



Costituzionalismo.it

Fascicolo 3 | 2016

CRISI E CONFLITTI NELL'UNIONE EUROPEA: UNA PROSPETTIVA COSTITUZIONALE

La soft law comunitaria e il diritto statale: conflitto fra ordinamenti o fine del conflitto democratico?

di ALESSANDRA ALGOSTINO

LA *SOFT LAW* COMUNITARIA E IL DIRITTO STATALE:
CONFLITTO FRA ORDINAMENTI O
FINE DEL CONFLITTO DEMOCRATICO?

di *Alessandra Algostino*
Professore associato di Diritto costituzionale
Università degli Studi di Torino

ABSTRACT

ITA

La locuzione *soft law* si riferisce ad un insieme di atti eterogenei che, nella duttilità e flessibilità di forme e legittimazione, presentano un tratto comune: esercitano effetti giuridici rilevanti pur senza possedere efficacia giuridica vincolante. Il ricorso ad atti di *soft law* è particolarmente diffuso nell'ordinamento dell'Unione europea: qual è l'impatto degli strumenti di *soft law* comunitaria sul diritto statale? La *soft law* comunitaria incrementa il coinvolgimento degli Stati, con l'effetto collaterale di bilanciare il deficit democratico, o permette di eludere le procedure formali e ignorare la necessaria presenza di una legittimazione democratica, riducendo il tasso di democrazia?

Nello studio si argomenta come la *soft law* comunitaria appaia coerente rispetto ad un sistema, liquido, informale e policentrico (non a caso spesso qualificato in termini di *governance*), sempre più indifferente - e insofferente - rispetto al parametro della legittimazione democratica e rispondente a sovranità *altre* rispetto a quella popolare. A profilarsi è un conflitto fra ordinamenti, ma non solo: date le caratteristiche della *soft law*, il conflitto fra fonti rischia di trascinare in una erosione dei parametri democratici.

EN

The term “soft law” refers to a heterogeneous set of acts which share, in the malleability and flexibility of their forms and legitimacy, a common feature: they produce relevant legal effects without including any binding legal effect.

The use of soft law is widespread in the European system: which is the impact of EU soft law instruments on the State law? Does the European soft law increase the involvement of the States, resulting in balancing of the democratic deficit as a collateral effect or does it permit the circumvention of the formal procedures neglecting the necessary presence of democratic legitimacy, by reducing the rate of democracy?

In the present essay it is argued how the EU soft law appears consistent with a liquid, informal and polycentric system (often skilled in terms of “governance”), that is more and more indifferent - and hostile - with respect to the parameter of the democratic legitimacy and responsive to *others* sovereignty than the popular one. What is standing out is not only a conflict between legal systems: given the features of soft law, the conflict between sources is likely to overflow into an erosion of democratic parameters.

LA *SOFT LAW* COMUNITARIA E IL DIRITTO STATALE: CONFLITTO FRA ORDINAMENTI O FINE DEL CONFLITTO DEMOCRATICO?

di *Alessandra Algostino*

SOMMARIO: 1. *Premessa*; 2. *I contorni della soft law*; 3. *Il senso della soft law comunitaria*; 4. *Osservazioni conclusive: soft law versus democrazia?*

«Caro Primo Ministro,

Il Consiglio direttivo della Banca centrale europea [...] ritiene che sia necessaria un'azione pressante da parte delle autorità italiane per ristabilire la fiducia degli investitori [...].

È necessaria una complessiva, radicale e credibile strategia di riforme [...].

Confidiamo che il Governo assumerà le azioni appropriate»¹.

M. DRAGHI, J.-C. TRICHET, 5 agosto 2011

1. Premessa

Il 5 agosto 2011, la Banca Centrale Europea (BCE), invia al Governo italiano, anzi, al suo Primo Ministro², una lettera (negli intenti dei mittenti riservata ma ormai piuttosto nota), a firma di Mario Draghi e Jean-Claude Trichet, nella quale esprime la necessità che l'Italia proceda ad una serie di riforme, in aderenza ad una «complessiva» e «radicale» strategia. Gli interventi richiesti spaziano dalla contrattazione collettiva alle pensioni, dalla liberalizzazione dei servizi pubbli-

¹ Lettera della Banca Centrale Europea al Governo italiano del 5 agosto 2011, a firma di J. C. TRICHET e M. DRAGHI, consultabile sul sito del *Il Sole 24 ore*, 29 settembre 2011 (www.ilsole24ore.com).

² La versione inglese della *Lettera* (reperibile su www.corriere.it) recita testualmente «Prime Minister». Per inciso, è facile leggere nella scelta del destinatario della *Lettera* un indice del processo di presidenzializzazione degli esecutivi; comprovata dal fatto che, nonostante alcuni dei provvedimenti sollecitati siano di competenza del Parlamento, la missiva sia indirizzata al *solo* vertice dell'esecutivo.

ci alla disciplina del licenziamento dei lavoratori, passando dalla riforma dell'amministrazione pubblica, per approdare al principio di pareggio di bilancio; senza scordare di indicare anche il tipo di atto con il quale ottemperare³.

Difficile trovare un esempio che meglio condensi i caratteri della *soft law*⁴, così come dei meccanismi della *governance*⁵. Informalità e potere di fatto sono gli elementi che si palesano *prima facie*: da un lato, la non-forma dell'atto – una lettera –; dall'altro, l'esercizio di un potere che esula dalle facoltà proprie del soggetto autore dell'atto⁶, ovvero una carenza di legittimazione, sempre – *ça va sans dire* – che si muova dal presupposto di un ordinamento democratico⁷. Tutto si gioca nell'ottica dell'effettività, che travolge procedure e forme precostituite così come legittimazione ad intervenire.

Una fonte, dunque, la *soft law*, senza dubbio duttile e fluida, quanto a procedura e legittimazione, non giuridicamente vincolante, ma non per questo meno costringente. L'immagine è quella di una rete a maglie di acciaio. Prova ne è nel caso emblematico appena ricordato

³ In particolare nella *Lettera* (citata *ante*) si caldeggia («consideriamo cruciale») l'utilizzo del decreto-legge e, per le regole di bilancio, il ricorso alla revisione costituzionale («sarebbe appropriata anche una riforma costituzionale»).

⁴ I confini della *soft law*, come si dirà meglio *infra*, sono labili e spaziano da una accezione più ristretta e specifica (adottata, ad esempio, in ambito comunitario in relazione agli atti atipici) ad una più ampia e sfumata, alla quale può ascrivere la *Lettera*.

⁵ Oltre i testi citati *infra*, per un primo approccio e per ulteriori indicazioni bibliografiche, si rinvia a A. ARIENZO, *La governance*, Ediesse, Roma, 2013.

⁶ Osserva M. LUCIANI, *Unità nazionale e struttura economica. La prospettiva della Costituzione repubblicana*, in Associazione italiana dei costituzionalisti, *Costituzionalismo e Costituzione nella vicenda unitaria italiana*, Atti del XXVI Convegno annuale, Torino, 27-29 ottobre 2011, Jovene, Napoli, 2014, p. 64: «la vicenda sollecita non pochi interrogativi. Anzitutto, sulla forma: perché la lettera ha toni ultimativi, nei confronti di uno Stato pur sempre sovrano, che poco si addicono ad una Banca centrale; perché la lettera, pur se intenzionata ad incidere sul processo decisionale pubblico e *parlamentare* di quello Stato sovrano, non è stata divulgata ed è rimasta nei cassetti dei mittenti e del destinatario sino a che un quotidiano non l'ha divulgata, con la conseguenza che nemmeno le nostre Assemblee rappresentative, pur sollecitate ad agire, ne sapevano alcunché. Interrogativi sui contenuti, per quanto la lettera dice e per quanto non dice. Per quanto dice, perché non solo indica minutamente i settori nei quali si dovrebbe tagliare la spesa, ma impone anche di farlo per decreto legge, impingendo nella sovranità del Parlamento, tenuto a convertirlo “by end September 2011”...».

⁷ Da ultimo, *ex multis*, ragiona di «conseguenze serie... sotto il profilo della legittimazione democratica» in relazione alla BCE, rilevate la sua indipendenza e le sue notevoli attribuzioni, G. CERRINA FERONI, *Organismi sovranazionali e legittimazione democratica. Spunti per una riflessione*, in *Federalismi.it*, n. 20/2016, p. 6.

l'assolvimento puntuale delle richieste avanzate nella lettera. A titolo di esempio, si può citare l'adozione del principio di pareggio di bilancio con la legge costituzionale, come da *desiderata*, n. 1 del 2012, ma si possono ricordare anche il D. L. n. 138 del 2011, convertito in L. n. 148 del 2011, che sancisce il netto *favor* per la contrattazione collettiva di livello aziendale⁸, o la L. n. 92 del 2012, che interviene sul licenziamento illegittimo, modificando l'art. 18 dello Statuto dei lavoratori (L. n. 300 del 1970), o il D. L. n. 201 del 2011 (il c.d. decreto "Salva Italia"), convertito in L. n. 214 del 2011, che all'art. 24 riforma il sistema pensionistico, etc.⁹.

La *soft law* influenza sempre più, oltre che la sfera della decisione politica, la produzione del diritto: è possibile darne una definizione? E ancora: si può individuare un fondamento – una norma di riconoscimento o una norma sulla competenza – che quantomeno istituisca una facoltà ad intervenire, se pur al di fuori di un procedimento formale? In nome di chi e per che cosa agisce l'effettività?

Il presente studio si propone di contestualizzare tali interrogativi, con un *focus* sul rapporto fra la *soft law* comunitaria e il sistema delle fonti del diritto dell'ordinamento italiano. A profilarsi è un conflitto fra ordinamenti, ma non solo: date le caratteristiche della *soft law*, il conflitto fra fonti rischia – e si anticipano alcune riflessioni conclusive – di trascinare in una erosione dei parametri democratici.

2. I contorni della *soft law*

Pur volendo soffermarsi sullo specifico della *soft law* comunitaria, non si può prescindere dal muovere dalla questione preliminare della definizione della *soft law*.

⁸ Sul punto ci si permette di rinviare a A. ALGOSTINO, *Diritti flessibili nell'era dei feudi aziendali. Considerazioni intorno all'accordo su democrazia e rappresentanza del 28 giugno 2011 e all'art. 8 bis della manovra finanziaria-bis (l. 148 del 2011)*, in *Costituzionalismo.it*, n. 3/2011.

⁹ Per un approfondimento sul "seguito" normativo della lettera della BCE, si veda E. OLIVITO, *Crisi economico-finanziaria ed equilibri costituzionali. Qualche spunto a partire dalla lettera della BCE al Governo italiano*, in *Rivista AIC*, n. 1/2014.

La locuzione *soft law* è di origine dottrinale¹⁰ e non esiste allo stato una precisa definizione stabilmente condivisa¹¹, per cui occorre procedere tentando di delineare i contorni e enucleare gli elementi che concorrono a qualificare un atto o un fatto come appartenente alla *soft law*. Ciò, muovendo dalla constatazione che la morbidezza della *soft law*, oltre ad essere declinata in termini di flessibilità delle procedure e vaghezza dell'orizzonte giustificativo, si riflette nell'eterogeneità¹² delle forme¹³, comprendendo un «insieme disomogeneo di atti e fatti normativi»¹⁴. Per limitarsi a qualche esempio¹⁵, all'alveo della *soft law* sono generalmente ricondotte le dichiarazioni di principi e le risoluzioni dell'Assemblea generale delle Nazioni Unite, gli accordi *non-binding*, così come, più ampiamente, raccomandazioni, dichiarazioni, pareri, comunicazioni, orientamenti, codici di condotta, adottati da organizzazioni internazionali e sovranazionali, ma anche da istituzioni nazionali, come le autorità amministrative indipendenti o i comitati etici, registrando non di rado una commistione fra pubblico e privato¹⁶. Spesso poi si rinviene la distinzione fra atti di *pre-law*, *post-law* e

¹⁰ La *soft law* nasce in primo luogo come elaborazione della dottrina internazionalista (senza qui approfondire il punto, ci si limita a segnalare R. R. BAXTER, *International Law in "Her Infinite Variety"*, in *The International and Comparative Law Quarterly*, Vol. 29, n. 4, 1980, pp. 549 ss.).

¹¹ Da ultimo, cfr. F. TERPAN, *Soft Law in the European Union: The Changing Nature of EU Law*, in *European Law Journal*, 2014, p. 6: «the difficulty with soft law is the very fluidity of the notion. Paradoxically, soft law is an oft-used concept, which is still given very different meanings as no consensus has emerged in scholarship».

¹² L'eterogeneità pare indubbiamente uno degli elementi caratterizzanti la *soft law*. Per la dottrina italiana, fra gli altri, in questo senso, cfr. B. PASTORE, *Soft law, gradi di normatività, teoria delle fonti*, in *Lavoro e diritto*, n. 1/2003, p. 9: «il diritto può essere *soft* con riguardo alla sua autorità, al suo contenuto, alla sua efficacia. Può esserlo, inoltre, in quanto espressione di una giuridicità allo stato incoativo. L'eterogeneità appare, pertanto, un suo tratto peculiare» (si veda anche ID., *Il soft law nella teoria delle fonti*, in A. SOMMA (a cura di), *Soft law e hard law nelle società postmoderne*, Giappichelli, Torino, 2009, p. 123).

¹³ Difficile non notare la vicinanza con la *governance: soft law* (per la produzione giuridica) e *governance* (per il processo decisionale) come processi speculari, alternativi (e potenzialmente contrappositivi) rispetto a *hard law* e *government*.

¹⁴ E. MOSTACCI, *La soft law nel sistema delle fonti: uno studio comparato*, Cedam, Padova, 2008, p. 2.

¹⁵ Per un primo approfondimento su atti di *soft law* a livello di diritto internazionale, comunitario, transnazionale e nazionale, si veda E. MOSTACCI, *La soft law nel sistema delle fonti*, cit.

¹⁶ Altro elemento – la commistione fra pubblico e privato – che segna la consonanza fra *soft law* e *governance*. In relazione alla *governance*, si vedano, per un primo approccio, P. ROSANVALLON, *La contre-démocratie. La politique à l'âge de la défiance*, Seuil, Paris, 2006,

para-law, a seconda che la *soft law* preceda l'adozione di fonti formali di *hard law* (libri bianchi, libri verdi, programmi), si limiti ad interpretarle ed integrarle (direttive interpretative, circolari) o ne rappresenti *tout court* una alternativa (raccomandazioni, comunicazioni, pareri)¹⁷. L'ultima ipotesi restituisce in misura maggiore il segno della trasformazione che sta subendo il diritto, attraverso l'esautoramento e la sostituzione delle fonti tradizionali da parte del diritto morbido, ma anche le prime due ipotesi mostrano il peso che quest'ultimo esercita sulla produzione e sull'applicazione dell'*hard law*, attraverso l'interpretazione, l'indirizzo e l'orientamento.

Tratto comune degli atti di *soft law* – che registra una convergenza della dottrina – è l'esercizio di effetti giuridici rilevanti, pur senza il possesso di efficacia giuridica vincolante: si ragiona cioè di «rules of conduct which, in principle, have no legally binding force but which nevertheless may have practical effects»¹⁸.

Se la giuridicità dell'*hard law* discende in particolare dall'essere posto da autorità a ciò legittimate e seguendo la procedura precostituita, in aderenza ad una concezione formale o istituzionalistica del diritto, il carattere giuridico della *soft law* discende dalla sua effettività, in adesione ad una prospettiva funzionalista o, meglio, *esclusivamente* funzionalista. Non si possono certo negare, infatti, né il ruolo che l'effettività gioca anche sul piano delle fonti formali¹⁹ né la possibilità

trad. it. *La politica nell'era della sfiducia*, Città Aperta Edizioni, Troina (En), 2009, p. 264, per il quale la *governance* richiama «un réseau hétérogène et interactif de participants», dove «opérateurs publics et privés se mêlent et interagissent», esercitando ciascuno il suo potere “governante”, che sia politico, economico, mediatico; M. R. FERRARESE, *La governance tra politica e diritto*, il Mulino, Bologna, 2010, p. 30, che definisce la *governance* «la più seria rimessa in gioco» della separazione tra diritto pubblico e diritto privato; con specifico riferimento alla *soft law*, cfr., tra gli altri, R. BIN, *Soft law, no law*, in A. SOMMA (a cura di), *Soft law e hard law nelle società postmoderne*, cit., pp. 33, 38.

¹⁷ Sulla classificazione della *soft law* attraverso il riferimento alle tre funzioni indicate, cfr. L. SENDEN, *Soft Law in European Community Law*, Hart Publishing, 2004, p. 120; R. BIN, *Soft law, no law*, cit., pp. 37-38.

¹⁸ F. SNYDER, *The Effectiveness of European Community Law: Institutions, Processes, Tools and Techniques*, in *The Modern Law Review*, 1993, vol. 56, n. 1, p. 32; nella dottrina italiana, recentemente, con un'ampia ricostruzione sul punto, si veda E. MOSTACCI, *La soft law nel sistema delle fonti*, cit., pp. 3 ss.

¹⁹ Per tutti, cfr. C. MORTATI, *Istituzioni di diritto pubblico*, Tomo I, X ed. rielaborata ed aggiornata a cura di F. MODUGNO, A. BALDASSARRE e C. MEZZANOTTE, Cedam, Padova, 1991, p. 8: «una disubbidienza diffusa verrebbe a togliere alle norme il requisito dell'“effettività”»; più recentemente, R. GUASTINI, *Le fonti del diritto. Fondamenti teo-*

che anche l'*hard law* assuma una prospettiva funzionale, come avviene con il diritto costituzionale.

Il discorso può in parte variare nel caso in cui sia ravvisabile un fondamento, ovvero una norma (formale) sulla produzione giuridica che prevede l'intervento di atti di *soft law*, ma il piano dell'effettività concreta interviene comunque quando si passa al piano dell'adozione (non formalizzata) e dell'applicazione²⁰.

La *soft law* poi – osserva dottrina condivisa – manca della sanzione e della forza coattiva che tradizionalmente è associata alla norma²¹ e si pone al di fuori dell'orizzonte della validità²², esplicando i suoi effetti a livello pratico, con intensità e gradi di normatività variabili²³.

Se sull'assenza di coazione vi è convergenza, peraltro, sulla normatività, si registra la presenza di due tesi differenti: «the binary view and the idea of graduate normativity»²⁴. La teoria “binaria” accentua

rici, in A. CICU, F. MESSINEO, L. MENGONI, P. SCHLESINGER, *Trattato di diritto civile e commerciale*, Giuffrè, Milano, 2010, p. 75: «una norma non può considerarsi giuridicamente esistente – anche se risponde ai criteri di validità dell'ordinamento vigente – qualora non sia per nulla accettata e osservata dai suoi destinatari».

²⁰ In questo senso si può richiamare R. BIN, *Soft law, no law*, cit., pp. 32-33, quando osserva, a proposito del potere normativo delle autorità indipendenti, come gli «atti entrano nel “sistema” perché previsti dalla legge, dall'*hard law*...», ma anche come «i poteri regolamentari... sono delimitati in modo abbastanza generico sia per estensione che per grado di discrezionalità esercitabile».

²¹ Senza dimenticare che la teoria sanzionatoria del diritto non è priva di lacune e fallacie; basti pensare all'esistenza di norme giuridiche prive di sanzione oppure ascrivibili al c.d. diritto promozionale o a quello premiale (per tutti, cfr. N. BOBBIO, *Dalla struttura alla funzione. Nuovi studi di teoria del diritto*, 1977, ed. Laterza, Roma-Bari, 2007), ma anche alla non esclusiva pertinenza della sanzione al mondo giuridico.

²² Cfr., fra gli altri, M. R. FERRARESE, *Soft law: funzioni e definizioni*, in A. SOMMA (a cura di), *Soft law e hard law nelle società postmoderne*, cit., p. 71.

²³ Diffuso nei ragionamenti sulla *soft law* è il richiamo ad una normatività graduata (*ex multis*, P. WEIL, *Towards Relative Normativity in International Law?*, in *The American Journal of International Law*, 1983, v. 77, n. 3, pp. 413 ss., critico sui «potential dangers that some recent developments... bring in their wake for the future of international law as a normative system intended to perform certain functions»; R. R. BAXTER, *International Law*, cit.; A. SOMMA, *Some like it soft. Soft law e hard law nella costruzione del diritto privato europeo*, in A. SOMMA (a cura di), *Soft law e hard law nelle società postmoderne*, cit., p. 154); ovvero, all'inesistenza di un confine netto fra ciò che è diritto e ciò che non lo è (in questo senso, C. THIBIERGE, *Le droit souple, réflexion sur les textures du droit*, in *Revue trimestrielle de droit civil*, 2003, n. 4, pp. 599 ss.).

²⁴ A. PETERS, I. PAGOTTO, *Soft Law as a New Mode of Governance: A Legal Perspective*, in *NewGov - New Modes of Governance Project*, 2006, p. 6 (le Autrici aderiscono alla «continuum view»); per riferimenti bibliografici alle differenti prospettive, cfr. anche T.

la contrapposizione tra *soft law* e *hard law*, ritenendo la prima non «ancora diritto», mentre la teoria “gradualistica” considera come essa «è già diritto»²⁵.

Senza voler qui entrare in complessi dibattiti sul concetto di norma e di diritto, resta che, pur mancando della coattività propria delle norme adottate, attraverso procedimenti e forme predeterminate, dalle istituzioni a ciò preposte, la *soft law* costituisce, o mira a costituire, *di fatto* una fonte del diritto. Si potrebbe, cioè, anche affermare che la *soft law* non è una fonte del diritto in senso formale e legale, ma contribuisce a produrre diritto²⁶. Può essere qualificata come fonte *extra ordinem*, fermo restando che ciò facilmente significa anche *contra ordinem*. La sua esistenza è riconducibile all’effettività²⁷ e suoi parametri sono l’efficacia e il risultato. Essa è coerente «con l’assetto reale dei poteri che si manifestano e si stabilizzano»²⁸.

Come in relazione ad ogni fatto suscettibile di incidere sul diritto, si può sostenere, da un lato, che la *soft law* non può essere ignorata – come magistralmente insegna la Costituzione quando prende atto degli «ostacoli» esistenti (art. 3, c. 2); dall’altro, che la constatazione della

FAJARDO, *Soft Law*, Oxford Bibliographies (www.oxfordbibliographies.com), 30 January 2014, pp. 6-8.

²⁵ Così J. LUTHER, *Riconoscimento di forza normativa ad atti non prodotti da poteri-fonte (la soft law)*, in M. DOGLIANI (a cura di), *Il libro delle leggi strapazzato e la sua manutenzione*, Giappichelli, Torino, 2012, p. 67.

²⁶ Per una espunzione netta dal sistema delle fonti del diritto della *soft law*, si rinvia a R. BIN, *Soft law, no law*, cit., p. 37: «il soft law, per definizione, non c’entra con le “fonti del diritto”, ossia con l’hard law»; ad esso invece è riconosciuto un ruolo nel processo di interpretazione; diversamente, B. PASTORE, *Soft law, gradi di normatività, teoria delle fonti*, cit., pp. 12-14, che ascrive il *soft law* fra le fonti del diritto, muovendo da una concetto ampio di fonte («vi sono fonti che forniscono all’operatore giuridico immediatamente una norma valida e fonti che offrono soltanto idee, ispirazioni, orientamenti, effetti di indirizo... Le fonti, così, presentano gradi diversi di oggettivazione») e da una normatività graduale, con un intreccio tra teoria delle fonti e teoria dell’interpretazione.

²⁷ *Ex multis*: A. PIZZORUSSO, *Delle fonti del diritto*, Art. 1-9, in A. SCIALOJA e G. BRANCA, *Commentario del codice civile*, Bologna-Roma, 1977, p. 541: le fonti *extra ordinem* rappresentano «un prodotto immediato del principio di effettività il quale... funziona direttamente come una norma sulla produzione giuridica...»; G. ZAGREBELSKY, *Manuale di diritto costituzionale*, v. 1. *Il sistema delle fonti del diritto*, Utet, Torino, 1988, p. 260: «le fonti materiali sono per definizione sempre *effettive*».

²⁸ Così G. ZAGREBELSKY, *Manuale di diritto costituzionale*, v. 1. *Il sistema delle fonti del diritto*, cit., p. 259, interpreta la legittimità quando si ragiona di fonti *extra ordinem* o materiali (non riconducibili «alle norme sulla produzione del diritto facenti capo alla costituzione, quale «fonte delle fonti» (formali)).

sua esistenza non implica necessariamente la sua accettazione, anzi, in quanto rappresenta un “ostacolo”, essa deve essere rimossa.

Proseguendo, si può cioè precisare come la *soft law* sia – specie se del tutto irrituale quanto a fondamento e forme (come, per intenderci, nell’ipotesi della *Lettera* della BCE) – fonte del diritto/strumento di produzione giuridica su un piano puramente descrittivo, un piano *di fatto*, non di rado ai confini fra giuridico e non giuridico.

Diverso è il discorso se si trascorre ad un piano prescrittivo, ovvero, coerente rispetto ad un sistema delle fonti situato nella prospettiva del costituzionalismo e della democrazia costituzionale, con un approccio di tipo sostanzialista e contenutistico²⁹. In questa ipotesi la *soft law* può integrare uno strumento di indebita – e democraticamente illegittima – influenza sulle istituzioni e i cittadini. Ciò, ovviamente, assumendo quale parametro della prescrittività il concetto di costituzione dell’art. 16 della Dichiarazione francese dei diritti dell’uomo e del cittadino del 1789, così come sviluppato nel costituzionalismo novecentesco sino alla sua versione emancipante³⁰, relegando fra le costituzioni descrittive quelle «indifferenti al mantenimento del loro contenuto»³¹, ovvero quelle che si limitano a riflettere i meri rapporti di potere e/o assumono una *grundnorm* noncurante rispetto al contesto

²⁹ Sul tema si veda G. ZAGREBELSKY, *Il diritto mite. Legge diritti giustizia*, Einaudi, Torino, 1992, spec. p. 154, a proposito della positivizzazione e dell’incorporazione dei principi del diritto naturale nelle costituzioni.

³⁰ In senso ampio, sulla storia del costituzionalismo, si segnalano, fra gli altri, C. H. MCILWAIN, *Constitutionalism: Ancient and Modern*, 1947, trad. it. *Costituzionalismo antico e moderno*, il Mulino, Bologna, 1990; M. DOGLIANI, *Introduzione al diritto costituzionale*, il Mulino, Bologna, 1994; G. FERRARA, *La Costituzione. Dal pensiero politico alla norma giuridica*, Feltrinelli, Milano, 2006; H. MOHNHAUPT, D. GRIMM, *Costituzione. Storia di un concetto dall’Antichità a oggi*, Carocci, Roma, 2008; V. ONIDA, *La Costituzione ieri e oggi*, il Mulino, Bologna, 2008, spec. pp. 52 ss.; M. FIORAVANTI, *Costituzionalismo. Percorsi della storia e tendenze attuali*, Laterza, Roma-Bari, 2009; R. L. BLANCOVALDÉS, *La construcción de la libertad. Apuntes para una historia del constitucionalismo europeo*, Alianza, Madrid, 2010; per la specificazione del costituzionalismo come «emancipante», cfr. A. DI GIOVINE, M. DOGLIANI, *Dalla democrazia emancipante alla democrazia senza qualità?*, in *Quest. giust.*, n. 2/1993, pp. 321 ss..

³¹ M. DOGLIANI, *Validità e normatività delle costituzioni (a proposito del programma di Costituzionalismo.it)*, in *Costituzionalismo.it*, n. 2/2004, che prosegue rilevando, intesa la normatività come il contrario della descrittività, come le costituzioni normative possano divenire descrittive con il «diffondersi di concezioni svalutative... a fronte dell’emergere di nuove regole *contra* o *extra constitutionem* accreditate e legittimate come conformi ad un’ineluttabile “natura”: evoluzione tecnologica, evoluzione geopolitica, natura obbiettiva (a-politica) dello stato di diritto, natura obbiettiva (a-politica) dell’UE come spazio “adatto” all’attuale fase della globalizzazione...».

democratico, quale la massimizzazione – all'interno di un'economia competitiva di mercato – dei profitti (per pochi).

«In ultima istanza ciò che conta e da cui tutto dipende è l'idea del diritto»³², nel senso di struttura, di funzione, ma anche di contenuto, ovvero di rapporto rispetto ad una opzione politica³³, per cui, un atto di *soft law* perfettamente coerente con l'obiettivo della stabilità dei prezzi e/o delle creazione di un mercato competitivo, nel contesto di un ordinamento descrittivo e fattuale, o, più semplicemente fondato sull'economia sociale di mercato fortemente competitiva come meta-principio, può essere illegittimo in un ordinamento che rispecchia i canoni della democrazia e pone al centro il progetto di emancipazione sociale (dove determinate istituzioni, forme e fini/funzioni).

Si aggiunga che anche nell'ipotesi di un atto di *soft law* che sia, dal punto di vista del contenuto, *secundum Constitutionem*, può comunque essere ravvisata una violazione della Costituzione, sia in senso formale, in quanto non vi è una riconducibilità alla Costituzione come *higher law* e norma ultima sulla produzione giuridica, sia in quanto la posizione di atto esterno rispetto al quadro delle fonti formali (quali manifestazioni di potere normativo avente il proprio fondamento ultimo nella sovranità popolare), ma dotato di effetti giuridici, può concretizzare una violazione del principio di sovranità popolare, eludendo la rappresentanza, precludendo spazio alla politica e possibilità di espressione al conflitto sociale³⁴. La *soft law* per sua natura mira,

³² G. ZAGREBELSKY, *Il diritto mite*, cit., p. 3.

³³ Per un riferimento sintetico e recente, cfr. F. BILANCIA, *Positivismo giuridico e studio del diritto costituzionale*, in *Costituzionalismo.it*, n. 2/2010: «il fenomeno giuridico viene così ad essere valutato in base alla propria *funzione*, ma nulla esclude che si possa procedere altrimenti nel definire la sua stessa propria natura. Il diritto ad esempio è più spesso valutato in relazione alla sua *struttura*, alla sua *forma*; oppure in relazione ai *contenuti di valore* cui si ispira e che intende realizzare o, infine, in base alla *volontà* del potere, dell'autorità dalle cui decisioni provengono i comandi di cui si compone. In questa breve introduzione siamo già riusciti ad individuare almeno quattro differenti profili del fenomeno giuridico cui possono corrispondere metodi altrettanto distinti di rappresentazione della sua propria essenza, approcci e modelli di osservazione e valutazione del diritto che storicamente la scienza ha altresì a volte composto tra loro in differenti combinazioni o, altrimenti, gerarchicamente ordinato... Il diritto è sempre riconducibile ad un sistema di valutazione, ad un paradigma composto quale insieme di opzioni politiche che nel rappresentarne storicamente il fondamento concorrono altresì a qualificare l'osservazione, lo studio e la riflessione che su tale oggetto vengano condotte...».

³⁴ Oltre la considerazione che «deviare dalle forme tipiche della produzione di norme generali significa smarrire uno dei capisaldi dello Stato di diritto» (R. BIN, *Soft law, no law*, cit., p. 35).

quando non a produrre direttamente effetti giuridici, ad influenzare la produzione giuridica, senza essere vincolata al rispetto dei parametri propri di uno stato democratico e di diritto. In questo senso il suo contenuto può essere il più disparato, ovvero essa è potenzialmente una formula vuota, neutra, ma evoca di per sé una contrapposizione rispetto all'(*hard*) *law*. Una formula vuota, peraltro, che, in mancanza di strumenti adeguati, è facile preda e strumento di affermazione dei valori dominanti, quali quelli oggi connessi ad una globalizzazione economica all'insegna dell'"economia sociale di mercato fortemente competitiva".

Il discorso sulla *soft law* conduce ad interrogarsi sul concetto di diritto. Senza lasciarsi avvolgere dal fascino che il tema evoca, si può muovere, riducendo ad estrema sintesi, dall'enucleazione di due narrazioni-base del diritto. Il diritto può essere concepito come comando, imposizione, da parte di chi esercita il potere, evocando obbedienza: lo *ius* non come *iustitia* ma come *iubere*³⁵. Oppure, il diritto può essere visto come frutto di auto-organizzazione, se pur attraverso la mediazione della rappresentanza, ponendosi nell'ottica dell'osservanza³⁶, nella prospettiva di «una forma di associazione che difenda e protegga le persone e i beni degli associati sfruttando al massimo la forza comune, associazione nella quale ogni uomo, pur unendosi a tutti gli altri, non obbedisca tuttavia che a se stesso e resti libero come prima»³⁷. La Costituzione, intesa in senso prescrittivo, interviene ad assicurare in quest'ultima ipotesi che il principio di maggioranza non degeneri in tirannia della maggioranza³⁸; fermo restando che la mediazione della rappresentanza deve possedere gli anticorpi necessari ad impedire che essa si tramuti in finzione della rappresentanza, ovvero in schiavitù

³⁵ Cfr. G. FERRARA, *Diritto soggettivo, diritto oggettivo. Uno sguardo sugli apici del giuridico*, in *Costituzionalismo.it*, n. 3/2008.

³⁶ P. GROSSI, *Prima lezione di diritto*, Laterza, Roma-Bari, 2003, spec. p. 15.

³⁷ J.-J. ROUSSEAU, *Du contrat social ou principes du droit politique*, 1762, I, 6, trad. it. *Il contratto sociale*, Rizzoli, Milano, 1962, p. 63.

³⁸ «Cosa è mai la maggioranza, presa in corpo, se non un individuo che ha opinioni e spesso interessi contrari ad un altro individuo che si chiama minoranza. Ora, se voi ammettete che un uomo fornito di tutto il potere può abusarne contro i suoi avversari, perché non ammettere ciò anche per la maggioranza?» (A. DE TOCQUEVILLE, *De la démocratie en Amérique*, 1835-1840, trad. it. *La democrazia in America*, Rizzoli, Milano, 1997, Libro II, cap. VII, p. 257).

mascherata dal ricorso al voto ogni cinque anni³⁹. Il diritto può essere strumento di asservimento al potere (nel nome, ad esempio, del profitto di pochi come con la *global economic governance*)⁴⁰ oppure strumento di emancipazione e limitazione del potere (nel nome della persona e nell'orizzonte del costituzionalismo).

Ora, senza mitizzare la legge come espressione della volontà generale⁴¹, mitizzazione, peraltro, esclusa quasi di *default* stante il processo ormai in stadio avanzato di presidenzializzazione e verticalizzazione del potere nonché di svolta in senso maggioritario del sistema politico complessivamente inteso⁴², è evidente la differenza fra un diritto prodotto da organi che possiedono una legittimazione democratica e ai quali è attribuita la competenza ad intervenire in un determinato ambito e un diritto che si impone in virtù della sua forza (persuasiva).

In proposito non si può non osservare come la persuasività presenti quantomeno degli elementi di ambiguità. In altri termini, tornando alla *soft law* non convince la sua ascrizione al diritto osservato, ovvero la sua configurazione come fonte basata sul consenso o, meglio, non convince *a priori*. Entrano in causa, infatti, alcune variabili inerenti la natura del consenso, che può nascere da una partecipazione effettiva e da parte di soggetti che possiedono una legittimazione democratica,

³⁹ ... in – possiamo aggiungere –, ricorrendo ad un fortunato ossimoro, «autocrazia elettiva» (così M. BOVERO, *Ma la democrazia ha un futuro? Uno sguardo dall'Italia*, in *Ragion pratica* 25, 2005, p. 436; cfr. anche ID., *Democrazia al crepuscolo?*, in M. BOVERO, V. PAZÈ (a cura di), *La democrazia in nove lezioni*, Laterza, Roma-Bari, 2010, p. 12).

⁴⁰ Sulla diseguaglianza intrinseca all'attuale globalizzazione economica, basti citare i dati del recente Rapporto Oxfam, presentato in occasione del Forum di Davos, *An economy for the 1%. How privilege and power in the economy drive extreme inequality and how this can be stopped*, 18 January 2016 (210 Oxfam Briefing Paper, www.oxfam.org): il patrimonio delle 62 persone più facoltose del pianeta è cresciuto negli ultimi cinque anni (2010-2015) del 41% (oltre 500 miliardi di dollari), mentre la metà più povera del pianeta si è impoverita in misura pari al 41% (per un primo commento, cfr. A. BARANES, *Il mondo in mano all'1% di supermiliardari*, in *il manifesto*, 19 gennaio 2016, che, fra l'altro, evidenzia come le diseguaglianze stiano non solo aumentando, ma anche accelerando).

⁴¹ Con l'ovvia precisazione che quando si ragiona di "volontà generale" nello stato democratico-pluralistico o sociale, se ne adotta una accezione non strettamente rousseauiana ma fondata sul richiamo all'interesse generale, al quadro costituzionale e al suo essere il precipitato della composizione di interessi plurali, quando non *tout court* confliggenti.

⁴² Per tacere dei malesseri della legge, come il prevalere dell'aspetto provvedimentale e settoriale sulla regolazione generale e astratta, o come la presenza di un numero esorbitante e confuso di norme, sia che ciò si legga come dato strutturale (così G. ZAGREBELSKY, *La legge e la sua giustizia*, il Mulino, Torino, 2008, p. 87), sia che si insista sulla "cattiva tecnica" (per una diagnostica dei "mali delle leggi", cfr. M. DOGLIANI (a cura di), *Il libro delle leggi strapazzato*, cit.).

oppure può consistere in un semplice allineamento sulle posizioni di soggetti detentori di potere (politico, sociale, economico)⁴³. Chiarendo il concetto: la mancanza di coazione giuridica fa sì che la *soft law* richieda un adempimento formalmente volontario da parte dei destinatari, ma è evidente che il potere dei soggetti dal quale proviene può di fatto coartare la scelta (di ottemperare o meno alle proposte/orientamenti espressi nell'atto di *soft law*), senza che vi siano una legittimazione, procedure e forme⁴⁴ che garantiscano l'ascrivibilità del potere ad un orizzonte democratico.

Certo, l'idea di un «un prodotto aperto, capace di essere reattivo a sempre nuove situazioni»⁴⁵ e aperto al coinvolgimento fluido dei soggetti interessati, non manca di fascino, ma può anche essere un canto delle sirene che maschera sotto forme gradevoli la dura legge del più forte: assenza di rigidità, in altre parole, può significare anche libero gioco dei rapporti di forza, senza barriere a tutela dei più deboli. In questa prospettiva il costituzionalismo nasce da aspirazioni ideali e fiduciose nell'avvenire ma anche dalla consapevolezza del «male»: la costituzione, se vuole essere «la garanzia della libertà di un popolo», deve limitare e regolare il potere perché «un grado di potere troppo grande... è un male quali che siano le mani cui lo si affida»⁴⁶. La forza, per restare a Benjamin Constant, «appartiene a chi se ne impadronisce: non costituisce un diritto e se la riconoscete come legittima, sarà tale nelle mani di chiunque...»⁴⁷.

Ma torniamo alla persuasività e all'osservanza, come categorie opposte alla coazione e all'obbedienza. Ora, anticipando possibili obiezioni, si può osservare come la persuasività possa essere declinata non necessariamente nei termini di una imposizione discendente

⁴³ In argomento, si veda A. PIZZORUSSO, *Delle fonti del diritto*, cit., p. 541, che, tra i fattori che determinano in pratica «l'operatività del principio di effettività», annovera il «consenso formatosi fra gli appartenenti alla comunità circa l'opportunità o la doverosità di osservare determinate regole» così come «pressioni di ordine politico, economico, culturale o di altro genere, non escluse quelle derivanti dalla minaccia dell'uso della forza... o dalla suggestione di qualunque altro strumento di persuasione palese od occulto».

⁴⁴ Per tutti, basti ricordare Tocqueville (A. DE TOCQUEVILLE, *La democrazia in America*, cit., Libro III, parte IV, cap. VII, ed. cit. p. 740), quando scrive delle «forme», il cui «principale merito è di servire di barriera fra il forte e il debole...».

⁴⁵ B. PASTORE, *Soft law, gradi di normatività, teoria delle fonti*, cit., p. 9.

⁴⁶ B. CONSTANT, *Principes de politique*, versione 1815, trad. it. *Principi di politica*, a cura di U. CERRONI, Editori Riuniti, 1970, pp. 49, 54.

⁴⁷ B. CONSTANT, *Principi di politica*, cit., p. 53.

dall'esercizio di potere (un potere di fatto), ma anche come adesione ad argomentazioni convincenti, sulla base dell'autorevolezza derivante ad esempio dalla ragione. È l'ipotesi, quest'ultima, che ricorre in relazione alla forza persuasiva di pronunce giurisprudenziali che non abbiano *ex lege* efficacia *erga omnes* o non siano coperte dal principio dello *stare decisis*. Il fondamento del diritto può essere individuato in tali casi nella ragione e trova un riconoscimento nel ruolo e nella posizione propria degli organi giudiziari, imprescindibili in una democrazia, proprio anche in quanto non direttamente riconducibili al voto popolare e al principio di maggioranza. Si tratta, dunque, senza misconoscere il rischio di oligarchizzazione del diritto che può manifestarsi in presenza di un forte attivismo giudiziario, di questione in radice differente da quella nel quale l'influenza è ascrivibile ad un potere di fatto, esercitato *ultra vires*.

Non irrilevante in questo contesto è la considerazione che la *soft law* può provenire da istituzioni pubbliche (dotate, ma anche non dotate, di diretta legittimazione democratica, come nell'esempio citato in apertura), da soggetti privati, dal *mélange* di soggetti privati e pubblici.

Emblematico è il caso dei *Principi Unidroit*⁴⁸, elaborati in materia di contratti del commercio internazionale⁴⁹: un codice nel quale l'Istituto Internazionale per l'Unificazione del Diritto Privato raccoglie e coordina la nuova *lex mercatoria*, recependo, ma anche rielaborando alla luce dei principi generali del diritto, il diritto prodotto dalla classe imprenditoriale⁵⁰. I *Principi Unidroit* sono norme di *soft law*, non giuridicamente vincolanti, prodotte da soggetti privati e rielaborate nell'ambito di un'organizzazione intergovernativa indipendente (nata attraverso un accordo multilaterale⁵¹, di cui attualmente sono mem-

⁴⁸ Cfr. M. J. BONELL, *Un "Codice" Internazionale del Diritto dei Contratti. I principi Unidroit dei Contratti Commerciali Internazionali*, Milano, Giuffrè, 2006; F. MARRELLA, *La nuova "lex mercatoria". Principi Unidroit e usi dei contratti del commercio internazionale*, in F. GALGANO (diretto da), *Trattato di diritto commerciale e di diritto pubblico dell'economia*, Cedam, Padova, 2003, v. XXX.

⁴⁹ Esistono ormai tre raccolte di *Principi Unidroit* (1994, 2004 e 2010; i relativi testi sono reperibili sul sito dell'organizzazione, www.unidroit.org).

⁵⁰ Così F. GALGANO, *Lex mercatoria*, il Mulino, Bologna, ed. 2010, pp. 252-253.

⁵¹ Si potrebbe anche precisare ri-nata, in quanto la versione attuale dell'organizzazione, risalente al 1940, ridà vita all'Istituto creato nel 1926 come organo ausiliario della Società delle Nazioni.

bri, avendo aderito allo Statuto, 63 Stati, fra i quali l'Italia⁵²), e conoscono importanti applicazioni negli arbitrati internazionali. Potremmo sintetizzare: un diritto privato, ammorbidito dall'intervento di un soggetto in senso lato pubblico, ma comunque dalla legittimazione democratica inconsistente, applicato nell'ambito di procedimenti flessibili rimessi alla gestione delle parti (private)⁵³, ma influenti anche sugli Stati⁵⁴.

Nemmeno convince la visione positiva della *soft law* come diritto fondato sulla cooperazione, che nasce dalla partecipazione dei soggetti interessati: come non pensare che essa non possa costituire veicolo per l'affermazione degli interessi più forti⁵⁵?

Riprendendo il discorso intorno all'idea di diritto, pare di scorgere nella *soft law* una fonte che più facilmente accede all'immagine di un diritto recettivo del fatto (ovvero del concreto atteggiarsi del/dei poteri), in contrapposizione rispetto ad un diritto come quello costituzionale, che esprime anche un dover essere, con una forte valenza controfattuale, come quella emblematicamente espressa nell'art. 3, c. 2, della Costituzione italiana. Il che può equivalere ad affermare che, a Costituzione vigente, la *soft law* non è fonte del diritto.

È un diritto, però, quello morbido, che insinuandosi con la sua duttilità e il suo approccio "persuasivo", non limitandosi a occupare spazi lasciati vuoti dall'*hard law*, mira sempre più ad instaurare con esso un rapporto gerarchico⁵⁶, che si estrinseca non tanto in un annullamento

⁵² L'elenco degli Stati, consultato in data 13 ottobre 2016, è reperibile in www.unidroit.org/fr/presentation/etats-membres.

⁵³ Si pensi in specie ai meccanismi ISDS (*Investor-State Dispute Settlement*); per una loro analisi con la chiave di lettura del costituzionalista, ma anche per indicazioni bibliografiche, sia consentito citare A. ALGOSTINO, *ISDS (Investor-State Dispute Settlement), il cuore di tenebra della global economic governance*, in *Costituzionalismo.it*, n. 1/2016, parte II, pp. 103 ss.

⁵⁴ Scrive T. E. FROSINI, *Legislazione e comparazione*, in *Dir. Pubbl. Comp. ed Europeo*, n. 1/2015, p. 67, a proposito dell'affermarsi, con la c.d. globalizzazione, di «nuove e varie fonti del diritto come la *soft law*», come esse «sono frutto di una prassi giuridica che altera la gerarchia normativa e che sottrae agli Stati la titolarità del diritto consentendo ad altri soggetti, soprattutto privati, di partecipare attivamente alla produzione del diritto».

⁵⁵ Per una critica alla concezione neocorporativa del processo decisionale («che determina l'inesorabile prevalere dell'interesse forte sull'interesse debole») e una riscoperta del conflitto e del ruolo dei parlamenti, cfr. A. SOMMA, *Some like it soft*, cit., pp. 168-170.

⁵⁶ Come rileva A. PIZZORUSSO, *Delle fonti del diritto*, cit., p. 543, a proposito delle fonti *extra ordinem*, esse «si pongono in alternativa alle fonti legali e prevalgono o meno su di esse, caso per caso, a seconda della pressione che i fattori di carattere extragiuridico... concretamente sviluppano».

del diritto formale, quanto nella restrizione dei suoi spazi e in una sua subordinazione, con l'esautoramento della Costituzione come *higher law*⁵⁷.

L'immagine irenica di un intreccio virtuoso e conciliante fra diritto *soft* e diritto *hard* lascia lo spazio – pare di poter provvisoriamente asserire – ad una fotografia che ritrae l'esistenza di un conflitto, di una lotta per il diritto (e per la Costituzione⁵⁸). È un conflitto che riguarda processi decisionali e forme, ma anche il contenuto, suscettibile di veicolare presupposti, in senso lato costituzionali, inconciliabili, o comunque estranei, rispetto al costituzionalismo moderno.

3. Il senso della *soft law* comunitaria

Così precisati i contorni ed il contesto legati alla *soft law*, si può specificare quanto osservato in relazione alla *soft law* comunitaria.

Nell'ambito dell'Unione europea il ricorso agli strumenti di *soft law* è diffuso⁵⁹, sia che si tratti di atti che trovano una loro previsione in trattati/norme comunitarie sia che si ragioni di atti privi di una base legale⁶⁰. Il sistema delle fonti è costruito *ab origine*, e poi interpretato dalla Corte di Giustizia, in modo meno rigido di quanto avviene negli

⁵⁷ Osserva A. SOMMA, *Some like it soft*, cit., pp. 154-155: le prime riflessioni sulla *soft law* si sono sviluppate «entro il diritto internazionale pubblico, materia desiderosa di emanciparsi dal potere statale» (nonché «incapace di esprimere un ordine dotato di una reale forza coercitiva»).

⁵⁸ In argomento, ci si limita a richiamare M. DOGLIANI (fra gli altri, *La costituzione italiana del 1947 nella sua fase contemporanea*, in Atti dei Convegni Lincei, *Lo stato della Costituzione italiana e l'avvio della Costituzione europea* (Roma, 14-15 luglio 2003), Accademia Nazionale dei Lincei, pp. 33 ss., e in *Costituzionalismo.it*, n. 2/2003) e G. AZZARITI, *Il costituzionalismo moderno può sopravvivere?*, Laterza, Roma-Bari, 2013.

⁵⁹ La *soft law* «it has always played a role in European integration» (così D. M. TRUBEK, M. P. COTTRELL, M. NANCE, “*Soft Law*”, “*Hard Law*” and *European Integration: Toward a Theory of Hybridity*, University of Wisconsin Legal Studies Research Paper No. 1002, November 2005, p. 1); per una critica all'apertura del diritto comunitario alla *soft law*, cfr. U. MATTEI, *The European Codification Process. Cut and Paste*, Kluwer, The Hague, 2003, spec. pp. 107 ss.

⁶⁰ Per una ricognizione della *soft law* dell'Unione europea, si vedano, fra gli altri, in specie, L. SENDEN, *Soft Law in European Community Law*, cit.; F. TERPAN, *Soft Law in the European Union*, cit.; E. MOSTACCI, *La soft law nel sistema delle fonti*, cit.; A. POGGI, *Soft law nell'ordinamento comunitario*, in Convegno annuale AIC – 2005, “L'integrazione dei sistemi costituzionali europeo e nazionali”, Catania, 14-15 ottobre 2015 (reperibile in www.archivio.rivistaaic.it).

ordinamenti nazionali; si pensi per limitarsi a due profili⁶¹, al ricorrente riferimento all'adozione di «misure», quando non «azioni»⁶², senza specificazione dell'atto, e all'approccio sostanzialista⁶³ (che induce, restando all'esempio più noto, a ritenere immediatamente applicabili le direttive, laddove il contenuto lo consenta, al di là del *nomen iuris* e degli effetti che i trattati vi riconnettono⁶⁴⁶⁵).

Ne *La governance europea—Un libro bianco* (un atto, esso stesso, di *soft law*), redatto dalla Commissione europea, si legge: «l'atto normativo è soltanto parte di una più ampia soluzione, nella quale si combinano norme formali con altri strumenti non vincolanti quali raccomandazioni, orientamenti o anche autoregolamentazione secondo

⁶¹ E. MOSTACCI, *La soft law nel sistema delle fonti*, cit., p. 72, menziona anche il ruolo giocato dal principio di sussidiarietà, che può porsi «come un criterio di scelta tra opzioni normative differenti e tra di loro alternative».

⁶² Restando ai primi articoli: il termine «misure» compare nell'art. 5 TFUE, par. 1 («Gli Stati membri coordinano le loro politiche economiche nell'ambito dell'Unione. A tal fine il Consiglio adotta delle misure, in particolare gli indirizzi di massima per dette politiche») e par. 2 («L'Unione prende misure per assicurare il coordinamento delle politiche occupazionali degli Stati membri, in particolare definendo gli orientamenti per dette politiche»); nell'art. 26 TFUE («L'Unione adotta le misure destinate all'instaurazione o al funzionamento del mercato interno, conformemente alle disposizioni pertinenti dei trattati»); così come nell'art. 20 TFUE, il quale, in tema di diritti connessi al possesso della cittadinanza europea, rinvia a generiche misure per condizioni e limiti di esercizio degli stessi («Tali diritti sono esercitati secondo le condizioni e i limiti definiti dai trattati e dalle misure adottate in applicazione degli stessi»). Una veloce ricerca per parole restituisce la presenza del termine «misure» ben 245 volte nel testo del TFUE (anche espungendo i casi nei quali il termine compaia con altri significati, è evidente il rilievo del rinvio).

⁶³ Per tutti, cfr. case 147/83, *Münchener Import-Weinkellerei Herold Binderer GmbH v. Commission of the European Communities*, sent. 29 gennaio 1985 (in *Raccolta della Giurisprudenza 1985*, pp. 270-271): «la scelta della forma non può cambiare la natura di un atto» (par. 11); «bisogna dunque valutare la natura dell'atto impugnato ed in particolare gli effetti giuridici che esso mira a produrre o produce effettivamente» (par. 12).

⁶⁴ Cfr. art. 288 TFUE («...La direttiva vincola lo Stato membro cui è rivolta per quanto riguarda il risultato da raggiungere, salva restando la competenza degli organi nazionali in merito alla forma e ai mezzi...»).

⁶⁵ Sulle fonti comunitarie come sistema non «costruito su base formale», cfr. A. D'ATENA, *L'anomalo assetto delle fonti comunitarie*, in *Il Diritto dell'Unione Europea*, n. 4/2001, pp. 591 ss., che argomenta in questo senso muovendo da alcune «constatazioni empiriche»: «enorme varietà dei procedimenti di produzione normativa»; «categorizzazione degli atti normativi comunitari... effettuata prescindendo completamente dalla componente formale»; insussistenza di «piena corrispondenza» «tra tipi di prescrizioni e procedimenti»; insussistenza di «piena corrispondenza» «tra tipi di atti ed organi deliberativi»; essendo anzi «vero il contrario»; procedimenti «non utilizzati solo per gli atti normativi, ma anche per atti diversi (di tipo amministrativo)» (pp. 592-595).

uno schema concordato in comune»⁶⁶, d'accordo con la dottrina che ragiona di «“hybrid” constellations in which both hard and soft processes operate in the same domain and affect the same actors»⁶⁷.

La *soft law* in ambito comunitario è stata così definita: «Community soft law concerns the rules of conduct which find themselves on the legally non-binding level (in the sense of enforceable and sanctionable) but which according to their drafters have to be awarded a legal scope, that has to be specified at every turn and therefore do not show a uniform value of intensity with regard to their legal scope, but do have in common that they are directed at (intention of drafters) and have as effect (through the medium of the Community legal order) that they influence the conduct of Member States, institutions, undertakings and individuals, however without containing Community rights and obligations»⁶⁸.

Alla *soft law* comunitaria sono generalmente ricondotti, citando senza pretesa di esaustività: raccomandazioni, pareri, libri bianchi e libri verdi, programmi di azione, codici di condotta, risoluzioni, comunicazioni, conclusioni⁶⁹, e, come risulta dalla citazione in apertura, anche atti quali semplici “lettere”, così come accordi “morbidi” con Paesi terzi (quali i partenariati bilaterali per la mobilità e la migrazione)⁷⁰, nonché, in senso ampio, gli accordi interistituzionali e il metodo aperto di coordinamento⁷¹.

⁶⁶ Commissione, *La governance europea – Un libro bianco*, in *Gazz. Uff. Com. europee*, C 287/1 del 12.10.2001, COM (2001) 428 def./2, p. 17.

⁶⁷ D. M. TRUBEK, M. P. COTTRELL, M. NANCE, “*Soft Law*”, “*Hard Law*” and *European Integration*, cit., pp. 3-4.

⁶⁸ Così G. M. BORCHARDT, K.C. WELLENS, *Soft Law in European Community Law*, in *European Law Review*, 1989, 14, p. 285 (con la precisazione che gli Autori propongono la definizione come ipotesi di lavoro, da verificare nel corso della ricerca).

⁶⁹ Sul sito dedicato all'accesso al diritto dell'Unione europea – EUR-Lex –, alla voce “Strumenti giuridici dell'UE”, si legge «al di là di questi atti enunciati all'articolo 288 del TFUE, la pratica ha condotto allo sviluppo di tutta una serie di atti atipici: accordi interistituzionali, risoluzioni, conclusioni, comunicazioni, libri verdi e libri bianchi» (sito consultato il 24 ottobre 2016).

⁷⁰ Degno di nota è stato il dibattito circa l'iscrizione fra gli atti di *soft law* della Carta dei diritti fondamentali (Nizza, 2000), anche se ormai il discorso è superato con l'entrata in vigore del Trattato di Lisbona, che le attribuisce «lo stesso valore giuridico dei trattati» (art. 6 TUE).

⁷¹ In questo senso – come è stato notato (A. POGGI, *Soft law nell'ordinamento comunitario*, cit., p. 3) – la *soft law* si può considerare sia come una tipologia di atti sia come una tecnica di regolazione (sia come comprendente entrambi); similmente, F. BANO, *Diritto del lavoro e nuove tecniche di regolazione: il “soft law”*, in *Lavoro e diritto*, n. 1/2003, pp. 53-54,

Ora, l'intento non è qui approfondire in maniera sistematica i vari atti e la casistica della *soft law* comunitaria, ma assumere elementi che possano contribuire a chiarire il rapporto fra essa e il sistema nazionale delle fonti, ovvero, in senso più ampio, i rapporti fra i due ordinamenti.

In primo luogo, qualche suggestione interessante proviene dall'analisi dell'efficacia delle raccomandazioni, anche alla luce della giurisprudenza della Corte di Giustizia.

Raccomandazioni e pareri sono esplicitamente contemplati all'art. 288 TFUE che li qualifica come atti non vincolanti: essi possiedono una base legale, che non conferisce tuttavia loro un'efficacia giuridicamente vincolante; dunque, in quanto esercitano effetti giuridici, ricadono sotto la definizione di *soft law*⁷². In proposito è stato ricordato come «recommendations have no binding force», «however, the Court of Justice has held that national courts are bound to take them into consideration in deciding disputes»⁷³. In specifico, la Corte di Giustizia ha chiarito che «i giudici nazionali sono tenuti a prendere in considerazione le raccomandazioni ai fini della soluzione delle controversie sottoposte al loro giudizio, in particolare quando esse sono di aiuto nell'interpretazione di norme nazionali adottate allo scopo di garantire la loro attuazione, o mirano a completare norme comunitarie aventi natura vincolante»⁷⁴.

rileva come la *soft law* si riferisce «non solo ad uno specifico complesso di regole, ma anche al *metodo* con il quale vengono prodotte e utilizzate tali regole». Con specifico riguardo alla fonti – può aggiungersi – ciò può essere specificato come applicazione del carattere *soft* tanto in relazione agli effetti dell'atto quanto in relazione alle sue procedure (che possono godere, ad esempio, della “procedimentalizzazione flessibile” degli accordi interistituzionali).

⁷² Per una approfondita disamina, corredata da molti esempi, cfr. L. SENDEN, *Soft Law in European Community Law*, cit., spec. pp. 162 ss.

⁷³ F. SNYDER, *The Effectiveness of European Community Law*, cit. p. 32.

⁷⁴ Così Corte di Giustizia, case C-322/88, *Grimaldi v Fonds des Maladies Professionnelles*, sent. 13 dicembre 1989, par. 18 (in *Raccolta della Giurisprudenza 1989*, p. 4421). Nel caso di specie, si afferma che «le raccomandazioni della Commissione 23 luglio 1962, per l'adozione di un elenco europeo delle malattie professionali, e 20 luglio 1966, n. 66/462, relativa alle condizioni di indennizzabilità delle vittime di malattie professionali, non possono di per sé attribuire ai singoli diritti di cui essi possano avvalersi dinanzi ai giudici nazionali. Tuttavia, questi ultimi sono tenuti a prendere in considerazione le raccomandazioni ai fini della soluzione delle controversie sottoposte al loro giudizio, in particolare qualora siano di aiuto nell'interpretazione di altre norme nazionali o comunitarie» (par. 19).

È un'influenza, quella esercitata dalle raccomandazioni, che spesso è *ultra vires*, in quanto, come precisa la Corte di Giustizia, esse «sono in genere adottate dalle istituzioni Comunitarie», oltre che nelle ipotesi nelle quali le istituzioni stesse «ritengono che non vi sia motivo di adottare norme più vincolanti», «quando queste non dispongono, in forza del trattato, del potere di adottare atti obbligatori»⁷⁵. Se alle istituzioni comunitarie non è riconosciuta in un determinato settore la competenza in ordine ad atti vincolanti, l'adozione di atti che non lo sono ma mirano comunque a produrre effetti giuridici, non è un tentativo di ampliamento surrettizio rispetto a materie (non) devolute? Si può realizzare in tal modo un'indebita – priva anche della copertura costituzionale dei Trattati comunitari ex art. 11 (e art. 117, c. 1) Cost. – influenza sul legislatore e/o sul giudice nazionale, con un effetto a cascata sulla sovranità popolare, in quanto si produce diritto al di fuori dei meccanismi predeterminati dal quadro costituzionale.

Il discorso della produzione di effetti *ultra vires* o, più ampiamente, di effetti giuridici in mancanza di efficacia vincolante, può declinarsi sia in relazione agli atti qualificati come «atipici», nel senso che si discostano, per «natura, caratteri ed effetti», dalla tipologia dell'atto al quale sono ricondotti, o del quale presentano (alcune) caratteristiche, sia in relazione agli «atti non previsti», i quali non compaiono nell'art. 288 TFUE, che opera una ricognizione degli atti giuridici dell'Unione, e «talora non sono neanche contemplati dai Trattati»⁷⁶.

Tali atti «possono produrre effetti giuridici nei confronti dei terzi», come in alcuni casi ha ammesso la Corte di giustizia e, comunque, possono «provocare una legittima aspettativa negli amministrati che si conformino al loro contenuto»⁷⁷.

Non isolati sono i casi nei quali la Corte di Giustizia si è pronunciata in ordine ad atti di *soft law* sul presupposto della loro capacità di produrre effetti vincolanti⁷⁸.

⁷⁵ Corte di Giustizia, case C-322/88, *Grimaldi v Fonds des Maladies Professionnelles*, cit., par. 13.

⁷⁶ G. STROZZI, R. MASTROIANNI, *Diritto dell'Unione europea. Parte istituzionale*, Giapichelli, Torino, ed. 2013, pp. 305-307.

⁷⁷ G. STROZZI, R. MASTROIANNI, *Diritto dell'Unione europea*, cit., p. 307. E. MOSTACCI, *La soft law nel sistema delle fonti*, cit., p. 89, ragiona, in relazione alle comunicazioni della Commissione, di assunzione di «valore lato sensu normativo», in quanto esse possono influenzare i comportamenti dei soggetti e generare in essi affidamento.

⁷⁸ Per un'ampia casistica, cfr. L. SENDEN, *Soft Law in European Community Law*, cit. (per riferimenti, si veda la *Table of Cases*, pp. XVII ss.).

A titolo di esempio, si possono qui richiamare, *ex multis*, due pronunce aventi ad oggetto atti rispettivamente ascrivibili alla *soft law* declinata come *para-law* e *pre-law*.

Nel primo caso la sentenza concerne un codice di condotta riguardante «le irregolarità nonché l'organizzazione di un sistema d'informazioni sulle irregolarità» nell'ambito dei finanziamenti legati ai fondi strutturali. Ribadito che «secondo la costante giurisprudenza della Corte, l'azione di annullamento deve potersi esperire nei confronti di qualsiasi provvedimento adottato dalle istituzioni, indipendentemente dalla sua natura e dalla sua forma, che miri a produrre effetti giuridici», la Corte rileva come il codice in questione, rubricato «modalità di applicazione», impone «agli Stati membri obblighi specifici relativi al contenuto dell'informazione nonché alla frequenza e alle modalità della comunicazione di detta informazione alla Commissione» e «costituisce un atto destinato a produrre effetti giuridici propri», donde la possibilità che esso possa costituire «oggetto di ricorso di annullamento»⁷⁹. Nel caso specifico, il provvedimento viene poi annullato in quanto «costituisce un atto adottato da un'autorità incompetente»⁸⁰. Si pone l'accento, cioè, sull'indebita estensione della competenza, non sulla produzione di effetti giuridici, che, comunque, stante il tipo di atto, non dovrebbero esservi⁸¹. *A contrario* ci si può dunque domandare: se la Commissione fosse stata titolare della competenza, l'atto, pur senza essere strutturalmente idoneo a generare effetti giuridici, avrebbe potuto (legittimamente) produrli? La premessa della Corte induce ad una risposta affermativa sia in ragione dell'opzione per un criterio sostanzialista sia in quanto si possono leggere la ricevibilità del ricorso e la possibilità di ottenere un annullamento come un riconoscimento della possibilità per l'atto di esplicare effetti giuridici.

Ora, i codici di condotta sono generalmente ascritti fra gli atti di *para-law*, cioè la forma di *soft law* maggiormente e direttamente incisiva, «alternative to legislation»: «their very designation already im-

⁷⁹ Corte di Giustizia, case C-303/90, *French Republic v Commission of the European Communities*, sent. 13 novembre 1991 (in *Raccolta della Giurisprudenza*, 1991, I-5340 ss.).

⁸⁰ Corte di Giustizia, case C-303/90, *French Republic v Commission of the European Communities*, cit., par. 35 (p. I-1349).

⁸¹ Cfr. E. MOSTACCI, *La soft law nel sistema delle fonti*, cit., p. 72: «l'assetto delle fonti comunitarie... risulta essere particolarmente flessibile, ben potendo le istituzioni utilizzare gli strumenti e le misure ritenuti più idonei, con il limite di non eccedere il proprio ambito competenziale».

plies that codes of conduct aim at laying down rules of conduct, which are naturally intended to influence the behaviour of their addressees»⁸². È la produzione di effetti giuridici in sé che suscita non pochi dubbi di legittimità: la questione non è tanto il rispetto del *nomen iuris*, quanto il fatto che si perseguono fini (la produzione di effetti giuridici) senza rispettare le procedure alle quali è connessa l'efficacia giuridica, con un *vulnus* che si ripercuote sulla democraticità degli atti (sulla sovranità popolare, sulla rappresentanza, ...), amplificando il già strutturale – e ampiamente riconosciuto – deficit democratico delle istituzioni europee.

Il secondo esempio che si riporta concerne un atto di *pre-law*: le linee direttrici della Commissione del 15 ottobre 1997 in materia di fondi strutturali, relativamente alle rettifiche finanziarie nette⁸³.

La Corte richiama anche in questo caso la «giurisprudenza costante», secondo la quale il «ricorso d'annullamento deve potersi esperire nei confronti di qualsiasi provvedimento adottato dalle istituzioni, indipendentemente dalla sua natura e dalla sua forma, che miri a produrre effetti giuridici»⁸⁴. Il giudice europeo, tuttavia, nel caso in esame, rileva come le «linee direttrici producono effetti solamente nella sfera interna dell'amministrazione e non creano diritti o obblighi in capo a terzi. Atti del genere non rappresentano quindi atti lesivi idonei, in quanto tali, ad essere oggetto di un ricorso d'annullamento»⁸⁵. Le linee direttrici, dunque, non vengono considerate idonee «a produrre effetti giuridici» e il ricorso è dichiarato irricevibile⁸⁶. Nel prosieguo, quindi, si osserva che non sussistono motivi ostativi all'adozione nel caso di specie (le rettifiche finanziarie in applicazione dell'art. 24 del regolamento n. 4253/88) di linee direttrici, rilevando anzi come esse «contribuiscono a garantire che, quando la Commissione adotta decisioni in base a detto articolo, gli Stati membri o le autorità da essi de-

⁸² L. SENDEN, *Soft Law in European Community Law*, cit., pp. 211, 214.

⁸³ *Linee direttrici relative alle rettifiche finanziarie nette in applicazione dell'articolo 24 del regolamento (CEE) n. 4253/88*.

⁸⁴ Corte di Giustizia (sesta Camera), case C-443/97, *Kingdom of Spain v Commission of the European Communities*, sent. 6 aprile 2000, in *Raccolta della Giurisprudenza*, 2000, pp. I-2429 ss., par. 27 (p. I-2442).

⁸⁵ Corte di Giustizia (sesta Camera), case C-443/97, *Kingdom of Spain v Commission of the European Communities*, cit., par. 28 (p. I-2442).

⁸⁶ Corte di Giustizia (sesta Camera), case C-443/97, *Kingdom of Spain v Commission of the European Communities*, cit., par. 36 (p. I-2444).

signate fruiscono, in situazioni analoghe, di un trattamento identico»⁸⁷. Ancora, si specifica, l'atto in questione «rende manifesta soltanto l'intenzione» della Commissione «di seguire una determinata linea di condotta nell'esercizio della competenza attribuitale dall'art. 24 del regolamento di coordinamento»⁸⁸. Le linee-diretrici costituiscono, quindi, un tipico atto di *pre-law*, un «parametro normativo delle future decisioni della Commissione in materia», ovvero «una disciplina astratta della materia»⁸⁹.

Analogo discorso può farsi per gli atti come libri verdi, libri bianchi e programmi d'azione, ovvero atti preparatori adottati dalla Commissione (nella forma della comunicazione)⁹⁰, che, in vario modo (generalmente i *Green Papers* svolgono una prima ricognizione, mentre i *White Papers* contengono proposte più concrete e dettagliate)⁹¹, possiedono una funzione di *pre-law*, di prefigurazione e anticipazione di interventi normativi.

Affermare che un atto di *soft law* è anticipatorio rispetto ad un atto normativo equivale ad attribuire alla *soft law* la produzione di «indirect legal effects»⁹², sia nei confronti della successiva produzione normativa comunitaria (eventualmente influenzando le decisioni anche di altri organi), sia nei confronti dei legislatori degli Stati membri.

Se la *soft law* stabilisce una certa disciplina, anticipando in ipotesi l'oggetto di un successivo regolamento, il rischio è di coartare la volontà del Parlamento, già dimidiata dal ruolo della Commissione e del Consiglio dell'Unione nel procedimento legislativo.

Ancora: se «eventuali futuri atti comunitari aventi valore vincolante non potranno (pena la violazione dei principi di certezza e di affidamento) che recepire gli sviluppi e le indicazioni»⁹³ di cui a tali atti di *soft law*, il mancato riconoscimento della produzione di effetti giuridi-

⁸⁷ Corte di Giustizia (sesta Camera), case C-443/97, *Kingdom of Spain v Commission of the European Communities*, cit., par. 32 (p. I-2443).

⁸⁸ Corte di Giustizia (sesta Camera), case C-443/97, *Kingdom of Spain v Commission of the European Communities*, cit., par. 34 (p. I-2443).

⁸⁹ A. POGGI, *Soft law nell'ordinamento comunitario*, cit., p. 9.

⁹⁰ L. SENDEN, *Soft Law in European Community Law*, cit., pp. 123 ss.

⁹¹ Per un approfondimento sul punto, cfr. sempre L. SENDEN, *Soft Law in European Community Law*, cit., pp. 124 ss.

⁹² Si veda L. SENDEN, *Soft Law in European Community Law*, cit., pp. 321 ss. (per una sintesi, cfr. spec. p. 360).

⁹³ Così A. POGGI, *Soft law nell'ordinamento comunitario*, cit., p. 9.

ci rischia semplicemente di sostanzirsi in una loro sottrazione alla giurisdizione della Corte di Giustizia.

Quanto, peraltro, al richiamo al principio di certezza e affidamento, ci si può domandare se non è piuttosto la *soft law* in sé, stante la fluidità che la connota, a revocare in dubbio la certezza del diritto; per tacere del fatto che il principio di certezza del diritto non può annullare l'obbligo di rispettare le procedure democratiche.

L'influenza sul legislatore nazionale trova poi veicolo e forza anche nel richiamo al «principio di leale cooperazione» fra l'Unione e gli Stati membri⁹⁴, laddove si prevede che questi ultimi «adottano ogni misura di carattere generale o particolare atta ad assicurare l'esecuzione degli obblighi derivanti dai trattati o conseguenti agli atti delle istituzioni dell'Unione» e «facilitano all'Unione l'adempimento dei suoi compiti e si astengono da qualsiasi misura che rischi di mettere in pericolo la realizzazione degli obiettivi dell'Unione»⁹⁵.

In sintesi, come è stato osservato, gli atti in questione «possono prestarsi... al tentativo di creare degli obblighi di comportamento, falsando i meccanismi istituzionali, senza offrire adeguate garanzie per gli interessati»⁹⁶.

Si potrebbero ovviamente esaminare molti altri casi, ma gli esempi citati consentono già di evidenziare tre constatazioni, dalle quali si possono trarre alcune osservazioni di carattere generale.

Ciò precisando che, se anche «arguments about hard and soft law are based largely on pragmatic and functional questions» («how do these processes work; which one works best?»), non convince l'assunto: «the debate about hard and soft law cannot be resolved in the abstract or in a general way»⁹⁷. Tale discorso, infatti, si livella sul piano dell'efficienza, “scordando” che tema centrale e imprescindibile è quello della legittimazione democratica.

⁹⁴ La Corte – è stato osservato – «motiva la ricevibilità e, successivamente, legittima la sua decisione su tre basi diverse»: il principio di certezza, il principio di cooperazione e il principio di competenza (così A. POGGI, *Soft law nell'ordinamento comunitario*, cit., p. 9).

⁹⁵ Art. 4, par. 3, TUE.

⁹⁶ G. STROZZI, R. MASTROIANNI, *Diritto dell'Unione europea*, cit., p. 307.

⁹⁷ D. M. TRUBEK, M. P. COTTRELL, M. NANCE, “Soft Law”, “Hard Law” and European Integration, cit., p. 3.

Prima constatazione: la Corte di Giustizia riconosce l'adottabilità degli atti di *soft law*, ovvero la possibilità che atti atipici e/o non previsti producano effetti giuridici⁹⁸.

Al di là del dato del riconoscimento della *soft law*, non si può non notare come la Corte di Giustizia si (auto-)attribuisca in tal modo rilevanti poteri. Essa si pronuncia sulla validità dell'atto, non solo verificando la conformità dello stesso al quadro normativo comunitario, bensì, anche in difformità rispetto al dato formale, effettuando un riconoscimento, dal carattere "creativo", della possibilità per l'atto di produrre effetti giuridici, ovvero si pone quasi come una fonte sulla produzione.

Ciò integra un *vulnus* rispetto a vari elementi chiave di un ordinamento democratico; per citarne alcuni, la separazione fra i poteri, lo stato di diritto, la legittimazione democratica del diritto. Le violazioni sono poi aggravate dalla considerazione della composizione della Corte di Giustizia: un giudice per Stato membro e undici avvocati generali designati «di comune accordo dai governi degli Stati membri per sei anni»⁹⁹, con mandato rinnovabile. Il requisito dell'indipendenza pare quantomeno lacunoso, a vantaggio, in specie, degli esecutivi.

Seconda constatazione. Pare di poter individuare, rilevando il carattere paradigmatico dei casi citati, la Commissione come la principale artefice della *soft law* comunitaria. Ora, la procedura legislativa europea (ordinaria) è strutturalmente caratterizzata da una forte presenza degli esecutivi, Commissione e Consiglio dell'Unione europea, costituendo un esempio del riconosciuto deficit democratico che connota le istituzioni europee. Basti ricordare, in sintesi, come solo la Commissione europea abbia un potere di iniziativa legislativa e come il Consiglio dell'Unione europea compartecipi necessariamente con il Parlamento all'esame e all'approvazione della proposta¹⁰⁰. Se a ciò si aggiunge il dato della *soft law* prodotta dalla Commissione, ma anche dagli altri organi esecutivi dell'Unione, nonché, da organi totalmente

⁹⁸ «Sebbene nella giurisprudenza della Corte non compaia mai il termine *soft law*... è indubbio che la sua giurisprudenza sugli atti atipici e/o non nominati... ha costituito e costituisce un fertile terreno di alimentazione del fenomeno stesso, attraverso l'indiretta legittimazione costituita dall'ingresso di tali atti nel giudizio comunitario» (A. POGGI, *Soft law nell'ordinamento comunitario*, cit., p. 14); ferme restando poi le differenti interpretazioni circa il grado di vincolatività della *soft law*.

⁹⁹ Art. 19, par. 2, TUE.

¹⁰⁰ Art. 294 TFUE.

sganciati da qualsivoglia legittimazione democratica, come la Banca Centrale Europea, risulta evidente l'espropriazione della produzione di diritto esercitata dall'esecutivo ai danni dell'organo rappresentativo.

Terza constatazione: la *soft law* comunitaria è suscettibile di influenzare il diritto nazionale. Le fonti europee, come è noto, costituiscono ormai parte cospicua del sistema normativo statale, con tutti i dubbi che ne derivano in ordine all'esautoramento, non tanto della sovranità in sé, quanto della sovranità popolare (stante il citato deficit democratico delle istituzioni e dei processi decisionali in sede di Unione europea, per tacere del possibile contrasto fra i principi fondanti l'Unione europea e i principi fondamentali della Costituzione)¹⁰¹. Qual è in questo contesto il significato della *soft law*?

Procedendo per opposti, si possono tratteggiare due interpretazioni, che conoscono poi numerose sfumature intermedie. Da un lato, vi è la tesi che legge la *soft law* comunitaria come metodo per incrementare la cooperazione con gli Stati, quando non la partecipazione delle parti sociali, attraverso procedimenti non impositivi e che garantiscono un maggior coinvolgimento, con l'effetto collaterale – si può aggiungere – che la funzione attribuita alla *soft law* potenzialmente potrebbe, almeno parzialmente, bilanciare il deficit democratico.

Dall'altro lato, si situa la lettura della *soft law* come strumento opaco, che assicura ampia discrezionalità e possibilità di eludere le procedure formali, con una estensione delle facoltà degli organi esecutivi e/o comunque dell'intervento di organi e soggetti che agiscono senza una legittimazione democratica (come la BCE). Il tasso di democrazia dell'Unione scende ulteriormente, segnando una distanza ancora maggiore rispetto ai canoni della democrazia di quanto non accada con la produzione dell'*hard law* comunitaria.

A sostegno di quest'ultima interpretazione, oltre quanto si è già argomentato *ante*, si possono citare gli obiettivi ai quali tende la *soft law*, così come esplicitati dalla Commissione europea: «l'Unione deve essere in grado di reagire con maggiore prontezza al modificarsi delle condizioni di mercato e ai nuovi problemi che si presentano, abbre-

¹⁰¹ Contrasto cui consegue la possibilità di attivare i controlimiti; in merito ci si limita qui a richiamare, in relazione proprio anche alla questione della democraticità del processo di integrazione europea, la giurisprudenza del Tribunale costituzionale tedesco, dalle note sentenze *Maastricht* e *Lisbona* all'ultima pronuncia del Tribunale, del 21 giugno 2016, sulla questione delle OMT (*Technical Features of Outright Monetary Transactions*).

viando i tempi lunghi necessari per adottare e applicare le norme comunitarie»¹⁰².

Emerge chiaramente il nesso fra la *soft law*, con la sua «giuridicità destrutturata e multiforme»¹⁰³, e l'ordinamento – la *governance* – dell'«economia sociale di mercato fortemente competitiva», alla quale si riferisce l'art. 3, par. 3, TUE¹⁰⁴, con la sua esigenza di regole conformabili e, nel contempo, la lontananza dall'idea della legge come atto normativo predisposto in modo da assicurarne la riconducibilità alla rappresentanza, nonché caratterizzato da generalità e astrattezza.

La *soft law*, in questo senso, si pone come emblema della destrutturazione del sistema delle fonti, che diviene sempre più liquido, informale, flessibile e policentrico¹⁰⁵, un sistema sempre più indifferente – e insofferente – rispetto al parametro della legittimazione democratica e rispondente a sovranità *altre* rispetto a quella popolare.

Come è stato osservato: «*the most important European constitutional principles prima facie discourage an excessive use of soft law. Among these there are rule of law (including the protection of legitimate expectations, legal certainty), transparency, democracy, the institutional balance*»¹⁰⁶.

A livello di Unione europea, lo stesso Parlamento europeo sottolinea come «*where the Community has legislative competence but there seems to be a lack of political will to introduce legislation, the use of soft law is liable to circumvent the properly competent legislative bodies, may flout the principles of democracy and the rule of law under Article 6 of the EU Treaty, and also those of subsidiarity and*

¹⁰² Commissione, *La governance europea – Un libro bianco*, cit., p. 16.

¹⁰³ F. BANO, *Diritto del lavoro e nuove tecniche di regolazione*, cit., p. 61.

¹⁰⁴ Da ultimo, alla necessità di imprimere «una sterzata al perdurante economicismo dell'Unione» (in relazione al caso *Taricco* e all'azione dei controlimiti), si riferisce M. LUCIANI, *Il brusco risveglio. I controlimiti e la fine mancata della storia costituzionale*, in *Rivista AIC*, n. 2/2016, p. 17.

¹⁰⁵ L'immagine della rete, come è noto, si sostituisce a quella della piramide: in argomento, cfr. F. OST, M. VAN DE KERCHOVE, *De la pyramide au réseau? Pour une théorie dialectique du droit*, Facultés Universitaires Saint Louis, Brussels, 2002; M. G. LOSANO, *Diritto turbolento. Alla ricerca di nuovi paradigmi nei rapporti fra diritti nazionali e normative sovratatali*, in *Riv. Internaz. Fil. Dir.*, 2005, spec. pp. 427 ss.; P. ROSSI (a cura di), *Fine del diritto?*, il Mulino, Bologna, 2009.

¹⁰⁶ A. PETERS, *Soft Law as New Mode of Governance*, in U. DIEDRICHS, W. REINERS, W. WESSELS (edited by), *The Dynamics of Change in EU Governance*, Cheltenham, UK, Edward Elgar, 2011, p. 39.

proportionality under Article 5 of the EC Treaty, and may result in the Commission's acting ultra vires»¹⁰⁷.

4. Osservazioni conclusive: *soft law* versus democrazia?

Quanto detto induce ad impostare la questione del rapporto fra *soft law* comunitaria e diritto nazionale – come anticipato – non tanto (o non solo) nei termini di influenza di un ordinamento su un altro, ma di conflitto fra differenti orizzonti costituzionali.

La *soft law* con il suo legame organico con la *governance*, con l'economia sociale di mercato, con la sua vicinanza agli esecutivi, con la sua indifferenza per le forme, così come il suo disinteresse per la legittimazione democratica, è espressione di una prospettiva molto lontana, per non dire antitetica, rispetto a quella del costituzionalismo.

In questo senso è evidente una radicale discontinuità fra l'ordinamento comunitario e gli ordinamenti delle costituzioni europee del secondo Novecento e, in specie, quello italiano, fondati sul riconoscimento del pluralismo sociale e politico, sulla sua rappresentanza, sulla prospettiva riequilibratrice e redistributiva dell'eguaglianza sostanziale.

Senza misconoscere le inattuazioni e il gap fra essere e dover essere che (sempre) hanno accompagnato il percorso del costituzionalismo, oggi la costituzione intesa in senso prescrittivo, con il suo culmine (allo stato) nel costituzionalismo emancipante, vive un momento particolarmente difficile, esposta al fuoco incrociato di due fronti, complici e convergenti.

Primo: la diffusione di un approccio descrittivo, con l'appiattimento della costituzione sulla *governance*, quale concreta raffigurazione dei rapporti e dei processi decisionali, che coinvolgono, come accennato, un *mélange* di soggetti pubblici e privati, che agiscono essenzialmente sulla base di rapporti di forza.

Secondo: la progressiva espansione ed egemonia di un paradigma, in senso lato costituzionale, *altro* rispetto a quello del costituzionalismo, ovvero l'elevazione a principio di un sistema economico il cui fine è l'incremento del profitto per sempre più ristrette *élites* economi-

¹⁰⁷ European Parliament, *Resolution of 4 September 2007 on institutional and legal implications of the use of "soft law" instruments* (2007/2028(INI)), par. X.

co-finanziarie, in antitesi rispetto ad un progetto che nei suoi geni costitutivi ha la limitazione del potere, nel nome del libero sviluppo, dell'eguaglianza e della «partecipazione effettiva» della persona (art. 3, c. 2, Cost.). Un modello, quello del neoliberismo, che dal campo economico tracima in quello politico, sociale, antropologico.

Si diffonde una concezione cooperativa del diritto e della società, che rifiuta il conflitto, occultando in tal modo la vittoria di una delle parti¹⁰⁸, una visione cooperativa che non a caso è quella propria dei sostenitori dell'ordoliberalismo¹⁰⁹.

I processi delineati hanno progressivamente smussato le tensioni fra l'ordinamento dell'Unione europea e gli ordinamenti statali, ma non nel senso di una costituzionalizzazione dello spazio europeo, bensì, nel senso, inverso, di una de-costituzionalizzazione dei territori nazionali. Non si tratta, cioè, di ragionare dell'esistenza di una dottrina costituzionalistica in veste transnazionale, quanto della capacità di resistenza della stessa anche nella sfera nazionale, con la precisazione che «resistenza» è da articolarsi non solo in prospettiva statica ma anche dinamica, cioè attraverso l'immaginazione di forme nuove. Fermo restando, inoltre, che una delle possibili vie – invero al momento, stante la pervasività del modello *global economic governance*, non certo prospettabile in tempi rapidi – potrebbe essere quella di una autentica ed effettiva estensione del paradigma costituzionale, nel senso dinamico testé accennato, a livello globale¹¹⁰.

Il depotenziamento della prescrittività della Costituzione emerge sia nel dilagare di poteri di fatto, dei quali la *soft law* costituisce uno

¹⁰⁸ Sul punto, cfr. L. GALLINO, *La lotta di classe dopo la lotta di classe*, intervista a cura di P. BORGNA, Laterza, Roma-Bari, 2012, p. 12: «non è affatto venuta meno la lotta di classe. Semmai, la lotta che era stata condotta dal basso per migliorare il proprio destino ha ceduto il posto ad una lotta condotta dall'alto per recuperare i privilegi, i profitti e soprattutto il potere»; similmente, M. TRONTI, *Lavoro*, in *Dem. e dir.*, nn. 1-2/2012, pp. 10-11: «la lotta di classe c'è», ma «è diventata unipolare»: «i capitalisti fanno lotta di classe a senso unico». In senso ampio, sull'esistenza delle classi sociali, nonostante l'oscuramento da parte dei *maître à penser* dominanti, o la loro minore visibilità (ovvero, in termini marxisti, la loro esistenza *in sé* ma non *per sé*), si vedano J. HOLLOWAY, *Che fine ha fatto la lotta di classe?*, manifestolibri, Roma, 2007; D. LOSURDO, *La lotta di classe. Una storia politica e filosofica*, Laterza, Roma-Bari, 2013.

¹⁰⁹ Cfr. A. SOMMA, *Some like it soft*, cit., p. 170, e ID., *La dittatura dello spread. Germania, Europa e crisi del debito*, DeriveApprodi, Roma, 2014.

¹¹⁰ In argomento, per una sintesi dei vari approcci, cfr., recentemente, R. BIFULCO, *La c.d. costituzionalizzazione del diritto internazionale: un esame del dibattito*, in *Rivista AIC*, n. 4/2014.

strumento e un esempio¹¹¹, sia nella sostituzione, anche formale, dei paradigmi di riferimento (come avviene con l'introduzione nella Costituzione del principio di pareggio di bilancio o la rilettura in senso conforme ai trattati UE degli articoli 41 e 42).

Gli ultimi anni, complice l'“emergenza” – nella sua doppia declinazione di crisi economica e immigrazione –, vedono un aumento esponenziale del fenomeno. Per restare alla *soft law*¹¹², emblematicamente, si possono citare, in relazione alla crisi economica, la lettera della BCE ricordata in apertura; quanto all'immigrazione¹¹³, l'istituzione e la gestione dei c.d. *hot spots*¹¹⁴, i centri nei quali vengono identificati i migranti al loro arrivo e che costituiscono allo stesso tempo un luogo ed una procedura¹¹⁵. La loro fonte è l'Agenda europea sulla migrazione, adottata dalla Commissione europea il 13 maggio 2015¹¹⁶, attraverso una comunicazione; nell'ordinamento italiano, la relativa disciplina si trova in alcune disposizioni amministrative, denominate “Procedure Operative Standard (SOP)”, pubblicate dal Ministero dell'Interno¹¹⁷. Un regime giuridico, dunque, quello degli *hot spots*, tutto giocato a livello di *soft law*: eppure si incide, anche a tacere della riserva di legge prevista in materia di condizione giuridica dello straniero dall'art. 10, c. 2, Cost., sull'esercizio di diritti fundamenta-

¹¹¹ Si può annotare come la *soft law* sia suscettibile, proprio in quanto aderente ad un potere di fatto, di distorcere o di piegare ai propri fini anche le stesse istituzioni europee.

¹¹² Per inciso, la *soft law* esercita un ruolo sempre più significativo anche in un altro ambito oggetto di profonde trasformazioni: il lavoro (per un primo approccio, cfr. F. BANO, *Diritto del lavoro e nuove tecniche di regolazione*, cit.).

¹¹³ Altro discorso è quello relativo all'apporto che i migranti possono dare ad una rifondazione del patto sociale (per considerazioni in merito, si rinvia a A. ALGOSTINO, *I diritti fondamentali alla prova: migranti e beni vitali*, in Associazione “Gruppo di Pisa”, Convegno annuale “Cos'è un diritto fondamentale?”, Cassino, 10-11 giugno 2016, in www.gruppodipisa.it).

¹¹⁴ Per un riferimento ampio al ruolo della *soft law* in relazione alle migrazioni, cfr. I. GJERGJI, *Sulla governance delle migrazioni. Sociologia dell'underworld del comando globale*, Franco Angeli, Milano, 2016, che ragiona della «proliferazione di una moltitudine di norme “morbide” (*soft law*) e flessibili nel settore delle migrazioni».

¹¹⁵ Nelle “Procedure Operative Standard (SOP)”, pubblicate dal Ministero dell'Interno, si dice che essi sono da intendersi in una duplice accezione, come «area designata» e «metodo di lavoro» (sito istituzionale del Dipartimento per le libertà civili e l'immigrazione, 10 giugno 2016).

¹¹⁶ Commissione europea, 13.5.2015 COM(2015) 240 final, Bruxelles.

¹¹⁷ Il documento è reperibile sul sito istituzionale del Dipartimento per le libertà civili e l'immigrazione; sul carattere *soft* anche delle decisioni del Consiglio europeo 1523 del 14 settembre 2015 e 1601 del 22 settembre 2015, richiamate nelle “Procedure Operative Standard (SOP)”, cfr. I. GJERGJI, *Sulla governance delle migrazioni*, cit., pp. 75-76.

li della persona (*in primis*, sulla libertà personale e sul diritto di asilo)¹¹⁸.

Il conflitto assume sempre più le vesti di uno scontro non tanto fra ordinamenti quanto tra differenti prospettive, in senso lato costituzionali, costituzionalismo e finanzia-capitalismo¹¹⁹, ovvero, in estrema sintesi, democrazia e capitalismo¹²⁰, demistificando la «narrazione neoliberale per cui non vi è democrazia senza capitalismo» come «narrazione troppo spesso utilizzata per occultare il proposito di costruire il capitalismo senza democrazia»¹²¹.

La *soft law* comunitaria, dunque, senza dubbio influenza il sistema delle fonti statali, ma ciò pare declinabile non solo nei termini di una questione di gerarchia (formale e informale) fra fonti del diritto, ma soprattutto come collisione fra la *soft law*, quale fonte privilegiata del-

¹¹⁸ Per prime osservazioni, cfr. R. CHERCHI, *I diritti dello straniero e la democrazia*, in Associazione “Gruppo di Pisa”, Convegno annuale “Cos’è un diritto fondamentale?”, Cassino, 10-11 giugno 2016, www.gruppodipisa.it, p. 48; gli interventi di F. VASSALLO PAELOGO, in Associazione Diritti e Frontiere, www.a-dif.org; il Documento ASGI 21-10-2015, *Garantire i diritti degli stranieri soccorsi in mare e sbarcati*, in www.asgi.it.

¹¹⁹ Da ultimo, individua «l’asimmetria fra oligarchie finanziarie mondiali e democrazie nazionali» come «una delle maggiori sfide per il futuro del costituzionalismo dei moderni», C. PINELLI, *Oligarchie finanziarie mondiali, democrazie nazionali e la dicotomia pubblico/privato. Qualche riflessione per i giuristi*, in *Costituzionalismo.it*, n. 1/2016, parte II, p. 189.

¹²⁰ Quello fra democrazia e capitalismo è stato definito un matrimonio non felice (S. BOWLES, H. GINTIS, *Divorzio tra capitalismo e democrazia?*, in *La democrazia ibernata* (Dossier di *Le Monde Diplomatique*, n. 2), Torino, 1979, pp. 37 ss.) od anche d’interesse (così A. DI GIOVINE, *L’ingegneria costituzionale fra crisi delle istituzioni e strategie politiche*, in *Crisi politica e riforma delle istituzioni. Dal caso italiano alla Comunità Europea*, Tirrenia – Stampatori, Torino, 1981, p. 13), o, comunque, caratterizzato da una coesistenza contraddittoria (C. OFFE, *Lo stato nel capitalismo maturo*, Etas, Milano, 1977, p. 156) o parziale (N. BOBBIO, *Quale socialismo?*, Einaudi, Torino, 1976, p. 63); più recentemente, sul controverso rapporto democrazia-capitalismo, si segnalano, nell’ampia bibliografia sul tema, J.-P. FITOUSSI, *La démocratie et le marché*, 2004, trad. it. *La democrazia e il mercato*, Feltrinelli, Milano, 2004; R. B. REICH, *Supercapitalism. The Transformation of Business, Democracy and Everyday Life*, 2007, trad. it. *Supercapitalismo. Come cambia l’economia globale e i rischi per la democrazia*, Fazi Editore, Roma, 2008; M. SALVATI, *Capitalismo, mercato e democrazia*, il Mulino, Bologna, 2009; S. ŽIŽEK, *Dalla democrazia alla violenza divina*, in G. AGAMBEN, A. BADIOU, D. BENSĀID, W. BROWN, J.-L. NANCY, J. RANCIÈRE, K. ROSS, S. ŽIŽEK, *In che stato è la democrazia?*, Nottetempo, Roma, 2010, pp. 155 ss.; W. STREECK, *Tempo guadagnato. La crisi rinviata del capitalismo democratico*, Feltrinelli, Milano, 2013; P. MASON, *Postcapitalismo. Una guida al nostro futuro*, il Saggiatore, Milano, 2016.

¹²¹ A. SOMMA, *Uscire dal capitalismo: come e con chi*, in *Micromega-on line* (temi.repubblica.it/micromega-online/), 18 novembre 2016, p. 10.

la *global economic governance*¹²², e la Costituzione, quale fonte statale che si oppone alla degradazione degli Stati a meri attori esecutivi delle volontà della nebulosa governante il finanzia-capitalismo¹²³. Il discorso, dal piano dell'antinomia tra fonti, attraverso il richiamo alla natura eteronoma della *soft law*, sconfinava nelle questioni concernenti la legittimazione (democratica) e la sovranità¹²⁴ (popolare).

La *soft law* – potremmo sintetizzare – si pone come diritto parame-trato sull'efficienza (economica) in contrapposizione al diritto che nasce dal confronto tra forze politiche che esprimono il conflitto sociale¹²⁵: essa, dunque, ben si presta a interpretare, e veicolare, l'egemonia dell'economico sul politico e l'espulsione delle istanze emancipatorie e redistributive dallo spazio politico e giuridico¹²⁶.

¹²² Con la precisazione che l'Unione europea, dati i suoi tratti, si presenta istitutivamente come coerente rispetto all'orizzonte della *global economic governance*.

¹²³ *Ex multis*, sul dominio della finanza, nella dottrina italiana, si vedano L. GALLINO (in specie *Finanzia-capitalismo. La civiltà del denaro in crisi*, Einaudi, Torino, 2011), nonché, da ultimo, G. ZAGREBELSKY (*Moscacieca*, Laterza, Roma-Bari, 2015).

¹²⁴ In argomento, in questa sede ci si limita a richiamare, anche per ulteriori ampi riferimenti bibliografici, le relazioni di A. MORRONE e F. BILANCIA, sotto la voce "Sovranità", al XXXI Convegno annuale dell'Associazione Italiana dei Costituzionalisti (AIC), Trento, 11-12 novembre 2016.

¹²⁵ Sulla «necessità di riabilitare il conflitto sociale nel diritto pubblico europeo», cfr. M. DANI, *Il diritto pubblico europeo nella prospettiva dei conflitti*, Cedam, Padova, 2013.

¹²⁶ In questo senso, cfr. A. SOMMA, *Governare il vuoto? Neoliberalismo e direzione tecnologica della società*, in *Micromega-on line (temi.repubblica.it/micromega-online/)*, 29 luglio 2016: «l'idea di un diritto "morbido" è mistificatoria esattamente come lo scenario evocato dalla governance. È buona per giustificare l'espulsione della politica dal processo decisionale, che dunque non può opporre ostacoli alle istanze della sfera economica»; si veda altresì S. SASSEN, *Espulsioni. Brutalità e complessità nell'economia globale*, Bologna, il Mulino, 2015, che legge l'espulsione come cifra dell'economia mondiale.



Costituzionalismo.it

Fondatore e Direttore dal 2003 al 2014 Gianni **FERRARA**

Direzione

Direttore Gaetano **AZZARITI**

Vicedirettore Francesco **BILANCIA**

Giuditta **BRUNELLI**
Paolo **CARETTI**
Lorenza **CARLASSARE**
Elisabetta **CATELANI**
Pietro **CIARLO**
Claudio **DE FIORES**
Alfonso **DI GIOVINE**
Mario **DOGLIANI**
Marco **RUOTOLO**
Aldo **SANDULLI**
Dian **SCHEFOLD**
Massimo **VILLONE**
Mauro **VOLPI**

Comitato scientifico di Redazione

Alessandra **ALGOSTINO**, Gianluca **BASCHERINI**, Marco **BETZU**,
Gaetano **BUCCI**, Roberto **CHERCHI**, Giovanni **COINU**,
Andrea **DEFFENU**, Carlo **FERRAJOLI**, Luca **GENINATTI**,
Marco **GIAMPIERETTI**, Antonio **IANNUZZI**, Valeria **MARCENO'**,
Paola **MARSOCCI**, Ilenia **MASSA PINTO**, Elisa **OLIVITO**, Luciano **PATRUNO**, Laura **RONCHETTI**,
Ilenia **RUGGIU**, Sara **SPUNTARELLI**, Chiara **TRIPODINA**

Redazione

Andrea **DEFFENU**, Elisa **OLIVITO**, Giuliano **SERGES**

Email: info@costituzionalismo.it

Registrazione presso il Tribunale di Roma

ISSN: 2036-6744 | Costituzionalismo.it (Roma)