

Maria Esmeralda Bucalo,* Autorità indipendenti e soft law. Forme, contenuti, limiti e tutele, Giappichelli, Torino, 2018, pp. XVIII – 254

Uno dei fenomeni più controversi, ma invero anche più affascinanti, degli odierni ordinamenti giuridici, che si pongono all'attenzione di quegli studiosi che vogliono svolgere un'analisi aggiornata sul sistema delle fonti è quello della *soft law*. La sua natura controversa è il primo elemento con cui lo studioso si scontra, nel momento in cui tenta un immediato approccio definitorio al tema da trattare, poiché entro i confini di tale locuzione possono annoverarsi una molteplicità di atti e di procedimenti, che in diversi modi e per diverse ragioni, producono nella realtà concreta effetti giuridici, perché i singoli spontaneamente vi si adeguano, sebbene non siano dotati di natura "formalmente vincolante" e di sanzionabilità¹.

La natura controversa e la difficile definibilità della locuzione fanno della *soft law* una di quelle "zone d'ombra" del sistema delle fonti, che proprio per la loro oscurità attraggono la ricerca, che tenta di darne un inquadramento. D'altro canto, il fascino dell'argomento è determinato anche dalla sua capacità di evidenziare la "dimensione sociale"² dell'ordinamento giuridico che vive certo dell'interpretazione dei giuristi, ma è anche legato al contesto culturale, sociale ed economico, in cui essi si trovano ad operare.

È appunto il contesto culturale, in continuo e rapido mutamento, che contribuisce alla nascita di "nuovi fenomeni del diritto"³, prima sconosciuti al giurista e con i quali egli adesso si trova necessariamente scontrarsi, perché non conosce i criteri per qualificarli e per ordinarli in sistema: "fenomeni giuridici", come appunto la *soft law*, che, pur cercando una collazione nel sistema delle fonti, sono al contempo capaci di scardinarlo e renderlo instabile, perché organizzato esclusivamente secondo il principio della gerarchia, che mal si adatta alla sua natura di "atto formalmente non vincolante".

Da questa constatazione deriva una prima considerazione relativa al posto che oggi occupa il diritto nella società: il diritto, le sue fonti e i suoi materiali, con cui tradizionalmente il giurista ha lavorato non rispondono più ai canoni del vivere contemporaneo. Non risulta più attuale infatti il paradigma del principio di sovranità, per il quale lo Stato, unico monopolista, aveva il potere di imporre le sue regole su una moltitudine di soggetti che così veniva ridotta ad unità⁴.

1 Anche la dottrina sul tema si è dimostrata alquanto divisa, taluni definendo il fenomeno una locuzione "di moda" (G. U. RESCIGNO, *Note per la ricostruzione del sistema delle fonti*, in *Dir. pubbl.*, 2002, p. 825 e MAZZAMUTO M., *L'atipicità delle fonti nel diritto amministrativo*, relazione tenuta al Convegno annuale di AIPDA, Padova, 9-10 ottobre 2015, disponibile sul sito www.diritto-amministrativo.org); altri annoverandolo fra le "fonti atipiche" (E. MOSTACCI, *La soft law nel sistema delle fonti: uno studio comparato*, Padova, 2008, p. 27); altri ancora con un atteggiamento di totale chiusura hanno sostenuto che non ci troveremmo di fronte a regole giuridiche (R. BIN, *Soft law, no law*, in A. SOMMA (a cura di), *Soft law e hard law nelle società postmoderne*, Torino 2009, p. 31 e ss.)

2 Nell'accezione fornita da SANTI ROMANO nel suo *L'ordinamento giuridico*, del 1917.

3 R. BIN, G. PITRUZZELLA, *Le fonti del diritto*, Giappichelli, Torino, 2012, p. 231.

4 M. FIORAVANTI, *Fine o metamorfosi?*, in P. ROSSI (a cura di), *Fine del diritto?*, Il Mulino, Bologna, 2009, p. 55, parla del paradigma hobbesiano del diritto moderno, come quello tipico di un diritto

Se nello Stato moderno la politica e l'economia costituivano i pilastri sui quali il concetto di diritto trovava le stabili ed equilibrate fondamenta⁵, nella realtà attuale invece la globalizzazione ha comportato un enorme avanzamento della componente economica del diritto rispetto a quella più prettamente politica. Il diritto oggi si produce e manifesta i suoi effetti in spazi e piani rarefatti e sconfinati ed esaspera gli aspetti tecnici e specialistici della disciplina dei casi concreti, la quale deve rispondere sempre più ad esigenze di celerità e velocità per la composizione degli interessi in gioco⁶.

Il reperimento del canone attraverso il quale inserire la *soft law* fra le fonti del diritto muove allora da una strutturazione dell'ordinamento fondata sul *principio di effettività*, per il quale «i comandi giuridici sono riconoscibili come tali a condizione che ricevano un certo quale tasso di osservanza e di accettazione da parte dei consociati»⁷ e che quindi assurge al ruolo di legame fra diritto e società, facendo sì che il primo si saldi con la seconda.

Dunque, attraverso tale principio sarà possibile giustificare la funzione normativa che assolvono certi fatti, che per questo divengono *norme di produzione extralegislativa*, e valutare l'influenza nell'ordinamento delle *fonti extra-ordinem* le quali producono norme non assistite da sanzioni, ma nonostante ciò applicate per la loro intrinseca influenza persuasiva⁸.

Seguendo questa idea, che supera la concezione statualistica del diritto ed individua nuovi centri di produzione giuridica diversi dallo Stato, è possibile allora far rientrare la *soft law* nei canoni delle *fonti extra-ordinem*, prodotta non dallo Stato ma da altri enti e da altre istituzioni, suscettibile di incidere sull'ordinamento. Essa avrà una propria *funzione*, una propria *struttura*, una propria *forma* determinata da un procedimento di formazione che non rispecchia quello di formazione delle fonti tipiche, e potrà essere considerato legittimo se rispecchierà i valori fondamentali dell'ordinamento di cui vuole entrare a far parte.

Inoltre la carica innovativa di questa nuova tipologia di fonte è esaltata dalla suo essere frutto della cooperazione fra soggetti privati e istituzioni

che «si impone come diritto generale e astratto sui diritti particolari, di ceto e di luogo, sul disordine giuridico dell'antico regime».

5 M. FIORAVANTI, *Fine o metamorfosi?*, cit., p. 57 ritiene che il segreto dello straordinario successo del diritto moderno risieda nella sua "natura virtuosamente ambivalente": espressione della sovranità dello Stato e della politica, garante dell'eguaglianza contro le particolarità di ceto, ma anche al tempo stesso della "limitatezza", offrendo al garanzie alle nuove individualità della società liberale e borghese.

6 M. FIORAVANTI, *La storia del diritto nella formazione del giurista: il modello della tradizione e le tendenze attuali*, in L. GAROFALO, *Scopi e metodi della storia del diritto e formazione del giurista europeo*, Jovene, Napoli, 2007, p. 85 e ss. Illuminati gli studi sul diritto globale che mettono in luce la discontinuità evidente fra il modello ordinamentale dello Stato moderno e quello attuale, *explurimis* M.R. FERRARESE, *Prima lezione di diritto globale*, Laterza, Roma-Bari, 2012 e ID., *Diritto sconfinato. Inventiva giuridica e spazi nel mondo globale*, Laterza, Roma-Bari, 2006.

7 A. PIZZORUSSO, *Delle fonti del diritto – art. 1-9*, in SCIALOJA A., BRANCA G. (a cura di), *Commentario al codice civile*, Zanichelli, Bologna, 1977, p. 10.

8 A. PIZZORUSSO, *Delle fonti del diritto – art. 1-9*, cit., p. 54

pubbliche, per la qual cosa essa risulta massimamente recettiva della realtà e, grazie alla sua persuasività e la sua natura duttile, capace di riempire gli spazi lasciati vuoti dall'*hard law*, spesso ponendosi in alternativa alle fonti legali, a volte anche riuscendo a prevalere su esse, non determinandone l'annullamento in senso gerarchico, ma restringendone gli spazi di manovra.

Cercando allora di limitare un campo di indagine così vasto, l'opera sceglie di analizzare esempi di *soft law* nell'ordinamento italiano ed in particolare quella prodotta dalle Autorità indipendenti. Tale scelta risulta in primo luogo determinata da una evidente constatazione: lo stesso carattere della *eterogeneità* riscontrato nella *soft law* si reperisce nelle Autorità indipendenti.

Esse, infatti, soffrono di un'impossibile *reductio ad unum* quanto a caratteri e funzioni,

I possibili rischi di una radicale modificazione del concetto di diritto appaiono dunque non tanto connessi alla crisi della legge, o più in generale del sistema delle fonti, quanto piuttosto nell'exasperazione del tecnicismo sulla razionalità giuridica e nell'avanzamento degli interessi economici in campi non raggiungibili con strumenti di natura giuridica, «laddove non c'è più un diritto da costruire, ma soltanto tecnica da esplicitare»⁹.

La percezione dei rischi comporta la necessità di ricercare argini allo snaturamento del concetto di diritto che non possono che avere natura giuridica e potrebbero essere reperiti nella funzione del giurista ed in special modo nella funzione del giudice e nel suo sindacato pieno sulla legittimità di atti normativi e provvedimentali, che sempre più si atteggiano ad atti di natura "tecnica e discrezionale"¹⁰.

In questo modo la "crisi del diritto dello Stato", che ha conseguenzialmente comportato l'evolversi in senso disordinato e frastagliato del panorama normativo¹¹ e la produzione copiosa di fonti normative e paranormative prima sconosciute agli ordinamenti giuridici moderni, potrebbe essere validamente ricondotta ad un più ampio concetto di diritto plurale, composto da "norme universali", norme cioè «valide per tutti coloro che ricadono sotto il loro disposto»¹² e che possono anche assumere la forma di "regole di conformazione", che non necessariamente richiedono obbedienza, ma che spingono i destinatari alla spontanea osservanza.

* Ricercatrice di Diritto costituzionale, Università di Palermo

9 M. FIORAVANTI, *op. cit.*, p. 62, il quale individua i rischi della globalizzazione nella «riduzione della razionalità giuridica a mera razionalità tecnica».

10 S. CASSESE, *Ecclissi o rinascita del diritto*, in P. Rossi, *Fine del diritto*, cit., p. 34 e 36, afferma in questo contesto compito del giurista e del giudice sia quello di stabilire raccordi e legami tra la propria disciplina e le discipline che oggi ad essa si connettono e che sollecitano l'attenzione delle istituzioni, e dunque in specie la tecnica, la scienza e l'economia.

11 V. FERRARI, *Diritto che cambia e diritto che svanisce*, in P. Rossi, *Fine del diritto*, cit., p. 41.

12 V. FERRARI, *Diritto che cambia*, cit., p. 49.