



27 LUGLIO 2022

Regolazione per standard: un valore aggiunto?

di Silvia de Nitto

Ricercatrice di Diritto amministrativo
LUISS Guido Carli

Regolazione per standard: un valore aggiunto?*

di **Silvia de Nitto**

Ricercatrice di Diritto amministrativo
LUISS Guido Carli

Abstract [It]: Nella attuale fase storica, occorre chiedersi quale ruolo abbiano giocato la crisi finanziaria e quella pandemica nella società globale, ai fini della individuazione di un nuovo rapporto tra i regimi privati e la regolazione pubblica dell'economia. La regolazione per standard si può ritenere utile a favorire l'obiettivo di individuare una nuova armonia? Essa è in grado di garantire forme di collegamento intersettoriale fra i diversi regimi e fra le organizzazioni e soggetti che costituiscono espressione del nuovo ordine? All'esito della ricostruzione del termine – e poi del concetto – di 'standard', si tenta di rispondere a tali interrogativi.

Title: Regulation by standard: an added value?

Abstract [En]: At the current historical stage, it is necessary to ask what role the financial and pandemic crises have played in global society, in order to identify a new relationship between private regimes and public regulation of the economy. Can regulation by standards be considered useful in furthering the goal of identifying a new harmony? Is it capable of ensuring forms of cross-sectoral linkage between different regimes and between the organizations and subjects that constitute expressions of the new order? After reconstructing first the term and then the concept of 'standard', the article will attempt to answer these questions.

Parole chiave: Standard, regolazione, tecnica, poteri privati, equilibrio

Keywords: Standard, regulation, technique, private powers, balance

Sommario: 1. Premessa. 2. Origine e caratteri degli standard. 3. Dallo standard "tradizionale" alle norme tecniche. 4. I nuovi soggetti regolatori. 5. La relazione tra standard, privati e regolazione pubblica. 6. Standard come potenziale portatore di equilibrio. 7. Per una intensa cooperazione tra i vari sistemi di normazione. 8. Una possibile prospettiva.

1. Premessa

Le diffuse convinzioni che avevano costituito i pilastri fondanti della regolazione economica dell'ultimo quarto del Novecento¹ – caratterizzato, tra l'altro, dalla liberalizzazione degli scambi mondiali, dalla globalizzazione dell'economia, da privatizzazioni, dall'arretramento dello Stato e dall'europeizzazione di diversi settori (concorrenza, telecomunicazioni, ambiente)² – sono state messe in discussione inizialmente dalla crisi finanziaria del 2008 e successivamente, a partire dal 2020, dalla pandemia globale dovuta al diffondersi del Covid-19 e, nel 2022, dallo *shock* conseguente al conflitto in Ucraina. Il succedersi di tali eventi ha, più di ogni altro elemento, messo in luce³ la necessità che le democrazie liberali – e le tante regole, strutture, istituti che esse hanno contribuito a creare – imbocchino il cosiddetto "corridoio

* Articolo sottoposto a referaggio.

¹ Sul punto, tra i tanti, A. LA SPINA, G. MAJONE, *Lo Stato regolatore*, il Mulino, Bologna, 2010.

² Per una ricostruzione delle diverse tendenze, anche più recenti, S. Cassese (a cura di), *La nuova costituzione economica*, Laterza, Roma-Bari, 2021.

³ M. CLARICH, *Alle radici del paradigma regolatorio dei mercati*, in *Rivista della regolazione dei mercati*, n. 2, 2020, p. 230 ss.

stretto”⁴ realizzato da confini segnati da uno Stato forte e autorevole, con un nuovo rapporto tra regole di concorrenza e misure preordinate alla tutela degli interessi pubblici non soddisfatti dalle dinamiche di mercato⁵. Dopo le severe lezioni impartite tanto dalla crisi finanziaria del 2008 quanto dalla pandemia e dalla guerra, si è, dunque, tornati a parlare di “rinascita del protezionismo”, di “ritorno degli Stati”: i fatti del primo ventennio del nuovo secolo hanno portato nuovamente in rilievo il ruolo dello Stato finanziatore, (ancor più) regolatore⁶, imprenditore⁷, doganiere⁸, dello «Stato provvidenza [...] con misure di generalizzato sostegno dei redditi»⁹. Eppure, tre anni dopo lo scoppio della crisi finanziaria, è stata comunque registrata una “strana non morte del neoliberalismo”¹⁰, nonostante l’evidenza delle negative conseguenze che da esso ne sono derivate.

Nella attuale fase storica emerge evidente la necessità di trovare nuovi equilibri tra la dimensione pubblica e quella privata. La regolazione per standard si può ritenere utile a favorire l’obiettivo di individuare una nuova armonia? È in grado di garantire forme di collegamento intersettoriale fra i diversi regimi e fra le organizzazioni e soggetti che costituiscono espressione del nuovo ordine? E grazie a quali modalità essa riuscirebbe a ridurre il rischio che vengano eccessivamente lesi beni pubblici essenziali – come la sicurezza pubblica, la salute¹¹ o la riservatezza¹² – non direttamente protetti dalla logica del mercato?

⁴ D. ACEMOGLU, J. ROBINSON, *The Narrow Corridor: States, Societies and the Fate of Liberty*, Penguin Press, New York, 2019.

⁵ Sulle politiche industriali nel settore delle comunicazioni elettroniche, E. BRUTI LIBERATI, *Scelte di politica industriale e sociale, regolazione e mercato. Il caso della unificazione delle reti fisse di comunicazione elettronica*, in *Rivista della regolazione dei mercati*, n. 1, 2020, p. 3 ss.

⁶ Sul potenziamento degli strumenti dello Stato regolatore come risposta alla crisi finanziaria del 2008, M. CLARICH, *La ‘mano visibile’ dello Stato nella crisi economica e finanziaria*, in *Rivista della regolazione dei mercati*, n. 2, 2015, p. 1 ss.

⁷ S. CASSESE (a cura di), *La nuova costituzione economica*, cit.

⁸ G. NAPOLITANO, *L’irresistibile ascesa del golden power e la rinascita dello Stato doganiere*, in *Giornale di diritto amministrativo*, 2019, p. 549 ss.

⁹ G. AMATO, *Bentornato Stato, ma*, il Mulino, Bologna, 2022, pp. 30-31.

¹⁰ C. CROUCH, *The Strange Non-Death of Neoliberalism*, Polity Press, Cambridge, 2011, tradotto poi in italiano con un diverso titolo: *Il potere dei giganti. Perché la crisi non ha sconfitto il neo-liberismo*, Laterza, Roma-Bari, 2014.

¹¹ Si veda, ad esempio, il Regolamento UE 2017/745, la cui entrata in vigore è stata prorogata al 26 maggio 2021 in ragione del diffondersi della pandemia da Covid-19; in particolare, al considerando n. 2 si specifica che «Il presente regolamento mira a garantire il buon funzionamento del mercato interno per quanto riguarda i dispositivi medici, prendendo come base un livello elevato di protezione della salute dei pazienti e degli utilizzatori e tenendo conto delle piccole e medie imprese attive in questo settore. Nel contempo, esso fissa standard elevati di qualità e sicurezza dei dispositivi medici al fine di rispondere alle esigenze comuni di sicurezza relative a tali prodotti. Entrambi gli obiettivi sono perseguiti contemporaneamente e sono indissolubilmente legati, senza che uno sia secondario rispetto all’altro».

¹² Ad esempio, in materia di sicurezza delle reti e dei sistemi informativi, affinché questi siano capaci di resistere, a un determinato livello di riservatezza, a ogni azione che comprometta la disponibilità, l’autenticità, l’integrità o la riservatezza dei dati conservati o trasmessi o trattati e dei relativi servizi offerti o accessibili tramite tale rete o sistemi informativi, la direttiva UE 2016/1148 del Parlamento europeo e del Consiglio esplicita direttamente, al considerando n. 66, che «Per garantire un’applicazione convergente delle norme di sicurezza è opportuno che gli Stati membri incoraggino il rispetto o la conformità a norme specifiche volte a garantire un livello elevato di sicurezza delle reti e dei sistemi informativi in tutta l’Unione».

La “nuova” *lex mercatoria*¹³ – data dalla combinazione, a partire dagli anni Novanta, tra norme e precetti “paralegali” e momenti di “istituzionalizzazione” e di inserimento in veri e propri *legal orders* – richiede, alla luce delle recenti esigenze e degli attuali valori in campo¹⁴, di essere rivisitata. Così come, all’opposto, occorre evitare il pericolo che l’intervento pubblico finisca per «paralizzare e sostituire il potere organizzativo dell’imprenditore, magari con l’effetto, fra gli altri, di rendere non praticabili quegli adattamenti più appropriati alle specificità dei singoli casi, che ogni forma di centralizzazione per propria natura tende a escludere»¹⁵. Il tentativo è di evitare estremizzazioni, non in linea con i cambiamenti in corso.

2. Origine e caratteri degli standard

Per provare a rispondere agli interrogativi sopra individuati, occorre preliminarmente intendersi sul termine – e poi sul concetto di – ‘standard’. Il tentativo è di realizzare un’analisi trasversale della nozione, che sconta il limite di non considerare, se non per brevi cenni, le specificità dei singoli settori di rilevanza. L’utilizzo del termine ‘standard’ in ambito giuridico risale ai primi anni del Novecento¹⁶, quando si afferma – in una prima elaborazione statunitense a opera di Roscoe Pound¹⁷ – la nozione di *legal standard*, poi ripresa dal diritto francese da parte di Lambert¹⁸ e dai suoi allievi, in particolar modo da Hauriou¹⁹. Alcuni cenni allo studio etimologico del termine aiutano a comprendere – seppur solamente per sommi capi – i caratteri principali che il concetto esprime. Nei vocabolari inglesi, infatti, dopo una prima definizione – a partire dal 1154 – nel senso di ‘standardo, insegna’, il termine passa ad acquisire il significato di ‘esemplare di misura’ (1429), ‘criterio di eccellenza’ (1563) e ‘livello definito’ (1711). In Italia, nel Dizionario del Turf Italiano di Ballarini del 1892 e successivamente nel Dizionario moderno del Panzini del 1905 alla voce ‘standard’ si leggeva: «è voce inglese usata in commercio, per indicare che la qualità di una merce o di un prodotto dell’industria è quella tipica, normale [quindi eletta]»²⁰.

¹³ Sulle diverse ricostruzioni teoriche della nuova *lex mercatoria*, M. D’ALBERTI, *Poteri pubblici, mercati e globalizzazione*, il Mulino, Bologna, 2008.

¹⁴ M.R. FERRARESE, *Privatizzazioni, poteri invisibili e infrastrutture giuridiche globali*, in *Diritto pubblico*, n. 3, 2021, p. 891.

¹⁵ G. AMATO, *Bentornato Stato, ma, cit.*, pp. 95-96.

¹⁶ Per una ricostruzione storica della nozione di standard, si veda G.M. MARENGHI, *Standard e regolazione condivisa*, Giuffrè, Torino, 2018 e A. SANDULLI, *La proporzionalità dell’azione amministrativa*, Cedam, Padova, 1998, in nota 34, pp. 23-25.

¹⁷ R. POUND, *The Administrative Application of Legal Standards*, in *Reports of American Bar Association*, 1919, p. 445 ss.; R. POUND, *An Introduction to the Philosophy of Law*, Oxford, Oxford University Press, 1922.

¹⁸ E. LAMBERT, *L’enseignement du droit comparé. Sa coopération au rapprochement entre la jurisprudence française et la jurisprudence anglo-américaine*, Paris, A. Rey, 1919.

¹⁹ M. HAURIOU, *Politica giuridica e materia del diritto*, in ID., *Teoria dell’istituzione e della fondazione*, Milano, Giuffrè, 1967, p. 121 ss.

²⁰ www.accademiadellacrusca.it.

Con ‘standard’ ci si riferisce, dunque, a un concetto elastico²¹, a un ‘esempio’, a un ‘paradigma’²², avente una funzione essenzialmente dinamica²³, capace di conciliare la necessità di una disciplina generale e astratta con una regolamentazione concreta caso per caso²⁴ e di tenere conto delle diverse variabili che incidono sul rapporto tra situazione di fatto, decisione da assumere e obiettivo da perseguire²⁵. A ciò si deve sostanzialmente la fortuna che ha portato la nozione di standard ad affermarsi.

Lo standard, infatti, in quanto parametro flessibile²⁶ utilizzato tanto a livello sostanziale²⁷ quanto processuale, è espressione delle valutazioni che hanno acquistato una loro validità sociale e che, quindi,

²¹ Cfr., relativamente al concetto di nozione a contenuto variabile, C. PERELMAN, R. VANDER ELST (a cura di), *Les notions à contenu variable en droit*, Bruxelles, Bruylant, 1984; in particolare C. PERELMAN, *Les notions à contenu variable en droit, essai de synthèse*, p. 365: «tenant compte de la variété infinie des circonstances, du fait qu’il n’est pas capable de tout prévoir et de tout régler avec précision, admettant que des règles rigides s’appliquent malaisément à des situations changeantes, le législateur peut délibérément introduire dans le texte de la loi des notions à contenu variable, flou, indéterminé, telles que l’équité, le raisonnable, l’ordre public, la faute grave, en laissant au juge le soin de les préciser dans chaque cas d’espèce».

²² Da παρα- «presso, accanto, oltre» e δείκνυμι «mostrare». Sul ruolo del paradigma, anche nel rapporto con la ‘regola’, si veda T.S. KUHN, *La struttura delle rivoluzioni scientifiche*, Einaudi, Torino, 2009, p. 43 ss., secondo il quale se in grammatica «la funzione del paradigma è quella di permettere la riproduzione di esempi, ciascuno dei quali potrebbe servire in linea di principio a sostituirlo», nella scienza «un paradigma è raramente uno strumento di riproduzione. Invece, analogamente ad un verdetto giuridico accettato nel diritto comune, è lo strumento per una ulteriore articolazione e determinazione sotto nuove o più restrittive condizioni».

²³ Sull’importanza di rispondere alla crisi della legge attraverso il superamento della fissità delle norme e di ricomporre l’unità del sistema attraverso un’applicazione giudiziaria del diritto che consideri i principi contenenti valori di giustizia come assi portanti del diritto positivo, si veda G. ZAGREBELSKY, *Il diritto mite. Legge, diritti, giustizia*, Torino, Einaudi, 1992, p. 202: «La fissità, che è un aspetto della certezza, non è dunque più un elemento portante degli attuali sistemi giuridici e al deficit di certezza che ne deriva non si potrebbe porre rimedio con una più adeguata teoria dell’interpretazione».

²⁴ Inverte il rapporto cosiddetto di “sussunzione” del fatto alla norma M. TARUFFO, *La giustificazione delle decisioni fondate su standards*, in *Materiali per una storia della cultura giuridica.*, 1989, p. 156, secondo il quale l’integrazione sulla base di uno standard «ha luogo soltanto in relazione a fatti concreti e specifici, ed è compiuta sulla misura del fatto che deve essere qualificato secondo la norma. [Pertanto] il fatto, e non la norma, è il punto di riferimento per l’impiego dello standard; la norma è integrata dallo standard perché il fatto a cui essa viene applicata è valutato sulla base dello standard».

²⁵ G. BRAIBANT, *Le principe de proportionnalité*, in *Mélanges offerts à Marcel Waline. Le juge et le droit public*, tome I, Paris, R. Pichon et R. Durand-Auzias, 1974, p. 297.

²⁶ Sul punto, F. SALVIA, *Attività amministrativa e discrezionalità tecnica*, in *Diritto Processuale Amministrativo*, n. 4, 1992, p. 695, secondo il quale la nozione di standard è servita a sventare il pericolo «della “deformazione” delle categorie tecniche e della loro mummificazione», che impedirebbe altrimenti ai processi decisionali pubblici di fruire delle più recenti e sofisticate acquisizioni scientifiche.

²⁷ Sulla rilevanza sostanziale degli standard, A. FALZEA, *Gli standards valutativi e la loro applicazione*, in ID., *Ricerche di teoria generale del diritto e di dogmatica giuridica. Teoria generale del diritto*, vol. I, Milano, Giuffrè, 1999, pp. 400-401, che sottolinea che «questi modelli di azione, nel loro ufficio di norme integrative, entrano in applicazione nello stesso momento in cui entrano in azione le norme integrate: cioè nel tempo reale in cui, verificatosi il fatto giuridico, si definisce compiutamente, nella sua attualità e concretezza, il problema giuridico e si pone la necessità della sua immediata soluzione. La soluzione si trova, appunto, nella norma complessa, costituita dalla norma base e dallo standard valutativo». È stato, sulla stessa linea, sottolineato, infatti, che qualora non vi siano delle ‘regole’ già date, identificabili con questioni di fatto o di diritto, in grado di delimitare la discrezionalità, sia proprio quest’ultima a delimitare gli standards, potendo l’autorità formare standards decisionali e applicarli al caso concreto e specifico: così D.J. GALLIGAN, *Discretionary Powers. A Legal Study of Official Discretion*, Oxford, Oxford University Press, 1986, p. 39, il quale evoca la ‘metafora della ciambella’ di R. DWORKIN, *I diritti presi sul serio*, Torino, il Mulino, 1982, p. 103, secondo cui la discrezionalità è il buco nel mezzo mentre la ciambella sono gli standards ed i limiti che le stanno attorno.

sono divenute regole suscettibili di un loro impiego ‘oggettivistico’ e non solo ‘soggettivistico’²⁸: non può che essere a stretto contatto con la prassi, consentendo di dare ai problemi della vita sociale la soluzione più aderente allo stile della società e ai valori che la informano.

In Italia, a partire dai primi decenni del Novecento, il termine standard è stato accostato a quello di ‘regola dai contenuti indeterminati’, risultando assimilabile alle clausole generali²⁹ e ai principi del diritto³⁰, quali, ad esempio, la buona fede, la correttezza e la diligenza. Un largo utilizzo della nozione si inizia ad avere, inoltre, nelle valutazioni compiute dai giudici – italiani, stranieri e sopranazionali – per controllare la

²⁸ Al di là del più ampio dibattito relativo alla riconduzione delle norme e dei principi del diritto all’interno della categoria della obbligatorietà morale, lo specifico rapporto tra standard giuridici ed etica sociale è stato messo in luce da E. PATTARO, *Les dimensions éthiques de la notion de standard juridique*, in *Revue de la Recherche juridique: Droit prospectif, Cahiers de méthodologie juridique*, no. 3, *Les standards dans les divers systèmes juridiques*, 1988, pp. 813-823; sul punto anche A. FALZEA, *Gli standards valutativi e la loro applicazione*, cit., p. 402, secondo cui «gli standards valutativi, trovando la loro radice nel tipo di esistenza e nello stile di vita della società, si uniformano, almeno tendenzialmente, agli standards etici, che, ancor prima del diritto, aggregano i gruppi sociali e li costituiscono in comunità politiche».

²⁹ Ne offre una definizione V. VELLUZZI, *Le clausole generali. Semantica e politica del diritto*, Milano, Giuffrè, 2010, secondo il quale «la clausola generale è un termine o sintagma di natura valutativa caratterizzato da indeterminatezza, per cui il significato di tali termini o sintagmi non è determinabile [...] se non facendo ricorso a criteri, parametri di giudizio, interni e/o esterni al diritto tra loro potenzialmente concorrenti» (p. 71). Sulla base di tale premessa, l’A. si occupa di sciogliere l’equivoca parziale sinonimia presente nel lessico di giuristi e giudici tra clausola generale e standard, specificando che la clausola generale è il «termine o sintagma valutativo e perciò indeterminato; lo standard è il criterio di giudizio per mezzo del quale si determina il significato della clausola generale risolvendo l’indeterminatezza. L’integrazione valutativa è, dunque, la scelta dello standard operata dall’interprete tra criteri concorrenti» (p. 64). Sul punto, recentemente, M. CLARICH, M. RAMAJOLI, *Diritto amministrativo e clausole generali: un dialogo*, Pisa, Edizioni ETS, 2021.

³⁰ A. SANDULLI, *La proporzionalità dell’azione amministrativa*, cit., p. 28, nota 36, il quale, per tale ragione, sostiene che «i principi stabili elaborati dal giudice ed i *legal standards*, non avendo diversa natura, non possono diversificarsi tra loro. Entrambi appartengono all’area dei principi generali del diritto»; nello stesso senso, già prima M. D’ALBERTI, *Mutamenti e destini del recours pour excès de pouvoir*, in *Scritti in onore di M.S. Giannini*, III, Milano, Giuffrè, 1988, p. 305, secondo il quale «fonte dello *standard* può essere una legge, o la Costituzione: la stessa clausola del “*due process of law*” è considerata uno *standard*».

legittimità dell'azione amministrativa: l'errore manifesto, l'obbligo di motivazione³¹, la ragionevolezza e la proporzionalità³² hanno costituito – e continuano a costituire – i più frequenti test di controllo³³.

L'accostamento terminologico ha, però, necessariamente comportato sovrapposizioni concettuali: si è, dunque, con il tempo, cercato di attribuire una valenza autonoma allo standard³⁴, facendo leva sul carattere tipico della nozione – per come risulta già solo dall'etimologia del termine –, ossia la capacità di offrire, attraverso meccanismi di rinvio a regole che derivano da apparati concettuali differenti da quello strettamente giuridico o da discipline specialistiche³⁵, 'modelli' di comportamento, senza arrivare a

³¹ Sul punto, G. DELLA CANANEA, *The Giving Reasons Requirement: A Global Standard for Administrative Decisions*, in G. DELLA CANANEA, A. SANDULLI (edited by), *Global Standards for Public Authorities*, Napoli, Editoriale Scientifica, 2012, p. 3 ss.

³² Agli inizi degli anni '80, l'impiego del canone della proporzionalità si è particolarmente diffuso in ambito europeo, dapprima principalmente per contrastare eccessive restrizioni delle libertà economiche che costituivano la base di partenza per il Trattato di Roma come la libertà di circolazione dei beni, dei servizi e dei capitali e la libertà di concorrenza o per la protezione della sicurezza comune e successivamente anche a tutela di diritti non-economici. Sul punto si veda M. D'ALBERTI, *L'Unione europea e i diritti*, in *Rivista trimestrale di diritto pubblico*, 2016, p. 766: «la Corte è andata oltre, facendo penetrare i diritti fondamentali di natura non economica nel diritto dell'Unione senza mediazioni o connessioni con la sfera economica». Un esempio lo si trova in C. giust. Ce, 3 settembre 2008, proc. riun. C-402/05 P e C-415/05 P, *Kadi e Al Barakaat International Foundation*: tale sentenza ha ad oggetto un regolamento del Consiglio che imponeva specifiche misure restrittive nei confronti di determinate persone ed entità associate a Osama bin Laden, alla rete Al-Qaeda e ai Talibani. La Corte ha affermato che le misure restrittive di congelamento di capitali imposte dal regolamento controverso rappresentavano restrizioni al diritto di proprietà in linea di principio giustificabili, in quanto si è di fronte a un obiettivo di interesse generale così fondamentale per la comunità internazionale – quale la lotta contro le minacce alla pace e alla sicurezza internazionali derivanti dagli atti terroristici – che non può, di per se stesso, essere considerato inadeguato o sproporzionato. Eppure annulla il regolamento nella parte riguardante il ricorrente in quanto adottato senza fornire a quest'ultimo alcuna garanzia che gli consentisse di esporre le proprie ragioni alle autorità competenti, e ciò in un contesto in cui la restrizione dei suoi diritti di proprietà dev'essere ritenuta considerevole, data la portata generale e la durata effettiva delle misure restrittive a suo carico. La proporzionalità (e il conseguente contemperamento), quindi, riguarda, in questo caso, due diritti che prescindono dall'ambito economico: sicurezza pubblica e principio dell'*'audi alteram partem'*.

³³ Per un'analisi comparata degli standard di giudizio, tra *deference* e maggiore intensità di controllo, si veda G. NAPOLITANO, *Introduzione al diritto amministrativo comparato*, Bologna, il Mulino, 2020, p. 322 ss. In particolare, sull'evoluzione dello standard nell'ordinamento francese, M. D'ALBERTI, *Diritto amministrativo comparato*, Bologna, il Mulino, 2019, pp. 53-55, il quale sottolinea il fatto che negli ultimi anni si è superata la contrapposizione fra *standards* e *règles de droit*: «anche i primi sono considerati regole, pur se dai contenuti meno rigidamente determinati».

³⁴ Sulla distinzione tra standard e principi generali del diritto, G. SALA, *Potere amministrativo e principi dell'ordinamento*, Milano, Giuffrè, 1993, pp. 220-221, il quale, riprendendo la concezione di Hauriou secondo cui gli standard sarebbero criteri di autolimitazione di amministratori e giudici mentre le *règles* sarebbero fonti di eterolimitazione, mette in luce diversi profili di differenziazione: la natura, in quanto «mentre la individuazione in via giurisprudenziale di principi incide sul momento della definizione dell'ordinamento normativo, l'applicazione dello standard appartiene alla qualificazione del fatto, alla valutazione del comportamento alla luce di modelli costruiti su criteri di comune esperienza»; il materiale costruttivo, dato che «per i principi [vale] il tessuto delle norme che compongono in un determinato momento storico l'ordinamento, per gli standard l'esperienza dei criteri di valutazione nel momento storico comunemente accettati»; la funzione, poiché «i principi integrano l'ordinamento giuridico e pongono a tutti i destinatari delle norme, generali o di settore, un obbligo di osservanza; gli standard offrono dei parametri di giudizio dell'attività di applicazione (attuazione) delle norme per garantire la consonanza dei comportamenti ai modelli comunemente adottati».

³⁵ In tal senso, in ambito internazionale, G. MORELLI, *Limiti dell'ordinamento statale e limiti della giurisdizione*, in *Rivista di diritto internazionale*, 1933, p. 391: la norma tecnica «estranea richiamata si traduce in un mero "fatto" giuridicamente rilevante: un fatto cui si ricollegano taluni effetti giuridici, e che ha, inoltre, un intrinseco contenuto precettivo, ma che resta comunque pienamente autonomo rispetto all'ordinamento giuridico»; in ambito giuspubblicistico, A. ZEI, *Tecnica*

imporre prescrizioni. In un processo in continua evoluzione – o involuzione, a seconda degli ambiti e delle prospettive assunte – l’aderenza del diritto alla realtà viene assicurata in conseguenza del rapporto complementare tra standard e norma ordinaria precettiva che a esso fa esplicitamente o implicitamente richiamo, grazie a un processo di integrazione reciproca a doppia valenza. Se, infatti, la norma giuridica risulta incompleta perché non in grado di regolare giuridicamente la situazione di interesse senza l’intervento dello standard proveniente da un sistema culturale diverso da quello giuridico, così lo standard, seppur completo all’interno del sistema culturale al quale appartiene, risulta incapace, se non in congiunzione con una norma determinativa, di partecipare alla regolamentazione giuridica di una situazione di interesse³⁶. È, dunque, nella combinazione – e non nel rinvio, come avviene per le clausole generali o per i concetti giuridici indeterminati³⁷ – tra norma e standard che si arriva alla formazione di un criterio legale³⁸, espressione non solo di sensibilità ed esperienze più propriamente giuridiche ma anche di modelli che si definiscono all’interno del composito e complesso sistema culturale della società e dei suoi sottosistemi culturali³⁹, nel loro evolversi nel tempo. Ed è proprio la complessità del sistema – e degli interessi sociali, economici, tecnici ed etici – a richiedere l’utilizzo di parametri in grado di offrire una qualche risposta alle esigenze di “certezze”, ancor più necessarie ora che l’innovazione tecnica, invece di garantire stabilità⁴⁰, finisce, al contrario, per rivelarsi rischiosa e aleatoria.

e diritto tra pubblico e privato, Milano, Giuffrè, 2008, p. 194; E. CHITTI, *La normalizzazione*, in *Trattato di diritto amministrativo. Parte speciale*, IV, Milano, Giuffrè, 2003, p. 4041 s.

³⁶ Sull’integrazione in un doppio e opposto senso tra standard e norma determinativa, A. FALZEA, *Gli standards valutativi e la loro applicazione*, cit., p. 390 ss.; A. PIZZORUSSO, *Fonti del diritto*, in F. GALGANO (a cura di), *Commentario del Codice civile Branca-Scialoja*, Bologna-Roma, Utet, 2011, p. 152, secondo cui «le norme tecniche, di per sé prese, non sono vere e proprie fonti del diritto, tranne che nel caso in cui siano “incorporate” in testi giuridici dotati di tale qualità».

³⁷ Sulla tecnica del rinvio come strumento utile al diritto per stabilire «umilmente e coraggiosamente canali di comunicazione con altri mondi», F. DI MARZIO, *Ringiovanire il diritto? Spunti su concetti indeterminati e clausole generali*, in *Giustizia civile*, n. 2, 2014, p. 339 ss. Parla invece di rinvio, A. PIZZORUSSO, *Fonti del diritto*, cit., p. 153, il quale distingue quattro diverse ipotesi di rinvio: l’incorporazione della norma tecnica all’interno di un testo normativo; il rinvio fisso a un testo non giuridico; il rinvio mobile a un tale testo; l’utilizzo della norma tecnica, in assenza di rinvio, come dato di fatto impiegabile, secondo le regole generali sull’interpretazione, per risolvere un caso non specificamente normato da una disposizione giuridica. Sulle problematiche che ciascuna forma di rinvio pone, E. D’ORLANDO, *Politica, tecnica e scienza: il sistema delle fonti di fronte al dilemma della complessità*, in *Diritto amministrativo*, n. 4, 2021, pp. 729-730.

³⁸ In tal senso, A. FALZEA, *Gli standards valutativi e la loro applicazione*, cit., p. 412, secondo il quale «nella “norma con standard” si avrà un’unica fattispecie causale ed un’unica fattispecie effettuale, a costituire le quali concorrono le componenti giuridiche della norma e le componenti extragiuridiche dello standard, fuse insieme in un amalgama deontico unitario. Per effetto di questo amalgama i destinatari della norma ed il giudice sono vincolati all’osservanza di regole giuridiche composite, ma precostituite al loro intervento».

³⁹ Sul punto, ancora, A. FALZEA, *Gli standards valutativi e la loro applicazione*, cit., *Appendice*, p. 408, secondo il quale «il campo al quale attinge il diritto per integrare il contenuto delle sue norme non è costituito soltanto dall’etica, ma dall’intero sistema culturale della società, del quale l’etica fa parte unitamente a tutti gli altri sottosistemi culturali: dell’arte, della scienza, della tecnica, e di altri ancora».

⁴⁰ Tale aspetto viene messo in luce da J.K. GALBRAITH, *L’economia e l’interesse pubblico*, Vicenza, Mondadori, 1973, p. 188, il quale, già nella seconda metà dello scorso secolo, sottolinea il fatto che stesse «cambiando l’atteggiamento dell’opinione pubblica di fronte alle innovazioni tecniche. [...] Le circostanze – le esperienze negative in fatto di innovazioni – sono parte integrante del sistema economico. La tecnostuttura, nel perseguimento delle vendite, sfrutta

Con una precisazione. Tale processo di combinazione tra norma e standard non deve, però, arrivare a rappresentare solamente una mera ricognizione, di natura dichiarativa o statistica, dei fatti sociali⁴¹: la ripetuta applicazione, in via di fatto, di una data regola tecnica costituisce solo la base per il processo di formalizzazione di uno standard, destinato a compiersi solamente in seguito al consolidarsi del consenso. Emerge, così, un altro carattere proprio dello standard, la sua accentuata consensualità, che gli permette di rimanere saldamente ancorato all'esperienza⁴² e a una «trained intuition about things outside of everyone's experience»⁴³.

3. Dallo standard “tradizionale” alle norme tecniche

La storia degli standard si è, con il tempo, arricchita.

Anche a seguito del progressivo estendersi della rilevanza della tecnica e della scienza nel mondo giuridico, lo standard ha modificato i suoi ‘connotati’, arrivando a essere configurato, grazie anche all'attività giurisprudenziale⁴⁴, come “norma tecnica”⁴⁵: soprattutto in determinati settori – per l'appunto

la sfiducia del pubblico in ciò che è nuovo a scapito di ciò che funziona. Ci sono innovazioni che servono soltanto a rendere visivamente obsoleto un prodotto».

⁴¹ A. FALZEA, *Gli standards valutativi e la loro applicazione*, cit., p. 401, il quale, ancorando gli standard «al tempo reale del fatto», supera il pericolo che, come ammoniva R. Powell, essi possano diventare un «fantoccio (*a doll*) nelle mani dei giudici».

⁴² Si veda, sul punto R. POUND, *The administrative application of legal standards*, in *Reports of the American Bar Association*, vol. 44, 1919, secondo il quale la maggior parte degli standard «contain a large moral element and so application of them calls for common sense or the average moral judgment rather than for deductive logic» (p. 12). E ancora: «Today there are many signs that we are coming to rely on intuition having its roots in experience. In legal history, the strict law relies on authority and employs moral rules; the stage of equity and natural law relies on reason and employs moral principles; the maturity of law relies on logic and employs legal conceptions. Today we rely also on intuition, expressing experience, and we employ standards» (p. 14). Nello stesso senso, S. KUHN, *La struttura delle rivoluzioni scientifiche*, cit., pp. 73-74, esemplifica e relativizza l'importanza dell'esperienza nella determinazione dei paradigmi delle ‘scienze normali’ – ossia di quelle fondate su uno o su più risultati raggiunti dalla scienza del passato, ai quali una particolare comunità scientifica riconosce la capacità di costituire il fondamento della sua prassi ulteriore –, riportando il caso di un ricercatore che, sperando di sapere qualcosa circa l'opinione degli scienziati a proposito della natura della teoria atomica, chiede a un famoso fisico e a un eminente chimico, se un singolo atomo di elio fosse una molecola o no. Entrambi risposero senza esitare, ma in maniera opposta, uno in ragione della teoria cinetica dei gas e l'altro in ragione dell'assenza di uno spettro molecolare. Presumibilmente, conclude l'A., «entrambi parlavano della stessa particella, ma essi la consideravano secondo le differenti prospettive delle loro rispettive formazioni ed attività di ricerca. [...] Senza dubbio le loro esperienze avevano avuto molti punti in comune, ma in questo caso, portavano i due specialisti a conclusioni diverse».

⁴³ R. POUND, *An introduction to the philosophy of law*, cit., p. 118.

⁴⁴ Si veda, tra le varie, Corte cost., 18 giugno 2015, n. 113, che rinvia all'orientamento della Corte di cassazione (seconda sezione civile, 15 dicembre 2008, n. 29333), secondo cui «non è vincolante la normativa UNI EN 30012 (Sistema di Conferma Metrologica di Apparecchi per Misurazioni) che, in assenza di leggi o regolamenti di recepimento, rappresenta unicamente un insieme di regole di buona tecnica, impropriamente definite “norme”, alle quali, in assenza di obblighi giuridici, i costruttori decidono autonomamente di conformarsi». Sulla base di tali pronunce si arriva a distinguere le norme tecniche dalle regole tecniche.

⁴⁵ Per una prima definizione di “norme tecniche”, si veda Corte cost., 14 marzo 1997, n. 61: si tratta di «prescrizioni che vengono elaborate generalmente sulla base dei principi desunti dalle c.d. “scienze esatte” o dalle arti che ne sono applicazione». Per un commento critico di tale definizione, M. GIGANTE, *Alcune osservazioni sull'evoluzione dell'uso del concetto di tecnica nella giurisprudenza della Corte costituzionale*, in *Giurisprudenza costituzionale*, 1997, p. 650 s. A favore, invece, G. GEMMA, *Giurisprudenza costituzionale e scienza medica*, in A. D'ALOIA (a cura di), *Bio-tecnologie e valori costituzionali. Il*

– tecnici, è divenuto imprescindibile, ai fini dell’esercizio dell’attività amministrativa, l’utilizzo di criteri specifici, riconducibili – in ragione del contenuto extragiuridico – a un modello definito di «tecnodemocrazia»⁴⁶. L’elemento tecnico-scientifico, infatti, ha iniziato ad assumere una rilevanza sempre maggiore nella disciplina dell’economia e della società⁴⁷: si pensi all’utilizzo diffuso delle scienze della medicina e delle sue varie applicazioni ai fini della regolazione della sanità e della salute, ai progressi finora inarrestabili dell’informatica, quotidianamente impiegata nella disciplina delle comunicazioni elettroniche e nel settore della difesa e sicurezza nazionale o, ancora, ai risultati forniti dalla chimica, indispensabile per una efficace tutela ambientale.

contributo della giustizia costituzionale. Atti del seminario (Parma, 19 marzo 2004), Torino, Giappichelli, 2005, p. 63 ss.

Il dibattito sulla natura delle norme tecniche ha visto, nel corso del tempo, posizioni opposte: si veda, a titolo esemplificativo, in un senso, A. DE VALLES, *Norme giuridiche e norme tecniche*, in *Scritti in onore di Arturo Carlo Jemolo*, Milano, Giuffrè, 1963, p. 177 ss., il quale sottolinea il problema di dare una definizione alla norma tecnica; se infatti «non può essere una norma giuridica», rimane fermo che il «comando formale esiste, e qualche soggetto deve esserne il destinatario, dato che non può esserlo *quisque de populo*, incapace di comprenderlo». I destinatari sono dunque individuati negli «organi della pubblica amministrazione, e per essi i loro titolari, che, per la loro competenza, e per le funzioni a cui sono chiamati, hanno il dovere di capirne il significato» (p. 186); in senso opposto, successivamente, V. BACHELET, *L’attività tecnica della pubblica amministrazione*, Milano, Giuffrè, 1967, p. 84, secondo cui le norme tecniche sono «norme di comportamento che impongono un doveroso riferimento a criteri tecnici, cioè all’utilizzazione dei risultati delle scienze ed arti e dei loro processi applicativi».

⁴⁶ F. GALGANO, *Le forme di regolazione dei mercati internazionali*, in *Contratto e imprese*, n. 2, 2010, p. 353 ss., il quale sottolinea che l’elemento della condivisione nella formazione degli standard costituisce «altro dalla democrazia politica; la si è talvolta definita tecnodemocrazia. Ma è pur sempre una forma di consenso diffuso, nella quale rinvigorisce il cuore antico del diritto, che per secoli, anzi per millenni, aveva preceduto l’avvento dello Stato legislatore».

⁴⁷ Sul punto, F. CINTIOLI, *Giudice amministrativo, tecnica e mercato. Poteri tecnici e “giurisdizionalizzazione”*, Milano, Giuffrè, 2005, p. 107, secondo cui «i problemi posti dalla moderna società del rischio impongono all’amministrazione [...] di munirsi delle conoscenze specialistiche che sono indispensabili per assolvere i nuovi compiti ed impongono all’interprete di combinare regole giuridiche a questione o criteri tecnici: le une destinate a scontare il grado ineliminabile di imperfezione che connota ogni disciplina scientifica, gli altri predisposti in maniera da affrontare, pur nell’incertezza, pericoli nuovi, ma caratterizzati da incerte linee applicative».

Ne è, così, derivato il diffondersi di norme⁴⁸ che, pur mantenendo una natura pienamente giuridica⁴⁹, sono espressione di un elevato grado di tecnicismo⁵⁰. Quelle tecniche sono norme scritte dotate di tre caratteri principali: quello della consensualità⁵¹, in quanto approvate con il consenso di coloro che hanno partecipato al relativo processo di formazione⁵²; della volontarietà, perché le parti interessate si impongono spontaneamente di rispettarle⁵³; e della democraticità, potendo le parti economico-sociali

⁴⁸ Si veda, sul punto, la definizione di “norma” fornita dall’art. 1, punto 6 della direttiva 98/34 CE: «una specificazione tecnica approvata da un organismo riconosciuto ad attività normativa, per applicazione ripetuta o continua, la cui osservazione non sia obbligatoria».

⁴⁹ In tal senso si veda A. FALZEA, *Gli standards valutativi e la loro applicazione*, cit., p. 412, secondo il quale lo standard, potendo «operare nel diritto solo in virtù del richiamo che ad esso faccia, esplicitamente o implicitamente, una norma ordinaria, costituisce una frazione di questa e presenta pertanto un campo deontico più ristretto rispetto a quello integrale della norma che lo richiama. Il modello extra-giuridico diventa *standard* giuridico in quanto fa corpo con la norma ordinaria e, nel diventare giuridico, subisce la rielaborazione alla quale il diritto lo sottopone facendolo componente di una propria norma: cioè, coordinandolo alla fattispecie da questa regolata ed al proprio sistema delle modalità giuridiche di comportamento – doveri giuridici e poteri giuridici –». Sul punto, più di recente L. CASINI, *Potere globale. Regole e decisioni oltre gli Stati*, Bologna, il Mulino, 2018, p. 83, secondo il quale gli studi di Hauriou e Santi Romano sono serviti a non mettere in discussione la giuridicità degli standard, lasciando però aperta «la questione circa la loro natura pubblica o privata». Attribuisce, invece, una funzione normativa solamente alle soglie inderogabili massime e minime che caratterizzano i «sistemi di “forchette”», M. RENNA, *Il sistema degli “standard ambientali” tra fonti europee e competenze nazionali*, in B. POZZO, M. RENNA (a cura di), *L’ambiente nel nuovo Titolo V della Costituzione*, Milano, Giuffrè, 2004, p. 122.

⁵⁰ In tal senso, E. D’ORLANDO, *Politica, tecnica e scienza: il sistema delle fonti di fronte al dilemma della complessità*, cit., p. 745 ss., parla di *evidence-based rule-making*, «un processo decisionale – articolabile secondo molteplici varianti – che postula il superamento di una costruzione delle politiche pubbliche e, quindi, degli atti di normazione, fondata esclusivamente sulle opzioni ideologiche o sulle pressioni politiche contingenti, per privilegiare o, comunque, valorizzare, un approccio tecnico-scientifico alle scelte di legislazione (e di governo e di amministrazione), in grado di ricondurle ad una metodologia scientifica fondandole su dati misurabili e – per quanto possibile – verificabili, sia nella fase di elaborazione, sia nella fase di applicazione-attuazione, sia, e soprattutto, nella fase di edificazione del consenso».

⁵¹ In ragione del carattere della consensualità, è stata elaborata la tesi delle norme tecniche consensuali come il prodotto normativo di soggetti privati esercenti pubbliche funzioni da A. PREDIERI, *Le norme tecniche nello Stato pluralista e prefederativo*, in *Il diritto dell’economia*, 1996, p. 293 ss. La tesi è stata poi ripresa da F. SALMONI, *Le norme tecniche*, Milano, Giuffrè, 2001, p. 375 ss.: «l’attribuire agli enti di normalizzazione la qualifica di soggetti privati esercenti pubbliche funzioni sembra realmente la soluzione più idonea a garantire tanto la tutela giurisdizionale del singolo, tanto la necessità di fornire risposte normative adeguate alla rapidità dell’evoluzione tecnologica».

⁵² Sulla partecipazione dei soggetti interessati alla normazione europea, si veda il Regolamento (UE) n. 1025/2012.

⁵³ In senso contrario è la definizione data alle *technical regulations* nell’accordo TBT (Technical Barriers to Trade Agreement, Annex 1, para. 1): «Document which lays down product characteristics or their related processes and production methods, including the applicable administrative provisions, with which compliance is mandatory». È sulla base di tale profilo che viene fondata la differenza tra la regolazione TBT e uno standard TBT: la prima è obbligatoria, il secondo è volontario (Annex 1, para. 2, «Document approved by a recognized body, that provides, for common and repeated use, rules, guidelines or characteristics for products or related processes and production methods, with which compliance is not mandatory. It may also include or deal exclusively with terminology, symbols, packaging, marking or labelling requirements as they apply to a product, process or production method»). Una critica a tale impostazione è offerta da S. CHARNOVITZ, *International Standards and the WTO*, in *The George Washington University Law School Public Law and Legal Theory Working Paper No. 133*, p. 5, per tre ordini di ragioni: «First, although voluntary standards are important, the mandatory standards, such as those in multilateral environmental agreements (MEAs), are a central part of the “trade, environment and development” debate and need to be discussed here. A second reason is the TBT definition only addresses product standards and their “related” processes and production methods. Thus, TBT omits the putatively unrelated processes such as a standard for shrimp harvesting that does not injure turtles. Such standards have tremendous importance in the real world. A third reason for not following the TBT definition is that it only deals with “recognized” bodies. The problem with this limitation is that new, unrecognized bodies that seek to harmonize standards may indeed have an impact in a highly interdependent world economy».

interessate prendere parte ai lavori di compilazione, in linea con l'esigenza di una *preventive justice*, a cui tutta la teoria americana dello standard si è sempre ispirata⁵⁴.

Esse riflettono lo stato dell'arte delle conoscenze del settore cui si riferiscono⁵⁵: forniscono *specifiche tecniche* per prodotti, servizi e processi (dagli elmetti da lavoro o dai caricatori per i dispositivi elettronici, ai livelli di qualità dei servizi di trasporto). E così, accanto ai 'tradizionali' standard valevoli trasversalmente per tutta l'attività amministrativa, hanno iniziato a configurarsi – grazie alla particolare variabilità dell'azione posta in essere dall'amministrazione e all'elasticità delle forme di esercizio del potere amministrativo – dei tipi di standard differenti, con contenuto dettagliato anche a più livelli di intervento⁵⁶: le fonti positive di settore (accordi internazionali, statuti di organismi privati o tentativi di codificazione prodotti da organismi privati e pubblici) tentano di offrirne delle definizioni⁵⁷, che, però, proprio in ragione del relativismo che caratterizza lo standard, non possono non rimanere parziali. Si vedano, ad esempio, i criteri standardizzati per la valutazione della capacità finanziaria o della adeguatezza patrimoniale delle banche da parte delle Autorità di vigilanza. Si tratta di norme tecniche «funzionali esclusivamente all'applicazione del singolo regime giuridico che le contiene»⁵⁸. O, ancora, si pensi, in ambito ambientale, ai valori limite di emissione, fondati sulla logica delle differenziazioni territoriali.

⁵⁴ Tra i primi, R. POUND, *The Administrative Application of Legal Standards*, cit.

⁵⁵ Sul punto, l'UNI – Ente Nazionale Italiano di Unificazione, sul sito <https://www.uni.com>, sottolinea che «Una norma UNI non è una legge, perché usarla è volontario, ma è la soluzione migliore per realizzare un prodotto, condurre un processo, svolgere una professione. Per definirla, UNI mette insieme le parti interessate – da chi progetta agli utilizzatori finali – e i maggiori esperti del settore; quando giungono a una soluzione, la sottopone a un'inchiesta pubblica per affinarla ancora; poi la ufficializza come “stato dell'arte”. Per questo ogni norma UNI stabilisce uno standard ed è così autorevole».

⁵⁶ Si pensi, ad esempio, alle Norme Europee sulla Sicurezza Macchine, che prevedono tre livelli di dettaglio: le norme di sicurezza fondamentali (tipo A), che forniscono concetti di base, principi per la progettazione e aspetti generali che possono essere applicati alle macchine; le norme di sicurezza generiche (tipo B), che riguardano un aspetto di sicurezza o un tipo di salvaguardia che può essere utilizzato su una vasta gamma di macchinari e le norme di tipo C, che forniscono requisiti di sicurezza dettagliati per particolari macchinari o gruppi di macchinari.

⁵⁷ Molte delle definizioni offerte della nozione di standard risultano generiche: l'ISO, ad esempio, afferma che è necessario «Think of them as a formula that describes the best way of doing something. It could be about making a product, managing a process, delivering a service or supplying materials – standards cover a huge range of activities. Standards are the distilled wisdom of people with expertise in their subject matter and who know the needs of the organizations they represent – people such as manufacturers, sellers, buyers, customers, trade associations, users or regulators»; secondo il Financial Stability Board (FSB), nel Compendium of standards, «Standards set out what are widely accepted as good principles, practices, or guidelines in a given area». Nei diversi settori, inoltre, cambia l'elemento caratterizzante preso in considerazione: lo scopo, l'oggetto (prodotti o processi produttivi o, invece, servizi), la specificità degli standard, i soggetti proponenti o, ancora, la maggioranza o l'unanimità nelle decisioni che caratterizzano l'adozione degli standard. In alcuni casi, la definizione risulta più completa, facendo riferimento a diversi aspetti, in combinazione tra loro, quale quello strutturale, funzionale e contenutistico.

⁵⁸ M. DE BELLIS, *La regolazione dei mercati finanziari*, Milano, Giuffrè, 2008, p. 149. Sulla natura polivalente degli standard nel settore dei mercati finanziari, M. DE BELLIS, *Gli standard globali per i servizi finanziari*, in S. CASSESE, M. CONTICELLI (a cura di), *Diritto e amministrazione nello spazio giuridico globale*, in *Rivista trimestrale di diritto pubblico*, Quaderno 2, 2006, p. 153 ss.

Inoltre, quando “armonizzate” – ossia quando adottate, su mandato della Commissione, dai Comitati Europei di Normalizzazione⁵⁹–, le norme tecniche acquisiscono efficacia vincolante⁶⁰: le direttive europee prevedono che dall’applicazione di tali norme derivi una presunzione di conformità ai requisiti essenziali previsti per i relativi prodotti, servizi e processi e un certo livello di qualità, sicurezza e affidabilità⁶¹. La definizione di livelli di protezione più elevati rispetto a quelli previsti dagli standard armonizzati è condizionata all’individuazione di una giustificazione scientifica sulla base della quale si sia ritenuta appropriata una diversa valutazione del rischio⁶²: questo perché politiche rigorose di *over-regulation* da parte di singoli Stati possono incidere negativamente sullo sviluppo economico di un altro Stato o più in generale sulla crescita economica complessiva a livello europeo. Si pensi, ad esempio, in ambito ambientale, all’art. 193 del TFUE, secondo il quale «I provvedimenti di protezione adottati in virtù dell’articolo 192 non impediscono ai singoli Stati membri di mantenere e di prendere provvedimenti per una protezione ancora maggiore. Tali provvedimenti devono essere compatibili con i trattati. Essi sono notificati alla Commissione». Così come l’opposto fenomeno dell’*under-regulation* può favorire il verificarsi del rischio che ciascuno Stato sia indotto a ridurre i propri standard di protezione, in una corsa verso il basso che finirebbe per far prevalere il regolatore meno severo⁶³. Con riferimento, ad esempio, sempre

⁵⁹ Esse vengono adottate dai comitati per gli standard europei (CENELEC, per il settore elettrico, ETSI per i prodotti nel settore delle telecomunicazioni, CEN per i prodotti degli altri settori), identificate dal prefisso EN (norma europea) e pubblicate nella Gazzetta Ufficiale della Comunità Europea (OJEC). Solo allora diventano standard armonizzati. Generalmente costituiscono l’adozione in campo europeo di Norme internazionali (ISO o IEC). Sul punto, M. GIGANTE, *Effetti giuridici nel rapporto tra tecnica e diritto: il caso delle norme armonizzate*, in *Rivista italiana di diritto pubblico comunitario*, 1997, p. 361 ss., secondo cui la «norma europea e quindi anche quella armonizzata non esiste se non attraverso la norma nazionale che dà ad essa recepimento».

⁶⁰ In tal senso, si veda la Risoluzione del Consiglio del 7 Maggio 1985, in G.U.C.E 1985 C 136/1, secondo cui «le amministrazioni sono allo stesso tempo obbligate a riconoscere ai prodotti fabbricati secondo le norme armonizzate (o, a titolo provvisorio, le norme nazionali) una presunta conformità ai “requisiti essenziali” fissati dalla direttiva (ciò significa che il produttore ha la facoltà di fabbricare prodotti non conformi alle norme ma in tal caso spetta a lui provare che i suoi prodotti rispondono ai requisiti essenziali fissati dalla direttiva)».

Occorre però sottolineare che esistono altri meccanismi che consentono allo standard di acquisire efficacia vincolante. Si pensi al *borrowing regime* – ampiamente utilizzato ai fini della sicurezza alimentare, in riferimento all’uso degli standard del Codex Alimentarius da parte dell’Organizzazione Mondiale del Commercio – in base al quale uno standard volontario assume carattere vincolante tramite l’uso della forza ordinativa del sistema in cui opera. Sul punto, D. BEVILACQUA, *La sicurezza alimentare negli ordinamenti giuridici ultrastatali*, Giuffrè, Milano, 2012.

⁶¹ L’applicazione completa delle norme armonizzate, infatti, permette al produttore di porre il prodotto sul mercato senza sottoporre preventivamente il dossier tecnico di fabbricazione a un organismo notificato. Ciò consente di effettuare, autonomamente, la certificazione CE dei prodotti e la redazione della dichiarazione di conformità UE.

⁶² La valutazione del rischio deve fondarsi su evidenze e metodi di analisi che consentono di prendere decisioni informate sulle modalità con cui trattare particolari rischi e scegliere tra differenti opzioni. Sul punto, si veda la Norma ISO 31010 su “Gestione del rischio – Tecniche per la valutazione del rischio”, per come aggiornata nel 2018. La valutazione del rischio comprende gli elementi essenziali del processo di gestione del rischio, come definiti nella ISO 31000.

⁶³ Per tale ragione, secondo M. RENNA, *Il sistema degli «standard ambientali» tra fonti europee e competenze nazionali*, in B. POZZO, M. RENNA (a cura di), *L’ambiente del nuovo Titolo V della Costituzione*, Milano, Giuffrè, 2004, p. 102, «la regola generale, applicabile ai rapporti tra i rispettivi ordinamenti, dovrebbe essere quella per cui alle norme nazionali non è consentito derogare o, comunque, disporre difformemente rispetto alle norme comunitarie, a meno che non siano queste stesse a permetterlo espressamente».

alla “tutela dell’ambiente” – che «più che una “materia” in senso stretto, rappresenta un compito nell’esercizio del quale lo Stato conserva il potere di dettare standard di protezione uniformi validi in tutte le Regioni e non derogabili da queste» –, la Corte costituzionale ha escluso l’individuazione da parte delle Regioni di un valore-soglia diverso da quello fissato a livello nazionale, peraltro nemmeno se in senso più restrittivo⁶⁴.

4. I nuovi soggetti regolatori

Nonostante lo standard sia passato, come visto, a essere considerato da “regola dai contenuti indeterminati” a “regola che riconosce e si serve della tecnica per riempire il proprio contenuto”, risulterebbe possibile individuare delle ragioni in grado di giustificare l’utilizzo del medesimo contenitore dello “standard” per due contenuti differenti, in una sorta di continuità concettuale. Infatti, il processo di crescente globalizzazione tanto economica quanto giuridica ha intensificato la necessità di adottare norme e procedure flessibili⁶⁵, non formulate in maniera fissa né gerarchicamente legate tra loro ma, invece, capaci di riconoscere la *complessità*⁶⁶ e di garantire quel grado di elasticità di cui la dimensione giuridica ha bisogno se vuole essere effettivamente «ordinamento del sociale»⁶⁷. Tra le molteplici ragioni di tale intensificazione, sicuramente ha inciso il fatto che lo spazio globale appaia caratterizzato dall’esistenza di diverse categorie di soggetti regolatori (internazionali, sovranazionali, statali, regionali e locali), che viaggiano a velocità che contrastano con la fissità della regola⁶⁸. I soggetti regolati, inoltre, sono spesso

⁶⁴ Corte cost., 7 ottobre 2003, n. 307.

⁶⁵ Sottolineano la necessità di non ridurre lo *standard-setting* a processi meccanici R. BALDWIN, M. CAVE, M. LODGE, *Understanding Regulation. Theory, Strategy, and Practice*, Oxford, Oxford University Press, 2012, p. 310, secondo i quali «standard-setting procedures tend, in the real world, to involve lengthy rounds of negotiation and revision, compromise and accommodation. These procedures may be influenced by the internal politics of the regulatory institution as much as the external political environment within which regulation takes place. It is because standard-setting is a non-mechanical matter, involving politically contentious judgements, that its legitimacy cannot be established readily by appeals to the expertise of the regulator».

⁶⁶ Sul punto si veda F. CINTIOLI, *Giudice amministrativo, tecnica e mercato*, cit., p. 106, il quale ritiene un «(inevitabile) paradosso della *complessità* il fatto che il diritto amministrativo e il processo amministrativo abbiano fatto alcuni passi avanti, anziché regredire, proprio nella stagione in cui la presenza pubblica nell’economia veniva drasticamente ridimensionata». Nello stesso senso, G. GRECO, *Effettività del diritto amministrativo nel sistema comunitario (e recessività nell’ordinamento nazionale?)*, in *Diritto amministrativo*, 2003, p. 277, secondo il quale l’avvento del libero mercato ben può effettivamente comportare, in alcuni specifici casi, persino una crescita del modello di azione amministrativa.

⁶⁷ P. GROSSI, *Oltre la legalità*, Roma-Bari, Laterza, 2020, p. 70. Sulla necessità di guardare «sempre più oltre lo Stato, oltre i mercati nazionali» già a partire dai primi anni ’90, S. CASSESE, *Stato e mercato, dopo privatizzazioni e deregulation*, in *Rivista trimestrale di diritto pubblico*, 1991, p. 378 ss.

⁶⁸ In tal senso, F. BASSANINI, S. PAPARO, G. TIBERI, *Qualità della regolazione: una risorsa per competere. Metodologie, tecniche e strumenti per la semplificazione burocratica e la qualità della regolazione*, in *Astrid online*, p. 5, secondo cui «La globalizzazione richiede interventi flessibili di regolamentazione nazionale e sovranazionale idonei ad assicurare forme corrette di integrazione e di concorrenza, suscettibili di modificarsi nel tempo a seguito degli effetti di interdipendenza fra i sistemi; lo sviluppo del processo di integrazione europea determina un incremento della normativa comunitaria e nazionale, nell’ottica di una convergenza ed armonizzazione degli ordinamenti europei; la società dell’informazione richiede forme sempre più sofisticate di regolamentazione e normative tecniche, con un alto grado di specificità».

espressione di poteri economici di assoluta forza (si pensi alle grandi imprese multinazionali) che non solo non tollerano imposizioni esterne normative particolarmente rigide⁶⁹, ma che hanno finito per capovolgere alcune dinamiche del rapporto tra regolazione e mercato, divenendo talora essi stessi regolatori. È per tale ragione che la dimensione globale, nel tentativo di slegarsi da vecchie dogmatiche⁷⁰, ha contribuito all'affermarsi di un principio di legalità dal carattere composito, che «attraversa verticalmente altre legalità, e può funzionare solo penetrando in quegli ordini giuridici che hanno invece un radicamento, e rappresentano forme di vita reali»⁷¹.

E, così, se in un periodo di grande dinamismo economico, giuridico e sociale come quello del primo Novecento, lo standard rispondeva pienamente all'esigenza di disciplinare e incanalare le condotte delle imprese in maniera tale da garantire l'efficienza produttiva e innovativa dei processi economici⁷², oggi l'attività di regolazione risulta fortemente permeata dall'attività di soggetti privati, o di diritto privato, in grado di elaborare standard capaci di assumere rilevanza pubblica e così di diventare cogenti⁷³ e di ottenere rispetto generalizzato⁷⁴. È per tale ragione che a livello globale si è arrivati a contrapporre alla regolazione

⁶⁹ Sul punto, A. PREDIERI, *Le norme tecniche nello Stato pluralista e prefederativo*, cit., p. 264 ha sottolineato che: «Si tratta di una forma di normazione e di regolazione sociale di eccezionale importanza in società industriali basate su economie di mercato a scelte decentrate, che sono colossali produttrici e consumatrici di norme (non tutte, però, prodotte da apparati pubblici), fondamentali per la gestione della produzione e anche della distribuzione, e che instaurano una serie di sistemi normativi, per cui si è addirittura parlato di ordine pubblico tecnologico». Nello stesso senso, M.R. FERRARESE, *Privatizzazioni, poteri invisibili e infrastrutture giuridiche globali*, cit., p. 871 ss., secondo la quale, con la globalizzazione, «l'affermazione di nuovi poteri di natura privata fu facilitata non solo dalla loro capacità imprenditoriale e dal favore di vari governi, ma anche dalla invisibilità di cui godevano. Invisibilità significava libertà di movimento e di creare regole adeguate alle proprie esigenze. Protetti da una zona di impenetrabilità, e irrobustiti da immense disponibilità finanziarie, specialmente alcuni poteri privati di natura finanziaria e tecnologica sono diventati sempre più saldi e sempre meno contendibili».

⁷⁰ P. GROSSI, *Oltre la legalità*, cit., p. 3 ss., secondo il quale «il termine/concetto 'legalità' sia oggi, di per sé, inadatto, perché incapace di evocare tutta la complessità giuridica che stiamo vivendo; un vocabolo/concetto che è un fossile, che ci riporta precipitosamente all'indietro» (p. 29). Nello stesso senso G. PALOMBELLA, *È possibile una legalità globale? Il Rule of law e la governance del mondo*, Bologna, il Mulino, 2012, p. 142, il quale, nel sottolineare l'esigenza di una «legalità al plurale» in conseguenza dell'irrompere della *global governance*, mette in luce il fatto che la conquista di uno spazio globale illimitato sia «tutt'uno con l'incapacità di riflettere una qualsiasi comunità (politica e giuridica), e dunque i suoi progetti, le sue scelte, i suoi bisogni. [...] Un diritto così segmentato non è adatto, da solo, a portare alcuna responsabilità per l'insieme».

⁷¹ G. PALOMBELLA, *È possibile una legalità globale?*, cit., p. 134. Nello stesso senso, R. POST, *The Challenge of Globalization to American Public Law Scholarship*, in *Theoretical Inquiries in Law*, n. 2, 2001, p. 323 ss.

⁷² In tal senso, si veda J. L. GUASCH, J. RACINE, I. SÁNCHEZ, M. DIOP, *Quality Systems and Standards for a Competitive Edge*, The World Bank, 2007), secondo cui «Some of the most common economic benefits of standards are to increase productive and innovative efficiency. Variety-reducing standards lead to economies of scale and economies of learning. They allow suppliers to achieve lower per-unit costs by producing large homogeneous batches. In addition, producers gain skills and experience by focusing on fewer product variations and can increase their efficiency through economies of learning. By allowing producers to concentrate on a manageable number of product options instead of fragmenting their research and development (R&D) efforts, variety-reducing standards also increase innovative efficiency».

⁷³ Sulla presenza sempre più forte di regolatori privati, misti o pubblici ma con assetto proprietario privato, o con finanziamenti privati, si veda M. D'ALBERTI, *Poteri regolatori tra pubblico e privato*, in *Diritto amministrativo*, 2013, p. 607 ss., che sul punto, in via esemplificativa, richiama gli standard adottati dallo IASB – *International Accounting Standards Board*, entrati a far parte del diritto comunitario.

⁷⁴ Si pensi, ad esempio, all'ISO, che ha di fatto perso il carattere volontario, essendo le relative determinazioni state adottate dal WTO nel *Technical Barriers to Trade Agreement* (TBT). Sulle basi della legittimazione dell'ISO si veda E.

«internazionale» quella «transnazionale»⁷⁵: se per la prima sono gli Stati ad avere la prevalenza – nelle diverse forme di regolazione (*hard e soft law*) –, per la seconda sono i soggetti privati a svolgere il ruolo principale⁷⁶, perché in grado di dare rilevanza a forme di regolazione transnazionale privata (Rtp) che non riflettono «confini territoriali ma piuttosto ambiti corrispondenti alle attività dei soggetti regolati, spesso imprese multinazionali, e al loro impatto»⁷⁷.

Si è, inoltre, compreso che, anche in ragione del fatto che la globalizzazione abbia reso doveroso un vitalismo giuridico che non faccia sembrare ogni regola anacronistica nel momento stesso in cui viene adottata, il coinvolgimento di privati – spesso volte dotati di un’elevata e specializzata competenza⁷⁸ – rappresenta una delle possibili soluzioni al problema di adeguare la normativa tecnica al rapido evolversi

SHAMIR-BORER, *Legitimacy without authority: Explaining the Pre-Eminence of the ISO in Global Standardisation governance*, *A Global Administrative Approach*, J.S.D. thesis, New York University School of Law, 2009.

⁷⁵ Tale tipo di regolazione, secondo R.B. STEWART, *Il diritto amministrativo globale*, in *Rivista trimestrale di diritto pubblico*, 2005, p. 633 ss., è «volta ad affrontare le conseguenze dell’interdipendenza a livello globale in campi quali la sicurezza, il commercio, gli investimenti, l’assistenza allo sviluppo, la protezione dell’ambiente, l’attività bancaria e altre attività finanziarie, l’imposizione del diritto, le telecomunicazioni, la proprietà intellettuale, gli *standards* di lavoro e i movimenti transfrontalieri di popolazioni, inclusi i rifugiati». Sul punto, anche T.A. ALEINIKOFF, *Sovereignty Studies in Constitutional Law: A Comment*, in *Constitutional Commentary*, n. 17, 2000, p. 197 ss., secondo cui «sfide importanti alla sovranità dello Stato-nazione giungono da tre direzioni: strutture e norme sovranazionali [...], gruppi subnazionali [...] che chiedono (e ricevono)9 livelli superiori di autonomia [e] transnazionalismo – la presenza entro gli Stati nazione di comunità di persone di altre nazioni con legami significativi tra i confini». Per un’analisi relativa al modo in cui la regolazione transnazionale ha modificato il volto, le regole e i modi di agire dell’amministrazione domestica, S. BATTINI, *Globalizzazione e amministrazione: una trasformazione costituzionale*, in F. CAFAGGI, *Regolazione transnazionale e trasformazioni dello Stato*, Bologna, il Mulino 2016, p. 55 ss.

⁷⁶ In questi termini, F. CAFAGGI, *Regolazione transnazionale e trasformazioni dello Stato: un’introduzione*, in Id., *Regolazione transnazionale e trasformazioni dello Stato*, cit., p. 11 ss.

⁷⁷ *Ibid.*, p. 20.

⁷⁸ In tal senso, R. B. STEWART, M. RATTON SANCHEZ BADIN, *The World Trade Organization and Global Administrative Law*, in *Global Administrative Law Series*, 2009/7, 19: «These “borrowing” arrangements allow the WTO to take advantage of the expertise and decisional capacity of other global bodies in specialized areas of regulation. They also, and at the time, relieve WTO panels and the Appellate Body of the burdens of have to plumbing substantive regulatory issues on which they have little familiarity or capacity».

della ricerca scientifica e tecnologica⁷⁹. E ciò assume una valenza ancora maggiore se si considera l'endemica scarsità di corpi tecnici all'interno dell'amministrazione⁸⁰.

Con quali benefici? Innanzitutto, in determinati casi il coinvolgimento dei privati consente di innalzare la misura standard di base, destinata progressivamente a salire: si pensi ai moduli consensuali o perequativi utilizzati nella pianificazione urbanistica che permettono ai privati titolari di azioni di attuazione integrative di elevare le misure di standardizzazione minima attraverso procedimenti di recupero e di riqualificazione⁸¹; o alla cosiddetta "urbanistica per accordi"⁸², grazie alla quale è possibile introdurre l'edilizia residenziale pubblica come standard urbanistico in aggiunta alle aree necessarie per garantire gli standard urbanistici normativi⁸³. In secondo luogo, il coinvolgimento dei privati può consentire di ridurre i costi legati alla transazione e i livelli di asimmetrie informative, oltre che di massimizzare l'efficacia degli interventi regolatori⁸⁴: si pensi, ad esempio, alla difficoltà per gli investitori al dettaglio di comprendere «the different degrees of climate, environmental and social ambition»⁸⁵ e di confrontare le specificità di ciascun prodotto. La chiarezza attraverso standard ed etichette rappresenta uno strumento idoneo a

⁷⁹ Sul punto, si veda Tar Lombardia, Milano, 29 dicembre 2010, n. 7735: «in taluni casi non è opportuno imbrigliare in una disposizione legislativa parametri che possono variare a seconda delle condizioni che si presentano nelle innumerevoli, sempre diverse, fattispecie concrete e che, soprattutto, possono variare a seconda del livello raggiunto dalle acquisizioni scientifiche e sperimentali in dato momento storico. [La misura è in contrasto con la] chiara decisione del legislatore nazionale di non interferire in un giudizio volutamente riservato agli operatori, i quali, come detto, debbono poter effettuare le proprie valutazioni esclusivamente sulla base delle risultanze degli accertamenti svolti caso per caso e sulle base del livello delle acquisizioni scientifiche e sperimentali raggiunto nel momento in cui vengono formulate le valutazioni stesse».

In dottrina, F. SALMONI, *Il rapporto fra tecnica e diritto attraverso l'analisi della produzione normativa tecnica consensuale*, in S. GRASSI, M. CECCHETTI (a cura di), *Governo dell'ambiente e formazione delle norme tecniche. Osservatorio sulla Legislazione a tutela dell'ambiente*, Milano, 2006, p. 125; P. ANDREINI, *La normativa tecnica tra sfera pubblica e sfera privata*, in P. ANDREINI, G. CAIA, G. ELIAS, F.A. ROVERSI MONACO (a cura di), *La normativa tecnica industriale*, Bologna, il Mulino, 1995, p. 89. Sottolinea l'utilizzo di strumenti consensuali per specifiche ragioni tecniche, A. MOLITERNI, *Amministrazione consensuale e diritto privato*, Napoli, Jovene, 2016, p. 481.

⁸⁰ Per un'analisi storica sull'emarginazione delle "culture" economiche o comunque extragiuridiche, G. MELIS, *Storia dell'emarginazione dei tecnici dalla pubblica amministrazione*, in *Analisi giuridica dell'economia*, n. 1, 2020, p. 1 ss.

⁸¹ Sul punto, G.M. MARENGHI, *Standard e regolazione condivisa*, cit., p. 198 ss., secondo cui «Ancora una volta è lo standard condiviso a consentire gli obiettivi di pianificazione prefissati, esprimendo una modularità elastica, aperta, finalmente portatrice del concetto pieno di adeguamento urbanizzativo».

⁸² Così l'art. 1, commi 258 e 259 della l. 24 dicembre 2007, n. 244. Relativamente alla «pur lodevole disposizione» P. URBANI, *Urbanistica solidale. Alla ricerca della giustizia perequativa tra proprietà e interessi pubblici*, Torino, Bollati Boringhieri, 2011, p. 126, muove la critica di «non aver individuato, come per gli altri *standards* urbanistici (verde pubblico attrezzato, parcheggi ecc.), una misura minima dello *standard* di edilizia sociale, in termini di spazi da assicurare, prevedendone l'esistenza ma lasciando alla contrattazione pubblico-privato la sua quantificazione nei diversi ambiti. Le leggi regionali hanno in vario modo disciplinato le condizioni dello scambio».

⁸³ Ci si riferisce, in particolare, al D.M. n. 1444/1968, contenente i «Limiti inderogabili di densità edilizia, di altezza, di distanza fra i fabbricati e rapporti massimi tra gli spazi destinati agli insediamenti residenziali e produttivi e spazi pubblici o riservati alle attività collettive, al verde pubblico o a parcheggi, da osservare ai fini della formazione dei nuovi strumenti urbanistici o della revisione di quelli esistenti, ai sensi dell'art. 17 della legge n. 765 del 1967».

⁸⁴ Sul punto, M. SIMONCINI, *La regolazione del rischio e il sistema degli standard. Elementi per una teoria dell'azione amministrativa attraverso i casi del terrorismo e dell'ambiente*, Napoli, Editoriale scientifica, 2010, p. 273.

⁸⁵ Commissione Europea, *Consultation on the renewed sustainable finance strategy*, 2020.

proteggere l'integrità e la fiducia nel mercato dei prodotti sostenibili, permettendo un accesso al mercato più facile per investitori, aziende e risparmiatori.

È, però, da monitorare, il pericolo che si realizzino processi meno trasparenti di formazione della decisione, per i quali potrebbe venir meno tanto la sottoposizione ai canonici sistemi di controllo quanto la legittimazione democratica normalmente attribuita alla legislazione tradizionale⁸⁶. E ciò avverrebbe soprattutto nei casi in cui gli standard siano sviluppati da piccole e medie imprese e non dalle *European Standardisation Organisations*⁸⁷, potendo, così, evitare di essere sottoposti⁸⁸ alle procedure di partecipazione e di controllo⁸⁹ previste all'interno della *Standardisation Regulation* (Regolamento UE n. 1025/2012).

I rimedi che sono stati messi in campo per evitare – o quantomeno ridurre – tale rischio hanno riguardato sia profili organizzativi – come, ad esempio, la previsione del coinvolgimento dei ministeri negli organismi privati competenti nella formazione di standard – che profili procedurali, come lo strumento partecipativo del “*notice and comment*”. Non si è, però, con essi, sempre riusciti a ottenere i risultati sperati o, comunque, si sono registrate una serie di contraddizioni: gli strumenti volti a colmare vuoti di legittimazione democratica hanno, in alcuni casi, avuto maggiore sviluppo nel contesto globale rispetto ai contesti nazionali; o, viceversa, in altri casi, la trasposizione di strumenti dal livello nazionale a quello globale ha impedito di considerare i differenti meccanismi e le specificità che caratterizzano i contesti di riferimento⁹⁰, richiedendo un'attività di adattamento assai ardua.

⁸⁶ Sul punto, M. ELIANTONIO, C. CAUFFMAN (a cura di), *The Legitimacy of standardisation as a Regulatory Technique*, cit. Nello stesso senso, R. B. STEWART, M. RATTON SANCHEZ BADIN, *The World Trade Organization and Global Administrative Law*, cit., p. 19: «WTO dispute settlement bodies or WTO administrative bodies could well take the view that standards adopted by other global bodies would be recognized by the WTO only if generated through transparent procedures affording rights of participation and based on reasons supported by the decisional record. These procedures would help ensure that the resulting standards would embody a fair consideration of all affected interests on the basis of public reason, and thereby justify the WTO in giving such standards legal effect and endorsing them for domestic adoption by its members».

⁸⁷ Ossia da soggetti diversi dal Comitato europeo di normazione (CEN), dal Comitato europeo di normazione elettrotecnica (CENELEC) o dall'Istituto europeo per le norme di telecomunicazione (ETSI).

⁸⁸ Un esempio in tal senso è rinvenibile all'interno del settore finanziario. In tal senso, M. DE BELLIS, *The Legitimacy of Banking and Financial Standards: Representation, Due Process and Regulatory Capture*, in M. ELIANTONIO, C. CAUFFMAN (a cura di), *The Legitimacy of standardisation as a Regulatory Technique. A Cross-disciplinary and Multi-level Analysis*, Elgar, Cheltenham, 2020, p. 180 ss.

⁸⁹ Si veda, ad esempio, quanto rilevato dalla Corte di giustizia, 12 luglio 2012, C-171/11, *Fra.bo Spa*: «da DVGW [ente di diritto privato nel settore del gas e dell'acqua] e il governo tedesco hanno dedotto l'esistenza di una procedura diversa dalla certificazione effettuata dalla DVGW, consistente nel far verificare ad un perito la conformità di un prodotto alle norme riconosciute dalla tecnica ai sensi dell'articolo 12, paragrafo 4, dell'AVBWasserV. Tuttavia, dalle risposte alle domande scritte e orali della Corte risulta che le difficoltà amministrative legate alla mancanza di norme procedurali specifiche poste a disciplina del lavoro di un perito di tal genere, da un lato, nonché i costi aggiuntivi che comporta il ricorso ad una perizia individuale, dall'altro, rendono quest'altra procedura poco o per nulla praticabile».

⁹⁰ M. DE BELLIS, *Public law and private regulators in the global legal space*, in *I•CON* (2011), Vol. 9, No. 2, p. 425 ss.

5. La relazione tra standard, privati e regolazione pubblica

Occorre a questo punto chiedersi quale ruolo abbiano giocato la crisi finanziaria e quella pandemica nella descritta società globale «senza centro e senza vertice»⁹¹, ai fini della individuazione di un nuovo rapporto tra i regimi privati e la regolazione pubblica dell'economia⁹².

Senza dubbio, lo Stato, a partire dalla fine dello scorso millennio, ha smesso di rappresentare il monopolizzatore della produzione giuridica⁹³, ormai caratterizzata da un pluralismo legale teso tra regole globali⁹⁴ e forme di produzione giuridica periferiche, sociali e spontanee, fondate su «processi sociali più o meno organizzati, ognuno dei quali genera una selettività molto specifica di produzione giuridica»⁹⁵. Anche a livello sovranazionale, il diritto amministrativo globale ha rinunciato alla pretesa di risultare omni-inclusivo, perché non in grado di ricomprendere in sé plessi istituzionali, ordinamenti e sistemi giuridici assai diversi tra loro: autorità di regolamentazione private transnazionali, organismi ibridi fondati su partenariati pubblico-privato, autorità di regolamentazione pubbliche nazionali, organismi interstatali informali e formali⁹⁶.

⁹¹ N. LUHMANN, *Teoria politica nello stato del benessere*, Milano, Franco Angeli, 1987.

⁹² Sull'impatto molto controverso che la *de-regulation* e la *re-regulation* dei servizi pubblici e, più in generale, delle attività economiche che coinvolgono pubblici interessi stanno avendo «sui rispettivi ambiti del diritto amministrativo e dei settori a esso connessi, il diritto privato da un lato, e il diritto costituzionale dall'altro», si veda G. AMATO, *La protezione degli interessi pubblici e la regolazione delle attività economiche*, in Id., *Le istituzioni della democrazia. Un viaggio lungo cinquant'anni*, Bologna, 2014, p. 251 ss.

⁹³ Sulla natura pienamente giuridica degli standard tecnici e sulle conseguenti considerazioni in termini di validità/invalidità, M. CROCE, *Decisioni amministrative e conoscenze scientifiche: il caso standard*, Convegno AIPDA 5-7 ottobre 2017 «Decisioni amministrative e processi deliberativi?».

⁹⁴ Tra i primi, S. CASSESE, *La crisi dello Stato*, Roma-Bari, Laterza, 2002; ID., *Oltre lo stato*, Roma-Bari, Laterza, 2006; ID., *Lo spazio giuridico globale*, Roma-Bari, Laterza, 2013.

⁹⁵ In tali termini, G. TEUBNER, *Regimi privati globali. Nuovo diritto spontaneo e costituzione duale nelle sfere autonome della società globale*, in Id., *La cultura del diritto nell'epoca della globalizzazione. L'emergere delle costituzioni civili*, Roma, Armando Editore, 2005, p. 63, il quale contrappone la spontaneità dei processi decisionali di organizzazioni formali specializzate ai «nuovi «diritti spontanei» à la Hayek, capaci di contrastare, su scala mondiale, gli eccessi costruttivistici degli Stati-nazione».

⁹⁶ B. KINGSBURY, *The Concept of 'Law' in Global Administrative Law*, in *The European Journal of International Law*, 2009, Vol. 20 No. 1, p. 25: «This global administrative space is increasingly occupied by transnational private regulators, hybrid bodies such as public-private partnerships involving states or inter-state organizations, national public regulators whose actions have external effects but may not be controlled by the central executive authority, informal inter-state bodies with no treaty basis (including 'coalitions of the willing'), and formal interstate institutions (such as those of the United Nations) affecting third parties through administrative-type Actions». Nello stesso senso, R. B. STEWART, M. RATTON SANCHEZ BADIN, *The World Trade Organization and Global Administrative Law*, cit., p. 21: «The growing density of regulation beyond the state enables us to identify a multifaceted global regulatory and administrative space populated by many distinct types of specialized global regulatory bodies, including not only formal international organizations like the WTO but also transnational networks of domestic regulatory officials, private standard setting bodies, and hybrid public-private entities»; B. KINGSBURY, N. KRISCH, R.B. STEWART, *The Emergence of Global Administrative Law*, cit., p. 20: «Five main types of globalized administrative regulation are distinguishable: (1) administration by formal international organizations; (2) administration based on collective action by transnational networks of cooperative arrangements between national regulatory officials; (3) distributed administration conducted by national regulators under treaty, network, or other cooperative regimes; (4) administration by hybrid intergovernmental-private arrangements; and (5) administration by private institutions with regulatory functions».

In tale contesto di riferimento, come visto, i regimi privati ne sono usciti decisamente fortificati. Ma senza che ciò abbia comportato il tramonto della regolazione pubblica: essa mantiene ferma la sua rilevanza, seppur realizzata da soggetti diversi e con forme differenti⁹⁷, tra le quali il flessibile⁹⁸ strumento dello standard ha senza dubbio svolto un ruolo chiave, in linea con la tendenza del diritto amministrativo a farsi ‘globale’. In ragione della crescente domanda di regolazione tecnica – in grado, se necessario, di mettere la gestione di fenomeni complessi al riparo dall’imprevedibilità e dall’instabilità della politica⁹⁹ – l’*Administrative State* si è servito della capacità dello standard di riconoscere e ‘dare voce’ al sapere tecnico-scientifico, così finendo per rafforzare ed estendere il suo ruolo¹⁰⁰. Lo standard, infatti, elaborato dai privati dotati del più elevato livello di competenza tecnica, una volta consolidatosi nella prassi e “regolamentato” – o meglio “giuridificato” –, diventa vincolante non solo nei confronti delle stesse imprese e più in generale dei privati che lo hanno formulato¹⁰¹, ma anche nei confronti delle autorità amministrative che a seguito di una valutazione di sostenibilità dell’intervento regolatorio¹⁰² decidono di limitare – anche a tutela di diritti fondamentali (quali, ad esempio, la sicurezza alimentare, l’ambiente, la salute o il risparmio) – la propria discrezionalità alle ‘soglie’ stabilite ed espresse dallo standard. Da qui, la creazione di una relazione biunivoca tra lo standard, i privati e la regolazione pubblica.

Un esempio, a livello europeo: l’8 aprile del 2020 la Commissione europea ha lanciato una consultazione pubblica (*Consultation on the renewed sustainable finance strategy*) per aggiornare la strategia sulla finanza sostenibile. Un percorso avviato a Bruxelles a marzo del 2018 con la pubblicazione dell’*Action Plan on financing sustainable growth*. Numerose le richieste avanzate dalle tre *authorities* più rilevanti nei settori

⁹⁷ Sul punto, si veda M. D’ALBERTI, *Diritto pubblico dei mercati e analisi economica*, in *Rivista del diritto commerciale e del diritto generale delle obbligazioni*, 2007, p. 18 ss.

⁹⁸ In tal senso, R. FERRARA, *L’incertezza delle regole tra indirizzo politico e funzione definitoria della giurisprudenza*, in *Diritto amministrativo*, 2014, pp. 651-693, secondo il quale risulta oramai di estrema importanza «la ricerca della flessibilità, della flessibilità sempre e comunque, in quanto il mutare repentino dei problemi impone la ricerca di risposte caratterizzate da un alto livello di elasticità (e dunque di naturale relatività, di ovvia provvisorietà, di flessibilità, ancora, ecc.)» (p. 675). Appare pertanto indispensabile la previsione di meccanismi di «revisione delle regole, ossia fondamentalmente di quelle regole tecniche (standard, valori-limite, valori-guida, valori di qualità, soglie, ecc.) che rappresentano, quasi con evidenza plastica, la densità e la complessità del fenomeno che abbiamo sotto gli occhi: la penetrazione della scienza e della tecnica nel mondo della regolazione e della gestione degli interessi e, del tutto specularmente, la provvisorietà e la relatività della scienza stessa, e pertanto dei c.d. saperi esperti» (pp. 675-676).

⁹⁹ A. MOLITERNI, *Le disavventure della discrezionalità tecnica tra dibattito dottrinario e concrete dinamiche dell’ordinamento*, in A. MOLITERNI (a cura di), *Le valutazioni tecnico-scientifiche tra amministrazione e giudice. Concrete dinamiche dell’ordinamento*, Napoli, Jovene, 2021, p. 6.

¹⁰⁰ C.R. SUNSTEIN, A. VERMEULE, *Law and Leviathan: Redeeming the Administrative State*, Cambridge Ma. (U.S.), Harvard University Press, 2020.

¹⁰¹ Sul fatto che tali regimi separati siano indirizzati più spesso ad attori privati, B. KINGSBURY, N. KRISCH, R.B. STEWART, *The Emergence of Global Administrative Law*, in *Law and Contemporary Problems*, 68/15, 2005.

¹⁰² Così A. ZEI, *Tecnica e diritto tra pubblico e privato*, cit. Sul punto, M. SIMONCINI, *La regolazione del rischio e il sistema degli standard*, cit., p. XV sottolinea il fatto che la ricerca dello standard di tollerabilità «non può che confrontarsi con la sostenibilità dell’intervento regolatorio, intesa come identificazione di un giusto equilibrio tra utilità perseguite e chances perse in prospettiva intertemporale».

bancario (*European Banking Authority – EBA*), degli strumenti e dei mercati finanziari (*European Securities and Markets Authority – ESMA*) e delle assicurazioni e delle pensioni aziendali e professionali: tra le varie, spicca in particolare la richiesta proveniente dall’ESMA, nella quale si è chiesto di definire un codice unico in materia di investimenti sostenibili, per individuare, entro il biennio 2020-2021, standard tecnici armonizzati, nonché obblighi di trasparenza e *due diligence* capaci di accertare la presenza di fattori ESG (*Environmental, Social e Governance*) nelle attività oggetto di investimento e prevenire il rischio connesso al finanziamento di progetti che, pur mostrandosi al mercato come “sostenibili”, non ne presentino le relative caratteristiche (c.d. “*green washing*”)¹⁰³. Un’interazione, dunque, tra regolazione pubblica, privati e standard da cui emerge quanto oggi, dopo lo scoppio della pandemia dovuta al diffondersi del Covid-19, si tenti di rispondere al bisogno di rafforzare l’impegno per la sostenibilità¹⁰⁴ delle comunità, anche allo scopo di renderle meno vulnerabili a emergenze sanitarie simili a quella mondiale attualmente in corso¹⁰⁵. E ciò a livello non solo europeo ma anche internazionale: si tratta di un problema che ha natura universale – e l’impatto globale che la pandemia ha avuto e continua ad avere ne costituisce un’ulteriore dimostrazione –, come universale deve essere la soluzione da offrire al problema.

6. Standard come potenziale portatore di equilibrio

Nella descritta relazione biunivoca, assai viva risulta l’esigenza di ridisegnare i confini del rapporto pubblico-privato, per individuare il giusto equilibrio tra i due poli e per identificarne i nuovi attori, elementi e logiche¹⁰⁶.

¹⁰³ ESMA, 6 febbraio 2020, *Strategy on Sustainable Finance*.

¹⁰⁴ Per l’ambito ambientale, sottolinea la necessità di «segnali univoci, stabili e, soprattutto, non contraddittori della direzione intrapresa nel governo dell’economia» così da riuscire a governare e coordinare iniziative e soluzioni provenienti anche dal mercato. A. MOLITERNI, *La sfida ambientale e il ruolo dei pubblici poteri in campo economico*, in *Rivista trimestrale di diritto dell’ambiente*, n. 2, 2020, p. 32 ss.

¹⁰⁵ Anche considerando il fatto che sembra trattarsi di una malattia di origine animale che si sarebbe diffusa a seguito dell’esposizione di un animale infetto all’interno di un mercato per essere venduto come alimento: una regolazione del settore alimentare che fosse stata maggiormente attenta alla tutela di una più elevata salubrità alimentare non avrebbe certamente nociuto.

¹⁰⁶ In tal senso, R. PRANDINI, *La “costituzione” del diritto nell’epoca della globalizzazione. Struttura della società-mondo e cultura del diritto nell’opera di Gunther Teubner*, in G. TEUBNER, *Regimi privati globali*, cit., p. 191 ss., secondo cui «le costituzioni civili “trascendono” la modernità in quanto elaborano una nuova semantica della distinzione pubblico/privato separandola da quella stato/economia e introducendo nuovi attori, elementi e logiche» (p. 215). Ancora sul punto, A. IANNUZZI, *Il diritto capovolto. Regolazione a contenuto tecnico-scientifico e Costituzione*, Napoli, Editoriale Scientifica, 2018, p. 65 ss., secondo cui la normazione europea «mostra un complesso intreccio tra pubblico e privato che va a strutturare atti, procedimenti e rapporti di diritto secondo modelli inediti rispetto all’esperienza giuridica, fino a far vacillare il confine fra pubblico e privato, che sin qui ha segnato una linea di demarcazione tradizionalmente assunta nel diritto»; S. CASSESE, *La crisi dello Stato*, Roma-Bari, Laterza, 2002, afferma che la globalizzazione ha dato vita a una “arena pubblica” transnazionale dove lo stesso bipolarismo di diritto pubblico/privato entra in profonda crisi per lasciare spazio al multipolarismo.

A fornire un qualche apporto è l'analisi della struttura che contraddistingue gli standard: uno dei caratteri propri degli standard – nonostante sul punto si registri, soprattutto tra gli economisti¹⁰⁷, un attivo e vivace dibattito – è la capacità intrinseca di essere dei potenziali portatori di equilibrio¹⁰⁸, a metà tra dinamismo economico, vitalismo giuridico – come visto sempre più necessario nell'era globale – e garanzie di tutela effettive e concrete degli interessi e diritti fondamentali¹⁰⁹.

È in quest'anima multifunzionale, armonica e di sintesi di valori¹¹⁰ che si manifesta il carattere maggiormente qualificante dello standard, favorito da una serie di elementi. In primo luogo, dalla consensualità, che permette alla regola di assestarsi su binari che la prassi ha già disegnato – rimanendo saldamente ancorata all'esperienza e al *common sense about common things* – e di «dare uno sguardo attento fuori, fuori dove la società è preda di un continuo auto-ordinarsi, tacito, fattuale, senza brusche forzature ma sicuro nel tentativo di consolidare qualcosa di effettivo»¹¹¹.

¹⁰⁷ Se, infatti, parte della letteratura, (K. BLIND, A. JUNGMITTAG, *Trade and the impact of innovators and standards: the case of Germany and the UK*, in *Applied Economics*, 2005, 37:12, pp. 1385-1398, secondo cui «because of high adaptation costs, outsiders with no influence on the standardization process may face considerable disadvantages in using the specifications of the standard»; G. SWANN, *International Standards and Trade: A Review of the Empirical Literature*, in *OECD Trade Policy Papers*, 2010, No. 97, OECD Publishing, Paris) ha sostenuto che lo standard potesse avere – soprattutto per i cosiddetti outsider che non hanno avuto influenza nel processo di standardizzazione – un effetto anti-competitivo, principalmente in ragione degli elevati costi di adempimento degli standard, altra parte della letteratura (M. MAERTENS, J.F.M. SWINNEN, *Trade, Standards, and Poverty: Evidence from Senegal*, in *World Development*, 2009, 37(1), pp. 161-178, secondo cui «The World Bank (2004) argues that the development of a certification scheme and validation of the label *Origine Sénégal* has played an essential role in raising the quality and standards of Senegalese FFV, and thereby realizing export growth») ha, invece, sottolineato l'effetto pro-competitivo degli standard, facendo emergere tre diversi profili: la diffusione degli standard può innanzitutto portare a innalzare il livello qualitativo dell'offerta, così determinando un incremento della competitività dei prodotti; è, inoltre, in grado di spingere le imprese ad incrementare la loro attività innovativa e quindi a migliorare la loro competitività (sul punto, si veda M. E. PORTER, C. VAN DER LINDE, *Toward a New Conception of the Environment-Competitiveness Relationship*, in *The Journal of Economic Perspectives*, 1995, Vol. 9, No. 4, pp. 97-118, secondo cui «Standards that lead world developments provide domestic firms with opportunities to create valuable early-mover advantages. However, standards should not be too far ahead of, or too different in character from, those that are likely to apply to foreign competitors, for this would lead industry to innovate in the wrong directions»), generando un vantaggio competitivo nei confronti delle imprese estere non soggette alla stessa regolamentazione; l'utilizzo di standard riduce, infine, i problemi di asimmetria informativa sulla qualità dei prodotti, che potrebbero altrimenti condurre alla nascita di fallimenti di mercato (H.E. LELAND, *Quacks, lemons, and licensing: a theory of minimum quality standards*, in *Journal of Political Economy*, 1979, Vol. 87, No. 6, pp. 1328-1346, secondo cui «informational asymmetry can lead to certain types of market failure»).

¹⁰⁸ Sul punto, A. PREDIERI, *Le norme tecniche nello Stato pluralista e prefederativo*, cit., p. 269 ss., secondo cui le norme tecniche «adempiono ad una funzione di eterocorrezione del mercato, necessarie in una società industriale, sia come regolazioni vincolanti per la salute, per la sicurezza dei lavoratori, dei consumatori e per la protezione dell'ambiente, per la riduzione delle diseconomie, sia come *standard* intesi come indicatori di qualità [...]. Per questo hanno un ruolo di potere (o di contropotere) nell'equilibrio dei poteri».

¹⁰⁹ Sul punto, G.M. MARENGHI, *Standard e regolazione condivisa*, cit., p. 66, secondo cui «Lo standard strumento di condivisione è destinato a sviluppare autonomamente la fenomenologia in essere degli interessi pubblici affidati, rappresentati e gestiti dal privato, motore di una funzionalizzazione che, oggettivamente, prescinde dal dato formale delle categorie astratte e precostituite, e, meglio, si riconosce nell'effettività dell'azione».

¹¹⁰ G.M. MARENGHI, *Standard e regolazione condivisa*, cit., p. 230, sottolinea, in materia ambientale, tale funzione di sintesi in particolare per lo standard di emissione, «più rappresentativo del modello variabile, condizionato dalle specificità territoriali, incompatibile con un modello rigido, a basso indice di variabilità».

¹¹¹ P. GROSSI, *Oltre la legalità*, cit., p. 74.

Un secondo fattore che facilita la capacità dello standard di ‘sintetizzare’ – ossia di ‘mettere insieme’ – deriva dal fatto che esso trovi il suo terreno elettivo nel mercato¹¹²: la standardizzazione costituisce un’esigenza che nasce dal mercato e che quindi conosce ed è intrisa delle dinamiche che lo caratterizzano. Un terzo elemento è la capacità di neutralizzare o almeno limitare la fisiologica incertezza scientifica che caratterizza le ‘conoscenze’, traendo – anche in ragione della flessibilità del criterio – proporzione ed equilibrio dai risultati, seppur parziali, mutuati dalla scienza. E ciò tanto nel caso in cui il percorso di consolidamento e di affermazione dello standard si affermi dall’alto, attraverso elaborazioni e decisioni governative, quanto nell’ipotesi in cui esso provenga dal basso, ossia da parte dei nuovi regimi privati che «rappresentano forme altamente specializzate di produzione giuridica esplicita all’interno dei sottosistemi funzionali»¹¹³. Rimane fermo che, una volta regolati e “giuridificati”, gli standard vengono in qualche misura ‘affrancati’ dalla scienza e dalla tecnologia: si discostano da queste ultime, sia perché smettono di riferirsi a un unico evento concreto – finendo piuttosto per riferirsi a una serie di eventi o classi di casi – sia perché, non essendo appiattiti da rigidità precostituite e cogenti, vengono gravati di aspetti politici, economici, sociali e morali, sperimentando processi di integrazione e sinergie tra ambiti e materie¹¹⁴.

7. Per una intensa cooperazione tra i vari sistemi di normazione

Si è visto che gli standard sono regole che riconoscono e si servono del sapere tecnico per riempire il proprio contenuto. Ma occorre comprendere quali siano effettivamente i soggetti garanti della espressione dell’elevato grado di competenza tecnica.

Non sono rare, infatti, le ipotesi in cui si verifichi un problema di frammentazione o di sovrapposizione delle competenze dei vari soggetti chiamati a intervenire¹¹⁵. E ciò tanto nei casi in cui si pongano *science policy issues*¹¹⁶ relativamente al modo di interpretare determinati fatti o alle conseguenze da trarre per la

¹¹² In tal senso, si veda il considerando n. 66 della direttiva UE 2016/1148, secondo cui «La standardizzazione degli obblighi di sicurezza è un’esigenza che nasce dal mercato».

¹¹³ G. TEUBNER, *Regimi privati globali, cit.*, p. 63.

¹¹⁴ Sul punto, *Ibid.*, pp. 69-70, il quale parla, con riferimento agli standard, di «problemi “trans-scientifici», rinviando a C. JOERGES, K.H. LADEUR, E. VOS (edicted by), *The Integration of Scientific Expertise into Standard-Setting*, Baden-Baden, Nomos Verlagsgesellschaft Mbh & Co, 1997.

¹¹⁵ M. RAMAJOLI, Regulation by information: *diffusione della conoscenza del rischio e incertezza scientifica*, in *Giornale di diritto amministrativo*, 2020, p. 201 ss., secondo la quale «non è raro che più autorità amministrative, tutte dotate di *expertise*, siano chiamate a valutare una medesima sostanza e forniscano indicazioni diametralmente opposte. Il legislatore ha cercato di prevenire un conflitto tra gli organismi depositari di sapere tecnico, stabilendo all’art. 95, par. 3, del Regolamento REACH, che “quando esiste una divergenza sostanziale su questioni scientifiche o tecniche e l’organismo interessato è un’Agenzia comunitaria o un comitato scientifico, l’Agenzia e l’organismo cooperano per risolvere il conflitto o presentare alla Commissione un documento comune che chiarisca le questioni scientifiche e/o tecniche oggetto di divergenza”».

¹¹⁶ Una delle prime classificazioni delle varie ipotesi di *science policy issues* la si deve a L. VIOLINI, *Le questioni scientifiche controverse nel procedimento amministrativo*, Milano, 1986, che sviluppa e rielabora le tipologie individuate da T.O. MCGARITY, *Substantive and Procedural Discretion in Administrative Resolution of Science Policy Questions: Regulating Carcinogens in EPA and OSHA*, in *Georgetown Law Journal*, 1979, vol. 67, p. 729 ss.

tutela di un particolare interesse, quanto nelle ipotesi in cui più organi portatori di interessi diversi ma in qualche modo collegati, attraverso meccanismi di *complex regimes*¹¹⁷, siano chiamati a dialogare. Si pensi, ad esempio, ai rapporti funzionali tra i diversi organismi che intervengono nel complesso regime regolatorio della sicurezza alimentare: la *Codex Alimentarius Commission*, organo di standardizzazione della Organizzazione Mondiale della Sanità, è sottoposta al controllo della *Food and Agriculture Organization* (FAO) e collegata all'Organizzazione mondiale del commercio (OMC).

Risulta, pertanto, particolarmente elevato il pericolo che si realizzi non solo una sovrapposizione delle tutele di interessi differenti, che può portare a uno 'sbilanciamento' della regolazione a favore delle libertà degli scambi e a discapito della tutela di interessi sociali¹¹⁸, ma anche un frazionamento e una moltiplicazione delle misure regolatorie, allontanando così il processo normativo dalla costruzione di un sistema organico.

È a tale livello, allora, che occorre che venga sfruttato il valore aggiunto dello standard, capace di essere «strumento giuridico del post-moderno nell'attitudine a tenere insieme, per la sua stessa polivalenza funzionale, materie e submaterie, che il diritto per categorie tiene distinte»¹¹⁹. Ciò a maggior ragione nei tempi attuali, in cui risulta oramai evidente la crescente inadeguatezza di un modello istituzionale fondato su un insieme di singoli regimi nazionali, ma anche europei e internazionali, non comunicanti né al loro interno, né tra di loro, in cui ogni soggetto attore rimane isolato dall'altro. Nel «passaggio dalla *internazionalizzazione* alla *globalizzazione* amministrativa»¹²⁰ emerge, invece, la necessità che si affermi un nuovo ordine che costruisca forme di collegamento intersettoriale fra i diversi regimi e fra le

¹¹⁷ I cosiddetti *complex* (o *connecting*) *regimes* si basano su collegamenti funzionali tra diversi organismi che vanno a formare regimi regolatori complessi e instaurano un dialogo fra una pluralità di interessi generali. In particolare, sul collegamento orizzontale tra regimi regolatori differenti che guadagnano forza ed efficacia giuridica come fenomeno diffuso al di là dei confini statali, si veda S. CASSESE, *Il diritto globale*, Torino, Einaudi, 2009. Con riferimento, più nel dettaglio, al funzionamento concreto del *borrowing regime*, si veda S. CASSESE, *Gamberetti, tartarughe e procedure, standards globali per i diritti amministrativi nazionali*, in *Rivista trimestrale di diritto pubblico*, 2004, il quale sottolinea che in conseguenza del meccanismo di rinvio biunivoco tra norme di due organizzazioni internazionali differenti, standard volontari di natura privata diventano vincolanti a livello globale ma non per le amministrazioni nazionali.

¹¹⁸ Sul punto, D. BEVILACQUA, *La sicurezza alimentare prima e dopo il Coronavirus*, in *federalismi.it*, 2020, p. 47 ss., il quale – dopo aver sottolineato che l'equilibrio tra la tutela della salute e la libertà della produzione e degli scambi commerciali «deve essere ripensato in modo da far prevalere, con maggiori poteri affidati alle autorità competenti, la tutela della prima a scapito della seconda» – offre una possibile soluzione a tale problematica, proponendo la «incorporazione del *Codex* all'interno del solo sistema dell'Organizzazione mondiale della salute»; diventerebbe, così, «un organo esecutivo controllato solo dall'OMS, partecipato dai delegati nazionali e basato su studi scientifici indipendenti, ma finalizzato a individuare standard esclusivamente finalizzati alla tutela della salute in generale e volti – *inter alia* – a consentire la deroga alle norme del *free trade*, ogni qual volta ciò sia ritenuto necessario o opportuno».

¹¹⁹ G.M. MARENGHI, *Standard e regolazione condivisa*, cit., p. 87, secondo il quale l'esistenza di «processi di integrazione tra regimi, visto che sinergie tecniche, finanziarie, economico-sociali, possono alimentare il sottosistema regolativo dello standard, materia per materia, collegato a quello pubblico, secondo la modulazione intelligente più appropriata per uno standard *in progress*» (p. 64).

¹²⁰ S. BATTINI, *Il sistema istituzionale internazionale dalla frammentazione alla connessione*, in *Rivista italiana di diritto pubblico comunitario*, 2002, p. 988.

organizzazioni e soggetti che ne costituiscono espressione¹²¹, in grado di superare la logica della territorialità e dell'autonomia dei corpi amministrativi e non, preposti alla cura di interessi diversi, economici e sociali.

Occorre, dunque, realizzare processi che rafforzino «le reti già esistenti tra i regimi giuridici: internamente mediante il collegamento dei regimi legali con i settori sociali autonomi; esternamente mediante il collegamento dei regimi giuridici l'uno con l'altro»¹²². Si veda in tal senso, ad esempio, l'«approccio combinato» tra standard di emissione e standard di qualità ambientali proposto dalla direttiva 2000/60/CE che istituisce un quadro per l'azione comunitaria in materia di acque: tra i due vi è un rapporto di causa ed effetto, dovuto al fatto che lo standard di emissione è destinato al raggiungimento degli obiettivi che lo standard di qualità ambientale ha a monte stabilito¹²³. Dalla integrazione combinata tra i due è inoltre possibile passare a standard di processo, capaci di governare le criticità legate all'intero ciclo della produzione industriale¹²⁴. O, ancora, si pensi alla necessità di individuare degli standard di sicurezza negli ambienti di lavoro per il contenimento della diffusione del Covid-19: in Italia, la pluralità degli interessi in gioco – rappresentati dal Ministro dell'economia, dal Ministro del lavoro e delle politiche sociali, dal Ministro dello sviluppo economico e dal Ministro della salute – ha trovato una composizione nel “Protocollo condiviso di regolazione delle misure per il contrasto e il contenimento della diffusione del virus Covid-19 negli ambienti di lavoro”, sottoscritto il 14 marzo 2020 e integrato il 24 aprile 2020. A dimostrazione del fatto che l'individuazione di norme tecniche prescinde da confini territoriali precisi e circoscritti, a livello internazionale, l'*International Organization for Standardization* ha prodotto la norma ISO 45005, contenente *General guidelines for safe working during the COVID-19 pandemic*: il documento propone di assumere, per la gestione dei rischi derivanti da Covid-19 in ambito lavorativo, un approccio di sistema (riassunto nella formula *plan-do-check-act*) da rivedere in ogni momento «to enable ongoing continual improvement and to ensure the organization responds to changes during the different phases of the pandemic».

¹²¹ Il fenomeno della regolazione tecnica è stato, per tali ragioni, considerato una manifestazione del principio di sussidiarietà orizzontale: si vedano, L. GOERKE, M. HOLLER, *Strategic Standardization in Europe: a Public Choice Perspective*, in *European Journal of Law and Economics*, 1998, p. 95 ss. («The 'New Approach to European Standardization' (NAES) is based on the principles of subsidiarity and mutual recognition of national rules»), ripresi da P. LAZZARA, *La normativa tecnica. Integrazione tra pubblico e privato nella prospettiva della pluralità degli ordinamenti*, in *Studi in onore di Alberto Romano*, Napoli, Editoriale Scientifica, 2011, p. 395 ss.

¹²² G. TEUBNER, A. FISCHER-LESCANO, *Scontro tra regimi: la vana ricerca di unità nella frammentazione del diritto globale*, in G. TEUBNER, *La cultura del diritto nell'epoca della globalizzazione*, cit., p. 159.

¹²³ All'art. 10, comma 3 della direttiva, in particolare, si stabilisce che «Qualora un obiettivo di qualità o uno standard di qualità, stabilito a norma della presente direttiva, delle direttive elencate nell'allegato IX o di ogni altra normativa comunitaria, prescriva requisiti più severi di quelli che risulterebbero dall'applicazione del paragrafo 2, sono fissati di conseguenza controlli più rigidi sulle emissioni».

¹²⁴ Sul punto, si veda l'art. 271 del d. lgs. 3 aprile 2006, n. 152, il quale «disciplina i valori di emissione e le prescrizioni da applicare agli impianti ed alle attività degli stabilimenti».

Ma perché una più intensa cooperazione tra i vari sistemi di normazione divenga effettiva, le future richieste di elaborazione di norme devono essere oggetto di un'attenta pianificazione globale¹²⁵ e programmazione¹²⁶ da parte dei soggetti rappresentanti dei differenti regimi, giuridici e non: del resto, è la stessa definizione di standard a determinare un effetto di programmazione “implicita” «originato da previsioni che si estendono alla determinazione del fine, alla misura dell'attività e del risultato (come nel caso dei livelli essenziali nei servizi sanitari e sociali), oppure limitate alla disciplina di alcuni aspetti dell'attività (come nel caso degli standards ambientali)»¹²⁷.

Ciò consentirebbe – tra l'altro – di neutralizzare o almeno limitare la fisiologica diversità delle valutazioni scientifiche alle quali spesso si ricorre per la definizione di standard rilevanti: la previsione – già nella fase programmatoria – del coinvolgimento della pluralità di soggetti portatori di interessi e valori più o meno direttamente incisi dalla formazione e applicabilità dello standard favorisce una loro composizione maggiormente condivisa e plurale. Positivi anche i riflessi in termini di ottimizzazione degli investimenti e delle risorse economiche, al fine di individuare e meglio raggiungere i comuni obiettivi¹²⁸. Se partecipata¹²⁹, inoltre, la programmazione gioverebbe del contributo di tutte le parti interessate, garantito anche dallo svolgimento di meccanismi per la raccolta di pareri e dallo scambio di informazioni tra le

¹²⁵ Intesa «come compito istituzionale dello Stato per la disciplina trasformatrice dell'assetto sociale» da A. PREDIERI, *Pianificazione e costituzione*, Milano, 1963, secondo il quale la «regolazione pianificatoria predisposta ai fini sociali diventa, soprattutto in quanto pianificazione economica globale, e non può non essere globale proprio per la sua socialità, strumento fondamentale e riassuntivo dell'azione di decisione dello stato volta alla realizzazione dell'ordine sociale dello stato, alla quale l'economia deve conformarsi, predisposta alla trasformazione sociale che non pochi stati contemporanei pongono fra i propri fini» (40). Sulla riemersione del ruolo della pianificazione generale e sulla distinzione tra pianificazione imperativa e indicativa, di recente, M. D'ALBERTI, *Diritto amministrativo e ripresa*, in *Giornale di diritto amministrativo*, n. 1, 2022, p. 5 ss.

¹²⁶ Intesa nel senso dato al termine da M.S. GIANNINI, *Diritto pubblico dell'economia*, Bologna, 1977, p. 281, secondo cui essa si sostanzia nella realizzazione da parte dell'amministrazione pubblica di «disegni ordinati di condotte future composte di più elementi combinati, e aventi una durata temporale non breve».

¹²⁷ N. RANGONE, *Le programmazioni economiche. L'intervento pubblico in economia tra piani e regolazioni*, Bologna, il Mulino, 204.

¹²⁸ Sul punto, R. FERRARA, *La programmazione «negoziata» tra pubblico e privato*, in *Diritto amministrativo*, 1999, p. 429 ss., secondo cui «la frammentazione delle competenze – e dunque anche delle risorse economiche e dei mezzi – postula l'attivazione di procedure razionali di concertazione e di programmazione, ossia di programmazione “negoziata”, in vista del coordinamento e della concentrazione razionale degli investimenti, al di fine di poter meglio delineare i comuni obiettivi e, soprattutto, raggiungerli» (p. 435).

¹²⁹ Sull'importanza di una programmazione partecipata, già negli anni '70, G. AMATO, *Gli strumenti della programmazione e i privati*, in AA.VV., *Aspetti privatistici della programmazione economica. Atti della tavola rotonda tenuta a Macerata nei giorni 22-24 maggio 1970*, Milano, Giuffrè, 1971, p. 139 ss., il quale sottolinea la necessità di una disciplina nuova degli strumenti di programmazione, «che li renda più efficacemente utilizzabili nella trattazione col privato»; occorre, insomma, maggiore elasticità e specificità, nel senso che gli organi di programmazione dovrebbero avere «una discrezionalità più ampia nella selezione, potendo dare o non dare sulla base di circostanze che oggi non hanno la facoltà di far valere ed essendo liberati per converso da vincoli oggi derivanti dalla natura settoriale e dalla derivazione congiunturale delle leggi di incentivazione» (p. 146). Più di recente, sul punto, con particolare riguardo al settore ambientale ed energetico, A. LOLLI, *L'amministrazione attraverso strumenti economici. Nuove forme di coordinamento degli interessi pubblici e privati*, Bologna, Bologna University Press, 2008.

parti stesse. È, infatti, proprio il concetto di coordinamento¹³⁰ a muovere «dall'esigenza di assicurare all'indirizzo la partecipazione dell'indirizzato: anche il coordinamento appartiene cioè al grande tema della partecipazione»¹³¹.

A livello europeo è stata sottolineata l'importanza e la necessità di «provvedere a una programmazione migliore e più trasparente in un programma di lavoro annuale, che contenga una panoramica di tutte le richieste di norme che la Commissione intende presentare agli organismi europei di normazione». Occorre, dunque, garantire un «alto livello di cooperazione tra le organizzazioni europee di normazione, le organizzazioni europee dei soggetti interessati che ricevono il finanziamento dell'Unione [...] e la Commissione nella definizione del suo programma di lavoro annuale dell'Unione per la normazione e nella preparazione di richieste di norme, al fine di analizzare l'adeguatezza al mercato dell'oggetto proposto e degli obiettivi strategici fissati dal legislatore, nonché consentire agli organismi di normazione europei di rispondere più rapidamente alle attività di normazione richieste»¹³². E volendo estendere l'ambito di analisi al livello internazionale, emerge la medesima necessità: la forte spinta cooperativa da imprimere alla regolazione, se non risulta possibile nel momento della formazione delle norme tecniche

¹³⁰ Sottolinea l'«ambiguità del termine», da cui deriva il tentativo della dottrina di individuarne un concetto definito, M.S. GIANNINI, *Premessa*, in G. AMATO, G. MARONGIU (a cura di), *L'amministrazione della società complessa*, Bologna, il Mulino, 1982 e nella recensione al volume di V. BACHELET, *L'attività di coordinamento nell'amministrazione pubblica dell'economia*, Milano, Giuffrè, 1957, pubblicata nella *Rivista trimestrale di diritto pubblico*, 1958, pp. 656-658, secondo cui «non esiste un atto di coordinamento come ce lo ha spiegato Bachelet, ma l'attività di coordinamento va a formare il contenuto di più atti». Prosegue in tal senso S. CASSESE, *Il coordinamento prima e dopo Bachelet*, in G. AMATO, G. MARONGIU (a cura di), *L'amministrazione della società complessa*, cit., p. 20, secondo cui il coordinamento per Bachelet «è solo un risultato, un effetto. Non c'è una attività di coordinamento, ma solo strumenti che possono consentire di ottenere questo risultato». Sul punto, tra i molti, anche F.G. SCOCA, *I modelli organizzativi*, in L. MAZZAROLLI, G. PERICU, A. ROMANO, F.A. ROVERSI MONACO, F.G. SCOCA (a cura di), *Diritto amministrativo*, I, Bologna, 2001, p. 398.

Sul concetto di coordinamento amministrativo si veda anche, V. BACHELET, *Coordinamento*, in *Enciclopedia del diritto*, X, Milano, 1962; M. D'ALBERTI, *Coordinamento amministrativo: immagini per la ricerca di un concetto*, in G. AMATO, G. MARONGIU (a cura di), *L'amministrazione della società complessa*, cit., p. 55 ss.; F. PIGA, *Coordinamento (principio del)*, in *Enciclopedia Giuridica*, X, Roma, 1988; C.G. COMPORZI, *Il coordinamento infrastrutturale. Tecniche e garanzie*, Milano, Giuffrè, 1996, p. 92; F. CORTESE, *Il coordinamento amministrativo. Dinamiche e interpretazioni*, Milano, Franco Angeli, 2012.

Sulla differenza tra il concetto di coordinamento e quello di collaborazione, F. MERUSI, *Il coordinamento e la collaborazione degli interessi pubblici e privati dopo la riforma delle autonomie locali e del procedimento amministrativo*, in Aa.Vv., *Gerarchia e coordinamento degli interessi pubblici e privati dopo la riforma delle autonomie locali e del procedimento amministrativo*, Atti del XXXVII convegno di studi di scienza dell'amministrazione, Milano, Giuffrè, 1994, p. 39 ss., secondo cui nei casi in cui si abbia un «incontro paritario fra interessi dello stesso tipo», il coordinamento si trasforma in collaborazione: dal «coinvolgimento degli interessi nella decisione si passa alla disponibilità paritaria degli interessi di cui le Amministrazioni sono portatrici» (49). Sulla distinzione, invece, tra cooperazione e coordinamento, N. BASSI, *Gli accordi fra soggetti pubblici nel diritto europeo*, Milano, Giuffrè, 2004, p. 22, secondo cui «il coordinamento implicherebbe solamente la condivisione, da parte dei soggetti interessati, di determinati standards comuni, i quali una volta introdotti opererebbero autonomamente, in virtù del semplice fatto della loro introduzione e della convenienza per tutti di rispettarli allo scopo di evitare le conseguenze negative di un comportamento non coordinato [...] La cooperazione segnerebbe invece un livello più elevato di integrazione, caratterizzato essenzialmente dalla necessità che i partecipanti assumano impegni positivi volti ad assicurare le controparti circa il loro comportamento futuro e dalla istituzione di meccanismi stabiliti di confronto dialettico e di controllo nonché di materiale scambio fra loro di utilità di comune interesse».

¹³¹ M. NIGRO, *I rapporti tra coordinamento e indirizzo*, in G. AMATO, G. MARONGIU (a cura di), *L'amministrazione della società complessa*, cit., p. 29.

¹³² Considerando 27 del Regolamento UE n. 1025/2012.

– anche in ragione delle fisiologiche differenze dei contesti di riferimento –, svolge comunque una funzione chiave nel momento del riconoscimento reciproco delle stesse, tra i diversi sistemi di regolazione. Si pensi, ad esempio, all'assoluta rilevanza di avere standard riconosciuti a livello internazionale per i dispositivi di protezione individuale (DPI), strumenti indispensabili per la riduzione del contagio da Covid-19. In Europa, la rispondenza di un qualunque tipo di dispositivo ai requisiti del Regolamento UE 2016/425 è realizzata testando i requisiti di prestazione del dispositivo stesso allo Standard Europeo EN 149:2001+A1:2009. Oltre al riferimento alla norma tecnica, il dispositivo filtrante deve riportare sulla confezione o sul prodotto il marchio CE, apposto a garanzia del rispetto delle norme vigenti, solitamente accompagnato da un codice di quattro numeri, che identifica l'organismo notificato che ha certificato la conformità del prodotto alla norma europea.

Gli standard europei, però, non sono gli unici: i dispositivi di protezione sono soggetti in tutto il mondo a varie normative tecniche¹³³, che specificano alcune proprietà fisiche e caratteristiche prestazionali richieste per risultare conformi ai requisiti definiti dal modello particolare di riferimento. Ciò che cambia è la modalità adottata per testare i dispositivi: a seconda della tipologia di test effettuato, i requisiti e le condizioni di prova possono quindi variare.

Il coordinamento tra i vari ordinamenti ha portato – in linea con il Regolamento UE 2019/15 volto a rafforzare il funzionamento del mercato interno «migliorando l'applicazione del principio del reciproco riconoscimento e rimuovendo gli ostacoli ingiustificati al commercio»¹³⁴ – a considerare i dispositivi certificati, che risultano conformi anche solo a uno degli standard elencati, analogamente funzionanti tra loro¹³⁵: lo stesso Ente statunitense per la sicurezza dei prodotti farmaceutici US-FDA ha dichiarato che vi è una ragionevole equivalenza, per le finalità di protezione dal Covid-19, tra KN95 e FFP2¹³⁶. In Italia,

¹³³ Questi sono: N95 (Stati Uniti NIOSH-42CFR84), KN95 (Cina GB2626-2006), P2 (Australia/Nuova Zelanda AS/NZS 1716:2012), Korea 1st class (Korea KMOEL – 2017-64), DS2 (Giappone JMHLW-Notification 214, 2018), F2 (ABNT/NBR 13.698-2011 – Brazil).

¹³⁴ Così l'art. 1 del Regolamento. Sul punto, S. DEL GATTO, *Il Regolamento sul reciproco riconoscimento. Tendenze accentratrici e spinte alla cooperazione amministrativa*, in *Giornale di diritto amministrativo*, 2020, p. 39 ss., secondo la quale «La scarsa fiducia e la ridotta cooperazione tra autorità nazionali e tra queste e le imprese è riconducibile in gran parte alla mancanza di informazioni circa l'operare del principio e ad una conoscenza reciproca delle regole tecniche proprie di ciascun ordinamento profondamente inadeguata. Ciò ha generato difficoltà per le autorità nazionali che hanno faticato a comprendere in concreto, se i prodotti importati fossero disciplinati nel paese di origine in modo equivalente. E ha prodotto incertezze per le imprese che di conseguenza, sono apparse restie ad esportare i propri prodotti in altri Stati membri senza aver previamente adeguato gli standard tecnici a quelli degli Stati di destinazione».

¹³⁵ In tal senso, si veda quanto affermato in un documento pubblicato dalla 3M Company nel febbraio 2021, secondo cui «respirators certified as meeting these standards can be expected to function very similarly to one another, based on the performance requirements stated in the standards and confirmed during conformity testing». Un notevole punto di confronto su cui si è basata la valutazione è rappresentato dagli indici specificati dagli standard ai fini della valutazione della resistenza inalatoria ed espiratoria. Alcuni Paesi richiedono l'esecuzione di test a portate multiple, altri solo nella fascia alta o bassa delle gamme di valori definiti.

¹³⁶ Secondo la FDA, «The table below includes a list of non-NIOSH-approved respirator models manufactured in China that are authorized by this Umbrella EUA for emergency use during the COVID-19 public health emergency», in

il d.l. 17 marzo 2020, n. 18, al comma 2 dell'art. 5-*bis*¹³⁷ ha previsto che «Fino al termine dello stato di emergenza [...], è consentito l'utilizzo di dispositivi di protezione individuali di efficacia protettiva analoga a quella prevista per i dispositivi di protezione individuali previsti dalla normativa vigente. L'efficacia di tali dispositivi è valutata preventivamente dal Comitato tecnico-scientifico di cui all'articolo 2 dell'ordinanza del Capo del Dipartimento della protezione civile n. 630 del 3 febbraio 2020». Tale statuizione assume una rilevanza ancora maggiore se si considera il fatto che, con il diffondersi del virus, un'impennata della domanda si è scontrata con un'insufficiente dotazione di scorte e produzioni domestiche di DPI. All'indisponibilità interna, inoltre, si è aggiunta, nella prima fase pandemica, la difficoltà a importare DPI dai pochi grandi produttori che si sono concentrati in Cina e nel Sud-Est asiatico¹³⁸.

8. Una possibile prospettiva

In conclusione, l'affermarsi di fenomeni socioeconomici globali e di situazioni giuridiche complesse ha reso sempre più evidente l'esigenza, più che di una codificazione unificante, di una «inter-giuridicità operativa»¹³⁹: i cosiddetti regimi privati originano da una auto-giuridificazione di frammenti sociali fortemente diversificati che ricorrono a fonti autonome del diritto al di là della sfera della produzione giuridica statale e dei trattati internazionali. Tra le diverse fonti autonome, una posizione di rilievo è ricoperta dalle conoscenze tecnico-scientifiche, che integrano – quando non arrivano a costituire da sole – la regolazione pubblica.

Nella descritta società complessa, però, non è sufficiente, o risulta comunque non ammissibile che i privati si sostituiscano del tutto alla “mano pubblica”¹⁴⁰ nello svolgimento della funzione regolatoria: è importante che rimanga un ‘presidio’ pubblico, così da evitare che vengano eccessivamente lesi beni

<https://www.fda.gov/medical-devices/coronavirus-disease-2019-covid-19-emergency-use-authorizations-medical-devices/personal-protective-equipment-euas#respirators.s>.

¹³⁷ All'art. 15, inoltre, il legislatore dopo aver previsto che «è consentito produrre mascherine chirurgiche e dispositivi di protezione individuale in deroga alle vigenti disposizioni» e che in tali casi occorre inviare all'ISS un'autocertificazione con le caratteristiche tecniche dei prodotti e trasmettere all'INAIL ogni elemento utile alla validazione dei dispositivi», stabilisce che qualora, all'esito della valutazione, «i prodotti risultino non conformi alle vigenti norme, impregiudicata l'applicazione delle disposizioni in materia di autocertificazione, il produttore ne cessa immediatamente la produzione».

¹³⁸ Su *Il sole 24 ore*, il 21 ottobre 2020 è stato pubblicato l'articolo *La globalizzazione delle mascherine: in Europa l'import è aumentato del 1800%*, in cui, sulla base dei dati forniti da Eurostat, si segnala che «se nel primo semestre del 2019 la Cina deteneva il 62,3% di *market share*, a cui poi facevano seguito Vietnam (8,2%) e Regno Unito (5,6%), a distanza di un anno la supremazia cinese è diventata quasi assoluta, arrivando ad una quota pari al 92,3%, relegando gli altri paesi degni di nota a valori residuali (Vietnam 1,9%; Hong Kong 1,2%; Regno Unito 0,7%)».

¹³⁹ G. TEUBNER, A. FISCHER-LESCANO, *Scontro tra regimi: la vana ricerca di unità nella frammentazione del diritto globale*, cit., p. 148.

¹⁴⁰ Sia che la si voglia intendere – in contrapposizione a quella di Adam Smith – come mano «visibile» sia come mano invisibile. Su tale distinzione, G. Amato, *L'impresa fra mani invisibili e mani visibili: una storia italiana*, in F. AMATORI, M. D'ALBERTI (a cura di), *Impresa italiana. Il contesto*, vol. II, Roma, Treccani, 2020, p. 693 ss.

pubblici essenziali non direttamente protetti dalla logica del mercato e che si dia voce – o che si scelga di dare voce – solamente ad alcuni dei soggetti portatori del sapere tecnico; e ciò non solo per l'incertezza e l'opinabilità che caratterizzano i risultati prodotti dai corpi tecnici ma anche perché appare poco plausibile che nelle fattispecie concrete risultino coinvolti interessi, diritti e valori di cui può farsi rappresentante un solo soggetto. In tal senso, la produzione di norme tecniche frutto di un coordinamento, realizzato tanto a livello strategico e programmatico – ossia per la definizione degli obiettivi di regolazione – quanto a valle – per la determinazione dei rapporti tra standard validi in diversi regimi e ordinamenti¹⁴¹ –, consentirebbe, in un'arena pubblica di regolatori sempre più affollata e disordinata soprattutto a livello internazionale, di superare, o quantomeno ridurre, il problema della sovrapposizione o, al contrario, della incomunicabilità tra sistemi, anche nei differenti livelli territoriali¹⁴². Ed è proprio sulla base di tali considerazioni che appare utile sfruttare la capacità intrinseca dello standard di realizzare, attraverso la sua anima 'multifunzionale', la necessaria *sintesi* dei valori di volta in volta in gioco, così facilitando il realizzarsi del coordinamento necessario a più livelli e tra più soggetti portatori di interessi differenti, anche «degli interessi pubblici affidati, rappresentati e gestiti dal privato»¹⁴³. La regolazione per standard consentirebbe, dunque, di favorire la creazione di un nuovo equilibrio tra dimensione pubblica e privata. In ragione della complessità che si è vista caratterizzare la società e i suoi sottosistemi culturali, però, risulta assolutamente indispensabile prevedere dei meccanismi che garantiscano un grado di trasparenza il più possibile elevato dei processi di formazione della decisione – a qualsiasi livello e in qualsiasi contesto essa avvenga – nel tentativo di sventare un duplice rischio: che venga meno la sottoposizione ai canonici sistemi di controllo, tra cui quello giurisdizionale, sebbene forse eccessivamente ancorato alla verifica della «manifesta irragionevolezza»¹⁴⁴ della disciplina e lontano

¹⁴¹ In particolare, sui rapporti tra sistema globale ed europeo, E. CHITI, B.G. MATTARELLA, *Introduction: The Relationships Between Global Administrative Law and EU Administrative Law*, in E. CHITI, B.G. MATTARELLA (a cura di), *Global Administrative Law and EU Administrative Law. Relationships, Legal Issues and Comparison*, Berlino, Springer, 2011.

¹⁴² Sul punto, F. VIOLA, *Rule of law. Il governo della legge ieri ed oggi*, Torino, Giappichelli, 2011, p. 144, secondo cui il sistema giuridico, in presenza di un ordine plurale, «non si presenta più come un fluire normativo uniforme da un unico centro di autorità, ma come il risultato dell'interrelazione instabile tra molteplici tipi di autorità, o pretese di autorità, situati in differenti luoghi o in differenti processi all'esterno e all'interno dello Stato stesso»

¹⁴³ G.M. MARENGHI, *Standard e regolazione condivisa*, cit., p. 66.

¹⁴⁴ Corte cost., 9 maggio 2013, n. 85, sul famoso caso Ilva: non può «essere ammesso che un giudice (ivi compresa questa Corte) ritenga illegittima la nuova normativa in forza di una valutazione di merito di inadeguatezza della stessa, a prescindere dalla rilevata violazione di precisi parametri normativi, costituzionali o ordinari, sovrapponendo le proprie valutazioni discrezionali a quelle del legislatore e delle amministrazioni competenti. Tale sindacato sarebbe possibile solo in presenza di una manifesta irragionevolezza della nuova disciplina dettata dal legislatore e delle nuove prescrizioni contenute nell'AIA riesaminata. [...] Ciò esclude [...] un "riesame del riesame", che non compete ad alcuna autorità giurisdizionale»; Corte cost., 10 giugno 2014, n. 162: «La regolamentazione degli effetti della PMA di tipo eterologo praticata al di fuori del nostro Paese, benché sia correttamente ispirata allo scopo di offrire la dovuta tutela al nato, pone, infine, in evidenza un ulteriore elemento di irrazionalità della censurata disciplina. Questa realizza, infatti, un ingiustificato, diverso trattamento delle coppie affette dalla più grave patologia, in base alla capacità economica delle stesse, che assurge intollerabilmente a requisito dell'esercizio di un diritto fondamentale, negato solo a quelle prive delle



dall'opportuno «utilizzo dei poteri istruttori per le decisioni *science-baseds*»¹⁴⁵; e che difetti la legittimazione democratica tipica della legislazione tradizionale.

risorse finanziarie necessarie per potere fare ricorso a tale tecnica recandosi in altri Paesi. Ed è questo non un mero inconveniente di fatto, bensì il diretto effetto delle disposizioni in esame, conseguente ad un bilanciamento degli interessi *manifestamente irragionevole*».

¹⁴⁵ A. IANNUZZI, *Istruttoria e valutazioni tecnico-scientifiche*, in *Rivista del Gruppo di Pisa*, 2017, p. 26, che ricostruisce, in ambito costituzionale, le tendenze sul diverso livello di intensità delle pronunce della Corte costituzionale sulle decisioni tecnico-scientifiche; più ampiamente, A. IANNUZZI, *Il diritto capovolto. Regolazione a contenuto tecnico-scientifico e Costituzione*, *cit.*, p. 189 ss.