

I poteri tecnici nelle crisi della democrazia

Nicoletta Vettori

SOMMARIO: 1. Premessa – 2. Lo statuto costituzionale dei poteri tecnici nella democrazia costituzionale: il modello precauzionale. – 2.1. I riflessi organizzativi e funzionali del modello precauzionale: apparati tecnici strumentali e riserva di istruttoria tecnica. – 2.2. I limiti del modello precauzionale: autoreferenzialità della scienza v. strumentalizzazione da parte della politica. – 3. La “costituzionalizzazione” del c.d. modello tecnocratico (o delle autorità indipendenti) nei Trattati UE come conseguenza dell’evoluzione delle forme democratiche. – 3.1. Le condizioni di legittimità del modello delle *Authorities*: “legalità procedurale” e legittimazione di risultato. – 3.2. I limiti del modello delle *Authorities*: l’incompiuta “apertura” dei procedimenti di formazione degli atti e la debolezza dei presidi di indipendenza funzionale. – 4. Ascesa dei poteri tecnici privati e rivoluzione digitale. – 4.1. Il “potere normativo” del codice algoritmico e il rischio di algocrazia. – 4.2. Le (timide) tendenze della regolazione europea per recuperare uno spazio di intervento della politica sui poteri tecnici privati. – 5. Considerazione di sintesi e nuove prospettive di ricerca.

ABSTRACT: *Il saggio analizza la trasformazione dei rapporti tra politica e saperi esperti nelle democrazie costituzionali, mostrando come l'evoluzione del sistema normativo ha determinato il consolidarsi di varie tipologie di “poteri tecnici”, caratterizzati da specifiche dinamiche funzionali e precisi assetti organizzativi. Muovendo dal modello dei corpi tecnici strumentali, previsto dalla Costituzione e consolidato attraverso l'approccio precauzionale di derivazione comunitaria, il lavoro esamina la progressiva affermazione del modello tecnocratico delle autorità indipendenti, sviluppatosi anche in ambito eurounitario come risposta alle crisi delle istituzioni rappresentative e alle esigenze di regolazione di settori complessi e sempre più integrati a livello globale. L'indagine si estende quindi all'emersione dei poteri tecnici privati, in particolare quelli connessi alla rivoluzione digitale, al controllo delle piattaforme e degli algoritmi, che pongono nuove sfide in termini di legittimazione, trasparenza e tutela dei diritti fondamentali. Attraverso l'analisi degli equilibri su cui si basano i diversi modelli e sugli elementi che possono pregiudicarne il corretto funzionamento, l'articolo individua nei rapporti tra politica e tecnica, e in particolare nel “peso” che ciascuna delle due componenti assume nella determinazione delle decisioni finali, una conseguenza e, allo stesso tempo, un fattore di trasformazione delle forme democratiche. In conclusione, il saggio prospetta la necessità di fronteggiare la irriducibile complessità dei fenomeni descritti e, a tal fine, propone di ripensare le categorie giuridiche maggiormente messe alla prova da tali processi evolutivi, con l'obiettivo di elaborare strumenti di “democratizzazione” delle expertise scientifiche e di individuare istituti (procedimentali e organizzativi) che definiscano in modo più rigoroso il confine tra valutazione tecnica e decisione politica discrezionale.*

PAROLE CHIAVE: Democrazia costituzionale – Poteri tecnici – Principio di precauzione – Autorità indipendenti – Poteri privati – Algocrazia

SUMMARY: *The essay examines the transformation of the relationship between politics and expert knowledge in contemporary constitutional democracies, illustrating how the evolution of the normative system has led to the consolidation of various typologies of “technical powers,” characterized by specific functional dynamics and precise organizational structures. Drawing from the model of instrumental technical bodies established*

by the Constitution and reinforced through the precautionary approach, the work investigates the progressive affirmation of the technocratic model of independent authorities, which have developed as a response to the crisis of representative institutions and to the growing need for regulation of increasingly complex sectors integrated at the global level. The analysis further extends to the emergence of private technical powers, particularly those connected to digital transformation, to the governance of platforms, and to the normative power of algorithms – all of which pose new challenges in terms of legitimacy, transparency, and the protection of fundamental rights. Through an analysis of the equilibria upon which the various models rest, and of the elements liable to compromise their proper functioning, the article demonstrates that the relationship between technical expertise and politics constitutes, simultaneously, an expression of and a transformative force within democratic forms of governance. In conclusion, the essay advances the case for confronting the irreducible complexity of the phenomena described and, to that end, proposes a rethinking of the legal categories most severely tested by these evolutionary processes. The aim is to develop instruments for the “democratization” of scientific and technical expertise, and to identify institutional mechanisms – both procedural and organizational – capable of defining, with greater rigor, the boundary between technical assessment and political decision-making.

KEYWORDS: Constitutional democracy – Technical powers – The precautionary principle – Independent authorities – Private powers – Algocracy

1. Premessa

Il ruolo pervasivo che, nell'ultimo secolo, la scienza e la tecnica hanno assunto rispetto allo sviluppo economico e sociale è stato tale da incidere sulle strutture e sulle dinamiche fondamentali della vita associata, facendo ritenere necessaria – almeno negli ordinamenti appartenenti alla tradizione giuridica occidentale – una specifica attività di regolazione.

I diversi poteri dello Stato coinvolti in scelte dipendenti da conoscenze tecnico-scientifiche si sono dovuti dotare di strutture di consulenza specialistica (commissioni e comitati di esperti, organismi tecnici), capaci di integrare le competenze necessarie. Al tempo stesso, gli ordinamenti giuridici, a livello nazionale e sovranazionale, hanno intrapreso una sempre più capillare attività di regolazione delle attività scientifiche e dei prodotti tecnologici.

In questo quadro di interdipendenza, l'evoluzione del sistema normativo ha configurato diversi modelli di relazione tra politica (istituzioni politiche) e scienza (comunità scientifiche), a cui corrispondono specifiche dinamiche funzionali e precisi assetti organizzativi. Tali modelli hanno determinato il consolidarsi di tre tipologie di “poteri tecnici”, espressione con la quale si intendono gli apparati (pubblici, privati, misti) deputati a porre in essere valutazioni che sono espressione di conoscenze specialistiche e sono destinate ad essere il presupposto (ovvero a divenire parte) di decisioni pubbliche autoritative di carattere discrezionale (atti normativi, atti amministrativi generali, provvedimenti amministrativi).

Tali modelli sono stati condizionati dalle dinamiche istituzionali e, in particolare, dalle crisi¹ e dalle trasformazioni dei sistemi democratici.

¹ Si usa l'espressione “crisi” nel suo significato etimologico. La parola deriva dal greco antico κρίσις (*krisis*), che significa “separazione” “scelta” e, a sua volta, proviene dal verbo κρίνω (*krino*), che significa “setacciare, separare, distinguere, decidere”. In origine era legato al lavoro agricolo e indicava il momento in cui si separava il chicco di grano dalla pula. In medicina il termine era usato per indicare il momento decisivo di una malattia, lo “spartiacque” in cui il paziente poteva guarire o peggiorare definitivamente. Etimologicamente, dunque, una crisi è prima di tutto un momento di rottura e di svolta da cui si innesca un cambiamento. Cfr.: <https://www.treccani.it/vocabolario/crisi/>.

Come avremo modo di considerare, infatti, i principi relativi al rapporto tra politica e scienza, posti dalle Costituzioni democratiche del XX secolo e confermati dal diritto comunitario, hanno delineato un modello (c.d. precauzionale) caratterizzato da corpi tecnici variamente denominati (Agenzie, Comitati, Istituti) posti in relazione di strumentalità rispetto alle istituzioni politiche (§ 2).

A partire dagli anni '90, l'equilibrio alla base di tale modello è stato progressivamente alterato sia da fattori esogeni (quali la globalizzazione e la finanziarizzazione del capitalismo), sia da fattori interni ai meccanismi della democrazia rappresentativa (legati all'accentuazione di logiche maggioritarie nei sistemi elettorali). Di conseguenza, in alcuni settori strategici per il processo di integrazione europea, è stato configurato un altro modello (c.d. tecnocratico), basato sul ricorso ad autorità indipendenti dai Governi a cui è stato affidato il compito di elaborare una regolazione tecnicamente adeguata e scevra da conflitti di interesse, ritenuta essenziale per il perseguimento di obiettivi generali di rilevanza sovranazionale (§ 3).

Più di recente il modello tecnocratico, concepito per sottrarre determinate materie alle scelte (fisiologicamente parziali e di breve periodo) delle maggioranze governative, è stato criticato e considerato un elemento di riduzione del livello di democraticità dell'ordinamento. In particolare, la scarsa intelligibilità dei processi decisionali degli organismi indipendenti ha alimentato il "sospetto" dell'oligarchia tecnocratica; ciò ha offerto argomenti ai movimenti populistici, saliti al Governo in alcuni Paesi europei e negli USA, per ridurre l'indipendenza delle relative autorità al fine di ridimensionare il ruolo di controllo e di garanzia che queste sono chiamate a svolgere. Anche questo processo rappresenta un elemento di crisi delle democrazie contemporanee.

D'altra parte, a partire dall'inizio del nuovo millennio, i rapporti tra politica e tecnica si sono ulteriormente trasformati in seguito all'ascesa dei c.d. poteri privati, grandi *corporation* che detengono il monopolio delle tecnologie digitali, forniscono servizi essenziali e, attraverso il controllo di grandi masse di dati e di strumenti di intelligenza artificiale, sono in grado di condizionare l'esercizio di molti diritti fondamentali (lavoro, istruzione, ricerca, sanità, comunicazioni, commercio etc.). Come avremo modo di considerare (§ 4), anche questo fenomeno, che rischia di degenerare in un terzo modello basato su forme di infocrazia² o di algocrazia³, è – allo stesso tempo – una conseguenza della crisi della capacità ordinante del diritto politico⁴ e un fattore che incide negativamente sugli equilibri dei sistemi democratici⁵.

In questo quadro, l'obiettivo del lavoro è innanzitutto descrivere questi processi evolutivi, mettendo in evidenza l'articolato, e non sempre lineare, rapporto tra istituzioni politiche e saperi esperti. A tal fine si analizzano le basi giuridiche e le caratteristiche dei diversi tipi di potere tecnico, facendo emergere il "peso" che, in ciascuno di essi, assumono rispettivamente la componente politica e la componente tecnica; successivamente se ne esaminano i limiti di funzionamento, vale a dire gli elementi che possono alterare – in fatto – gli equilibri delineati dalle fattispecie astratte.

Inevitabilmente si tratta di classificazioni descrittive, non completamente idonee a cogliere la complessità dei fenomeni reali, ma utili ad inquadrare la portata delle questioni di fondo.

² BYUNG-CHUL HAN, *Infocrazia. Le nostre vite manipolate dalla rete*, Super ET, 2024.

³ DANAHER, *The Threat of Algocracy: Reality, Resistance and Accommodation*. *Philos. Technol.* 29, 2016, 245–268.

⁴ Ne è una conseguenza poiché, come si vedrà (v. § 4) il dominio delle tecnologie informatiche è stato reso possibile e agevolato dall'approccio *laissez-faire* nei confronti delle piattaforme digitali e dal mancato investimento pubblico nella ricerca nel campo dell'intelligenza artificiale.

⁵ È un ulteriore fattore di crisi delle democrazie costituzionali sotto almeno due profili: in ragione della rilevanza che i *social network* hanno acquisito nella 'costruzione' dell'opinione pubblica e, in particolare, del condizionamento dei processi elettorali, nonché per il fatto che le pubbliche amministrazioni stanno 'delegando' alle tecnologie algoritmiche la garanzia dell'esercizio molti di diritti fondamentali, senza avere la capacità non solo di controllarle ma neppure di comprenderne il funzionamento (v. § 4).

Per condurre l'analisi si farà riferimento alle fonti normative e agli orientamenti della giurisprudenza, di livello nazionale ed europeo, tenendo conto prevalentemente delle ricostruzioni della dottrina giuridica, ma anche di alcuni autorevoli studi di filosofia della scienza e di scienza politica che sono particolarmente rilevanti per far emergere i determinanti metagiuridici degli istituti esaminati.

In conclusione si proverà a riflettere su alcune prospettive di ricerca che si ritiene possano servire ad elaborare dei correttivi alle disfunzioni in atto e veicolare le necessarie trasformazioni delle categorie giuridiche maggiormente messe alla prova dai fenomeni descritti.

La convinzione, infatti, è che non è possibile individuare soluzioni nette, preferibili in via generale, conviene piuttosto seguire l'approccio metodologico che invita a «lavorare con attenzione all'interno delle singole aree problematiche, affinando la capacità di lettura dei fatti-interessi che in relazione alle stesse si manifestano [...] e sfruttando la combinazione dei diversi strumenti resi disponibili dall'ordinamento per costruire le soluzioni, volta per volta, più adatte»⁶.

2. Lo statuto costituzionale dei poteri tecnici nella democrazia costituzionale: il modello precauzionale

Nella Costituzione italiana, come nella gran parte delle Costituzioni liberaldemocratiche europee⁷, la scienza è espressamente riconosciuta e protetta sotto un duplice profilo: come interesse generale da promuovere (art. 9 Cost.) e come libertà individuale (art. 33 Cost.)⁸. Al pari di ogni altro diritto costituzionale, anche la *libertà di (fare) scienza* non è un bene giuridico unitario, ma a questa sono riconducibili diverse pretese: la ricerca teorica pura, la sperimentazione delle ipotesi scientifiche, la ricerca applicata, le pretese di sfruttamento economico dei prodotti scientifici, etc.

In questo quadro, soltanto la ricerca pura, in quanto espressione di pensiero, non produce effetti su diritti o interessi altrui, pertanto non richiede interventi limitativi da parte dei pubblici poteri; diverso è per le altre pretese che sono oggetto di regolazione pubblica⁹.

La *ratio* di fondo è chiara: la Scienza (*i.e.* la comunità scientifica) è libera di valutare l'utilità di uno studio per lo sviluppo della conoscenza, scegliere le metodologie e attestare l'attendibilità dei risultati prodotti, ma non può definire il valore o il disvalore di una determinata tecnologia, né stabilire i limiti che il suo utilizzo deve incontrare per la sicurezza individuale e collettiva. Ciò perché la tutela dei diritti e degli interessi 'toccati' dalle risultanze scientifiche rende necessaria una validazione pubblica svolta da organismi, procedimenti e atti di natura pubblico-amministrativa, variamente 'rappresentativi' dei valori e delle sensibilità del corpo sociale nel suo complesso¹⁰.

⁶ Così COMPORTI, *La strana metafora della «terra di nessuno»: le adiacenze possibili tra pubblico e privato alla luce dei problemi da risolvere*, in *Dir. pubbl.*, 2021, 529-585 che richiama il metodo «gradualista» di Rossi, *Metodo giuridico e diritto amministrativo: alla ricerca di concetti giuridici elementari*, in *Dir. pubbl.*, 2004, 16 (ora in ora in *Saggi e scritti scelti di Gianpaolo Rossi*, I, *Il metodo e la teoria generale. Nozioni elementari e gradazioni*, a cura di D'Alessandro e Pappano, Torino, 2019, 169).

⁷ Si vedano, ad esempio, l'art. 5, comma 3, della Legge Fondamentale tedesca, gli artt. 73 delle Costituzioni portoghese e polacca su cui v. CASTORINA, *Scienza, tecnica e diritto costituzionale*, in *Rivista AIC*, 5, 2015, 5.

⁸ Si vedano ORSI BATTAGLINI, *Libertà scientifica, libertà accademica e valori costituzionali*, in *Nuove dimensioni dei diritti di libertà (Scritti in onore di Paolo Barile)*, Cedam, 1990, 89 ss; CHIEFFI, *Ricerca scientifica e tutela della persona*, Jovene, 1993, 181; BIN, *La Corte e la scienza*, in A. D'ALOIA (a cura di), *Bio-tecnologie e valori costituzionali. Il contributo della giustizia costituzionale*, Giappichelli, 2004, 12 ss.

⁹ Cfr., di recente, SICCARDI, *Organi tecnici e produzione normativa*, in *Osservatorio sulle fonti*, 2022, 2; IANNUZI, *Le forme di produzione delle fonti a contenuto tecnoscience nell'epoca del diritto transnazionale*, in *DPCE on line*, 2020, 3277 ss.

¹⁰ Così MARZUOLI, *Potere amministrativo e valutazioni tecniche*, Giuffrè, 1985, 218, secondo il quale nel nostro sistema istituzionale i valori espressi dall'amministrazione «rappresentano una sintesi dei valori presenti nell'intera società» grazie ai molteplici canali di raccordo che a

L'assetto appena delineato trova conferma anche nella disciplina europea e, in particolare, nel principio di precauzione¹¹. Come noto, tale principio, nell'interpretazione della Commissione europea¹² e nell'applicazione da parte della giurisprudenza, individua le tappe procedurali¹³ che le istituzioni pubbliche devono seguire per decidere in situazioni in cui vi sia incertezza scientifica rispetto ad attività che possono costituire un rischio.

Il criterio operativo che ne deriva impone alle autorità politiche di fondare le proprie decisioni su valutazioni scientifiche accreditate e indipendenti, ma di intervenire anche qualora il possibile verificarsi di un danno non sia scientificamente provato¹⁴. Ciò significa – a contrario – che la mancanza di certezza circa l'esistenza di una situazione di pericolo non può costituire una valida giustificazione per non agire, mentre sono comunque necessarie misure di gestione del rischio proporzionate, coerenti e non discriminatorie¹⁵.

Nella prospettiva che qui interessa, l'aspetto più significativo è il rapporto tra politica, diritto e scienza che tale principio configura. L'approccio precauzionale, infatti, è il segno giuridico più evidente del superamento della visione acritica che a lungo ha giustificato la deferenza del potere (legislativo, amministrativo e giurisprudenziale)¹⁶ verso il sapere esperto, assunto come oggettivo e scevro da incertezze¹⁷, quella visione per cui « la (*il desiderio di*) verità della scienza parla al (*bisogno di*) potere dei politici »¹⁸. Il paradigma precauzionale, infatti, muove da una visione opposta: ovvero dalla consapevolezza dei caratteri di incertezza, opinabilità e non neutralità delle valutazioni scientifiche¹⁹. In questa prospettiva, dunque,

questa la legano, quali la rappresentanza politica – e quindi il filtro dell'indirizzo politico – le altre forme di rappresentanza e la partecipazione».

¹¹ Sul principio di precauzione v. MARINI, PALAZZINI (a cura di), *Il principio di precauzione tra filosofia, biodiritto e biopolitica*, Edizioni Studium, 2008; WYNNE, *Normalising Europe – and the world - through science: risk, uncertainty and precaution*, in RODOTÀ, TALLACCHINI (a cura di), *Ambito e fonti del Biodiritto*, Giuffrè, 2010, 491-514; MANFREDI, *Note sull'applicazione del principio di precauzione nel diritto pubblico*, in *Dir. pubbl.*, 2004, 1075 ss; DE LEONARDIS, *Il principio di precauzione nell'amministrazione del rischio*, Giuffrè, 2005. Si veda anche il parere del Comitato Nazionale per la Bioetica, del 18 giugno 2004, *Il principio di precauzione: profili bioetici, filosofici, giuridici* reperibile al sito www.governo.it.

¹² Cfr. la *Comunicazione della Commissione sul principio di precauzione*, Bruxelles, 2 febbraio 2000.

¹³ Articolate in: valutazione scientifica, valutazione del rischio, definizione partecipata delle misure di gestione e comunicazione del rischio. V. la *Comunicazione della Commissione sul principio di precauzione*, cit., 12-22. Sul carattere procedurale dei criteri d'azione derivanti dal principio di precauzione v. BARTOLOMEI, *Sul principio di precauzione: norma assoluta o regola procedurale*, in *Bioetica*, 2001, 321 ss; SPUNTARELLI, *Normatività del principio di precauzione nel processo decisionale dell'amministrazione e legittimazione procedurale*, in www.Costituzionalismo.it, 3, 2014, 1-30.

¹⁴ MARCHETTI, *Il principio di precauzione*, in A.M. SANDULLI (a cura di), *Codice dell'azione amministrativa*, Milano, 2010, 154-156; DE LEONARDIS, *Il principio di precauzione*, in (a cura di), *Studi sui principi del diritto amministrativo*, Giuffrè, 2012, 426.

¹⁵ Sui caratteri delle misure precauzionali v. la *Comunicazione della Commissione sul principio di precauzione*, cit., 17-21. In dottrina, tra gli altri, DE LEONARDIS, *Tra precauzione e ragionevolezza*, in www.federalismi.it, 2006; SPUNTARELLI, *Normatività del principio di precauzione nel processo decisionale dell'amministrazione*, cit., 14-15.

¹⁶ In questo senso v. DE PRETIS, *Scienza, dicrezionalità e pubblica amministrazione*, in COMANDÉ, PONZANELLI (a cura di), *Scienza e diritto nel prisma del diritto comparato*, Giappichelli, 2004, 419-422.

¹⁷ TALLACCHINI, *Politica della scienza e diritto: epistemologia dell'identità europea*, in *Notizie di Politeia*, XVII, 62, 2001.

¹⁸ FUNTOWICZ, *Modelli di scienza e policy in Europa*, in RODOTÀ, TALLACCHINI (a cura di) *Ambito e fonti del Biodiritto*, cit., 533-55, spec. 547 (che richiama la teoria di WILDAVSKY, *Speaking Truth to Power*, Little Brown and Co., 1979); RODOTÀ, *Diritto, scienza, tecnologia: modelli e scelte di regolazione*, in COMANDÉ, PONZANELLI (a cura di), *Scienza e diritto nel prisma del diritto comparato*, Giappichelli, 2004, 397 ss (408-409).

¹⁹ Negli studi di filosofia della scienza si distinguono due profili di incertezza scientifica: uno oggettivo, l'altro soggettivo. L'idea di incertezza oggettiva denota le varie forme di indeterminazione derivanti dalla complessità delle conoscenze, dalla mancanza o insufficienza di dati (ignoranza), dalla imprevedibilità degli esiti (incertezza), dal carattere stocastico delle previsioni. (cfr. WYNNE *et al.*, *Scienza e governance. La società europea della conoscenza presa sul serio*, Rubettino, 2008). L'idea di incertezza soggettiva allude invece ai valori sottesi ai giudizi scientifici che incidono sia a livello teorico che operativo. Sotto quest'ultimo profilo, si individuano tre diverse categorie di 'pregiudizi' rilevabili nelle posizioni degli scienziati: i valori pregiudiziali (*bias values*), i valori contestuali (*contextual values*) e i valori costitutivi o metodologici (*constitutive or methodological values*). I *bias values* si hanno quando gli scienziati che formulano il giudizio scientifico omettono dati o li intendono deliberatamente in modo scorretto, per forzare un'interpretazione. I *contextual values* includono le preferenze personali, sociali e culturali che, inevitabilmente, condizionano il giudizio, facendo prevalere alcuni valori su altri. Infine, i *constitutive values* rigurdano il favore accordato dagli scienziati a certe teorie o regole metodologiche. Sul punto si veda TALLACCHINI, *Lo Stato epistemico*.

la regolazione pubblica della scienza non trova solo una giustificazione esterna (nell'influenza che le applicazioni tecniche hanno sui diritti delle persone), ma dipende anche dalla intrinseca relatività e dal fisiologico grado di mutevolezza delle acquisizioni scientifiche²⁰. Se i dati sono incerti, insufficienti o suscettibili di valutazioni fortemente divergenti occorre scegliere, stabilire quale sia la soluzione più attendibile, eventualmente comporre divergenze interne alla comunità scientifica di riferimento. Pertanto, in virtù dei principi che sottendono l'impianto costituzionale ed europeo, è necessario che siano le istituzioni rappresentative (e non i gruppi esponenziali delle comunità scientifiche), a scegliere la soluzione migliore e – se necessario – a fronteggiare con proprie misure le eventuali lacune conoscitive o le perduranti incertezze.

2.1. I riflessi organizzativi e funzionali del modello precauzionale: apparati tecnici strumentali e riserva di istruttoria tecnica

La Costituzione definisce, dunque, un assetto articolato in due pilastri: *libertà* della scienza e *autonomia* del potere politico nella determinazione delle regole a tutela dei diritti e degli interessi generali. Tuttavia, a garanzia della fondatezza dei processi decisionali basati su cognizioni tecnico-scientifiche, la giurisprudenza, nazionale ed europea, ha progressivamente affermato la necessità di un raccordo tra potere normativo e sapere esperto, utilizzando il principio di ragionevolezza scientifica²¹.

In particolare è stato affermato che in forza dei principi costituzionali e del criterio di precauzione, gli interventi normativi che incidono in settori tecnico-scientifici devono fondarsi su dati attendibili e prevedere meccanismi di aggiornamento alla continua evoluzione scientifica, con conseguenti vincoli di ordine sostanziale e procedurale.

Sul piano sostanziale, la regola è che il decisore politico (legislatore e amministrazione) non può “entrare nel merito” delle scelte tecniche, ma deve affidarsi alle conoscenze acquisite mediante «istituzioni e organismi – di norma nazionali o sovranazionali – a ciò deputati»²² (c.d. riserva di scienza).

Sul piano procedurale, il principio è che la fonte legislativa non può esaurire la disciplina della materia. Da un lato, perché la lunghezza dei tempi del procedimento di formazione rischia di ‘cristallizzare’ conoscenze scientifiche intrinsecamente dinamiche e in continua evoluzione. Dall'altro lato, perché la legge, per sua natura generale e astratta, richiede un adattamento applicativo che tenga conto della specificità dei fenomeni da regolare. Le esigenze di aggiornamento e di adeguamento al progresso scientifico impongono, dunque, il rinvio ad atti di regolazione concreti e rapidamente modificabili, da elaborare mediante procedure nelle quali sia assicurato l'integrazione del sapere esperto (c.d. riserva di procedimento amministrativo)²³.

La regolazione giuridica della scienza, in MAZZONI (a cura di), *Etica delle ricerca biologica*, Leo S. Oloschki, 2000, 98; JASANOFF, *Is Science Socially Constructed, And can It Still Inform Public Polycy?*, in *Science and Engineering Ethics*, 1996, 263-276.

²⁰ CASONATO, *Diritto e scienze della vita: complessità, tentazioni, resilienza*, in *Dir. pubbl. comp. europeo*, 2015, 277-302 (spec. 283-284).

²¹ C. Cost., 26 giugno 2002, n. 282, n. 338 del 2003; n. 8 del 2011, n. 162 del 2014; n. 274 del 2014; n. 169 del 2017; n. 116 del 2006. In dottrina, sulla giurisprudenza in tema di ragionevolezza scientifica delle leggi, v., tra i molti, GALLO, *La potestà legislativa regionale concorrente, i diritti fondamentali e i limiti alla discrezionalità del legislatore davanti alla Corte costituzionale*, in *Foro amm.*, CDS, 2002, 11, 2791 ss.; VIOLINI, *La tutela della salute e 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*, 6, 2002, 1456-1450; PENASA, *La «ragionevolezza scientifica» delle leggi nella giurisprudenza costituzionale*, in *Quaderni costituzionali*, 4, 2009, 817 ss.; CASONATO, *La scienza come parametro interposto di costituzionalità in generale*, in *Rivista Aic*, 2016, 2; BUSATTA, *Tra scienza e norma: il fattore scientifico come oggetto, strumento e soggetto della regolazione*, in *Costituzionalismo.it*, 2021, 1, 132.

²² C. Cost., n. 185 del 1998.

²³ C. Cost., n. 178 del 2020; n. 9 del 2018 su cui CORTESE, *Sulla riserva preferenziale di procedimento come strumento di garanzia*, in *le Regioni*, 2018, 759-765; Id., *Coordinare per decidere: il procedimento quale sede di sintesi per gli interessi pubblici*, in ASSOCIAZIONE ITA-

Il modello appena delineato ha trovato realizzazione in vari settori (ad es. la sanità, i farmaci, l'ambiente), con specifiche implicazioni di tipo organizzativo e funzionale²⁴, tanto a livello europeo che a livello nazionale.

Nel sistema dell'Unione Europea sono previsti organismi strumentali di consulenza tecnico-scientifica sia della Commissione che del Parlamento²⁵, la cui composizione deve rispondere a criteri di alta professionalità e piena autonomia di giudizio²⁶. In termini analoghi, nel nostro ordinamento la *expertise* tecnica in queste materie è affidata ad organismi ausiliari del Governo²⁷ che, seppur in dialogo con le comunità scientifiche di riferimento, sono posti in posizione di strumentalità e dunque sottoposti alla direzione e al controllo da parte dell'organo politico.

In coerenza con il paradigma precauzionale, raramente la consulenza di tali organismi è qualificata come vincolante, con la conseguenza che l'apparato politico-amministrativo è lasciato libero di discostarsene. Tuttavia, l'attendibilità e la fondatezza tecnica delle decisioni assunte sono presidiate da alcune regole procedurali.

In particolare, per gli atti di carattere normativo, rilevano i criteri di ragionevolezza²⁸ e di precauzione²⁹ che impongono, come condizione di legittimità, lo svolgimento di un'istruttoria basata sull'acquisizione di «pareri scientifici fondati sui principi dell'eccellenza, della trasparenza e dell'indipendenza»³⁰.

D'altra parte, per i provvedimenti e gli atti amministrativi generali, opera l'art. 17 l. 7 agosto 1990, n. 241 che "puntella" l'obbligatorietà dell'acquisizione procedimentale delle valutazioni tecniche attraverso il meccanismo del c.d. silenzio devolutivo, dal quale derivano due implicazioni per l'organo politico-amministrativo: a) deve prendere in considerazione la valutazione compiuta dall'organo indicato come competente dalla legge (o da un altro organismo pubblico che abbia competenze specialistiche equipollenti) senza poter contestare il "merito"; b) nell'assumere la decisione finale potrà discostarsi dal parere tecnico solo adducendo motivazioni che abbiano un fondamento scientifico altrettanto attendibile³¹.

LIANA DEI PROFESSORI DI DIRITTO AMMINISTRATIVO (a cura di), *Decisioni amministrative e processi deliberativi. Atti del convegno annuale*, Bergamo, 5-7 ottobre 2017, Napoli, 2018, 101 ss.

²⁴ Per l'analisi di questo modello nel settore sanitario sia consentito rinviare a VETTORI, *Diritti della persona e amministrazione pubblica. La tutela della salute al tempo delle biotecnologie*, Giuffrè, 2017.

²⁵ Sui servizi di consulenza scientifica del Parlamento europeo e della Commissione, si veda TALLACCHINI, *Scienza e potere*, in *Enc. dir.*, I tematici, V, *Potere e Costituzione* diretto da M. Cartabia, M. Ruotolo, Giuffrè, 2023, 1084-1086.

²⁶ Cfr. C. giust., *D & A Pharma v. Commissione ed EMA*, 14 marzo 2024 nella quale la Corte ribadisce l'importanza che l'Agenzia Europea per i medicinali (EMA) rispetti il principio di imparzialità oggettiva, vigilando affinché gli esperti da essa consultati non versino in situazioni di conflitto di interessi.

²⁷ In materia ambientale 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 Agenzie regionali e provinciali per la protezione dell'ambiente (ARPA). In materia sanitaria: il Consiglio Superiore di Sanità, il Centro nazionale Trapianti, l'Istituto superiore di Sanità, l'Agenzia Italiana del Farmaco (AIFA), l'Agenzia Nazionale per i servizi sanitari Regionali (AGENAS).

²⁸ Sulla «dimensione procedurale» della legislazione a contenuto scientifico v. PENASA, *La legge della scienza. Nuovi paradigmi della disciplina dell'attività medico-scientifica*, Napoli, 2015, in particolare 71 ss; BUSATTA, *Tra scienza e norma: il fattore scientifico come oggetto, strumento e soggetto della regolazione*, cit., 148.

²⁹ BUFFONI, CARDONE, *Il procedimento normativo precauzionale come caso paradigmatico del riavvicinamento "formale-procedurale" delle "fonti" del diritto*, in www.osservatoriosullefonti.it, 2012, 2.

³⁰ In tal senso, cfr., tra le prime, Tribunale dell'Unione europea, III sezione, 11 settembre 2002, causa T-13/99, *Pfizer Animal Health SA c. Consiglio*, par. 172, Trib. UE, IV sez., 11 febbraio 2015, causa T-204/11, *Regno di Spagna c. Consiglio*, par. 131. Nella giurisprudenza nazionale v. C. cost. n. 282 del 2002 e 338 del 2003; 8 marzo 2006, n. 116.

³¹ Sul punto v. VIDETTA, *L'amministrazione della tecnica*, Giappichelli, 2007, 277-278.

2.2. I limiti del modello precauzionale: autoreferenzialità della scienza v. strumentalizzazione da parte della politica

Come da tempo dimostrato, i limiti che – di fatto – pregiudicano la corretta interazione tra politica e sapere tecnico in questo modello operano su due livelli: l'autoreferenzialità della Scienza che siede negli apparati pubblici e la “disponibilità” che il potere politico mantiene sul sapere tecnico, attraverso la possibilità di “scegliere” le acquisizioni scientifiche da considerare attendibili e rilevanti per le decisioni di *policy*.

Sotto il primo profilo, come osservato (§ 2, nota 19), la scienza ‘applicata’ raramente è certa e non è mai neutra, perché fisiologicamente condizionata dai valori interni alla comunità scientifica e propri del singolo ricercatore; inoltre, «dovendo trovare applicazione sociale, è legata a valutazioni ampie che esigono, in ultima istanza, una scelta “politica”»³².

Per questo, le posizioni più avanzate nell’ambito della filosofia della scienza suggeriscono che le discipline giuridiche che regolano il funzionamento dei comitati tecnici debbano assicurare che le istruttorie scientifiche siano sottoposte ai principi cardine dello Stato di diritto: trasparenza nella scelta delle metodologie e del *setting* di dati utilizzati per le valutazioni (per svelare i profili di fisiologica incertezza), nonché apertura al confronto con opzioni diverse nei vari passaggi del processo conoscitivo, quali la verifica delle ipotesi, l’elaborazione delle tesi e la giustificazione dei risultati³³.

Sotto l’altro profilo, il rischio è che gli organi politici operino in modo tale da «costruire una univocità di pareri scientifici che legittimi le direzioni auspiccate dal decisore politico (c.d. *pre-cooking expertise*³⁴)» o in modo da «individuare i risultati scientifici compatibili con le decisioni di policy» già assunte (c.d. *cherry picking*)³⁵. In questo modo la scienza può essere “piegata” agli interessi della (maggioranza) politica e usata strumentalmente per far apparire come oggettive e neutrali decisioni che invece sono frutto di precise opzioni di valore e scale di priorità.

Al riguardo, se a livello europeo sono state elaborate discipline dirette a prevenire queste degenerazioni³⁶ e introdotti elementi innovativi nella visione dell’*expertise*³⁷, le tendenze in atto in molti Stati membri sono di tutt’altro tenore.

³² Così TALLACCHINI, *Politiche della scienza contemporanea: le origini*, in RODOTÀ, TALLACCHINI (a cura di), *Ambito e fonti del biodiritto*, cit., 73; ID., *Politica della scienza e diritto: epistemologia dell’identità europea*, in *Notizie di Politeia*, XVII, n. 62 – 2001. Sul tema v. altresì FUNTOWICZ, I. SHEPEHERD, WILKINSON, RAVETZ, *Science and Governance in the European Union: a contribution to the debate*, in *Science e Public Policy*, 2000, vol. 27, 5, 327-336.

³³ Cfr., nell’ambito di un ampio dibattito, già LIBERATORE, FUNTOWICZ, *‘Democratizing’ expertise, ‘expertising’ democracy: What does this mean, and why bother?*, *Science and Public Policy*, Volume 30, Issue 3, June 2003, Pages 146-150; JASANOFF, *(No?) Accounting for expertise*, *Science and Public Policy*, Volume 30, Issue 3, June 2003, Pages 157-162; di recente HOLST, *Democratizing Expertise: The Epistemic Approach*, *Social Epistemology*, 39(6), 2025, 699-715.

³⁴ LARSSON, *Precooking – The function and role of expert groups in the European Union*. EUSA 8th Biennial International Conference, March 27-29 2003, Nashville. Disponibile all’indirizzo: aei.pitt.edu/6516/1/001507_1.pdf. Un problema analogo fu segnalato negli USA, nel 2002, quando un gruppo di scienziati misero in guardia dal rischio che il Presidente Bush selezionasse gli scienziati nelle commissioni sanitarie in base alle loro opinioni politiche invece che per il loro profilo scientifico, cfr. MICHAELS, BINGHAM, BODEN, CLAPP, GOLDMAN, HOPPIN, KRIMSKY, MONFORTON, OZONOFF, ROBBINS, *Advice without dissent*, in *Science*, 2002 Oct 25; 298(5594):703.

³⁵ *Devious Deception in Displaying Data: Cherry Picking*, in *Science or not*, 3 aprile 2012, scienceornot.net. Le citazioni nel testo sono tratte da TALLACCHINI, *Scienza e potere*, cit., 1090.

³⁶ Cfr. le regole del sistema della comitologia, dal Regolamento (UE) No 182/2011 del Parlamento Europeo e del Consiglio del 16 febbraio 2011.

³⁷ Il riferimento è al sistema di *advice* della Commissione, denominato *Scientific Advice Mechanism* (SAM), che comprende un gruppo di *Chief Scientific Advisors* e la rete *Scientific Advice for Policy by European Academies*, SAPEA, (un consorzio di circa 120 Accademie europee di diversi paesi, finanziato da Horizon Europe), le cui attività sono supportate dal segretariato SAM, istituito all’interno della Direzione generale Ricerca e innovazione della Commissione europea. La struttura e le funzioni del *Scientific Advice Mechanism* (SAM) sono descritte nella pagina ufficiale, raggiungibile al seguente link <https://scientificadvice.eu/>, In dottrina si v. TALLACCHINI, *Scienza e potere*, cit., 1085.

Nel nostro ordinamento, in particolare, mancano sia discipline in grado di “democratizzare” i processi di elaborazione delle risultanze scientifiche, sia regole organizzative in grado di proteggere i comitati scientifici incaricati di orientare le politiche pubbliche da possibili ingerenze della politica³⁸.

Sul piano procedimentale, come osservato, vi sono solo presidi a protezione della obbligatorietà della istruttoria scientifica, ma nessuna norma che ne regoli le forme, i requisiti di trasparenza e le modalità di svolgimento.

Sul piano organizzativo le garanzie sono ancora più deboli poiché la normativa si limita a prevedere la nomina dei componenti degli apparati tecnici da parte dell'organo politico (Governo, Ministro, Assessore regionale, Direttori generali etc.), senza definire le procedure di conferimento degli incarichi né i criteri per la selezione³⁹. Con la conseguenza che l'accreditamento degli esperti che compongono gli organi tecnici è sostanzialmente “lasciato” alla opacità delle prassi del soggetto di volta in volta titolare del potere di nomina. Del resto, la gestione dell'emergenza pandemica⁴⁰ e alcune recenti vicende di *spoils system*⁴¹ hanno dimostrato che l'autoreferenzialità degli esperti e l'operare di logiche meramente fiduciarie nella loro selezione possono rafforzare notevolmente il carattere burocratico degli organismi tecnici, al punto da renderli soggetti a forti condizionamenti di tipo politico. Ciò, come è evidente, può pregiudicare in maniera significativa l'autorevolezza dei componenti degli apparati e, conseguentemente, la ragionevolezza scientifica degli atti adottati.

È anche la consapevolezza di questi limiti che ha giustificato l'affermazione di un diverso modello di rapporti tra potere politico e sapere tecnico.

3. La “costituzionalizzazione” del c.d. modello tecnocratico (o delle autorità indipendenti) nei Trattati UE come conseguenza della evoluzione delle forme democratiche

A partire dalla fine degli anni '90 è stato progressivamente configurato un diverso tipo di potere tecnico, rappresentato dalle c.d. Autorità indipendenti⁴², nel quale la componente scientifica ha acquisito maggiore autonomia dalla politica.

L'affermarsi del nuovo modello, che non sostituisce il primo ma gli si affianca, prendendo campo in altri settori (finanza, comunicazioni, fonti di energia, servizi economici), è stato frutto di una precisa scelta politica, progressivamente ‘costituzionalizzata’ nei Trattati europei⁴³ e avallata dalla Corte

³⁸ PITRELLI, TALLACCHINI, *Science policy, questa sconosciuta. Buone regole per la formazione di un comitato di consulenza scientifica per finalità di policy in uno Stato di diritto democratico*, in *Epidemiol Prev*, 2025, 49 (4), 256-257.

³⁹ In termini v. IANNUZZI, *Le forme di produzione delle fonti a contenuto tecnoscientifico nell'epoca del diritto transnazionale*, in *DPCE on line*, 3, 2020, 3285-3287; BALDUZZI, *Introduzione generale*, in GRASSO (a cura di), *Il Governo tra tecnica e politica*, Napoli, 2016, 5.

⁴⁰ Logiche fiduciarie nei rapporti fra politica e tecnica erano emerse anche durante la gestione dell'emergenza pandemica da Covid-19, sul punto, tra i molti, v. IANNUZZI, *Leggi “science driven” e CoViD-19. Il rapporto fra politica e scienza nello stato di emergenza sanitaria*, in *BioLaw Journal, Special Issue*, 2020, 119 ss.

⁴¹ Il Governo in carica ha applicato la logica dello *spoils system* anche agli organismi tecnici e alle agenzie strategiche del settore sanità, in particolare AIFA, AGENAS e Consiglio Superiore di sanità, Comitato Nazionale per la Bioetica cfr. https://www.repubblica.it/politica/2023/01/05/news/governo_nomine_spoil_system_italia-382139451/.

⁴² Si veda già CASSESE, *Le autorità indipendenti: origini storiche e problemi odierni*, in CASSESE, FRANCHINI (a cura di), *I garanti delle regole*, cit., 219 che le confronta con le *Independent Regulatory Commissions*.

⁴³ Lo dimostrano vari dati istituzionali. *In primis* il fatto che i Trattati individuano come ‘interessi pubblici’ concetti indeterminati di tipo empirico integrabili con criteri tecnico-scientifici, quali al principio di “mantenimento della stabilità dei prezzi” (art. 127 TFUE) che regge la politica monetaria, ovvero i principi di finanze pubbliche sane (art. 119 TFUE) e il divieto di disavanzi eccessivi (art. 126 TFUE) che orientano il coordinamento delle politiche di bilancio degli Stati membri. Il secondo elemento – coerente con il primo – deriva dal fatto che,

di Giustizia⁴⁴, in quanto ritenuta funzionale al processo di integrazione europea in ragione dei tre elementi che lo caratterizzano: la specializzazione tecnica, l'indipendenza dagli organi politici e la concentrazione dei poteri⁴⁵.

La specializzazione tecnica degli apparati è stata considerata una fondamentale garanzia di adeguatezza della regolazione, che dev'essere rapidamente modificabile⁴⁶ e adeguabile ai cambiamenti economici e agli sviluppi tecnologici e, se tecnicamente fondata, è meno esposta a contestazione da parte dei soggetti che devono rispettarla.

Il «valore» dell'indipendenza, invece, è stato funzionale ad almeno due obiettivi.

In primo luogo, la creazione del mercato unico europeo ha richiesto di affidare il “governo dei mercati” ad apparati svincolati dalle scelte di politica economica dei Governi degli Stati membri, vale a dire istituzioni preposte ad un intervento regolatorio scevro da conflitti di interesse⁴⁷, e rivolto al perseguimento dell’ “interesse generale dell'Unione”. Inoltre, in alcuni settori strategici – come il governo della moneta e dei mercati finanziari⁴⁸ – l'indipendenza del regolatore è stata ritenuta essenziale per tenere conto di esigenze sistemiche di rilevanza globale nell'elaborazione di norme che fossero stabili nel tempo⁴⁹ e idonee a prevenire *shock* e crisi economico-finanziarie⁵⁰. Questo seconda esi-

in determinati settori, l'elaborazione dell'interesse pubblico è attribuita a istituzioni tecniche, “deputate ad agire nell'esclusivo interesse dell'Unione”, indipendenti non solo dagli Stati membri ma anche dalle istituzioni politiche europee (art.130 TFUE)

⁴⁴ C. giust 9 marzo 2010, C-518/07, *Commissione/Germania*, che ha censurato la disciplina prevista in Germania per violazione dell'obbligo di garantire l'indipendenza dal governo delle Autorità nazionali per la protezione dei dati personali. Cfr. anche C. giust, 2 settembre 2021, C-718/18, *Commissione c. Germania*, con cui è stata censurata la disciplina tedesca per la mancanza di indipendenza dell'autorità nazionale di regolazione dell'energia, in ragione del fatto che il Governo federale fissava nel dettaglio metodi e parametri per il calcolo delle tariffe di rete, incidendo su poteri che le direttive riservano esclusivamente al regolatore. Il principio è stato ribadito, a contrario, nella sentenza C. giust, sez. V, 6 marzo 2025, C-48/23, *Alajärven Sähkö e a.*, nella quale la Corte ha fatto salva la disciplina finlandese che attribuisce al regolatore il potere di esercitare un'influenza sui prezzi di distribuzione dell'energia elettrica, senza tuttavia contenere disposizioni che disciplinano specificamente le tariffe di trasmissione o di distribuzione dell'energia elettrica né le metodologie di calcolo di queste ultime.

⁴⁵ Sul tema, tra i molti, v. D'ALBERTI, *Autorità indipendenti*, in *Enc. giur.*, Treccani, 1995, 1 ss.; CASSESE, FRANCHINI (a cura di), *I garanti delle regole. Le autorità indipendenti*, Il Mulino, 1996; MERUSI, *Democrazia e autorità indipendenti*, Bologna, 2000; MANETTI, *Autorità indipendenti (dir. cost.)*, in *Enc. giur.*, vol. IV, Treccani, 1997, 1 ss.; MERUSI, PASSARO, *Autorità indipendenti*, *Enc. dir.*, Agg, IV, Giuffrè, 2002, 143-193; LONGOBARDI, *Autorità amministrative indipendenti e sistema giuridico-istituzionale*, Giappichelli, 2009; DE BENEDETTO, *Autorità indipendenti*, in *Diz. dir. pubbl.* diretto da S. CASSESE, Vol. I, Giuffrè, 2006, 588; BRUTI LIBERATI, *Le autorità amministrative indipendenti. Virtù e vizi di un modello istituzionale*, in *Analisi giuridica dell'economia*, 1, 2020, 51 ss.

⁴⁶ Sul carattere “transitorio” della regolazione collegato al ruolo sussidiario dell'intervento pubblico nelle dinamiche economiche, v. LAZZARA, *La regolazione amministrativa: contenuto e regime*, in *Dir. amm.*, 2, 2018, 356-357 che sottolinea «il carattere “provvisorio” e “mutevole” delle misure: l'intervento pubblico potrebbe essere progressivamente “sostituito” dall'autonomia privata, ovvero da meccanismi “spontanei” di mercato; oppure, viceversa, estendersi se necessario».

⁴⁷ Su tali aspetti v. D'ALBERTI, *Il valore dell'indipendenza*, in D'ALBERTI, PAJNO (a cura di) *Arbitri dei mercati*, cit., 14-15; BATTINI, *Indipendenza e amministrazione tra diritto interno e diritto europeo*, in *Riv. trim. dir. pubbl.*, 1, 2018, 947 ss.

⁴⁸ In particolare a partire dall'istituzione del Sistema europeo di vigilanza finanziaria (SEVIF) che è composto dall'*European Systemic Risk Board* (ESRB) con competenze in materia di vigilanza macroprudenziale e da tre diverse autorità incaricate del coordinamento della vigilanza prudenziale nei tre settori-chiave: l'Autorità bancaria europea (*European Banking Authority*, EBA), l'Autorità europea delle assicurazioni e delle pensioni aziendali e professionali (*European Insurance and Occupational Pensions Authority*, EIOPA), l'Autorità europea degli strumenti finanziari e dei mercati (*European Securities and Markets Authority*, ESMA) e dal loro Comitato congiunto, nonché dalle autorità nazionali dei singoli Stati membri.

⁴⁹ Basti pensare all'esigenza di stabilità che è alla base del sistema di governo della moneta (ai sensi dell'art. 127 TFUE la missione della BCE è il “mantenimento della stabilità dei prezzi”) nonché del processo di armonizzazione delle politiche di bilancio degli Stati membri attraverso il Patto di Stabilità e Crescita (PESC) per come disciplinato già a partire dai regolamenti del 1997 e successivamente modificato fino alla più recente riforma del 2024.

⁵⁰ L'esigenza di una regolazione strutturale capace di una visione sistemica è all'origine delle riforme europee successive alla crisi economica del 2007-2009, in particolare quelle istitutive del Sistema europeo di vigilanza finanziaria (v. *supra*) e dei meccanismi di integrazione della vigilanza bancaria attraverso il Meccanismo di Vigilanza Unico (Regolamento (UE) n. 1024/2013 Regolamento (UE) n. 468/2014) e il Meccanismo di Risoluzione Unico (SRM) regolamento (UE) n. 806/2014 (SRMR).

genza⁵¹ ha quindi condotto all'istituzione di apparati indipendenti non solo dagli Stati membri, ma anche dalle istituzioni politiche europee⁵².

Infine, l'esigenza di assicurare l'efficacia e l'effettività del sistema di *enforcement*⁵³ ha giustificato una specifica caratteristica funzionale: la concentrazione dei poteri.

Le autorità indipendenti, infatti, concentrano funzioni di diversa natura: la funzione di regolazione⁵⁴ (mediante l'elaborazione di regolamenti⁵⁵ e di atti amministrativi generali variamente denominati⁵⁶); la funzione di vigilanza (mediante autorizzazioni, attività ispettiva, misure cautelari, provvedimenti inibitori e ordinatori), la funzione consultiva e di c.d. *advocacy*⁵⁷, la potestà sanzionatoria e l'attività di carattere giustiziale⁵⁸. In via generale, dunque, seppur «con variazioni e intensità diverse, questi soggetti mescolano e riuniscono forme e manifestazioni tipiche dei diversi poteri costituzionali»⁵⁹, trovandosi contemporaneamente a: dettare la disciplina di una materia, vigilare sulla corretta attuazione, irrogare sanzioni e risolvere, in via stragiudiziale, i conflitti che sorgono tra gli utenti e le imprese o tra i diversi operatori del mercato. Come si vedrà (§§ 3.1.: 3.2.) tale assetto non si pone in contrasto con il principio di separazione dei poteri, tradizionalmente inteso⁶⁰, solo se accompagnato da specifiche garanzie funzionali e organizzative.

⁵¹ L'esigenza era individuata già dalle prime riflessioni sui caratteri del modello: v. CLARICH, *Autorità indipendenti. Bilancio e prospettive di un modello*, Giuffrè, 2005, 18, che osserva che l'indipendenza dal potere politico si lega alla necessità di «garantire alle politiche pubbliche regolatorie credibilità e stabilità, in modo da favorire investimenti privati di lungo periodo in settori tecnologici di punta, obiettivo che la brevità del ciclo politico medio, legato alle scadenze elettorali, non è in grado di assicurare». In termini analoghi v. AMATO, *La nuova costituzione economica*, in NAPOLITANO, DELLA CANANEA (a cura di), *Per una nuova costituzione economica*, Bologna, 1998, 19 ss che collega il ruolo delle Autorità all'esigenza che «le regolazioni siano il più possibile ispirate ai principi di certezza dei diritti e al principio di proporzionalità».

⁵² In senso critico, sul profilo istituzionale «tecnocratico» delle Istituzioni dell'Unione Europea, v. HABERMAS, *Nella spirale tecnocratica. Un'arringa per la solidarietà europea*, Roma-Bari, 2014, 21; P. BILANCIA, *Il governo dell'economia tra Stati e processi di integrazione europea*, in *Rivista AIC*, n. 3/2014, 9; CASTORINA, *Scienza, tecnica e diritto costituzionale*, cit., 11; CHESSA, *La Costituzione della moneta. Concorrenza, indipendenza della banca centrale e pareggio di bilancio*, Napoli, 2016; GUAZZAROTTI, *Crisi dell'euro e conflitto sociale*, Giuffrè, 2016; MERLONI, *Diritti e pubbliche amministrazioni nell'austerità liberista. Storia di un abbandono*, Editoriale Scientifica, 2025, 175 ss.

⁵³ Sul legame tra «legittimazione tecnica» e legittimità di risultato v., MAJONE, LA SPINA, *Lo Stato regolatore*, cit., 15 ss.; e, più di recente, M.P. CHITI, *La legittimazione per risultati dell'Unione Europea quale «comunità di diritto amministrativo»*, in *Riv. it. dir. pubb. com.*, 2, 2016, 397 ss.

⁵⁴ Il concetto di regolazione è oggetto di una bibliografia amplissima. Senza pretesa di completezza si rinvia a LA SPINA, MAJONE, *Lo Stato regolatore*, Bologna, 2000; ANTONIOLI, *Mercato e regolazione*, Giuffrè, 2001; RAMAJOLI, *La regolazione amministrativa dell'economia e la pianificazione economica nell'interpretazione dell'art. 41 Cost.*, in *Dir. amm.*, 2008, 121 ss.; ZITO, *Mercati (regolazione dei)*, in *Enc. dir.*, Annali III, 2010, Giuffrè, 805 ss.; P. LAZZARA, *La regolazione amministrativa: contenuto e regime*, cit., 337 ss.; D'ALBERTI, *Poteri regolatori tra pubblico e privato*, in *Dir. amm.*, 2013, 608 ss.; DE LEONARDIS, *Natura e caratteri degli atti di regolazione pubblica dell'economia*, in *Il diritto dell'economia*, n. 97 (3 2018), 697 ss (spec. 702).

⁵⁵ Sui poteri normativi delle Autorità, tra i molti, si veda MARZONA, *Il potere normativo delle Autorità indipendenti*, in CASSESE, FRANCHINI (a cura di), *I garanti delle regole*, cit., 87 ss.; FREDO LUPPI, *L'amministrazione regolatrice*, Giappichelli, 1999; MERUSI, *Democrazia e autorità indipendenti*, cit., 49-50; CABIDDU, CALDIROLA, *L'attività normativa delle autorità indipendenti*, in *Amministrare*, 2000, 1-2; POLITI, *Regolamenti delle Autorità amministrative indipendenti*, in *Enc. giur.*, Treccani, XXVI, X, Agg., Utet, 2001; F. CINTIOLI, *I regolamenti delle Autorità indipendenti nel sistema delle fonti tra esigenze della regolazione e prospettive della giurisdizione*, in *www.giustizia-amministrativa.it*, 2003; CARETTI (a cura di), *I poteri normativi delle autorità indipendenti*, in *Osservatorio sulle fonti 2003-2004*, Torino, 2005; CERULLI IRELLI, *Sul potere normativo delle Autorità amministrative indipendenti*, in D'ALBERTI, PAJNO (a cura di), *Arbitri dei mercati*, cit., 75 ss.

⁵⁶ Sugli atti di regolazione riconducibili alla c.d. *soft law* v., tra i molti, MARZONA, *Il potere normativo delle Autorità indipendenti*, cit., 88; GIANI, *Attività amministrativa e regolazione di sistema*, Giappichelli, 2002, 19 ss.

⁵⁷ Anche definite «funzioni ausiliarie», per esempio da DE BENEDETTO, *Autorità indipendenti*, in CASSESE (a cura di), *Dizionario di diritto pubblico*, Giuffrè, 2006, 591.

⁵⁸ Si veda l'art. 2, comma 24, lett. b), l. n. 481/1995; cfr. l'art. 128-bis TUB in forza del quale è stato istituito l'Arbitrato Bancario disciplinato dalle disposizioni della Banca d'Italia del 18 giugno 2009 e successive modificazioni; si veda anche l'art. 220 d.lgs. n. 36/2023 sui pareri di precontenzioso di ANAC. Si veda l'art. 1, comma 6, l. 249/1997 sui poteri di AGCOM relativi all'accesso e l'interconnessione delle reti nel settore della telefonia.

⁵⁹ CUOCOLO, *Il potere sanzionatorio delle Autorità indipendenti: spunti per una comparazione*, cit., 605.

⁶⁰ Su cui, tra i molti, si veda MODUGNO, *Poteri (divisione dei)*, in *Novissimo Dig.it.*, XIII, 1976, 482 ss.; SILVESTRI, *Poteri dello Stato (divisione dei)*, in *Enc. dir.*, vol. XXXIV, Giuffrè, 1985, 670 ss.; CERRI, *Poteri (divisione dei)*, in *Enc. giur.*, XXIII, Roma, 1988; BOGNETTI, *La divisione dei poteri*,

In definitiva, il processo di integrazione europea – soprattutto dopo il Trattato di Lisbona – ha consolidato un modello di rapporti tra politica e tecnica significativamente diverso da quello codificato nelle Costituzioni democratiche del secondo dopoguerra. Mentre nel modello della precauzione alla scienza spetta raccogliere dati ed evidenze attendibili per delimitare «lo spazio del possibile»⁶¹ e alla politica spetta scegliere le misure di intervento, previo bilanciamento degli interessi in gioco, nel modello c.d. tecnocratico la politica si limita a definire i fini da perseguire e affida agli organi tecnici il potere di determinare mezzi e modalità per assumere le decisioni adeguate.

Al riguardo, merita precisare che l'affermazione di questo nuovo modello è riconducibile a una pluralità di fattori, in parte esogeni in parte endogeni al sistema giuridico⁶².

Tra i fattori esogeni rilevano, in particolare, i processi di globalizzazione e di finanziarizzazione del capitalismo, che hanno aumentato la rilevanza strategica delle scienze economiche nelle relazioni internazionali e globali. Le *Authorities*, infatti, incarnano l'idea che il governo di settori caratterizzati da processi di rapida evoluzione tecnologica e da complesse interazioni tra diritti e interessi costituzionalmente protetti, non possa essere efficacemente svolta dai tradizionali apparati amministrativi, non solo perché non sufficientemente 'attrezzati' sul piano delle competenze tecniche, ma anche e soprattutto perché sottoposti alla direzione degli organi esecutivi, quindi fisiologicamente influenzati da istanze politiche parziali e di breve periodo (*i.e.* collegate ai cicli elettorali).

Tra i fattori endogeni rileva, invece, l'involuzione delle istituzioni democratico-rappresentative in senso maggioritario. La difficoltà per i procedimenti legislativi di stare al passo con lo sviluppo tecnologico, lo "snaturamento" del principio di maggioranza – dovuta alla riforma delle regole elettorali in chiave maggioritaria –, il rafforzamento dei poteri esecutivi e l'erosione dei "contrappesi" hanno progressivamente diminuito la capacità ordinante delle fonti normative⁶³ e accentuato il fenomeno, antico ma sempre più critico, del «divario tra vincitori e vinti», tra rappresentanti e rappresentati⁶⁴.

Come è stato osservato, il venir meno dei partiti (quali sedi di mediazione del conflitto sociale) e la "fuga dal Parlamento" (quale sede del confronto maggioranza-minoranze) hanno determinato la crisi della legge, che ha progressivamente perso la capacità di presentarsi come luogo di composizione democratica dei conflitti e delle istanze che innervano la società per apparire la prerogativa «di alcuni, di una parte contro l'altra»⁶⁵. Ebbene, è anche in questa evoluzione della democrazia rappresentativa che si radicano le ragioni giuridiche poste a sostegno del c.d. modello tecnocratico. Le autorità indipendenti⁶⁶, infatti, vengono

Giuffrè, 2001; RIMOLI, *Potere (divisione dei)*, in *Dizionario di diritto pubblico*, a cura di S. Cassese, Giuffrè, 2006, 4408 ss.; MOELLERS, *The Three Branches. A Comparative Model of Separation of Powers*, Oxford, 2013; PINELLI, *Separation of powers. Past, present and future*, in *Rivista di diritti comparati*, 1, 2023, 310 ss; PASQUINO, *La separazione dei poteri. Prologo nel XVIII secolo: da Montesquieu a Madison*, in *Riv. trim. dir. pubbl.*, 1, 2023, 3 ss.

⁶¹ BUSATTA, *Tra scienza e norma: il fattore scientifico come oggetto, strumento e soggetto della regolazione*, cit., 132.

⁶² Sull'incidenza di questi fattori come determinanti del mutamento di paradigma nel senso di un primato della scienza, in specie dell'economia, sulla politica v., da ultimo, COSTA, *La «repubblica democratica» in Italia: un quadro evolutivo*, in *Dir. pubbl.*, 1, 2025, 14-15; MERLONI, *Diritti e pubbliche amministrazioni nell'austerità liberista. Storia di un abbandono*, Editoriale Scientifica, 2025.

⁶³ Sulla perdita di capacità ordinante della legge v., tra gli altri, AINIS, *La legge oscura. Come e perché non funziona*, Roma-Bari, 1997; LONGO, *La legge precaria. Le trasformazioni della funzione legislativa nell'età dell'accelerazione*, Torino, 2017.

⁶⁴ COSTA, *Democrazia e conflitti*, in *Giornale di storia costituzionale*, 38/II, 2019, 27-38; SANDEL, *La democrazia stanca*, Feltrinelli, 2024.

⁶⁵ Così CITARESE MATTEUCCI, PIOGGIA, *Introduzione*, in A.A., *Crisi della democrazia costituzionale e dello Stato di diritto. In occasione dei trent'anni di «Diritto pubblico»*, in *Dir. pubbl.*, 3, 2025, 753; RUGGERI, *Ha ancora un futuro la legge quale strumento primario di normazione e di direzione politica?*, in *Osservatorio sulle fonti*, 2021, fasc. 2.

⁶⁶ Sul tema, tra i molti, v. D'ALBERTI, *Autorità indipendenti*, in *Enc. giur.*, Giuffrè, 1995, 1 ss; CASSESE, FRANCHINI (a cura di), *I garanti delle regole. Le autorità indipendenti*, Bologna, 1996; MERUSI, *Democrazia e autorità indipendenti*, Il Mulino, 2000; MANETTI, *Autorità indipendenti*

configurate quale peculiare forma di amministrazione pubblica, “separata” dagli organi di governo⁶⁷, chiamata a operare sulla base degli indirizzi normativi di livello superiore (costituzionali, europei, internazionali etc.) e a svolgere la propria azione secondo una tecnica decisionale non ispirata al modello maggioritario, diretta cioè a perseguire non il «*ministerial interest*», bensì il «*public interest*»⁶⁸.

Tale assetto, tuttavia, ha suscitato critiche⁶⁹ e indotto dottrina⁷⁰ e giurisprudenza⁷¹ a individuare gli elementi, organizzativi e funzionali, necessari a ricondurre il nuovo modello entro le coordinate costituzionali.

3.1. Le condizioni di legittimità del modello delle *Authorities*: “legalità procedurale” e legittimazione di risultato

La peculiare posizione di indipendenza e la deroga al tradizionale sistema di distribuzione dei poteri, sono stati giustificati valorizzando taluni aspetti dell'assetto istituzionale: il fondamento nel diritto europeo⁷² i rapporti diretti con il Parlamento⁷³, il regime procedimentale, il carattere tecnico dei poteri esercitati, la soggezione al controllo giurisdizionale⁷⁴.

(*dir. cost.*), in *Enc. giur.*, vol. IV, Giuffrè, 1997, 1 ss.; MERUSI, PASSARO, *Autorità indipendenti*, *Enc. dir.*, Agg. IV, Giuffrè, 2002, 143-193; LONGOBARDI, *Autorità amministrative indipendenti e sistema giuridico-istituzionale*, Giappichelli, 2009; DE BENEDETTO, *Autorità indipendenti*, in *Diz. dir. pubb.* diretto da S. CASSESE, Vol. I, Giuffrè, 2006, 588; BRUTI LIBERATI, *Le autorità amministrative indipendenti. Virtù e vizi di un modello istituzionale*, in *Analisi giuridica dell'economia*, 1, 2020, 51 ss.

⁶⁷ Secondo la nota tesi di M. NIGRO, *La pubblica amministrazione tra costituzione formale e costituzione materiale*, in *Riv. trim. dir. e proc. civ.*, 1985, 162 ss. Per il carattere amministrativo delle Autorità v. LONGOBARDI, «*Amministrazioni indipendenti*» e *posizione istituzionale dell'Amministrazione pubblica*, in *Studi in onore di Vittorio Ottaviano*, Giuffrè, 1993, I, 523 ss.; MORBIDELLI, *Sul regime amministrativo delle autorità indipendenti*, in PREDIERI (a cura di), *Le autorità indipendenti nei sistemi istituzionali ed economici*, I, Firenze, 1997, 145 ss.; RAMAJOLI, *Attività amministrativa e disciplina antitrust*, Giuffrè, 1998, 508 ss.

⁶⁸ Per la considerazione del ruolo delle Autorità indipendenti nel quadro della concezione di democrazia non maggioritaria (c.d. madisoniana) si veda MASSERA, «*Autonomia*» e «*indipendenza*» nell'amministrazione dello Stato, in *Scritti in onore di M.S. Giannini*, vol. III, Giuffrè, 1988, 480-481 che richiama la tesi M. NIGRO, *La riforma della vigilanza sulle assicurazioni e la posizione dell'ISVAP*, in *Giur. comm.*, 1984, 1040 ss., (spec. 1041); CLARICH, *Autorità indipendenti. Bilancio e prospettive di un modello*, Il Mulino, 2005, 65; PASTORI, *Poteri delle banche centrali e principio democratico*, in *Quaderni del Dottorato di ricerca in diritto ed economia*, Editoriale Scientifica, 2007, 1 ss.

⁶⁹ Per l'analisi di questo profilo v. MANETTI, *Poteri neutrali e Costituzione*, Giuffrè, 1994.

⁷⁰ Per una convincente critica delle diverse ragioni addotte per giustificare un fondamento costituzionale differenziato delle Autorità indipendenti, a favore della necessità di sottoporle ai principi costituzionali validi per le pubbliche amministrazioni (artt. 97, 98, 24 e 113 Cost.) si veda CUNIBERTI, *Autorità indipendenti e libertà costituzionali*, Giuffrè, 2007, 1-80; 403 ss.

⁷¹ La Corte costituzionale ha negato la legittimazione delle Autorità indipendenti a essere parte nei giudizi per conflitti di attribuzione tra poteri dello Stato (cfr. C. cost. ord. 226 del 1995, relativa al Garante per la radiodiffusione e l'editoria, e ord. n. 137 del 2000, relativa all'Autorità per la garanzia nelle comunicazioni). Più di recente, con ord. n. 3 del 2019 ha negato all'AGCM la qualifica di giudice *a quo* ai fini della legittimazione a sollevare questione di legittimità costituzionale ribadendo la natura amministrativa dell'organismo e dei poteri esercitati. Sulla pronuncia, con posizioni diverse, v. D'URBANO, *Perché l'Agcm non può sollevare questione di costituzionalità. Il difetto di terzietà e l'insufficienza del «contraddittorio verticale»*, in *Mercato concorrenza regole*, 1, 2019, 95 ss.; MIDIRI, *Autorità garante della concorrenza e amministrazione: una troppo drastica assimilazione*, in *Giur. cost.*, 1, 2019, 127 ss.

⁷² Le Autorità indipendenti trovano, infatti, fondamento nei fonti europee che impongono di costituire organismi tecnici indipendenti, collegati in rete con le omologhe autorità degli altri Stati membri e coordinate da un'apposita istituzione dell'Unione (la rete europea di concorrenza (REC), o *European Competition Network* (ECN) Reg. (CE) n. 1/2003, del Consiglio, del 16 dicembre 2002; le reti che fanno capo alla Agenzia per la cooperazione fra i regolatori nazionali dell'energia, istituita con Regolamento n. 713/2009 del Parlamento e del Consiglio del 13 luglio 2009; all'Organismo dei regolatori europei delle comunicazioni elettroniche (Berec) previsto dal Regolamento n. (CE) n. 1211/2009 del Parlamento e del Consiglio del 25 novembre 2009. Nel settore finanziario si vedano i regolamenti del Parlamento europeo e del Consiglio del 24 novembre 2010, nn. 1093, 1094 e 1095, che hanno istituito, rispettivamente, l'Autorità bancaria europea (EBA), l'Autorità europea delle assicurazioni e delle pensioni aziendali e professionali, l'Autorità europea degli strumenti finanziari e dei mercati (ESMA).

⁷³ Il Parlamento (attraverso i Presidenti delle Camere o le commissioni competenti per materia) partecipa alla nomina dei componenti, le Autorità devono inviare al Parlamento le relazioni annuali e possono essere chiamate a svolgere audizioni e a esercitare funzioni consultive. Si veda, al riguardo, SORACE, *La riforma del diritto costituzionale delle amministrazioni pubbliche*, in *Dir. pubbl.*, 1997, 792.

⁷⁴ In un primo momento, anche alla luce dell'esperienza maturata negli ordinamenti anglosassoni ove già esistevano le *Independent agencies*, la dottrina aveva prospettato l'opportunità di un sindacato giurisdizionale c.d. *deferente* (L'espressione deriva dalla c.d. *administrative deference*, nota come *Chevron deference*, affermata dalla Corte Suprema degli Stati Uniti nel caso *Chevron, U.S.A., Inc. v. Nat. Res. Def. Council*,

Gli elementi che più rilevano, nel quadro della presente riflessione, sono il terzo e il quarto poiché costituiscono – in una certa misura – delle ‘risposte’ ai limiti del c.d. modello della precauzione.

Rispetto al rischio di autoreferenzialità del sapere tecnico rileva il requisito della c.d. legalità procedurale. Si sostiene, infatti, che tanto il *deficit* democratico, dovuto al distacco dagli organismi politico-rappresentativi⁷⁵, quanto l’allentamento del principio di legalità sostanziale, dovuto alla indeterminatezza delle norme che conferiscono i diversi poteri alle Autorità, potrebbero dirsi “compensati” dalla previsione di garanzie procedurali “rafforzate”⁷⁶.

In questa prospettiva, il procedimento è rappresentato come «la sede in cui ha luogo il dialogo delle Autorità con la società, e in cui si confrontano, secondo un canale (...) alternativo a quelli usuali della rappresentanza politica, i vari interessi in gioco»⁷⁷: le garanzie procedurali assicurate davanti alle *Authorities* avrebbero dunque l’effetto di aprire i processi decisionali al confronto con i destinatari delle regolazione e sarebbero in grado di bilanciare l’attenuazione di alcune garanzie tradizionali, in *primis* quelle derivanti dalla riserva di legge e dal principio di legalità⁷⁸.

D’altra parte, rispetto al rischio di strumentalizzazione del sapere scientifico da parte della politica, operano gli specifici presidi di indipendenza funzionale; in questo senso, ancor più che le procedura di nomina, rilevano la qualificazione tecnica dei poteri e l’effettività del modello regolatorio (assicurata dalla concentrazione di diversi poteri), che conferiscono alle *Authorities* una diversa forma di legittimazione, c.d. tecnica o di risultato⁷⁹.

La *ratio* di fondo è chiara: dal momento che le Autorità indipendenti non sono inserite in modo diretto nel circuito democratico-rappresentativo, non possono essere titolari di poteri politico-discrezionali in senso proprio, ovvero di poteri che comportano ponderazione di interessi e che determinano effetti redistributivi. Per questo, i margini di apprezzamento concessi dalle norme di conferimento del potere sono considerati espressione di poteri di valutazione tecnica⁸⁰ che, quand’anche caratterizzati da pro-

Inc., 467 U.S. 837, 842-843 (1984) che è stata recentemente messa in discussione dalla Corte suprema degli Stati Uniti d’America, con la sentenza 28 giugno 2024, *Loper Bright Enterprises c. Raimondo*; Pres. Roberts (disponibile a questo indirizzo: https://www.supremecourt.gov/opinions/23pdf/22-451_7m58.pdf). Successivamente ha prevalso la convinzione opposta: anche in ragione dell’evoluzione del sindacato sui poteri di valutazione tecnica e dei canoni del diritto convenzionale (specie il canone della c.d. «full jurisdiction» prevista dall’art. 6 CEDU), l’esistenza di un controllo giurisdizionale incisivo sugli atti delle Autorità indipendenti è considerata essenziale per compensare il mancato collegamento con il circuito politico-democratico e gli ampi margini di valutazione loro riconosciuti dalle norme di conferimento del potere.

⁷⁵ Cfr. Cons. Stato, sez. VI, 27 dicembre 2006, n. 7972; Cons. Stato, sez. VI, 20 aprile 2006, n. 2201 ove si afferma: «l’esercizio di poteri regolatori da parte delle autorità, poste al di fuori della tradizionale tripartizione dei poteri e al di fuori del criterio di responsabilità di cui all’art. 95 Cost. è giustificato anche in base all’esistenza di un procedimento partecipativo inteso come strumento della partecipazione dei soggetti interessati sostitutivo della dialettica propria delle strutture rappresentative. In assenza di responsabilità e soggezione nei confronti del Governo, l’indipendenza e la neutralità delle Autorità può trovare un fondamento dal basso, a condizione che siano assicurate le garanzie del giusto procedimento e che il controllo avvenga poi in sede giurisdizionale».

⁷⁶ CLARICH, *Garanzia del contraddittorio nel procedimento*, in *Dir. amm.*, 1, 2004, 59 ss.

⁷⁷ CUNIBERTI, *Autorità indipendenti e libertà costituzionali*, 53-54 che richiama la tesi di PREDIERI, *L’erompere delle autorità amministrative indipendenti*, Firenze, 1997, 5 ss. In termini, con riferimento ai poteri di regolazione, si veda CERULLI IRELLI, *Sul potere normativo delle Autorità amministrative indipendenti*, cit., 103. In giurisprudenza v. Cons. Stato, sez. VI, 29 maggio 2006, n. 3272; 2 maggio 2006, n. 2444; 20 aprile 2006, n. 2201, 11 aprile 2006, n. 2007; 17 marzo 2006, n. 1409.

⁷⁸ In questi termini v., tra i primi, MERUSI, *Democrazia e autorità indipendenti*, cit., 25 ss; CLARICH, *Autorità amministrative indipendenti. Bilancio e prospettive di un modello*, cit., 75- 79; 112-116, 159 ss. Cfr. C. cost. 22 febbraio 2017, n. 69 su cui v. MANFREDI, *Legalità procedurale*, in *Dir. amm.*, 4, 2021, 749 ss; RAMAJOLI, *Consolidamento e metabolizzazione del modello delle Autorità di regolazione nell’età delle incertezze*, in *Riv. reg. mercati*, 2, 2018, 170 ss.

⁷⁹ M.P. CHITI, *La legittimazione per risultati dell’Unione Europea quale “comunità di diritto amministrativo”*, in *Riv. it. dir. pubb. com.*, 2, 2016, 397 ss.

⁸⁰ Sulla nozione di potere di valutazione tecnica, rimangono fondamentali MARZUOLI, *Potere amministrativo e valutazioni tecniche*, Giuffrè, 1985; DE PRETIS, *Valutazione amministrativa e discrezionalità tecnica*, Cedam, 1995.

fili di opinabilità non solo *possono* prescindere, ma *devono* anche essere protetti dai condizionamenti che provengono dal circuito politico, affinché siano orientati soltanto da canoni di tipo tecnico-scientifico, oggettivi e verificabili⁸¹.

3.2. I limiti del modello delle *Authorities*: l'incompiuta "apertura" dei procedimenti di formazione degli atti e la debolezza dei presidi di indipendenza funzionale

Anche il sistema dei poteri tecnici indipendenti, pur largamente diffuso, presenta dei limiti.

In primo luogo, il modello c.d. tecnocratico, dal momento che pretende di «gestire separatamente descrizioni e prescrizioni, isolando i fatti dai valori»⁸², rischia di sottendere una visione acritica del sapere tecnico (nella specie economico), inteso come assiologicamente neutrale e autoreferenziale⁸³. Per tale ragione le Autorità indipendenti sono contestate perché espressione di un'idea di tecnicizzazione che tende a sottrarre la regolazione dell'economia al circuito politico-rappresentativo⁸⁴. Si censura, in particolare, la creazione di un sistema di *governance* che «promette di guidare le vite e le scelte di individui e della società sulla base dell'oggettività indiscutibile di saperi esperti» e «su tali criteri poggia la legittimità delle decisioni, che dunque sono sottratte al dibattito pubblico, dato che a garantire (...) per la loro conformità al bene comune è il discorso scientifico»⁸⁵.

Enfatizzando questa prospettiva critica, come si accennava in premessa, vi è chi considera l'eccessivo ricorso agli apparati indipendenti una delle cause della risposta populista avanzata dalle c.d. autocratie elettorali salite al governo in vari Stati europei e negli USA, soprattutto in ragione della «sempre minor intellegibilità del processo di governo agli occhi dei cittadini, che insinua "il sospetto di una degenerazione oligarchica"»⁸⁶.

Pur non condividendo un approccio critico così radicale, pare innegabile che il modello presenti dei limiti, addebitabili alla incompiuta (e non sempre adeguata) "apertura" dei procedimenti di formazione degli atti e alla debolezza dei presidi di indipendenza funzionale dei componenti delle Autorità.

In primo luogo, il rafforzamento della c.d. legalità procedurale, che avrebbe dovuto assicurare il recupero di "democraticità" dei processi decisionali, ha scontato un certo grado di ineffettività.

⁸¹ TORRICELLI, *Autorità indipendenti e (governo della) discrezionalità*, in *Amministrativamente – Rivista di diritto amministrativo*, 3, 2023, 1394 ss.; BRUTI LIBERATI, *La regolazione indipendente dei mercati. Tecnica, politica e democrazia*, Giappichelli, 2019, con ampi riferimenti al dibattito dottrinale e agli orientamenti giurisprudenziali.

⁸² TALLACCHINI, *Scienza e potere*, in *Potere e Costituzione*, cit., 1059 ss. (spec. 1090); FUNTOWICZ, *Modelli di scienza e policy in Europa*, in RODOTÀ, TALLACCHINI (a cura di), *Ambito e fonti del biodiritto*, vol. I, *Trattato di Biodiritto* diretto da S. Rodotà e P. Zatti, Giuffrè, 2010, 531 ss.

⁸³ È il c.d. ideale della "repubblica della scienza", teorizzato da Polany e Merton, su cui v. TALLACCHINI, *Scienza e potere*, cit., 1075-76.

⁸⁴ In questa prospettiva v., tra gli altri, SOMMA, *Polverizzare il potere economico. Il neoliberalismo e la neutralizzazione del conflitto sociale* in Id. (a cura di), *Diritti fondamentali e conflitto sociale. Un dialogo tra le discipline*, Sapienza Università Editrice, 2024, 423 ss.; MERLONI, *Organi politici e poteri indipendenti: un rapporto sempre più difficile*, in *Costituzionalismo.it*, 1, 2024, 78-80; CHessa, *La Costituzione della moneta. Concorrenza indipendenza della banca centrale e pareggio di bilancio*, Jovene, 2016.

⁸⁵ Così C. NIGRO, *Fra tecnocrazia e identitarismo. La doppia sfida della democrazia contemporanea*, in *Teoria e Storia del Diritto Privato*, NS, 2022, 12-13.

⁸⁶ Così PINELLI, *Populismo, diritto e società. Uno sguardo costituzionale*, in *Questione giustizia*, 2023, 1 ss.; MUDDE, *Europe's Populist Surge: A Long Time in the Making*, in *Foreign Affairs*, 2016, 25 ss.; C. NIGRO, *Fra tecnocrazia e identitarismo. La doppia sfida della democrazia contemporanea*, cit., 14, che richiama l'analisi di VILLACAÑAS, *Populismo*, trad. it. Mimemis, 2017.

Da recenti analisi delle discipline procedurali applicabili ai poteri delle *Authorities*, nazionali ed europee⁸⁷, emerge infatti che non è propriamente corretto sostenere che le garanzie partecipative *ivi* assicurate siano più elevate rispetto a quelle previste nei procedimenti delle altre amministrazioni.

Ciò perché le autorità indipendenti esercitano i vari poteri mediante procedimenti collegati e spesso “intrecciati” e perciò sottoposti ad una medesima disciplina, sostanzialmente ricalcata sul modello dei procedimenti di amministrazione attiva⁸⁸.

Come si è cercato di dimostrare in altra sede⁸⁹, da ciò deriva una duplice conseguenza: nei procedimenti a carattere contenzioso (sanzionatori, giustiziali) la disciplina procedimentale non è strutturata in chiave sufficientemente garantista rispetto alla possibile incisione sui diritti di difesa dei destinatari⁹⁰; il che – come confermato dalla giurisprudenza della Corte CEDU⁹¹ e della Corte costituzionale⁹² – ha determinato una de quotazione delle garanzie difensive che dovrebbero essere assicurate in base ai principi (costituzionali, europei, legislativi) del diritto punitivo.

Al contrario, nei procedimenti di regolazione e di vigilanza, la penetrazione di logiche garantistiche di carattere contenzioso (che elevano le misure di difesa delle imprese vigilate) accentua il rischio della “cattura del regolatore”⁹³ e determina una perdita di flessibilità dell’*enforcement* che può ridurre la tutela delle esigenze più generali e, quindi dei diritti degli altri soggetti operanti nel settore (consumatori, imprese concorrenti, utenti dei servizi, cittadini etc.)⁹⁴.

⁸⁷ Per l’analisi delle Autorità nazionali sia consentito rinviare a VETTORI, *Autorità indipendenti e concentrazione dei poteri: distinzione delle funzioni a garanzia dei diritti*, Editoriale Scientifica, 2024, 76-170 ss. Sulle Autorità di livello europeo v. MAGLIARI, *Vigilanza bancaria e integrazione europea. Profili di diritto amministrativo*, Editoriale Scientifica, 2020; DE BELLIS, *I poteri ispettivi dell’amministrazione europea*, Giappichelli, 2021.

⁸⁸ È significativo che già PAJNO, *L’esercizio di attività in forme contenziose*, in CASSESE, FRANCHINI (a cura di), *I garanti delle regole. Le autorità indipendenti*, cit., 109 dopo aver affermato che la generale disciplina sulla partecipazione e sull’accesso agli atti previste dalla l. n. 241/1990 doveva essere considerata non applicabile all’attività in forma contenziosa (136), riconoscesse criticamente che il d.p.R. n. 461/1991 aveva introdotto una disciplina «sostanzialmente identica a quella prevista in via generale dalla legge n. 241 del 1990» (142-144), disciplina che, per questi aspetti, è stata pienamente riprodotta nel d.p.R. n. 217/1998 ancora in vigore.

⁸⁹ VETTORI, *Autorità indipendenti e concentrazione dei poteri: distinzione delle funzioni a garanzia dei diritti*, Editoriale scientifica, 2024.

⁹⁰ La disciplina segue il modello generale delle l. 241 del 1990 perciò prevede forme di trasparenza reattiva mediante l’esercizio del diritto d’accesso (anziché gli obblighi informativi a garanzia del diritto “alla piena conoscenza degli atti istruttori”) e una partecipazione di carattere verticale, cui viene riconosciuta finalità collaborative, anziché un contraddittorio orizzontale paritario.

⁹¹ Come noto, a partire dalla sentenza *Engel and others v. the Netherlands* dell’8 giugno 1976, casi 5100/71, 5101/71, 5102/71, (in tema di sanzioni detentive disciplinari militari) la Corte di Strasburgo ha enunciato tre criteri (c.d. criteri *Engel*) in base ai quali è possibile qualificare una sanzione come “sostanzialmente penale”. Tra i molti, v. VIGANÒ, *Garanzie penalistiche e sanzioni amministrative*, in *Riv. it. dir. proc. pen.*, 2020, 1775 ss; BINDI, PISANESCHI, *Sanzioni Consob e Banca d’Italia. Procedimenti e doppio binario al vaglio della Corte Europea dei Diritti dell’Uomo*, Giappichelli, 2018; GOISIS, *La tutela del cittadino nei confronti delle sanzioni amministrative tra diritto nazionale ed europeo*, Giappichelli, 2018.

⁹² Sull’evoluzione della giurisprudenza costituzionale che ha esteso le garanzie della materia penale alle sanzioni amministrative v., tra i molti, TRAVI, *Corte europea dei diritti dell’uomo e Corte costituzionale: alla ricerca di una nozione comune di “sanzione”*, in *Giur. cost.*, 3, 2010, 2323 ss.; BINDI, PISANESCHI, *La retroattività in mitius delle sanzioni amministrative sostanzialmente afflittive tra Corte EDU, Corte di Giustizia e Corte costituzionale*, in *Federalismi.it.*, 22, 2019; VIGANÒ, *Garanzie penalistiche e sanzioni amministrative*, cit., 1775 ss.; DESANA, *Ne bis in idem: l’infinito dialogo tra Corti e legislatore*, in *Giur. it.*, 1, 2019, 348 ss; SCOLETTA, *Il principio europeo di ne bis in idem e i modelli punitivi “a doppio binario”*, in *Dir. pen. cont.*, 4, 2021, 180 ss.

⁹³ Cfr. LAZZARA, *La regolazione amministrativa: contenuto e regime*, cit., 361 «la c.d. “cattura” del controllore non è altro che l’aspetto negativo della “legittimazione procedimentale”, dal momento che i soggetti attivi nel procedimento regolativo possono curare i propri interessi più efficacemente, eventualmente a danno di esigenze e interessi meno rappresentati. Il rischio è che, a fronte di un maggior grado di accettazione delle misure adottate, vi sia una “riduzione” delle finalità indicate dalla legge»

⁹⁴ Se ne è avuto conferma nel noto caso del “diritto al silenzio” nei dei procedimenti di vigilanza di Consob (C. cost. ord. 117 n. 2019 e sent. n. 84 del 2021) previo dialogo con la Corte di Giustizia Europea (C. giust., 2 febbraio 2021, DB c. Consob, causa C-481/19 su cui l. SFORZA, *Il nemo tenetur se detegere nelle audizioni di Consob e Banca d’Italia: uno statuto ancora da costruire*, in *Sistema penale*, 2, 2022, 83 ss.). Un altro caso paradigmatico ha riguardato la questione della natura perentoria dei termini dei procedimenti antitrust: cfr. Corte giust., 30 gennaio 2025, cause C-510/23, *Trenitalia* e C-511/23, *Caronte & Tourist* su cui v. CHIRULLI, *Meglio tardi che mai (per l’avvio delle istruttorie antitrust)?*

D'altra parte, viene progressivamente messa in discussione anche un fondamentale presidio di indipendenza funzionale delle *Authorities*: la qualificazione tecnica dei poteri.

In questo senso rilevano alcune ricostruzioni dottrinali, avallate da parte della giurisprudenza⁹⁵, tese a riconoscere natura politico-discrezionale ai poteri esercitati dalle Autorità in materia di vigilanza antitrust⁹⁶, di regolazione dei servizi di pubblica utilità⁹⁷ e dei mercati finanziari⁹⁸ nonché per l'attività sanzionatoria nel suo complesso⁹⁹.

La tesi merita di essere valutata con attenzione perché, sebbene colga un problema esistente – legato alla difficoltà di tenere separati i giudizi tecnici dalle ponderazioni politiche – rischia di “minare” l'equilibrio che è alla base del modello, riducendo il ruolo di controllo e di garanzia che questo dovrebbe svolgere.

In particolare la tesi potrebbe incidere sulla attendibilità tecnica delle decisioni assunte, qualora avesse l'effetto di indurre i componenti delle Autorità a (sentirsi legittimati a) svolgere valutazioni e bilanciamenti di interessi propriamente politico-discrezionali che, invece, dovrebbero soltanto sollecitare mediante le funzioni di *advocacy*¹⁰⁰.

Ciò, a sua volta, potrebbe offrire improprie giustificazione ai processi di ridimensionamento dell'indipendenza strutturale delle Autorità, che si realizzano mediante l'espansione del controllo da parte degli organi politici sulle nomine, con la riduzione della composizione numerica dei collegi, con la diminuzione dei finanziamenti. Si tratta di un rischio da sempre presente, decisamente attuale nel nostro ordinamento¹⁰¹ e che si sta manifestando in forme estreme negli USA sotto l'attuale Presidenza¹⁰². La questione è seria perché in queste tendenze, che denotano l'insofferenza delle istituzioni rappresentative rispetto agli organi di controllo non maggioritari, si cela un ulteriore elemento di crisi della democrazia costituzionale¹⁰³.

Riflessioni a margine di Corte di Giustizia, caso C-511/23 (Caronte & Tourist), in *Riv. reg. mercati*, 1/2025, 175 ss. In entrambi i casi è emerso che l'estensione di garanzie proprie del diritto punitivo nei procedimenti di vigilanza se da un lato determina un innalzamento dello *standard* di tutela per gli operatori economici vigilati, dall'altro lato può ridurre l'effettività dell'azione di vigilanza affidato alle Autorità.

⁹⁵ In giurisprudenza v. C. Cost. ord. n. 3 del 2019

⁹⁶ POLICE, *Tutela della concorrenza e pubblici poteri*, cit., 247-248.

⁹⁷ Sulla natura tecnico-discrezionale delle valutazioni presupposte (o contenute) nei provvedimenti delle Autorità di regolazione dei servizi di pubblica utilità si veda CAPORALI, *Il trattamento giurisdizionale delle valutazioni tecniche dell'Arera*, in MOLITERNI (a cura di), *Le valutazioni tecnico-scientifiche tra amministrazione e giudice. Concrete dinamiche dell'ordinamento*, Jovene, 2022, 251 ss.; LORENZONI, *Il sindacato giurisdizionale sui provvedimenti dell'Agcom in materia di comunicazioni elettroniche*, ivi, 277 ss.

⁹⁸ TROISE MANGONI, *Impugnazione dei provvedimenti sanzionatori della Banca d'Italia e della Consob e inquadramento del potere sottoposto al sindacato giurisdizionale*, in *Riv. reg. merc.*, 2, 2021, 300-302; BINDI, PISANESCHI, *Il Consiglio di Stato annulla il procedimento sulle procedure sanzionatorie dell'IVASS. Qual è il razionale della giurisdizione ordinaria sulle sanzioni Consob e Banca d'Italia?* in *Giustamm.it*, 6, 2019.

⁹⁹ BANI, *Il potere sanzionatorio delle Autorità Indipendenti. Spunti per un'analisi unitaria*, Giappichelli, 2000, 43; CIMINI, *Il potere sanzionatorio delle amministrazioni pubbliche. Uno studio critico*, Editoriale Scientifica, 2012, 58-71; GOISIS, *Discrezionalità ed autoritatività nelle sanzioni amministrative pecuniarie, tra tradizionali preoccupazioni di sistema e nuove prospettive di diritto europeo*, in *Riv. it. dir. pubbl. com.*, 1, 2013, 79 ss.

¹⁰⁰ Secondo parte della dottrina, del resto, ciò accade già da tempo: cfr., da ultimo, MERLONI, *Diritti e pubbliche amministrazioni nell'austerità liberista*, cit., anche per ulteriori riferimenti bibliografici.

¹⁰¹ NAPOLITANO, MOCAVINI, BUTTARELLI, MORGANTE, *Autorità indipendente e separazione dei poteri: un'analisi empirica delle nomine e dei mandati*, in *Riv. trim. dir. pubbl.*, 1, 2023, 441 ss.

¹⁰² MIRATE, *Politics v. Administration: la progressiva estensione dei poteri di controllo del Presidente sulle independent administrative agencies negli Stati Uniti*, in *Costituzionalismo.it*, 2020, 200 ss.; SARTORETTI, *The Trump administration and its strategy to seize control over independent agencies*, in *DPCE-online*, 2021, 1047 ss.; BARAGGIA, *La Presidenza Trump II: verso una mutazione del sistema costituzionale americano? Spunti di riflessione a partire dai più recenti avvenimenti*, in *Federalismi.it*, 18, 2025, 6 ss.

¹⁰³ E. CHITI, *Against Administrative Law. Ragioni, argomenti e implicazioni di un dibattito statunitense*, in *Riv. trim. dir. pubbl.*, 2025 25 ss.; A. SANDULLI, in AA.VV., *Crisi della democrazia costituzionale e dello Stato di diritto. In occasione dei trent'anni di «Diritto pubblico»*, in *Dir. pubbl.*, 3, 2025, 842 ss.

Più in generale, queste tendenze dimostrano che anche nel c.d. modello tecnocratico gli istituti giuridici previsti per limitare i possibili limiti (autoreferenzialità dei giudizi scientifici e strumentalizzazione della scienza da parte della politica) non sono sufficienti a escludere eventuali degenerazioni.

4. Ascesa dei poteri tecnici privati e rivoluzione digitale

Nel considerare le forme del potere tecnico nel contesto attuale non si può prescindere dal considerare un altro fenomeno, avallato dagli stessi fattori che hanno portato all'affermazione del modello tecnocratico, che incide in modo ancora più radicale sull'equilibrio tra politica e tecnica delineato nei sistemi liberal-democratici.

La globalizzazione economico-finanziaria e gli obiettivi di apertura e di interconnessione dei mercati, perseguiti attraverso le politiche neo-liberiste, hanno determinato due principali conseguenze: la perdita di sovranità degli Stati e la *privatizzazione* del potere¹⁰⁴. Tali tendenze si sono accentuate in modo formidabile con la rivoluzione digitale e l'ascesa delle grandi imprese private detentrici delle relative tecnologie. Come noto, il progressivo aumento di regole di fonte privata è stato alimentato dalla creazione di organizzazioni transnazionali e network globali di carattere ibrido (pubblico-privato) nonché dal diffondersi di approcci di *governance* che prevedono il coinvolgimento nei processi decisionali degli operatori privati destinatari delle regolazione, attraverso forme di interazione flessibile di tipo pattizio (*lex mercatoria*) ovvero mediante procedimenti diretti a produrre norme di carattere non vincolante (linee guida, standards, c.d. *soft law*)¹⁰⁵.

Queste dinamiche hanno determinato uno specifico assetto (efficacemente definito «capitalismo politico») la cui cifra prevalente è la «cattura» del sistema giuridico-normativo da parte delle imprese¹⁰⁶: i regolatori tendono a elaborare discipline che rispondono primariamente agli interessi dei soggetti che devono regolare¹⁰⁷.

Su questo processo di ibridazione del potere si è innestata la rivoluzione informatica e digitale; e mentre la gran parte del dibattito dottrinale si è concentrato sui limiti degli organismi indipendenti e sui contrappesi necessari per evitare la «deriva tecnocratica», si sono a lungo sottovalutati gli effetti della compenetrazione tra economia e tecnologie digitali.

Da un lato, come noto, hanno acquisito una posizione di dominio le grandi imprese proprietarie delle piattaforme digitali (i c.d. «giganti del web»: Google, Amazon, Meta, Apple, Microsoft), le quali hanno implementato le relative tecnologie, divenendone titolari esclusive. Attraverso la gestione delle piattaforme (social network, e-commerce, home-booking etc.) acquisiscono e controllano una massa enorme di dati (c.d. *Big data*) e grazie alla posizione di predominio sui relativi mercati, possono concepire e

¹⁰⁴ PINELLI, *Oligarchie finanziarie mondiali, democrazie nazionali e la dicotomia pubblico/privato. Qualche riflessione per i giuristi*, in *Costituzionalismo.it*, 1, 2016, 173 ss.; FERRARESE, *Poteri nuovi. Privati, penetranti, opachi*, Il Mulino, 2022, 9.

¹⁰⁵ Sul tema, tra i molti, v. FERRARESE, *Globalizzazione giuridica*, in *Enciclopedia del diritto*, Annali IV, 2011, 547 ss; SOMMA (a cura di), *Soft law e hard law nelle società postmoderne*, Giappichelli, 2009; RAMAJOLI, *Self regulation, soft regulation e hard regulation nei mercati finanziari*, in *Rivista della regolazione dei mercati*, 2, 2016; AMMANNATI, *La governance dell'economia. Variazioni sul modello della rete*, in *Rivista della regolazione dei mercati*, 1, 2018.

¹⁰⁶ FERRARESE, *Poteri nuovi. Privati, penetranti, opachi*, cit., 133-135, che richiama la riflessione di HOLCOMBE, *Political Capitalism: How Economic and Political Power Is Made and Maintained*, Cambridge University Press, 2018.

¹⁰⁷ Sulla «teoria della cattura» del regolatore v. STIGLER, *The Theory of Economic Regulation*, in *The Bell Journal of Economics and Management Science* 2, no. 1 (1971): 3-21. <https://doi.org/10.2307/3003160>.

finanziare progetti di continua penetrazione tecnologica, calibrata secondo la propria visione e i propri obiettivi di profitto¹⁰⁸.

In questo modo i soggetti del mercato sono diventati poteri tecnici capaci di condizionare le relazioni umane e gli scambi commerciali, innanzitutto attraverso strumenti che utilizzano «il linguaggio della convenienza (...), penetrano impercettibilmente lungo linee orizzontali e diffuse, spesso eludendo vesti e requisiti formali»¹⁰⁹. Progressivamente poi le c.d. *Big Tech* hanno elaborato discipline di vario genere e creato organismi interni per gestire le interazioni e i conflitti fra gli utenti delle piattaforme, diventando essi stessi «legislatori» e determinando una vera e propria «privatizzazione» di regole, istituzioni e strumenti di tutela¹¹⁰: ogni piattaforma si dà regole proprie, che gli utenti devono osservare, pena la rinuncia al servizio¹¹¹.

Al riguardo merita ricordare che, per una lunga fase, la scelta delle istituzioni politiche è stata quella di *non regolare*: l'ascesa degli operatori digitali è stata accolta con favore, sul presupposto che potesse fungere da «calamita» per l'innovazione, generare benefici per i consumatori e agevolare «la partecipazione dei cittadini alla società e alla democrazia»¹¹²; tanto che la «circolazione dei dati, considerata come il motore della *data driven innovation*, è stata innalzata al rango di quinta libertà fondamentale tra i pilastri portanti del mercato unico europeo»¹¹³.

L'approccio *laissez faire*, dunque, ha permesso che tali imprese divenissero i principali produttori di strumenti di intelligenza artificiale: un nuovo tipo di potere tecnologico in cui le scienze matematiche e informatiche acquisiscono un peso preponderante e che assume alcune funzioni fondamentali del diritto (c.d. *regulatory through technology*)¹¹⁴, disciplinando comportamenti e relazioni attraverso gli algoritmi¹¹⁵. In questo risiede, oggi, il principale rischio per la tenuta degli ordinamenti democratici.

4.1. Il «potere normativo» del codice algoritmico e il rischio di algocrazia

È stato dimostrato che gli algoritmi assumono una specifica valenza «normativa», operando come regole, capaci di orientare o disincentivare determinati comportamenti, suggerire soluzioni o assumere decisio-

¹⁰⁸ BETZU, *I poteri privati nella società digitale: oligopoli e antitrust*, in *Dir. pubbl.*, 3, 2021, 739 ss.

¹⁰⁹ ZUBOFF, *Il capitalismo della sorveglianza. Il futuro dell'umanità nell'era dei nuovi poteri*, Luiss University Press, 2019, 528; FERRARESE, *op. cit.*, 130.

¹¹⁰ Si pensi agli *Oversight Board* istituiti dalle piattaforme digitali per risolvere i conflitti tra gli utenti dei social, su cui tra i molti v. KLONICK, *The Facebook Oversight Board: Creating an Independent Institution to Adjudicate Online Free Expression*, in *Yale Law Journal*, 129, 2020, 2478; DVOSKIN, *Expertise and Participation in the Facebook Oversight Board: From Reason to Will*, in *Telecommunications Policy* 47 (2023) 1, 1-13.

¹¹¹ BINDI, CREMONA, *La regolazione delle grandi piattaforme digitali*, in *Rivista IANUS*, n. 27-2023, 85 ss., che richiamano LOBEL, *The Law of the Platform*, in 101 *Minn. Law Rev.*, 2016, 88 ss.

¹¹² Comunicazione della Commissione, COM(2016) 288 final del 25.5. 2016, *Le piattaforme online e il mercato unico digitale. Opportunità e sfide per l'Europa*, 3.

¹¹³ AMMANNATI, *I «signori» nell'era dell'algoritmo*, in *Dir. pubbl.*, 2, 2021, 383, O.E.C.D., *Data-Driven Innovation: Big Data for Growth and Well-Being*, 2015 (<https://www.oecd.org/sti/data-driven-innovation-9789264229358-en.htm>).

¹¹⁴ Cfr. BROWNSWORD, YEUNG (a cura di), *Regulating Technologies: Legal Futures, Regulatory Frames and Technological Fixes*, Hart Publishing, 2008, citato da MOBILIO, *L'intelligenza artificiale e i rischi di una «disruption» della regolamentazione giuridica*, in *BioLaw Journal*, 2, 2020, 416.

¹¹⁵ Si tratta di strumenti diversi e sempre più autonomi dall'intervento umano: dagli algoritmi di calcolo inizialmente «allenati» (training) con enormi quantità di dati (c.d. *big data*), ad algoritmi successivamente capaci di «autoapprendere» e di predire ulteriori ricorrenze, come nel c.d. *machine learning*; fino a sistemi il cui comportamento risulta imprevedibile e il cui controllo sempre più difficile, come avviene nel caso delle *artificial neural network*. Cfr. CARROZZA et al., *Al: profili tecnologici. Automazione e Autonomia: dalla definizione alle possibili applicazioni dell'Intelligenza Artificiale*, in *BioLaw Journal*, 3, 2019, 241.

ni¹¹⁶. Hanno però caratteri molto diversi da quelli tipici delle tradizionali regole giuridiche: a) si affermano in maniera silenziosa e invisibile, a prescindere da ogni forma di pubblicità e ufficialità; b) non possono essere oggetto di interpretazione, né conoscono le eccezioni e le deroghe che sono proprie delle norme giuridiche¹¹⁷; c) non sono pienamente conoscibili perché le logiche di comprensibilità sono patrimonio di pochi specialisti, soggetti privati al servizio delle grandi imprese che sviluppano e commercializzano i *software*¹¹⁸. Inoltre, le regole algoritmiche hanno un profilo di efficacia molto peculiare poiché influenzano profondamente i comportamenti umani attraverso le tecniche della profilazione: i dati personali che ogni utente ogni giorno lascia nella rete vengono rielaborati e trasformati in «*surplus* comportamentale», ossia in conoscenza utilizzabile commercialmente a fini predittivi, dando luogo a «nuovi mercati dei comportamenti futuri»¹¹⁹.

Le piattaforme digitali e i *social network* infatti non solo hanno re-inventato i modi della comunicazione e della informazione, ma hanno dato vita ad una nuova forma di “socialità digitale”, che si aggiunge a quella reale e risponde a proprie logiche, producendo specifiche dinamiche interattive.

Questa nuova socialità è fortemente condizionata dal potere tecnico, in particolare dall'ingegneria dell'algoritmo che determina modalità, tempi e contenuti dell'interazione, al punto da influenzare le forme del pensiero e gli impulsi emotivi dei partecipanti. Molti episodi di cronaca e alcuni casi giudiziari hanno ormai reso evidenti gli effetti di tali condizionamenti: attraverso gli algoritmi di profilazione si possono indurre desideri di acquisto, esasperare le fragilità emotive delle persone vulnerabili (come minori o persone con dipendenze)¹²⁰, orientare le dinamiche comunicative verso fenomeni di *shaming* o di *hating*, influenzare le opinioni di voto al punto da incidere sugli esiti delle tornate elettorali¹²¹. Tutto ciò, com'è evidente, condiziona dall'interno il funzionamento dei sistemi democratici.

Ma in questo processo vi è (almeno) un altro aspetto fortemente problematico, legato al fatto che le amministrazioni pubbliche utilizzano sempre più diffusamente gli strumenti di intelligenza artificiale, di proprietà delle c.d. *Big Tech*, per attività di rilevanza strategica a garanzia dell'esercizio dei diritti fondamentali dei cittadini: si pensi al monitoraggio delle fonti di rischio per la sicurezza, all'organizzazione dei servizi pubblici (come sanità, istruzione, previdenza), all'amministrazione del fisco e della giustizia. Tuttavia, dato che i meccanismi di funzionamento degli algoritmi rimangono impenetrabili ai non specialisti, gli apparati amministrativi che se ne avvalgono finiscono per comportarsi come consumatori di mezzi tecnologici di cui non hanno né padronanza né controllo¹²².

¹¹⁶ LESSING, *The Law of the Horse: What Cyberlaw Might Teach*, in *Harvard Law Review*, 113, 1999, 501 ss; ID., *Code and Other Laws of Cyberspace*, New York, 1999.

¹¹⁷ AMMANNATI, *I «signori» nell'era dell'algoritmo*, cit., 384; MORELLI, POLLICINO, *Metaphors, Judicial Frames and Fundamental Rights in Cyberspace*, in *American Journal of Comparative Law*, 2020, 644 ss.

¹¹⁸ Sull'opacità degli algoritmi v., già DANAHER, *The Threat of Algocracy: Reality, Resistance and Accommodation*. *Philos. Technol.* 29, 2016, 245-268, <https://doi.org/10.1007/s13347-015-0211-1>.

¹¹⁹ ZUBOFF, *Il capitalismo della sorveglianza*, LUISS University Press, 2019, 254.

¹²⁰ Da ultimo cfr. il caso deciso dalla Corte Superiore della Contea di Los Angeles, California, USA, *K.G.M. v. Meta Platforms, Inc., et al.*, 25 marzo 2026, con cui Meta (Instagram) e Google (YouTube) sono stati condannati al risarcimento di 6 milioni di dollari per aver progettato piattaforme che creano dipendenza e danneggiano la salute mentale dei minori. <https://www.nytimes.com/2026/03/25/technology/social-media-trial-verdict.html>.

¹²¹ Cfr. lo scandalo «Cambridge Analytica» del 2018 su cui v. CASINI, *Il futuro dello Stato (digitale)*, in *Riv. trim. dir. pubbl.*, 2, 2024, 433 ss.; HEAWOOD, *Pseudo-public political speech: Democratic implications of the Cambridge Analytica scandal*. *Information Polity*, 23(4), 2018, 429-434.

¹²² Cfr. PONTI, *Il fornitore dell'algoritmo quale soggetto estraneo all'amministrazione*, in *Rivista italiana di informatica e diritto*, 2024, n. 2.

La conseguenza è l'appropriazione da parte di poteri privati di porzioni di sovranità, che si distribuisce sulla base di un criterio non più territoriale ma funzionale¹²³, una «sovranità statale modulata dalla governance algoritmica aziendale»¹²⁴, nella quale le premesse valoriali sottese alle decisioni pubbliche vengono dislocate (a monte) all'interno del codice dell'algoritmo, rendendo difficile apprezzare (a valle) la rispondenza dei risultati alle premesse che hanno ispirato le azioni.

Il rischio, dunque, è quello di una vera e propria algocrazia in cui gli organi democratico-rappresentativi finiscono per perdere anche il potere di definire le scale di valori e gli obiettivi generali, venendo soppiantati da soggetti privati difficilmente controllabili perché dotati di un'enorme forza economica e di un sapere tecnico opaco e tendenzialmente non conoscibile.

4.2. Le (timide) tendenze della regolazione europea per recuperare uno spazio di intervento della politica sui poteri tecnici privati

Come risulta evidente, qualora si consolidasse, il modello algocratico determinerebbe una radicale «rottura» dell'equilibrio prefigurato dalle democrazie liberal-democratiche nei rapporti tra politica e tecnica, determinando il totale dominio di quest'ultima e la possibilità che siano le decisioni politiche pubbliche (legislative e amministrative) ad essere strumentalizzate e dirette secondo la visione e gli interessi di alcuni soggetti privati.

Pertanto, a questo punto, il problema centrale è come «recuperare al circuito della democrazia quelle regole e discipline»¹²⁵ che governano gli spazi virtuali in cui si ambientano sempre maggiori relazioni della vita sociale ed economica.

In Europa, una volta risultati evidenti gli esiti della *self-regulation*, è stato approvato un pacchetto di discipline¹²⁶, che persegue l'ambizioso obiettivo di proteggere e garantire i diritti fondamentali condizionati dalle tecnologie e – allo stesso tempo – promuovere e orientare l'innovazione.

Si tratta di un complesso corpo normativo, in procinto di essere ulteriormente integrato e modificato¹²⁷, che non è possibile descrivere in questa sede.

Quel che interessa evidenziare, nella prospettiva del presente studio, sono gli strumenti con cui il legislatore europeo, attraverso l'*AI Act*, tenta di recuperare un ruolo nel «governo della tecnologia digitale» per orientare la valenza normativa degli algoritmi, sottoponendo l'elaborazione e l'applicazione delle tecniche digitali ad alcuni principi fondamentali dello Stato di diritto costituzionale (trasparenza, non discriminazione, controllo umano, motivazione delle decisioni, responsabilità, riesame)¹²⁸.

¹²³ PASQUALE, *From territorial to functional sovereignty: the case of Amazon*, in *OpenDemocracy*, 5 gennaio 2018, disponibile all'indirizzo <https://tinyurl.com/mu53s232>.

¹²⁴ CRAWFORD, *Né intelligente né artificiale. Il lato oscuro dell'IA*, Bologna, Il Mulino, 2021, 242.

¹²⁵ BINDI, CREMONA, *La regolazione delle grandi piattaforme digitali*, cit., 85 ss.

¹²⁶ Sulla regolazione dei servizi e dei mercati digitali, DSA (*Digital Services Act*), Regolamento (UE) 2022/2065 del 19 ottobre 2022; DMA (*Digital Markets Act*), Regolamento (UE) 2022/1925 del 14 settembre 2022; sull'uso dei dati e degli strumenti di intelligenza artificiale: *Data Governance Act*, Regolamento (UE) 2022/868 del 30 maggio 2022; *Data Act*, Regolamento (UE) 2023/2854 del 13 dicembre 2023 (che si aggiungono al GDPR, Regolamento (UE) 2016/679 in materia di dati personali); *AI Act*, Regolamento (UE) 2024/1689 del 13 giugno 2024. In dottrina v., da ultimo, DECAROLIS, MARCHETTI, TORCHIA (edited by), *The EU Digital Regulation and its Impact on Member States*, 2025, Springer.

¹²⁷ Cfr. la proposta di regolamento c.d. *Digital Omnibus Package* (<https://digital-strategy.ec.europa.eu/it/library/digital-omnibus-regulation-proposal>) che mira a semplificare e razionalizzare le normative esistenti, quali GDPR, *AI Act*, *Data Act*.

¹²⁸ In questo senso v. ORIT FISCHMAR-AFORI, *Taking Global Administrative Law One Step Ahead: Online Giants and the Digital Democratic Sphere*, in *International Journal of Constitutional Law*, Volume 20, Issue 3, July 2022, Pages 1006–1037; SCHERER, *Regulating Artificial Intelligence systems: Risks, Challenges, Competencies and Strategies*, in *Harv. J. Law & Tec.*, 2016, 29, 353 ss.

Tali obiettivi dovrebbero essere perseguiti secondo due direttrici: la prima consiste nell'applicazione del "paradigma del *by design*", ovvero nell'integrazione dei principi giuridici all'interno della tecnologia fin dalla progettazione (ad es. *privacy by design*, *security by design* etc.); la seconda direttrice opera attraverso la previsione di obblighi per gli utilizzatori di sistemi di intelligenza artificiale, validi in via generale ma che possono essere specificati e integrati mediante diverse tecniche di co-regolazione¹²⁹.

Nella prima direzione rileva l'idea di introdurre un insieme di regole da applicare alla configurazione, allo sviluppo e all'uso dei sistemi di IA (graduati a seconda del livello di rischio del sistema) con l'obiettivo di rafforzare la trasparenza e minimizzare i rischi per la sicurezza e i diritti fondamentali degli utenti. Il necessario adeguamento del *design* del *software* ai requisiti predefiniti dovrebbe includere, tra l'altro, l'uso di *dataset* di alta qualità come anche la definizione di misure appropriate di supervisione umana. Nella seconda direzione rilevano, a livello normativo, le diverse tecniche di co-regolazione per mezzo delle quali le autorità competenti¹³⁰ intendono recuperare la capacità di fissare i valori e gli obiettivi generali, coinvolgendo in fase di applicazione gli utilizzatori degli strumenti e supervisionando le modalità di funzionamento e gli effetti che vengono a prodursi¹³¹.

A livello amministrativo, la sfida richiede innanzitutto di investire nella formazione del personale ed elaborare soluzioni organizzative¹³² per assicurare l'applicazione dei principi di matrice europea, fatti propri dalla giurisprudenza¹³³ e di recente dalla legislazione ordinaria¹³⁴ (c.d. riserva di umanità, principi di responsabilità, non discriminazione e trasparenza)¹³⁵.

Sul piano organizzativo, invece, il rispetto dell'*AI Act* dovrebbe essere garantito da un sistema di vigilanza a due livelli: europeo e nazionale. A livello di Commissione Europea è stato istituito l'Ufficio per l'IA con il compito di coordinare le autorità nazionali e di vigilare direttamente sui sistemi a finalità generale (GPAI). D'altra parte, ogni Stato membro deve designare una o più autorità di vigilanza. In Italia, la l. 132 del 2025 ha ripartito le funzioni fra due organismi strumentali della Presidenza del Consiglio: l'Agenzia per l'Italia Digitale (AgID), cui sono affidate le funzioni di regolazione (mediante l'elaborazione di linee guida e standard tecnici), la promozione dell'uso consapevole dei sistemi di AI da parte delle pubbliche amministrazioni (con attività di formazione, e gestione di regulatory sandbox) e i poteri di vigilanza e

¹²⁹ SIMONCINI, *La co-regolazione delle piattaforme digitali*, in *Riv. trim. dir. pubb.*, 2022, 1032; MOBILIO, *La co-regolazione delle nuove tecnologie, tra rischi e tutela dei diritti fondamentali*, in *Osservatorio sulle fonti*, 1, 2024. Disponibile in <http://www.osservatoriosullefonti.it>.

¹³⁰ La valutazione di conformità dei sistemi di IA ad alto rischio ai requisiti richiesti, dovrà essere garantita prima della loro commercializzazione o del loro uso, inizialmente è assicurata dagli stessi fornitori e successivamente dovrà essere valutata da organismi terzi indipendenti.

¹³¹ Si vedano, in particolare, i codici di condotta e la tencica degli spazi di sperimentazione normativa (c.d. *regulatory sandboxes*) ambienti controllati e circoscritti, ove aziende e *startup* possono testare prodotti, servizi o modelli di prodotti innovativi per un periodo limitato, con la possibilità di derogare temporaneamente a certe norme e sotto la supervisione delle autorità competenti. Le principali applicazioni si hanno nel settore del *Fin Tech* (in Italia previste dal d.l. n. 34/2019, conv. in l. 58/2019) e dell'intelligenza artificiale (cfr. l'art. 57 *AI Act*, Regolamento (UE) 2024/1689). Sul tema v. MOBILIO, *L'intelligenza artificiale e i rischi di una "disruption" della regolamentazione giuridica*, cit., 420; MERLINO, *Il Regulatory Sandbox e la teoria delle fonti*, in *Dir. Pubb. Eur. - Rass. online*, vol. 17, n. 1, gen. 2022.

¹³² FALCONE, *Ripensare il potere conoscitivo pubblico tra algoritmi e Big data*, Editoriale Scientifica, 2023, 226-268.

¹³³ Su cui v., tra gli altri, CARLONI, *I principi della legalità algoritmica. Le decisioni automatizzate di fronte al giudice amministrativo*, in *Dir. amm.*, 2, 2020, 273-304.

¹³⁴ L. n. 132 del 2005.

¹³⁵ Sul tema, tra i molti, v. CARLONI, *Critica dell'amministrazione artificiale*, Il Mulino, 2025; CAVALLO PERIN, GALETTA (a cura di), *Diritto dell'amministrazione pubblica digitale*, Giappichelli, 2025; MARCHETTI, *Intelligenza artificiale, poteri pubblici e rule of law*, in SCOCA, CHITI, GALETTA (a cura di), *Liber Amicorum per Guido Greco*, Giappichelli, 2024, 529-544; GALETTA, CORVALÁN, *Intelligenza Artificiale per una Pubblica Amministrazione 4.0? Potenzialità, rischi e sfide della rivoluzione tecnologica in atto*, in *Federalismi.it*, 2019, 3; NAPOLI, *Algoritmi, Intelligenza Artificiale e formazione della volontà pubblica: la decisione amministrativa e quella giudiziaria*, in *Rivista AIC*, 2020, 3.

sanzione in caso di violazione delle norme; l'Agenzia per la Cybersicurezza Nazionale (ACN), cui sono affidati compiti relativi alla sicurezza informatica e alla protezione dei sistemi contro attacchi esterni. Come si vede, il tipo di apparato pubblico scelto per definire forme di regolazione pubblica delle tecnologie algoritmiche sembra rispondere al modello della precauzione (§ 2), il che denota un ulteriore tentativo di recuperare uno spazio di controllo della politica sui poteri tecnici. Tuttavia – come ricordato – l'intervento regolatorio che gli organismi pubblici possono svolgere, al momento, opera solo 'a valle', poiché le logiche di funzionamento dei sistemi algoritmici continuano ad essere elaborati dai poteri privati proprietari delle relative tecnologie¹³⁶.

5. Considerazione di sintesi e nuove prospettive di ricerca

L'analisi ha mostrato che l'ordinamento nazionale e quello europeo conoscono diversi modelli di rapporto tra poteri politici e saperi tecnici che sono strettamente legati all'evoluzione degli assetti democratici: la loro affermazione è condizionata dai processi evolutivi (o involutivi) delle forme democratiche e – allo stesso tempo – è in grado di influenzarne il funzionamento.

Rispetto alle tecnologie algoritmiche non si è raggiunto un equilibrio ed il potere decisionale sui meccanismi di funzionamento delle stesse è ancora fuori dal perimetro di controllo delle istituzioni politiche-democratiche. Perciò pare utile riflettere sugli elementi virtuosi e le criticità dei primi due modelli, anche per verificarne l'esportabilità nell'ambito della regolazione pubblica delle tecnologie digitali.

Il primo evidente elemento positivo – sempre meno scontato – è che in entrambi i casi il potere tecnico privato (ovvero elaborato dalle comunità scientifiche e dai relativi centri di potere economico) si esercita mediante forme (organizzative e procedurali) disciplinate dal diritto pubblico, sotto la responsabilità delle istituzioni politiche.

La differenza tra i due modelli, come ricordato, sta nel peso che possono avere le due componenti nella determinazione della decisione finale. Nel primo caso (il modello della precauzione/dei corpi tecnici strumentali), la scienza deve limitarsi a prospettare le opzioni tecnicamente possibili, mentre le istituzioni politiche sono chiamate a scegliere la soluzione tecnica che ritengono più adeguata e, conseguentemente, a svolgere le valutazioni di opportunità e il bilanciamento degli interessi per adottare la decisione finale. Nel secondo caso (il modello c.d. tecnocratico/delle autorità indipendenti) la politica definisce gli obiettivi generali da perseguire, delineando specifici ordini di priorità tra i valori e gli interessi in gioco, e affida ad organismi tecnici (pubblici ma indipendenti dagli indirizzi delle maggioranze governative), la selezione delle opzioni metodologiche e l'individuazione delle soluzioni tecniche più adeguate.

Come si è cercato di mettere in evidenza, entrambi gli assetti sono frutto di precise scelte politico-istituzionali, sancite dalla Costituzione o dai Trattati istitutivi dell'Unione Europea, e sono ugualmente compatibili con i principi della democrazia costituzionale.

Secondo i principi dello Stato di diritto costituzionale, infatti, la garanzia dei diritti degli individui e il perseguimento degli interessi generali non è appannaggio esclusivo delle istituzioni rappresentative, ma è condivisa da diverse forme di potere pubblico.

¹³⁶ Uno dei profili più critici riguarda la valutazione di conformità della valutazione preventiva dei sistemi ad alto rischio: non sono ancora state precisate le modalità e i termini della tale valutazione, che dovrebbe essere garantita prima della loro commercializzazione o del loro uso, ma che in una prima fase è affidata a forme di autocertificazione da parte dagli stessi fornitori e successivamente dovrebbe essere valutata da organismi terzi indipendenti, per cui però non sono stati previsti requisiti e condizioni specifiche.

Come è stato osservato, all'immagine "verticale" propria dello Stato legislativo dell'età liberale (la legge al vertice delle fonti, il giudice soggetto solo alla legge, l'amministrazione al servizio del Governo), la democrazia costituzionale sostituisce un modello diffuso, in cui la tutela dei diritti deve emergere dall'equilibrio e dal controllo reciproco tra molteplici poteri, dotati di titoli di legittimazione diversi (legislatore, autorità amministrative indipendenti, Corte costituzionale, Corti sovranazionali, giudici comuni), senza che nessuna singola autorità sia in grado di imporre l'ultima parola, una volta per tutte¹³⁷.

Da tempo è stato dimostrato che l'integrazione fra diritto legislativo e diritto giurisprudenziale è un carattere intrinseco della democrazia costituzionale¹³⁸ e che anche la giurisdizione è un potere «rivolto a realizzare la normatività della Costituzione»¹³⁹. Da qui la trasformazione dell'idea di legalità in chiave costituzionale, che opera direttamente anche nei confronti degli apparati amministrativi i quali godono di uno spazio di autonomia, costituzionalmente protetto, per attuare gli indirizzi provenienti dalla Costituzione e dalle fonti europee, declinati tanto nelle sedi del potere politico-rappresentativo che nelle interpretazioni delle Corti.

Nella stessa prospettiva si può cogliere l'ulteriore evoluzione dell'ordinamento europeo che – attraverso il consolidamento delle istituzioni tecniche indipendenti – ha inserito nel circuito di produzione degli indirizzi politici anche la componente la tecnica, così conferendo base legale esplicita a meccanismi di integrazione tra valutazioni tecniche e bilanciamenti di interessi.

Tale assetto non rappresenta di per sé un pericolo per gli equilibri democratici, anzi – a certe condizioni – può essere uno strumento di consolidamento degli stessi.

La convinzione, infatti, è che nelle democrazie liberal-democratiche le autorità tecniche – ove correttamente strutturate e funzionanti – possono operare come elemento di garanzia e di equilibrio (in una logica di *checks and balances*), in quanto assicurano la pluralità delle sedi di esercizio del potere pubblico e operano secondo criteri di razionalità tecnico-scientifica, ovvero secondo tecniche decisionali che, senza pretesa di verità o presunta neutralità, assicurano valutazioni fondate su evidenze empiriche e metodologie verificabili, giustificate in base a criteri di razionalità tecnico-scientifica sindacabili in sede giurisdizionale.

Non è quindi un caso che i gruppi politici illiberali, saliti al potere in alcuni Stati, stiano tentando di ridurre il loro ambito di intervento e la loro indipendenza.

È altrettanto vero, tuttavia, che la funzione garantista che la scienza e la tecnica possono svolgere è effettiva soltanto a condizione che siano rispettati i requisiti di legittimità elaborati per ciascun modello. Come considerato (§. 2.2.; 3.2.), nel quadro attuale, tali elementi devono essere non solo presidiati ma anche consolidati con esplicite discipline, sia sul piano organizzativo (per quanto riguarda le procedure di nomina dei componenti degli organismi tecnici – strumentali e indipendenti – affinché siano meritocratiche e non rette da logiche fiduciarie), che sul piano funzionale (in particolare perché le discipline procedurali siano adeguatamente trasparenti, così da limitare il rischio di autoreferenzialità del sapere specialistico).

In quest'ultimo aspetto risiede, a mio giudizio, la prospettiva di analisi che merita di essere sviluppata, anche per fronteggiare i rischi e le sfide poste dai poteri privati che controllano gli strumenti di intelli-

¹³⁷ In questi termini PINO, *Chi deve essere il custode dei diritti? Sul costituzionalismo politico e i suoi limiti*, in *Diritti fondamentali comparati*, 1, 2022, 12.

¹³⁸ FIORAVANTI, *La trasformazione costituzionale*, in *Riv. dir. trim. pubbl.*, 1, 2014, 295 ss; ID., *Il cerchio e l'ellisse. I fondamenti dello Stato costituzionale*, Laterza, 2020; PINO, *Interpretazione costituzionale e teorie della Costituzione*, Mucchi Editore, 2019.

¹³⁹ Cfr. CAVASINO, in A.A., *Crisi della democrazia costituzionale e dello Stato di diritto. In occasione dei trent'anni di «Diritto pubblico»*, in *Dir. pubbl.*, 3, 2025, 830.

genza artificiale. Se vi è un limite comune ad entrambi i modelli, infatti, riguarda il presupposto di fondo su cui si basano: vale a dire l'individuazione del confine tra le valutazioni tecniche e le scelte politiche. Al riguardo, le riflessioni più avanzate di filosofia della scienza muovono dalla presa d'atto che nei contesti dominati da complessità, pluralismo di valori, incertezza e imprevedibilità dei dati scientifici e urgenza delle decisioni, la distinzione fra le due dimensioni sia sempre più ardua. Pertanto, ritengono che i processi decisionali sulle *policy* non possono svolgersi solo tra politici e tecnici, ma devono includere il dialogo tra tutti coloro che sono interessati alla questione e che sono impegnati a risolverla. La proposta (innanzitutto epistemologica) di questo approccio (c.d. di scienza post-normale) consiste, quindi, nell'allargamento dell'arena dei soggetti legittimati a partecipare al processo di indagine. In questo senso si osserva: «a definire il problema e ad elaborare risposte dovrebbe essere una comunità estesa di pari» che includa, accanto ai rappresentati politici e agli esperti riconosciuti in una data materia, anche scienziati latori di prospettive minoritarie o di altri settori, soggetti direttamente coinvolti dalle decisioni ed altri possibili portatori di interessi, e si aggiunge che «di fronte ad un problema complesso che richiede una *governance* a breve o a lungo periodo, l'obiettivo non è l'accertamento di una "verità" per sua natura incerta, ma la ricerca di un compromesso, ottenuto attraverso una procedura condotta in modo trasparente e aperta al confronto tra le diverse prospettive rilevanti»¹⁴⁰.

Si tratta del modello denominato «della partecipazione estesa» che sembra collegarsi, per quanto qui rileva, al consolidamento di istituti e prassi fondati sulla partecipazione attiva dei cittadini ai processi decisionali¹⁴¹ e su forme, sempre più codificate, di co-produzione di attività di interesse generale¹⁴².

Queste considerazioni aprono, dunque, ulteriori percorsi di analisi che qui si possono soltanto prospettare. La ricerca di rimedi alle possibili degenerazioni nei rapporti tra politica e tecnica, a loro volta indotti delle evoluzioni degli assetti democratico-liberali, mi pare dovrebbe operare su (almeno) due livelli: la 'manutenzione' degli istituti vigenti – diretta ad adeguarli agli inevitabili processi di transizione in atto – e la riflessione su alcune categorie giuridiche di fondo che richiedono di essere aggiornate in via interpretativa.

In questo senso sembra soprattutto necessario tornare a riflettere sul regime giuridico del potere di valutazione tecnica, in un orizzonte concettuale che tenga conto dei diversi meccanismi (legalmente previsti) di formazione dell'interesse pubblico i quali, in molti casi, implicano la fisiologica sovrapposizione tra valutazioni di opportunità e giudizi tecnici.

Tuttavia se è vero che, in molti casi, il confine tra i due tipi di apprezzamenti è molto sottile¹⁴³, la distinzione resta possibile¹⁴⁴ poiché i profili di opinabilità insiti nei due tipi di valutazione non sono omogenei. In altri termini, quel che si intende dire è che le valutazioni scientifiche non sono neutrali¹⁴⁵, ma i

¹⁴⁰ L'ASTORINA, MANGIA (a cura di), *Scienza, politica e società: l'approccio post-normale in teoria e nelle pratiche*, Roma, 2022.

¹⁴¹ Su cui, di recente, v. DE FALCO, *Rulemaking and participation in comparative law. Indagine su un modello in formazione*, in *DPCE on line*, 2021- Numero speciale, 1215 ss.

¹⁴² Su cui v., da ultimo, GIGLIONI, *Il diritto dell'amministrazione condivisa*, Franco Angeli, 2025.

¹⁴³ Sulla complessità delle combinazioni tra tecnica e politica nei procedimenti decisionali delle amministrazioni pubbliche vedi, di recente, GIULIETTI, *Tecnica e politica nelle decisioni amministrative "composte"*, in *Dir. amm.*, 2, 2017, 327 ss.

¹⁴⁴ Si veda, al riguardo, la chiare considerazioni di LEDDA, *Potere, tecnica e sindacato giudiziario sull'amministrazione pubblica*, cit., 380: «molto spesso tali valutazioni sono precedute da una prima individuazione e ponderazione dei quei pubblici interessi, che concorrono a delimitare l'ambito del problema tecnico relativo ad una certa situazione; e forse ancor più spesso si hanno determinazioni discrezionali successive, che utilizzano i risultati dell'indagine tecnica per la risoluzione del problema amministrativo vero e proprio. Cionondimeno questi momenti, che talvolta si susseguono ed alternano secondo ordini seriali molto articolati, sono pur sempre suscettibili di distinzione; e a ciascuno deve corrispondere un criterio appropriato di controllo».

¹⁴⁵ Sul punto si veda TALLACCHINI, *Lo Stato epistemico. La regolazione giuridica della scienza*, in MAZZONI (a cura di), *Etica delle ricerca biologica*, Leo S. Oloschki, 2000, 98; JASANOFF, *Is Science Socially Constructed, And can It Still Inform Public Policy?*, in *Science and Engi-*

marginari di indeterminatezza che queste contengono riguardano profili di fatto che richiedono di essere apprezzati mediante l'applicazione di parametri propri di discipline scientifiche e non mediante operazioni assiologicamente orientate¹⁴⁶.

Tutto ciò, pertanto, induce a verificare se non sia possibile individuare gli istituti (termini, preclusioni, regimi di inutilizzabilità del materiale istruttorio etc.) che consentano di differenziare più nettamente il regime procedimentale dei giudizi tecnici da quello dei provvedimenti discrezionali, così da consentire anche una maggiore differenziazione del sindacato giurisdizionale sulle due tipologie di atto.

D'altra parte, lo studio della disciplina dei procedimenti di formazione delle decisioni condizionate da profili tecnico-scientifici dovrebbe tendere a consolidare interpretazioni e a suggerire modifiche in grado di "aprire" le fasi in cui si collocano i bilanciamenti propriamente discrezionali (ossia la fase iniziale – di impostazione del problema tecnicamente condizionato – e quella finale – di elaborazione del merito della decisione) a forme di "partecipazione estesa", dirette ad assicurare pluralismo di visioni e integrazione di tutte le prospettive rilevanti.

neering Ethics, 1996, 2, 263-276.

¹⁴⁶ Per questo il concetto di "discrezionalità mista" pare fuorviante e quello di "discrezionalità tecnica" improprio. Il riferimento alla discrezionalità è utilizzato perché, quando sono necessari apprezzamenti tecnici opinabili, alla pubblica amministrazione è rimessa la *sceita* tra le tecniche e le metodologie possibili e convalidate dalla comunità scientifica di riferimento; tuttavia il termine rimane fuorviante perché ha l'effetto di richiamare concetti e categorie proprie della discrezionalità politico-amministrativa che attengono ad un fenomeno sostanzialmente diverso. Per tali ragioni si ritiene che l'uso del termine "potere di valutazione tecnica" (in luogo di discrezionalità tecnica) sia più utile a esprimere la differenza tra i due fenomeni.