sentenza e, nelle more dell’appello al Consiglio di Stato, il Governo ha disposto che, da quel momento in poi, tutti i verbali delle riunioni del CTS dovessero essere pubblicati sul sito della protezione civile trascorsi quaranta cinque giorni dalla riunione¹¹⁴.

Nonostante i verbali del CTS sono stati resi accessibili, il problema di fondo segnalato permane. Infatti, come visto la qualificazione dei d.P.C.M. come ordinanze urgenti “atipiche” è stata superata dalla Corte costituzionale con la sentenza n. 198 del 2021 che li ha definiti atti amministrati generali. Tutt’oggi, dunque, non sussiste alcun obbligo di motivazione, né alcun diritto di accesso sugli atti amministrati generali.

Si tratta di una criticità che può avere un impatto significativo sui diritti che vengono in rilievo nei settori a contenuto tecnico-scientifico spesso regolati da d.P.C.M., al di là della situazione di contingenza: la motivazione e la pubblicità degli atti sono strumentali «alla valutazione della adeguatezza e della proporzionalità delle misure che può essere condotta in sede giurisdizionale»¹¹⁵. In tale contesto, è opportuno chiedersi se l’istruttoria, non connessa alle garanzie proprie del procedimento amministrativo, come la trasparenza e l’obbligo di motivazione, sia di per sé idonea a “supportare” l’attuazione della legge, legittimando forme di legalità procedurale.

11. Incertezza tecnico-scientifica e discrezionalità amministrativa

Come anticipato, la giurisprudenza costituzionale che ha valorizzato l’istruttoria presso organi tecnici sembra fondarsi su una concezione di tecnica “neutrale”, che può rappresentare un valido argine alla discrezionalità amministrativa (*supra* par. 9). Pertanto, l’istruttoria presso organi che svolgono meri accertamenti tecnici può essere tale da compensare l’indeterminatezza della

¹¹⁴ La notizia è comparsa sul sito del Dipartimento della protezione civile <https://emergenze.protezionecivile.gov.it/it/sanitarie/coronavirus/verbalicomitato-tecnico-scientifico>.

¹¹⁵ G. RAGONE, *Imparare dalla pandemia: saperi scientifici e processi di decisione politica*, cit., 93.

legge, anche in materie coperte da riserva di legge relativa.

La pandemia ha dimostrato un fenomeno certamente non nuovo: il diritto si scontra con un sapere tecnico-scientifico tutt'altro che certo¹¹⁶ e di fronte al quale permane in capo all'amministrazione un'ampia discrezionalità.

L'emergenza sanitaria ha messo ulteriormente in luce come qualificare un'attività della Pubblica amministrazione quale "vincolata", poiché imposta da criteri certi provenienti dalle c.d. scienze esatte, sia un'operazione tutt'altro che pacifica. Ciò è dimostrato, ad esempio, dai diversi ricorsi promossi avverso le ordinanze del Ministero della Salute, dell'art. 1, c. 16-bis e ss. del d.l. n. 33/2020, che in base ai risultati del monitoraggio dei dati dei contagi regionali attribuivano una fascia di rischio alle Regioni, con conseguente applicazione di misure più o meno restrittive¹¹⁷. Il Tar Basilicata di fronte ad un ricorso volto a lamentare l'applicazione della zona rossa, indipendentemente dall'andamento dei contagi nei singoli Comuni, ha definito le predette ordinanze quali «atti rigidamente vincolati sotto il profilo dell' *an* in quanto tali ordinanze devono essere adottate al ricorrere di determinati presupposti tecnico scientifici, ricognitivi di indici parametrici di un più elevato rischio epidemiologico, del *quid* nel senso che la norma di legge individua previamente le misure restrittive che conseguono ad ogni tipologia di zona, del *quando* nel senso che la durata minima di dette misure è prefissata in quindici giorni»¹¹⁸. La "certezza" del risultato del monitoraggio dei dati è stata di lì a poco messa in discussione dalla vicenda dei dati errati comunicati a Regione Lombardia che avevano determinato un cambio repentino di fascia di rischio.

Se l'istruttoria ha oggetto una questione su cui non si è ancora formato un sapere scientifico certo, il Comitato tecnico può proporre all'amministrazione diverse opzioni, che l'amministrazione ha la discrezionalità di perseguire. A

¹¹⁶L'impatto dell'incertezza scientifica sulla produzione normativa dell'emergenza dovuta alla diffusione del *virus* Covid-19 è stato indagato in dottrina: G. Fontana nota come «la confusione e la incertezza che hanno caratterizzato le varie fasi della pandemia (l'origine animale o artificiale del virus, il suo grado di diffusività, la gravità della malattia, la efficacia e la sicurezza dei rimedi terapeutici e di quelli vaccinali, la durata temporale della immunità derivante da vaccino o da contagio), mettono in evidenza l'insufficienza di un approccio scienziato al tema della salute il quale investe, oltre agli aspetti scientifici e biologici, complessi risvolti giuridici, politici e sociali» cfr. G. FONTANA, *Tecno-scienza e diritto al tempo della pandemia*, cit., 800. Inoltre, si vedano G. PISTORIO, *L'uso costituzionalmente orientato della tecnica nelle Decisioni governative*, cit., 827; L. DEL CORONA, *La fiducia nella scienza alla prova dell'emergenza sanitaria da Covid-19*, 548; G. MOBILIO, *Libertà di circolazione: spunti sul concorso tra diritto, politica e scienza nel fronteggiare la pandemia*, in *Osservatorio sulle fonti*, 1/2022, 595; M. TALLACCHINI, *Territori dell'incertezza: scienza, policy e diritto nella pandemia*, in M. MALVINCINI (a cura di), *Il Governo dell'emergenza. Politica, scienza e diritto al cospetto della pandemia COVID-19*, Editoriale Scientifica, Napoli, 2020, 42.

¹¹⁶ Art. 2, Decreto del Capo Dipartimento del 5 febbraio n. 371/2020.

¹¹⁷ Sul tema si veda M. A. GILATTA, *Tecnica, politica e diseguaglianze territoriali ai tempi. Dell'emergenza da Covid-19*, in *Osservatorio sulle fonti*, 1/2022.

¹¹⁸ TAR Basilicata, sez. I, sentenza n. 227/21; depositata l'11 marzo.

dimostrazione di ciò è possibile richiamare una (delle tantissime) pronunce del Tar Lazio rese a seguito del ricorso su un d.P.C.M. che prevedeva la chiusura delle palestre. I ricorrenti, in particolare, lamentavano come «non vi sarebbero dati scientifici univoci per poter affermare la sussistenza di un rischio tale nell'esercizio dell'attività fisica da giustificare la chiusura degli impianti sportivi». Il Tar ha respinto il ricorso, evidenziando come «la sussistenza di opinioni divergenti all'interno del CTS dimostra la vitalità dell'organo e la completezza dell'istruttoria: come può notarsi l'organo consultivo esponeva varie soluzioni, lasciando all'esecutivo la scelta discrezionale della soluzione politicamente più ideona»¹¹⁹.

Ancora, in una pronuncia resa in relazione alle chiusure delle sale giochi, il Tar del Lazio ha affermato che «non è condivisibile l'argomento della ricorrente secondo cui trattasi di valutazione effettuata in assenza di dati scientifici». Difatti, prosegue il giudice amministrativo «il sapere scientifico non si esaurisce nelle scienze esatte (fisica, matematica etc.), ma si compone anche dell'esperienza comune, ovvero delle prolungate osservazioni di un fenomeno che possono entrambe condurre ad affermare la regolarità di un certo evento». Pertanto, «dati questi elementi d'esperienza», il Tar ritiene che «ben abbia fatto il Governo ad applicare il principio di precauzione» posto che «è evidente che la frequentazione delle sale scommesse espone i relativi avventori ad un elevato rischio di contagio»¹²⁰.

Talvolta, è lo stesso Comitato tecnico a suggerire l'applicazione del principio di precauzione, come nel caso dei *test diagnostici* ai non vaccinati ai fini dell'ingresso in una sede concorsuale: nel verbale del 26 marzo il CTS precisa che «allo stato delle conoscenze scientifiche attuali, che non consentono di escludere la capacità di contagio nei soggetti vaccinati, pur asintomatici il principio di precauzione impone di dare prevalenza alle esigenze di prevenzione del rischio sanitario, tenuto conto anche della limitata invasività dell'esame diagnostico che verrebbe richiesto anche ai candidati vaccinati»¹²¹.

Infine, non mancano gli esempi in cui il Governo non ha seguito le indicazioni del Comitato tecnico scientifico. Un esempio già riportato in dottrina¹²² è quello della ripresa dei c.d. sport da contatto, consentita dal Governo¹²³ nonostante il parere contrario del CTS.

In definitiva, la tecnica non sembra in questo caso poter costituire un argine alla discrezionalità amministrativa, permanendo in capo al Governo

¹¹⁹ Cfr. Tar Lazio, Sez. I, n. 4985/2022.

¹²⁰ Cfr. Tar Lazio, Sez. I, n. 3910/2022.

¹²¹ Si tratta dell'avviso poi richiamato esplicitamente nelle premesse del d.l. n. 44/2021.

¹²² S. TALINI, *La gestione dell'emergenza sanitaria fra governo e Comitato tecnico-scientifico: i riflessi della pandemia sui diritti della cultura e allo sport*, in *Osservatorio sulle fonti*, 1/2022, 755.

¹²³ Cfr. Art. 1, c. 1 lett. g) del d.P.C.M. dell'11 giugno 2020.

ampia possibilità di scelta nelle misure da adottare. Inoltre, nel procedimento davanti agli organi tecnici discrezionalità tecnica e discrezionalità amministrativa, sembrano confondersi. Si tratta di un aspetto tutt'altro che marginale, incidendo anche sulla tutela giurisdizionale, posto che il giudice amministrativo è competente a sindacare le valutazioni tecniche e non già il merito amministrativo¹²⁴.

12. Linee guida, protocolli e circolari

Un'altra conseguenza sulla "forma" delle fonti che possono produrre le indicazioni di organi tecnici attiene alla "flessibilizzazione" degli atti. È noto, infatti, che nei settori a contenuto tecnico scientifico si riscontra spesso il ricorso ad atti amministrativi "flessibili" come linee guida, protocolli, raccomandazioni, idonei a stare al "passo" con gli sviluppi delle conoscenze scientifiche¹²⁵.

Durante il periodo pandemico tale tendenza si è estesa anche ad altri settori: si pensi che nel *Dossier* del Servizio Studi della Camera dedicato alla ricognizione degli atti normativi emergenziali del 2021 vi sono sezioni dedicate ai decreti-legge, ai d.P.C.M., alle ordinanze ed un'intera sezione è intitolata a «Linee guida, protocolli e indicazioni di ordine generale»¹²⁶. Dal medesimo documento si evince come ne siano state adottate nei più disparati ambiti, come nelle «attività educative formali ed informali», negli «ambienti di lavoro», nelle «attività economiche e sociali», nel «trasporto pubblico»¹²⁷.

Una ricognizione precisa delle fonti e delle modalità di adozione di tali atti è, dunque, assai ardua¹²⁸.

Solo alcune sono disciplinate in fonti di rango primario, come ad esempio quelle previste dal d.l. 33/2020 che prevedeva che «le attività economiche, produttive e sociali devono svolgersi nel rispetto dei contenuti di protocolli o linee guida idonei a prevenire o ridurre il rischio di contagio nel settore di riferimento o in ambiti analoghi, adottati dalle Regioni o dalla Conferenza

¹²⁴ Sul tema si è interrogata a fondo la dottrina amministrativistica. Per un inquadramento G. GAROFOLI, *Manuale di Diritto amministrativo*, Nel Diritto, Bari, 2021, 771 ss. Sulla problematica con specifico riferimento alla giurisprudenza amministrativa nell'emergenza sanitaria cfr. F. GOISIS, *La giustizia amministrativa nell'emergenza pandemica, tra incisività dei poteri e self-restraint*, in *Diritto Processuale Amministrativo*, 4/2021, 853.

¹²⁵ Sul tema delle linee guida nei settori a contenuto tecnico-scientifico si veda B. LIBERALI, *Il problematico intervento delle Linee guida ministeriali e regionali nelle materie in cui viene in rilievo l'evoluzione scientifica*, in *BioLaw Journal*, n. 1/2016.

¹²⁶ Servizio Studi, Camera dei Deputati, *Misure sull'emergenza coronavirus (COVID-19) - Quadro generale*.

¹²⁷ *Ibidem*.

¹²⁸ Sul tema delle linee guida durante l'emergenza sanitaria si veda A. POGGI, *Qualche riflessione sul variegato mondo delle linee guida*, in *Corti supreme e Salute*, 153. Si veda, inoltre, E. D'ORLANDO, F. NASSUATO, *Linee guida e sistema delle fonti: un'ipotesi ricostruttiva*, in *Corti supreme e salute*, 2021, n. 1, 55 ss

delle regioni e delle province autonome nel rispetto dei principi contenuti nei protocolli o nelle linee guida nazionali». La stessa norma precisava, altresì, che in assenza dei protocolli regionali «trovano applicazione i protocolli o le linee guida adottati a livello nazionale»¹²⁹. Tali misure potevano essere adottate ai sensi dell'articolo 2 del decreto-legge n. 19/2020 o del comma 16, ovvero con d.P.C.M., ordinanza del Ministero della Salute o del Presidente della Giunta Regionale.

Il procedimento di adozione è stato poi modificato dall'art. 10- *bis* del decreto legge n. 52/2021, il quale ha previsto che le linee guida per prevenire o ridurre il rischio di contagio nelle attività economiche, produttive e sociali sono adottate e aggiornate con ordinanza del Ministro della Salute, di concerto con i Ministri competenti per materia.

In altri casi, l'adozione delle linee guida è disposta dai d.P.C.M. che ne richiedano la “validazione” da parte del Comitato tecnico scientifico¹³⁰; ancora, frequentemente è assai difficile trovare una fonte primaria che possa costituire un preciso riferimento normativo di tali atti amministrativi.

Che vi sia o meno un chiaro riferimento normativo, le linee guida e i protocolli sono state adottate quali allegati ai d.P.C.M. e alle ordinanze.

Nell'adozione di tali atti il Comitato tecnico-scientifico sembra aver giocato un duplice ruolo.

In un primo momento, il Comitato tecnico-scientifico è chiamato ad agire quale organo di consulenza, secondo lo schema già più volte richiamato del d.l. n. 19/2020. Il riferimento ai verbali del Comitato tecnico-scientifico infatti compare nelle premesse degli atti (d.P.C.M. o ordinanze) a cui sono poi allegate le linee guida.

In un secondo momento, l'organo tecnico è chiamato a “validare” e approvare le linee guida. Sempre nelle premesse degli atti cui sono allegate le linee guida si ritrovano formule del tipo «il predetto documento è stato adottato all'esito delle integrazioni concordate nelle sedute del 28 maggio del 2021 ed è da intendersi approvato dal Comitato tecnico scientifico»¹³¹.

Le problematiche relative all'incerta qualificazione delle linee guida¹³² dal punto di vista della gerarchia delle fonti sono già state messe in luce in dottrina e attengono al carattere “normativo” o para normativo di tali

¹²⁹ Cfr. d.l. 33/2020 art. 1, c. 14.

¹³⁰ Cfr. ad esempio d.P.C.M. del 2 marzo 2021, art. 1, c. 6; Ordinanza del Ministero della Salute del 29 maggio 2021.

¹³¹ Ordinanza del Ministero della Salute, 29 maggio 2021 Adozione delle «Linee guida per la ripresa delle attività economiche e sociali».

¹³² F. Pacini ritiene che «Le linee guida non possono rappresentare – si ribadisce – una categoria giuridica» cfr. F. PACINI, *Ai confini della normatività. Hard law e soft law in “tempi difficili”*, cit., 6.

provvedimenti¹³³. Le stesse problematiche riguardano le linee guida adottate durante la pandemia: come è stato osservato infatti esse «contengono vere e proprie prescrizioni normative legittimate da un d.P.C.M. il che cozza sicuramente con il principio di legalità, e più in generale con qualunque possibilità di ricondurre a sistema una siffatta procedura»¹³⁴. Tale tesi è rafforzata dal fatto che le linee guida, dopo essere “approvate” dal Comitato tecnico, sono integrate in atti amministrativi vincolanti quali d.P.C.M. e ordinanze del Ministero della Salute. Inoltre, il carattere normativo di tali prescrizioni sembra essere dimostrato ulteriormente dal fatto che gli stessi d.P.C.M. prevedono che alcune disposizioni, come quelle sull’uso dei dispositivi di protezione delle vie respiratorie e sul distanziamento interpersonale, «sono comunque derogabili esclusivamente in applicazione di protocolli validati dal Comitato tecnico-scientifico».

In tal caso, il Comitato tecnico-scientifico non sembra limitarsi a “supportare” – per usare la terminologia usata dalla Corte costituzionale (C. cost. sent. n. 191 del 2021) – l’attuazione della disciplina di rango primario, ma sembra intervenire direttamente sulla normativa subordinata “approvando”, “derogando” e “integrando” indicazioni contenute in atti amministrativi vincolanti.

Infine, il fattore tecnico-scientifico ha inciso anche su un altro atto amministrativo, le circolari. Se le linee guida sono introdotte per orientare settori estranei alla Pubblica amministrazione, le circolari sono notoriamente adottate al fine di orientare l’azione degli uffici pubblici.

Una mole imponente di circolari è stata adottata durante la pandemia in particolare per mano Ministero della Salute¹³⁵. Anche su questi atti l’impatto del fattore tecnico-scientifico è stato evidente. Ad esempio, le circolari relative alle raccomandazioni sulla campagna vaccinale non si limitano ad indicare

¹³³ Ci si riferisce in particolare alla problematica sollevata in dottrina in relazione all’inquadramento delle linee guida dall’Autorità nazionale anticorruzione cfr. I.A. NICOTRA, *L’Autorità Nazionale Anticorruzione e la soft regulation nel nuovo Codice dei contratti pubblici*, in ID. (a cura di), *L’Autorità nazionale anticorruzione: tra prevenzione e attività regolatoria*, Giappichelli, Torino, 2016, 33 ss; ID., *Il quadro delle fonti normative in tema di prevenzione e contrasto alla corruzione*, in A. PERTICI-M. TRAPANI (a cura di), *La prevenzione della corruzione. Quadro normativo e strumenti di un sistema in evoluzione*, Atti del Convegno di Pisa, 5 ottobre 2018, Giappichelli, Torino, 59; F. MARONE, *Le linee guida dell’Autorità Nazionale Anticorruzione nel sistema delle fonti*, in *Riv. trim. dir. pubbl.*, 3/2017, 743 ss M. E. BUCALO, *Autorità indipendenti e soft law*, Giappichelli, Torino, 139 ss. Più di recente G. MARTINO, *Le linee guida non vincolanti dell’Autorità Nazionale Anticorruzione: soft law with hard effects*, in *Amministrazione in Cammino*, 2020; C. CHIARELLO, *L’inquadramento delle Linee Guida ANAC nel sistema delle fonti alla luce dell’interpretazione del Consiglio di Stato successiva all’entrata in vigore del d.l. n. 32/2019: dubbi interpretativi e questioni aperte*, in *Federalismi.it*, n. 30/2020, 50 ss.

¹³⁴ A. POGGI, *Qualche riflessione sul variegato mondo delle linee guida*, cit., 153.

¹³⁵ Sul tema delle circolari nel periodo pandemico cfr. S. FOA, *Le circolari amministrative nell’emergenza pandemica*, in *Federalismi.it*, 9 marzo 2022. Sull’uso improprio delle circolari M. D’AMICO, *Amministrazione creatrice ed esecutrice del diritto*, cit.

nelle premesse i termini dell'istruttoria, ma allegano i verbali della Commissione scientifica di Aifa¹³⁶.

Non sono mancate, infine, le circolari a contenuto informativo, volte a chiarire alcune nozioni tecnico-scientifiche che producono effetti ben oltre l'apparato amministrativo. Tra queste, meritano di essere ricordate le circolari dirette a definire i "casi covid" ai fini della sorveglianza sanitaria, che sono state via via aggiornate in relazione «all'evoluzione della situazione epidemiologica e delle conoscenze scientifiche disponibili»¹³⁷.

In definitiva, il coinvolgimento degli organi tecnici nella produzione normativa incide sia sui contenuti, sia sulle forme delle fonti, comportandone l'amministrativizzazione o la flessibilizzazione.

13. Il PNRR e il ricorso agli esperti per le riforme

Sino ad ora si è dato conto delle problematiche che pone il coinvolgimento degli organi tecnici nella produzione normativa nazionale, che, come visto, sembra generare interazioni classiche nel rapporto tra tecnica e diritto, potenziate dall'emergenza pandemica.

Diversamente, in questa terza parte del lavoro si intende concentrare l'analisi sull'elaborazione e sull'attuazione del Piano nazionale di ripresa e resilienza, che sembra aprire nuovi scenari in relazione al rapporto tra tecnici e politici.

Come noto, l'Unione europea, al fine di far fronte alla crisi economica dovuta alla diffusione del virus Covid-19, ha reagito con un imponente pacchetto di misure a sostegno degli Stati membri¹³⁸.

Grazie a questi interventi l'Italia beneficia di 191,5 miliardi di euro, finanziati attraverso il Dispositivo per la Ripresa e 13 miliardi di euro di risorse di

¹³⁶ Cfr. ad esempio: circolari del Ministero della Salute n. 53886 del 25 novembre 2021; circolare n. 56052 del 6 dicembre 2021; circolare n. 56429 del 7 dicembre 2021.

¹³⁷ Circolare del Ministero della Salute n. 7922 del 9 marzo 2020.

¹³⁸ In particolare, sono stati stanziati un totale di 2028 miliardi di euro attingendo, da un lato, dal bilancio a lungo termine dell'UE; dall'altro lato, attivando, mediante il Regolamento (UE) 2020/2094, uno "strumento" temporaneo con lo scopo «di sostenere la ripresa all'indomani della crisi Covid-19» (per un totale di 750 miliardi di euro). Quest'ultimo "strumento temporaneo" costituisce il c.d. Next generation EU e si compone del Dispositivo per la Ripresa e la resilienza (c.d. RRF, Regolamento (UE) 2021/241), il quale dettaglia le norme relative alla presentazione dei Piani nazionali per la ripresa e la resilienza che gli Stati devono presentare ai fini del riconoscimento del finanziamento, nonché di React-EU (Regolamento (UE) 2020/2221), mediante il quale l'UE ha incrementato ulteriormente le risorse del Fondo europeo di sviluppo regionale, del Fondo sociale europeo e del Fondo di aiuti europei agli indigenti. Per un'analisi dal punto di vista del diritto costituzionale del Next Generation EU, cfr. C. BERGONZINI, *L'Europa e il Covid-19. Un primo bilancio*, in *Quad. cost.*, 2020, 761 ss. Si segnala che tutte le informazioni relative al Piano nazionale di ripresa e resilienza sono pubblicate sul portale Italia Domani, il portale del Governo dedicato alla pubblicazione di tutti i documenti e avvisi relativi al Piano.

React-EU. Se a queste somme si aggiungono quelle stanziare a seguito dello scostamento di bilancio e quelle previste per il reintegro del Fondo Sviluppo e Coesione, si arriva ad un totale di 261 miliardi di euro che l'Italia potrà mettere in campo per raggiungere gli obiettivi prefissati dal Piano nazionale di ripresa e resilienza (PNRR) al fine di rilanciare l'economia nazionale¹³⁹.

Per sfruttare al meglio tale unica occasione sia la Commissione europea, che il Governo italiano hanno fatto ampio ricorso a esperti e a tecnici per coordinare e gestire le suddette misure.

Il ricorso ai tecnici e agli esperti ha caratterizzato fortemente sia la fase di elaborazione del Piano, sia la fase di attuazione e monitoraggio.

Un dialogo seppur informale tra il Governo italiano e la *task force* RECOVER della Commissione europea¹⁴⁰ è stato avviato sin dalle primissime fasi dell'elaborazione del Piano da parte del Governo Conte; dialogo che, come noto, ha portato ad una sostanziale revisione di quanto previsto nella versione iniziale.

A partire dall'insediamento del Governo Draghi «è partito un approfondito confronto interno sui contenuti del PNRR con le amministrazioni interessate alle diverse missioni e componenti del Piano e con le amministrazioni con competenze trasversali congiuntamente al dialogo con le forze politiche e gli *stakeholder* di riferimento»¹⁴¹ che ha portato all'elaborazione di una proposta di Piano.

Nel percorso di elaborazione del Piano si è fatto ricorso agli esperti anche in sede parlamentare, dove si è svolta un'approfondita attività conoscitiva presso le Commissioni Bilancio della Camera e del Senato, che hanno avviato un ciclo di audizioni alle quali hanno preso parte «numerosi attori del *partnership* economico, sociale e territoriale, oltre che soggetti istituzionali ed esponenti del mondo della cultura, della ricerca scientifica e del terzo settore». Al termine del ciclo di audizioni sono state approvate due relazioni contenenti indicazioni per il Governo nell'elaborazione del Piano che hanno costituito le linee di indirizzo per il lavoro di stesura del Piano. Il Piano elaborato dal

¹³⁹ Al di là dello specifico tema in esame, le problematiche che il PNRR pone al costituzionalista sono molteplici. Per approfondita analisi in via generale di queste ultime si rinvia all'editoriale di N. LUPO, *Il Piano Nazionale di Ripresa e Resilienza (PNRR) e alcune prospettive di ricerca per i costituzionalisti*, in *Federalismi*, 2022. L'A. efficacemente ritiene che il Piano nazionale di ripresa e resilienza ponga tematiche di prioritario interesse per i costituzionalisti «come quelle dell'indirizzo politico, della forma di governo, dei rapporti endogovernativi, degli equilibri tra politica e tecnica, delle relazioni tra Stato e autonomie e, in fondo, della stessa natura della Costituzione». Inoltre, all'impatto del PNRR sulla forma di governo A. SCIORTINO, *PNRR e riflessi sulla forma di governo italiana. Un ritorno all'indirizzo politico "normativo"?*, in *Federalismi*, 2021; G. DE MINICO, *Il Piano nazionale di ripresa e resilienza. Una terra promessa*, in *Costituzionalismo.it*, 2021 fasc. 2, 113 ss.

¹⁴⁰ *Task force* per la ripresa e la resilienza, istituita il 16 agosto 2020 cfr. https://ec.europa.eu/info/departments/recovery-and-resilience-task-force_it

¹⁴¹ Piano nazionale di ripresa e resilienza, 13.

Governo, secondo questi indirizzi, è stato poi ripresentato in Parlamento, che, il 27 aprile 2021, ha impegnato il Governo a trasmettere il Piano alla Commissione europea¹⁴².

Per quanto riguarda la fase di attuazione, gli esperti sono coinvolti con diverse modalità: in alcuni casi è lo stesso Piano a proporre l'istituzione di commissioni *ad hoc* con compiti di supporto amministrativo e legislativo; in altri casi, concorrono all'attuazione del Piano gli uffici istituiti mediante il d.l. n. 77/2021¹⁴³ che compongono la *governance* del PNRR. Inoltre, come si dirà, sull'attuazione di alcune riforme l'Italia ha richiesto il supporto "tecnico" della Commissione europea.

In primo luogo, tra gli organi tecnici con compiti di sostegno amministrativo, è possibile ricordare l'istituzione un «*pool* di esperti multidisciplinari per il supporto tecnico alle Amministrazioni centrali e locali nella implementazione degli investimenti e delle riforme previste dal Piano»¹⁴⁴, nonché «l'istituzione di un *pool* di 1.000 esperti che opereranno con il coordinamento delle amministrazioni regionali al fine di supportare le amministrazioni nelle procedure complesse, di recupero dell'arretrato»¹⁴⁵. Inoltre, il Piano prevede l'istituzione di commissioni ministeriali o interministeriali preposte all'elaborazione di "schemi di disegni di legge" o di disegni di legge delega.

A titolo esemplificativo, basti ricordare le dieci commissioni nominate presso il Ministero della Giustizia con il compito di «elaborare proposte di intervento in diversi settori della giustizia, dal civile, al sistema penitenziario alla riforma del Consiglio superiore di magistratura»¹⁴⁶. L'operato degli organi tecnici e l'elaborazione di schemi di proposte di legge anticipano l'iniziativa legislativa del Governo, la quale poi segue il canonico *iter* parlamentare.

Tuttavia, l'operato degli organi tecnici e il conseguente *iter* legislativo è fortemente condizionato sia nei tempi, sia nei contenuti, sia nella forma dalle indicazioni contenute nel Piano e condivise con la Commissione europea.

La decisione di esecuzione del Consiglio e gli *Operational arrangements*¹⁴⁷,

¹⁴² Ci si riferisce al Piano nazionale di ripresa e resilienza, approvato dal Governo Draghi il 15 aprile 2021.

¹⁴³ Tra gli organi tecnici istituiti mediante il d.l. n. 77 del 2021 merita di essere ricordata la Commissione PNRR-PNIEC, disciplinata all'art. 17 dello stesso decreto che ha modificato il codice dell'ambiente, d.lgs. n. 152 del 2006. Sul tema si rinvia all'approfondito intervento di A. Stevanato, tenuto nell'Atelier n. 2 del Convegno. Al momento è disponibile la registrazione al seguente link.

¹⁴⁴ Piano nazionale di ripresa e resilienza, 51.

¹⁴⁵ *Ibidem*, 52.

¹⁴⁶ Piano nazionale di ripresa e resilienza, 63.

¹⁴⁷ Si veda Commissione europea, Proposta di decisione di esecuzione del consiglio relativa all'approvazione della valutazione del Piano per la ripresa e la resilienza dell'Italia (SWD(2021) 165 final), Bruxelles, 22.6.2021, COM(2021) 344 final, 2021/0168(NLE); si veda, inoltre, la decisione di esecuzione del Consiglio dell'8 luglio 2021 e il relativo Allegato riveduto della decisione di

infatti, contengono un rigido cronoprogramma, il quale prevede scadenze precise sia per quanto attiene la fase dell'iniziativa, imponendo dunque all'organo tecnico di elaborare una proposta affinché il Governo possa presentare nei tempi un disegno di legge, sia per quanto attiene all'approvazione della proposta e all'entrata in vigore, definendo dunque un vicolo temporale allo stesso legislatore. Alcune di queste riforme sono già state avviate, altre già approvate e altre ancora non sono state mai presentate. Ne è un esempio, l'annunciata riforma dell'anticorruzione che avrebbe dovuto essere presentata entro il 30 aprile 2022, mediante un disegno di legge delega, a seguito dell'istituzione di un'apposita Commissione Ministeriale di cui però non si trova traccia¹⁴⁸. Il cronoprogramma è misurabile secondo indicatori "qualitativi" e dei metodi di verifica che dimostrano il raggiungimento di obiettivi intermedi (*milestone*), mediante, ad esempio, la pubblicazione in gazzetta ufficiale di una legge.

In secondo luogo, una serie di organi tecnici *ad hoc* con compiti di attuazione e monitoraggio sono stati istituiti nell'ambito della *governance* del PNRR, come disciplinata dal d.l. n. 77/2021. Al di là degli organi di vertice, Cabina di Regia e Segreteria tecnica, di particolare rilievo ai fini dell'indagine risultano essere quelle previsioni del d.l. n. 77/2021 che prevedono che le amministrazioni al fine di assicurare l'efficace e tempestiva attuazione degli interventi del PNRR, possono avvalersi del supporto tecnico-operativo «da società a prevalente partecipazione pubblica, rispettivamente, statale, regionale e locale e da enti vigilati»¹⁴⁹.

Infine, è importante ricordare «l'Unità per la razionalizzazione e il miglioramento della regolazione», istituita per mano dell'art. 5 d.l. n. 77/2021 presso il Dipartimento per gli affari giuridici e legislativi della Presidenza del Consiglio dei Ministri. Questa unità è composta da esperti interni alla PA e esterni e svolge, in raccordo con il gruppo di lavoro sull'AIR (c.d. "Nucleo AIR"), operante presso la Presidenza del Consiglio (d.P.C.M. 15 luglio 2009), azioni che hanno un impatto decisivo sulla "forma" della legislazione. Infatti, l'Unità è, fra l'altro, incaricata, di: a) curare l'elaborazione di un programma di azioni prioritarie ai fini della razionalizzazione e revisione normativa; b) promuovere e potenziare iniziative di sperimentazione normativa, tenendo in adeguata considerazione «le migliori pratiche di razionalizzazione»; c) ricevere ipotesi e proposte di razionalizzazione e sperimentazione normativa formulate da soggetti pubblici e privati. La produzione normativa che ha fatto seguito al

esecuzione del Consiglio relativa all'approvazione della valutazione del Piano per la ripresa e la resilienza dell'Italia.

¹⁴⁸ Cfr. A. CORRADO, *Il Pnrr e l'anticorruzione (che non può essere una moda)*, in *Corriere della Sera*, 21 novembre 2021.

¹⁴⁹ Cfr. art. 9, c. 2 d.l. n. 77/2021.

PNRR sembra infatti caratterizzata da un imponente opera di semplificazione e delegificazione (anche mediante regolamenti *ex art.* 17, c. 2 l. n. 400/1988): un esempio in questo senso è rappresentato dall'opera di delegificazione cui è stata soggetta la materia della prevenzione alla corruzione. Tale opera di delegificazione non solo ha avuto l'effetto di rimettere alla pianificazione dell'autorità amministrativa indicazioni che prima erano espressamente previste dalla legge, ma sembra creare sovrapposizioni tra i compiti del Dipartimento della funzione pubblica con il ruolo di Autorità amministrative indipendenti, come l'Anac, competenti per legge in materia¹⁵⁰.

14. Lo “strumento” tecnico europeo

Al fine di attuare al meglio alcune riforme promosse dal Piano nazionale di ripresa e resilienza, l'Italia ha richiesto il sostegno “tecnico” della Commissione europea, disciplinato dal regolamento UE 2021/240¹⁵¹.

Tale regolamento non si limita a prevedere un sostegno economico, ma mette a disposizione degli Stati che ne facciano richiesta precise misure di sostegno tecnico, idonee a potenziare «la capacità degli Stati membri di preparare e attuare riforme amministrative e strutturali favorevoli alla crescita, anche attraverso un'assistenza per l'uso efficiente ed efficace dei fondi dell'Unione»¹⁵².

Gli Stati membri possono richiedere il sostegno tecnico per l'elaborazione e l'attuazione del Piano nazionale o anche per l'attuazione di singole riforme. L'Italia lo ha richiesto per l'attuazione della riforma della Pubblica amministrazione, su alcuni aspetti specifici relativi allo sviluppo sostenibile e sulla riforma fiscale “ecologica”.

Il sostegno “tecnico” può essere richiesto «in un ampio ventaglio di ambiti di intervento, tra cui le aree connesse alla gestione delle finanze e dei beni pubblici, alla riforma istituzionale e amministrativa, alla riforma del sistema giudiziario, al contesto imprenditoriale, al settore finanziario e al miglioramento dell'alfabetizzazione finanziaria, ai mercati dei prodotti, dei servizi e del lavoro, all'istruzione e alla formazione, alla parità di genere, allo sviluppo sostenibile, alla sanità pubblica, alla previdenza e assistenza sociale così come alle capacità di rilevazione precoce e di risposta coordinata»¹⁵³. Tra queste

¹⁵⁰ Cfr. l'art. 6 del d.l. n. 80/2021 il quale stabilisce che, entro il 31 marzo 2022, sono individuati e abrogati gli adempimenti relativi ai Piani assorbiti con uno o più regolamenti di delegificazione, adottati sensi dell'articolo 17, c. 2, della n. 400/1988, previa intesa in sede di Conferenza unificata. Sul tema sia consentito il rinvio a C. SICCARDI, *Anticorruzione e PNRR: profili costituzionali*, in *Consulta Online*, 1/2022.

¹⁵¹ Da tempo la Commissione europea offre misure di sostegno tecnico agli Stati membri: cfr. il particolare il programma sulle riforme strutturali Regolamento (UE) 2017/587.

¹⁵² *Consideranda*, par. 4.

¹⁵³ *Consideranda*, par. 10.

azioni, la Commissione presta «particolare attenzione alle azioni che promuovono la transizione verde e la transizione digitale»¹⁵⁴.

L'art. 8 del Regolamento (UE) 2021/241 delinea le azioni che concretamente gli Stati possono richiedere al fine del “sostegno tecnico”.

Tra queste figurano, fra le altre: a) la prestazione di consulenze sulla formulazione di politiche, strategie e tabelle di marcia per le riforme b) il supporto alla formulazione di riforme legislative, istituzionali, strutturali e amministrative; c) la messa a disposizione, per brevi o lunghi periodi, di *esperti* incaricati di svolgere compiti in ambiti specifici o di eseguire attività operative e amministrative; d) la creazione delle capacità istituzionali, amministrative o settoriali e relative azioni di sostegno a tutti i livelli di *governance*, anche contribuendo al conferimento di responsabilità alla società civile, comprese le parti sociali; d) la raccolta di dati e statistiche, definizione di metodi comuni, tra cui sull'integrazione e il monitoraggio della dimensione climatica e di genere, nonché, se del caso, di indicatori o parametri di riferimento.

Nello specifico, l'assistenza tecnica può essere fornita direttamente, avvalendosi delle competenze interne della Commissione, o in collaborazione con altri “fornitori di assistenza tecnica”: si tratta in particolare di organizzazioni nazionali o internazionali, imprese private e società di consulenza, singoli esperti del settore privato, oppure esperti delle amministrazioni nazionali degli Stati membri (art. 12). Ad esempio, un gruppo di esperti dell'organizzazione europea per la cooperazione e lo sviluppo, incaricata del miglioramento delle politiche, ha sostenuto le autorità italiane nell'elaborazione dell'Agenda nazionale sullo sviluppo sostenibile.

Per alcuni specifici progetti selezionati dalla Commissione, è previsto il programma il *TAIEX-TSI Peer 2 Peer* che consente agli esperti delle amministrazioni nazionali ed europee di scambiare competenze mediante missioni, visite di studio e seminari¹⁵⁵.

Inoltre, per le attività specifiche legate alla preparazione dei piani nazionali di ripresa e resilienza, il regolamento prevede che il sostegno della Commissione può essere fornito mediante il ricorso «a singoli esperti». Il programma prevede anche un *data base* degli “esperti” in diversi campi disponibile sul sito della Commissione.

Il Regolamento (UE) 240/2021 dedica un articolo alla trasparenza, imponendo alla Commissione di istituire «un unico registro pubblico online che le consenta, fatte salve le norme applicabili e sulla base di consultazioni con gli Stati membri interessati, di mettere a disposizione studi o relazioni finali elaborati nell'ambito delle azioni ammissibili» (art. 17). La stessa norma prevede

¹⁵⁴ *Ibidem*.

¹⁵⁵ Cfr. il portale della Commissione europea al seguente link .

anche che «ove giustificato, gli Stati membri interessati possono chiedere che la Commissione non divulghi tali documenti senza il loro previo accordo».

In questo quadro, nell'ambito del programma delle riforme strutturali sono stati sostenuti, dal 2017 al 2020, più di 1200 progetti nei 27 Stati membri.

Oltre alle richieste italiane, sono già moltissime le richieste di assistenza tecnica approvate nell'ambito del programma del 2021 ed è interessante notare come molte di esse siano destinate al sostegno dell'elaborazione o dell'attuazione di Piani nazionali di ripresa e resilienza: Cipro, Slovacchia e Romania ha richiesto consulenza e il supporto di esperti per l'elaborazione e l'implementazione del piano nazionale; Grecia e Spagna hanno richiesto il sostegno solo per l'attuazione di alcune politiche in materia di transizione ecologica; l'Ungheria per sviluppare le capacità di coordinamento nell'implementazione e nel monitoraggio del Piano¹⁵⁶.

15. Un cambio di prospettiva: la legge come *milestone*

Alla luce di quanto appena esposto sembra possibile affermare che il PNRR rappresenti un Piano governativo a declinazione tecnica¹⁵⁷, che indica, come già evidenziato in dottrina, indirizzi politico-normativi¹⁵⁸.

Tale natura tecnico-politica è dimostrata dalle modalità con cui i regolamenti europei hanno ideato e disciplinato l'elaborazione dei Piani nazionali.

Infatti, le norme europee dedicate all'elaborazione e all'attuazione dei Piani sembrano ispirate ai tradizionali modelli di progettazione europea, volti al finanziamento di proposte presentate da *partenariati* pubblici e privati, su linee tematiche prestabilite. Si tratta in altri termini dei modelli usati per il finanziamento dei *partenariati* di ricerca, poi applicato alle riforme strutturali di enti pubblici e, infine esteso, nel 2021, anche ai Programmi nazionali dei Governi. Come in tali programmi, a livello politico sono decise le linee tematiche prioritarie su cui consentire i finanziamenti, mentre i metodi di valutazione e di monitoraggio seguono per lo più criteri tecnici.

Le riforme di Governo si inseriscono così in un percorso di programmazione concordato con la Commissione europea, la quale indica le priorità tematiche di intervento (i sei pilastri: transizione verde; trasformazione digitale; crescita intelligente, sostenibile e inclusiva; coesione sociale e territoriale; salute e resilienza economica; politiche per la prossima generazione, l'infanzia e

¹⁵⁶ *Ibidem*.

¹⁵⁷ E. ALBANESI, *L'Ufficio per il programma di governo nella legislatura delle tre maggioranze en attendant una declinazione del programma in termini di progettazione normativa e delle politiche pubbliche*, in F. DAL CANTO, A. SPERTI, *Gli Strumenti di analisi e di valutazione delle politiche pubbliche*, cit., 20

¹⁵⁸ A. SCIORTINO, *PNRR e riflessi sulla forma di governo italiana. Un ritorno all'indirizzo politico "normativo"?*, cit.

i giovani), mentre agli Stati spetta indicare le modalità attraverso le quali intendono raggiungere gli obiettivi prefissati.

Anche la terminologia utilizzata è quella tipica della progettazione europea. Come, gli altri programmi europei di finanziamento, il Piano impone agli Stati di raggiungere *targets*, obiettivi intermedi di tipo quantitativo (es. l'incremento di un determinato numero di posti di lavoro) e delle *milestone*, ovvero degli obiettivi qualitativi (es. l'approvazione di una legge).

Tra le milestone rientra l'approvazione di diverse riforme legislative, in relazione alle quali il Piano indica non solo i tempi di presentazione e entrata in vigore, ma delinea anche i contenuti e la forma dell'atto. Il raggiungimento di queste *milestone* deve rispettare un rigido cronoprogramma verificabile, mediante indicatori prefissati, come la pubblicazione in gazzetta ufficiale di una legge o l'avvenuto deposito di una proposta.

Si tratta di qualcosa di più di mere raccomandazioni, poiché dal raggiungimento degli obiettivi intermedi dipende l'ammissibilità al contributo finanziario: infatti, l'art. 24 del regolamento UE 241/2020 precisa che solo «dopo aver raggiunto i traguardi e gli obiettivi concordati e indicati nel piano per la ripresa e la resilienza, lo Stato membro interessato presenta alla Commissione una richiesta debitamente motivata relativa al pagamento del contributo finanziario e, se del caso, del prestito».

Le *milestone* sono poi sottoposte a precisi criteri tecnici di valutazione, fissati negli allegati ai regolamenti europei, quali quelli fondati sul metodo-DNSH volto a non arrecare danno significativo all'ambiente, o altri coefficienti tecnici volti a valutare gli obiettivi in materia ambientale o digitale. In aggiunta, si tenga conto che nei settori del Piano ove è stato richiesto il sostegno tecnico europeo sono anche previsti, dall'allegato al regolamento europeo UE 2021/240, alcuni indicatori volti a verificare il buon esito delle attività su cui è stato richiesto il sostegno tecnico, tra le quali figura anche l'attività legislativa.

In definitiva, nella logica della progettazione europea la legge approvata dal Parlamento nazionale può costituire, da un lato, un obiettivo intermedio volto a soddisfare un traguardo "più alto" indicato dalla Commissione e coerente con i sei pilastri; dall'altro lato, una legge può costituire, un indicatore volto a dimostrare, nel rispetto del principio di sana gestione delle risorse UE, il buon esito dell'attività di "sostegno tecnico" dell'Unione offerto nell'ambito del regolamento n. 2021/240.

Sembra di trovarsi di fronte ad una concezione di legge ben lontana da quella "classica" di espressione della volontà popolare, quale atto finale del procedimento legislativo. Quest'ultimo è infatti condizionato da una serie di criteri di natura tecnico-politica che, pur potendo trovare fondamento nell'art. 11 Cost., costituiscono un vincolo all'attività legislativa nella *forma*, nei

contenuti e nei tempi.

16. Riflessioni conclusive

Alla luce dell'analisi appena svolta, sembra possibile proporre qualche riflessione conclusiva.

Anzitutto, è possibile confermare, analogamente a quanto emerso nelle altre relazioni presentate al Convegno annuale dell'Associazione Gruppo di Pisa¹⁵⁹, che la tecnica, ed in particolare il coinvolgimento di organi tecnici nel procedimento normativo, comporta la marginalizzazione del ruolo del Parlamento e un uso limitato delle fonti di rango primario, a favore di atti subordinati o, prevalentemente, di atti amministrativi.

Quanto appena affermato si evince tanto dall'indagine svolta in riferimento al ruolo degli organi tecnici nell'emergenza sanitaria, caratterizzata come visto, da un ampio ricorso ad atti amministrativi, adottati su parere di comitati tecnici (primo fra tutti, il CTS); tanto, dalla ricerca svolta in relazione al Piano nazionale di ripresa e resilienza, che dimostra come la discrezionalità del Parlamento possa risultare fortemente condizionata da criteri di natura tecnica.

Questa *fuga* dal Parlamento e dalla legge è connessa ad altre due questioni che sono state messe in luce con chiarezza durante il dibattito svolto nell'Atelier n. 2 del Convegno.

In primo luogo, risulta del tutto limitato il ruolo della Corte costituzionale sulle scelte normative¹⁶⁰, influenzate dai comitati tecnici.

È d'altra parte la stessa Corte costituzionale a legittimare l'“esternalizzazione” delle valutazioni tecnico-scientifiche nelle sedi competenti, al di fuori del circuito democratico.

La Corte, infatti, non entra nel merito delle evidenze scientifiche alla base di una scelta normativa, ma le rimette al giudizio di «istituzioni e organismi -

¹⁵⁹ La marginalizzazione della legge e del Parlamento pare costituire il tratto comune che emerge da tutte le relazioni presentate al Convegno annuale dell'associazione Gruppo di Pisa, *Modello costituzionale e trasformazione del sistema delle fonti nelle crisi economica e pandemica. Emergenza e persistenza*, Firenze 17 e 18 giugno 2022: A. CARDONE, *Bozza della relazione illustrativa*, cit., 77; A. LO CALZO, *Interazioni tra dimensione sovranazionale e dimensione Nazionale nella produzione normativa: tra crisi “endemiche” e nuove emergenze*, 35; S. LIETO, *L'impatto dell'emergenza sanitaria ed economica da Covid-19 sul sistema delle fonti tra livello statale, regionale e locale*, 35; F. PACINI, *Ai confini della normatività. Hard law e soft law in “tempi difficili*, 21; G. SERGES, *L'«emergenza»: fattore esogeno di condizionamento della produzione normativa in tempo di crisi?*, 7 ss.; A. ALBERTI, *I vincoli finanziari tra fatti e norme*, 12 ss. Tutte le relazioni, nella loro versione provvisoria, sono pubblicate sul sito dell'Associazione al seguente link . La stessa evidenza emerge dalle relazioni di I. Massa Pinto, I. A. Nicotra e dalle conclusioni di P. Carnevale, le registrazioni degli interventi orali sono disponibili al seguente link .

¹⁶⁰ Lo ha evidenziato durante il dibattito nell'Atelier n. 2 in particolare G. Arconzo, cfr. la registrazione dell'intervento orale al seguente link.

di norma nazionali o sovranazionali - a ciò deputati» (C. cost. sent. n. 282 del 2002) o, ancora, alla valutazione di comitati di esperti, che intervengono nell'ambito dell'istruttoria amministrativa (C. cost. sent. n. 198 del 2021).

In tal modo, il giudizio di ragionevolezza non è compiuto nelle sedi deputate alla produzione di fonti di rango primario, ma si tramuta in un giudizio di proporzionalità, proprio del procedimento amministrativo, con la ovvia conseguenza che il sindacato non spetterà più alla Corte costituzionale, bensì al giudice amministrativo.

Tale impostazione, che si discosta da quanto avvenuto in altri ordinamenti¹⁶¹, rischia di limitare eccessivamente il ruolo della Corte costituzionale¹⁶² sulle scelte normative condizionate dall'operato di organi tecnici, anche laddove queste ultime siano fortemente incisive dei diritti e delle libertà costituzionali, come quelle che hanno caratterizzato l'emergenza sanitaria.

Si è consapevoli di come possa risultare ingenuo ricercare la soluzione a tutte le problematiche evidenziate in questo scritto nel ruolo della giurisprudenza costituzionale; posto che tali criticità sembrano piuttosto affondare le proprie radici nella crisi della politica.

L'ampio ricorso agli esperti e agli organi tecnici – elemento che dovrebbe di per sé rappresentare un valore aggiunto per la produzione normativa - ha talvolta costituito una delle molteplici modalità utilizzate per celare l'incapacità della politica di effettuare delle scelte ed intraprendere decisioni, anche di fronte a situazioni emergenziali.

Sul punto non può che condividersi quanto sapientemente esposto dalla Professoressa Massa Pinto nella sua relazione che ha messo in luce la progressiva riduzione dello spazio dell'esercizio dell'indirizzo politico, quale attività che deve logicamente precedere la produzione normativa¹⁶³. Il tentativo di colmare tale spazio mediante l'istituzione di organi tecnici, non accompagnati dalle dovute garanzie di imparzialità e trasparenza, ha dato avvio a forme di deviazione del principio di legalità, che si discostano eccessivamente dal modello costituzionale.

In questo quadro non si può che auspicare, l'istituzione di organismi stabili

¹⁶¹ N. Fiano ha ricordato nel corso del dibattito svoltosi nell'Atelier n. 2 come il Tribunale costituzionale tedesco abbia attivato i poteri istruttori nel giudizio sull'*Infektionsschutzgesetz*, la legge federale per la prevenzione e il contrasto di infezioni del 20 luglio 2000 modificata durante la pandemia, che ha portato alla pronuncia del 19 novembre 2021 (1 BvR 781/21). Per maggiori dettagli oltre alla registrazione dell'intervento orale della dott.ssa Fiano (link) si veda N. FIANO, *Esperti ed amici curiae: riflessioni sul processo costituzionale e sulle tipologie decisionali a partire dall'esperienza tedesca*, in *Rivista del Gruppo di Pisa*, 1/2022.

¹⁶² Sulle possibili soluzioni processuali M. D'AMICO, *La Corte costituzionale e i fatti: istruttoria ed effetti delle decisioni*, in *Rivista del Gruppo di Pisa*, 1/2017.

¹⁶³ Cfr. la registrazione della relazione orale della Professoressa Massa Pinto pubblicata sul sito dell'Associazione al seguente link. Si veda ancora CARDONE, *Bozza della relazione illustrativa*, 82.

di sostegno tecnico-scientifico all'attività legislativa, in *primis* del Parlamento. L'individuazione di tali strumenti costituisce, ribadendo le parole di Norberto Bobbio, un obiettivo urgente poiché il «tecnico apolitico» può divenire «un rischio per la democrazia», essendo «pronto a servire qualsiasi padrone», essendo «strumento che si piega al volere e agli interessi del primo che vi ponga le mani»¹⁶⁴.

¹⁶⁴ N. BOBBIO, *Politica e Tecnica*, 6.